



BILAN ET REFORME DES DIRECTIVES

Sous la direction de :
F. Lichère, M. Ubaud-Bergeron et L. Richer

RAPPORT
**JUIN
2026**

Ce rapport a été rédigé par le directeur et les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin - Lyon 3 et approuvé par le conseil scientifique de la Chaire, grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu aux interviews et de celles ayant répondu au questionnaire en ligne.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire. Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

Le rapport est également disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>.

Présentation de la Chaire de droit des contrats publics

L'objet de la Chaire est de mettre en place un réseau associant acheteurs et autorités concédantes, entreprises cocontractantes, institutions publiques intéressées (MINEFI, juridictions administratives) et universitaires spécialistes, dans le but de mieux comprendre les applications des règles juridiques relatives aux contrats publics et de mieux les adapter.

La chaire contribue ainsi à la réflexion et aux débats nécessaires à la mise au point de règles contractuelles, textuelles et jurisprudentielles mieux adaptées aux personnes publiques et aux entreprises, en prenant en compte les différents intérêts en jeu dans un contexte économique et technologique évolutifs (nouvelles technologies de l'information, européanisation, mondialisation, retour du protectionnisme etc.).

Derniers rapports publiés

Simplification du droit de la commande publique, 2026
Statut des biens dans les contrats publics, 2025
Répartition et traitement des risques dans la commande publique, 2024
Digitalisation de la commande publique, 2023
Modification des contrats de la commande publique, 2023
Environnementalisation des marchés publics, 2022
Prévention de la corruption et contrats publics, 2022

Chroniques

L'Essentiel du droit de la commande publique dans la Newsletter
Chronique de droit européen comparé des contrats publics, BJCP

Pour suivre les activités de la Chaire en ligne

Site internet <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>
LinkedIn <https://www.linkedin.com/company/chairedcp/>



□

BILAN ET RÉFORME DES DIRECTIVES

□

Sous la direction de :

F. Lichère, M. Ubaud-Bergeron et L. Richer

RAPPORT
**JUIN
2026**

**SOUS LA DIRECTION DES PR. FRANÇOIS LICHÈRE,
LAURENT RICHER ET MARION UBAUD-BERGERON**

AVEC LES CONTRIBUTIONS DE CÉDRIC BERNARD,
ALICE LASSALE, ROSALIE LE MOING ET FIKAHIN
YEO, CHERCHEURS À LA CHAIRE DE DROIT DES
CONTRATS PUBLICS

* * * * *

Ce rapport a été codirigé par le directeur François Lichère, professeur agrégé de droit public, Laurent Richer, professeur émérite de droit public, et Marion Ubaud-Bergeron, professeure agrégée de droit public, membres du comité scientifique de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin – Lyon 3.

Ce rapport a été rédigé par les chercheurs de la Chaire grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire et des participants aux enquêtes de terrain.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire.

Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

* * * * *

Date : Juin 2026.

L'ensemble des photographies du rapport proviennent de : Adobe Stock, 2026.

REMERCIEMENTS

Le présent rapport est le fruit d'une étude conduite au cours des années universitaires 2023-2024 et 2025-2026 par la Chaire de droit des contrats publics auprès de 36 acteurs du droit des contrats publics lors d'entretiens, et de 414 participants aux sondages en ligne.

À ce titre, les participants aux entretiens semi-directifs sont vivement remerciés pour leur disponibilité et la richesse des renseignements qu'ils ont pu nous délivrer. Les juristes et acheteurs ayant participé au questionnaire en ligne sont également chaleureusement remerciés, tant ceux qui se sont spontanément proposés que ceux qui ont été sollicités par l'entremise de nos partenaires et correspondants.

Les partenaires financiers de la Chaire doivent également être remerciés puisqu'ils permettent, notamment, le financement des chercheurs postdoctoraux qui ont réalisé cette étude.

Nous remercions par ailleurs l'IAE Paris et particulièrement le Professeur Stéphane SAUSSIER, ainsi que l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et spécialement la Professeure Hélène HOEPFFNER, sans oublier l'Université Paris Dauphine PSL et particulièrement le Professeur Arnaud RAYNOUARD d'avoir organisé avec nous des réunions et séminaires de discussion tout au long des travaux du présent rapport, ainsi que toutes les personnes y ayant participé.

SOMMAIRE

SYNTHÈSE DU RAPPORT 16

Introduction	16
Méthodologie de l'étude	18
Synthèse des résultats	22
Présentation du plan du rapport.....	25

PARTIE 1 : ÉTAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE 30

AXE 1 : LE CHAMP D'APPLICATION DES DIRECTIVES..... 33

Thématique n° 1 : La définition des contrats 33

§I. La définition partiellement clarifiée de la notion de concession	34
§II. La définition stabilisée de la notion de marché public	39

Thématique n° 2 : La définition des autorités contractantes 43

§I. La rareté des évolutions significatives.....	44
§II. Les difficultés opérationnelles relatives à la qualification d'autorité contractante	48
§III. Les difficultés opérationnelles relatives à la catégorisation des autorités contractantes : la distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices	56

Thématique n° 3 : Les contrats exclus 57

§I. La codification de l'exclusion des contrats entre entités du secteur public	59
§II. Le bilan nuancé de la codification des exclusions.....	67

AXE 2 : LA CONCURRENCE..... 71

Thématique n° 4 : Les procédures de passation 71

§I. La simplification des procédures de passation.....	71
§II. La sécurisation imparfaite du cadre juridique des procédures spécifiques de passation des marchés publics	79

Thématique n° 5 : Le choix du cocontractant 85

§I. La présélection par le <i>sourcing</i>	86
§II. La parenté des régimes de sélection des candidats.....	88
§III. La convergence des règles en matière d'attribution.....	92

AXE 3 : LES OBJECTIFS HORIZONTAUX..... 101

Thématique n° 6 : Les considérations sociales	101
§I. Les considérations sociales lors de la définition des prestations	104
§II. Les aspects sociaux lors de la sélection des candidats.....	109
§III. Les exigences sociales lors de l'attribution du contrat.....	114
Thématique n° 7 : L'accès des PME	119
§I. La portée incitative des mesures les plus ambitieuses	121
B. LE TIMIDE ENCADREMENT DE LA SOUS-TRAITANCE	127
§II. Les mesures plus contraignantes facilitant l'accès des PME	130
Thématique n° 8 : L'innovation	135
§I. L'intégration transversale de l'innovation	136
§II. La promotion perfectible de l'innovation	144
AXE 4 : LES TECHNIQUES D'ACHAT.....	153
§I. La stabilité du cadre juridique des techniques d'achat	154
§II. Les difficultés cristallisées relatives à l'accord-cadre.....	160
AXE 5 : LA DURÉE ET LA FIN DES CONTRATS	169
§I. La souplesse des dispositions relatives à la durée des contrats.....	170
§II. Une harmonisation minimale du régime de résiliation des contrats.....	173
PARTIE 2 : SYNTHÈSE DES ENTRETIENS ET DU SONDAGE DE LA PREMIÈRE PHASE D'ENQUÊTE ...	
180	
AXE 1 : LE CHAMP D'APPLICATION DES DIRECTIVES.....	184
Thématique n°1 : La définition des contrats.....	184
§I. La distinction clarifiée entre marchés publics et concessions.....	184
§II. Les définitions propres à chaque contrat	187
Thématique n° 2 : La définition des autorités contractantes	191
§I. Une difficulté générale : l'auto-qualification des autorités contractantes	192
§II. Les difficultés variables de la qualification de pouvoir adjudicateur	193
§III. La qualification relativement aisée d'entité adjudicatrice.....	196
§IV. La distinction peu opportune entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices	198
Thématique n° 3 : Les contrats exclus	201
§I. La portée contrastée de la codification des deux exclusions.....	201
§II. Une exclusion perfectible : le contrat <i>in house</i>	204
§III. Une exclusion n'appelant pas de modification significative : le contrat de coopération entre autorités contractantes	210
AXE 2 : LA CONCURRENCE.....	212
Thématique n° 4 : Les procédures de passation	212

§I. Le rapprochement adéquat des règles de passation applicables aux concessions et aux marchés publics.....	212
§II. Le choix relativement aisé de la procédure dans les marchés publics	215
§III. L'ouverture infructueuse de la négociation dans les procédures applicables aux marchés publics	220
§IV. Les marchés « de gré à gré » : une souplesse paradoxale.....	228
Thématique n° 5 : Le choix du cocontractant	233
§I. L'intérêt prédominant pour le <i>sourcing</i>	233
§II. La complexité de la sélection des candidats.....	238
§III. L'intérêt variable pour les critères d'attribution et les offres	244
AXE 3 : LES OBJECTIFS HORIZONTAUX.....	251
Thématique n° 6 : Les considérations sociales	251
§I. Les problématiques générales révélées par la pratique	251
§II. Les moyens propres à promouvoir les aspects sociaux.....	256
Thématique n° 7 : L'accès des PME à la commande publique	259
§I. Le bilan général de la réforme sur l'accès des PME	259
§II. L'évaluation des mesures favorables aux PME.....	262
Thématique n° 8 : L'innovation	268
§I. Le bilan majoritairement négatif de l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique.....	268
§II. Les solutions potentielles pour renforcer l'intégration de l'innovation.....	275
AXE 4 : LES TECHNIQUES D'ACHAT.....	282
Thématique n° 9 : L'accord-cadre.....	282
§I. La caractéristique principale de l'accord-cadre : l'incertitude	282
§II. Le cadre juridique insatisfaisant du recours à l'accord-cadre	284
§III. Les modalités incertaines d'exécution de l'accord-cadre.....	288
Thématique n° 10 : Le système d'acquisition dynamique	296
AXE 5 : LA DURÉE ET LA FIN DES CONTRATS	301
§I. L'encadrement partiel de la durée des contrats	301
§II. La timide réglementation de la résiliation des contrats.....	304
LIBRES PROPOS.....	307
§I. L'accès des opérateurs économiques issus de pays tiers.....	307
§II. Les autres difficultés ou propositions.....	308

PARTIE 3 : SYNTHÈSE DES ENTRETIENS DE LA DEUXIÈME PHASE D'ENQUÊTE 314

AXE 1 : LE CHAMP D'APPLICATION DES DIRECTIVES..... 318

§I. La distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice 318

A. L'hypothèse de suppression de la distinction 319

B. L'absence de consensus sur la suppression de la distinction 320

§II. Les relations *in house* 323

§III. Les groupements de commandes avec une entité adjudicatrice 326

§IV. Les spécificités propres à certains secteurs d'activité 328

AXE 2 : LA CONCURRENCE..... 334

§I. Les exceptions à la mise en concurrence et à la publicité..... 335

A. La défaillance du titulaire liée à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire..... 335

B. Le gain significatif d'efficacité en cas de mise en cause de la continuité du service public..... 339

C. La clarification de certains motifs de dispense de publication préalable 341

D. Les propositions spontanées des interviewés tendant à modifier les motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable..... 342

§II. La négociation..... 344

A. La suppression des conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs..... 344

B. Le renforcement controversé de la pleine exploitation de la négociation 349

C. La sécurisation de la mise en œuvre du dialogue compétitif..... 352

§III. Les variantes 353

§IV. Les motifs d'exclusions 357

A. La création d'un registre européen..... 357

B. La clarification du motif d'exclusion lié à des défaillances persistantes 361

C. Les offres identiques présentées par des personnes morales distinctes dépourvues d'autonomie commerciale 363

D. Les retours spontanés des enquêtés sur les motifs d'exclusions 365

§V. La capacité des candidats..... 367

A. La limitation des conditions relatives à la capacité technique et opérationnelle des candidats..... 367

B. La clarification du cadre juridique relatif au recours à une entité tierce..... 369

AXE 3 : LES OBJECTIFS HORIZONTAUX..... 374

§I. Le développement durable 375

§II. L'accès des PME 379

A. L'obligation d'allotissement..... 379

B. La part d'exécution confiée à des PME comme critère d'attribution	381
C. L'instauration d'une préférence en faveur des PME et des entreprises innovantes	383
D. La responsabilité solidaire en matière de sous-traitance.....	383
§III. L'innovation	385
A. L'institution d'une structure européenne d'appui ou d'un label « innovation »	385
B. La clarification de la définition de l'innovation	386
C. Le recours des variantes pour favoriser l'innovation	388
§IV. La préférence européenne	388
AXE 4 : LES TECHNIQUES D'ACHAT.....	394
§I. L'admission de la nature contractuelle de l'accord-cadre.....	394
§II. Le contenu de l'accord-cadre	396
A. L'instauration du principe d'exclusivité du/des attributaire(s) d'un accord-cadre et encadrer la clause de non-exclusivité	396
B. L'extension de la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans.....	398
C. Les recommandations du rapport Müller en matière d'accords-cadres	400
III. Le sort des bons de commande et des marchés subséquents en cours d'exécution en cas de fin de l'accord-cadre	401
AXE 5 : L'EXÉCUTION ET LA FIN DES CONTRATS	404
§I. La durée des contrats de concession	404
A. La détermination de la durée des concessions.....	404
B. La prolongation des concessions au-delà de leur terme	405
§II. Le régime de modification en cours d'exécution	406
AXE 6 : LA SIMPLIFICATION DES PROCÉDURES.....	409
§I. La simplification des démarches administratives	409
A. Le principe de la transmission unique d'informations.....	410
B. La suppression du document unique de marché européen (DUME).....	410
C. L'allègement de la charge administrative des acheteurs.....	411
§II. La cohérence des directives avec les autres textes européens.....	413
CONCLUSION	417

PARTIE 4 : SYNTHÈSE DU SONDAGE DE LA DEUXIÈME PHASE D'ENQUÊTE 426

AXE 1 : LE CHAMP D'APPLICATION DES DIRECTIVES.....	431
Modification du champ d'application de la coopération entre les autorités publiques	431
Modification du champ d'application du <i>in house</i>	432

Clarification des critères du <i>in house</i>	434
Précision du « risque d'exploitation » dans la définition des contrats de concession	436
AXE 2 : LA CONCURRENCE.....	438
Création d'un nouveau motif de marché de gré à gré en cas de défaillance du titulaire	438
L'évolution de l'encadrement juridique de la négociation.....	440
Principe de l'autorisation des variantes pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs	446
Création d'un registre européen des opérateurs économiques exclus de plein droit de la commande publique.....	449
Instauration d'un partage d'informations sur les opérateurs économiques exclus	451
Clarification du motif d'exclusion lié aux défaillances persistantes de l'opérateur économique	453
Limitation des conditions relatives aux capacités techniques et opérationnelles des candidats	454
Intégration, dans certains secteurs, d'un critère lié à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement.....	457
AXE 3 : LES OBJECTIFS HORIZONTAUX.....	459
Objectifs poursuivis par la commande publique selon les praticiens.....	459
Sécurité d'approvisionnement comme critère d'attribution ou condition d'exécution	465
Reconnaissance d'un critère d'attribution relatif à la part d'exécution confiée aux PME.....	468
Suppression du lien entre les critères d'attribution et l'objet du contrat	469
Instauration d'un principe de préférence européenne dans la commande publique	471
Extension aux pouvoirs adjudicateurs de la faculté de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays-tiers non-signataires d'un accord avec l'Union européenne.....	473
Réservation aux PME d'une part des marchés publics	474
Création d'une structure d'appui à l'innovation ou d'un label européen « innovation ».....	476
Clarification de la définition de l'innovation	477
AXE 4 : LES TECHNIQUES D'ACHAT.....	480
Précision des conséquences de la résiliation d'un accord-cadre sur les bons de commande et les marchés subséquents.....	480
Précision de la possibilité de modifier un bon de commande ou un marché subséquent après la fin de l'accord-cadre.....	481
Extension de la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans	482
Précision de la qualification de contrat des accords-cadres	484

Instauration d'un principe d'exclusivité dans les accords-cadres.....	485
Codification de l'obligation d'indiquer la quantité ou la valeur maximale des accords-cadres et précision sur leur modification	486
AXE 5 : EXÉCUTION ET FIN DE CONTRAT.....	489
Précision de la notion de modification substantielle	489
Suppression de la limite des 50 % de la valeur initiale du marché pour les modifications des pouvoirs adjudicateurs.....	490
Suppression de la limite des seuils européens pour les modifications de faible montant	491
Augmenter les seuils des modifications de faible montant.....	492
PARTIE 5 : RECOMMANDATIONS	496
§I. RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA PASSATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....	499
Recommandation n° 1 : Renforcer la négociation dans la passation des marchés des pouvoirs adjudicateurs	499
Recommandation n° 2 : Permettre la conclusion de gré-à-gré d'un marché comblant une défaillance importante ou persistante d'un titulaire d'un marché en cours d'exécution.....	505
Recommandation n° 3 : Créer un registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique	512
§II. LES RECOMMANDATIONS RELATIVES AUX OBJECTIFS HORIZONTAUX	535
Recommandation n° 4 : Instaurer un principe de « préférence européenne » dans la commande publique dans les secteurs stratégiques et sous réserve des accords internationaux.....	535
Recommandation n° 5 : Intégrer, dans les secteurs stratégiques, des considérations liées à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement.....	543
Recommandation n° 6 : Étendre aux pouvoirs adjudicateurs, la faculté de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays-tiers non-signataires d'un accord avec l'Union européenne	552
§III. LES RECOMMANDATIONS RELATIVES AUX ACCORDS-CADRES	556
Recommandation n° 7 : Instaurer, dans le silence du contrat, un principe de non-exclusivité dans les accords-cadres.....	556
Recommandation n° 8 : Préciser les conséquences de la fin d'un accord-cadre sur les bons de commande et les marchés subséquents quant à leur validité ou leur modification.....	558
§IV. RECOMMANDATIONS RELATIVES À L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....	562
Recommandation n° 9 : Préciser la notion de modification substantielle en rendant exhaustives les hypothèses prévues.....	563

Recommandation n° 10 : Assouplir le régime des modifications de faible montant en supprimant la limite tenant aux seuils européens du montant de la modification 570

BIBLIOGRAPHIE 574

Encyclopédies	574
Ouvrages	575
Thèses	576
Articles de doctrine	577
Autres publications (rapports, guides, communications...)	589

ANNEXE 1 : RECOMMANDATIONS INITIALES DE LA CHAIRE 594

ANNEXE 2 : RECOMMANDATIONS SOUMISES AUX ENQUÊTÉS 597

The background of the page features a close-up, slightly blurred image of the European Union flag, showing the blue field and the yellow stars. The flag is positioned on the right side, with the stars visible in the upper and lower right corners.

SYNTHESE DU RAPPORT

SYNTHÈSE DU RAPPORT

Introduction

Focus sur les directives européennes. Pour son dixième rapport depuis sa création en 2020, la Chaire de droit des contrats publics porte l'attention de ses travaux sur les directives européennes *Concessions* (directive 2014/23) et *Marchés publics* (directives 2014/24 et 2014/25).

Le dixième anniversaire de l'adoption de ces directives invitait à dresser un bilan de cette réforme. La parution en 2023 d'un rapport spécial de la Cour des comptes européenne¹ a contribué à mettre en lumière toute l'actualité de ce sujet. Les constats opérés – en l'occurrence un net recul de la concurrence, la stagnation de la part de marchés « stratégiques » et de marchés transfrontaliers conclus entre 2011 et 2021 – questionnent avec davantage d'acuité l'incidence des *directives de 2014* sur les objectifs formulés par le législateur européen, à savoir la simplification et l'attractivité des procédures de passation, l'accès des PME à la commande publique ou encore la promotion du développement durable et de l'innovation.

Ce bilan particulièrement mitigé a suscité plusieurs réactions, à commencer par celle de la Commission européenne qui, tout en relativisant les conclusions de ce rapport, acceptait certaines recommandations émises par la Cour². En juillet 2024 enfin, la candidate à sa réélection à la tête de la Commission européenne, Ursula Van der Layen émettait le vœu de réformer la *directive Marchés* dans le but de « *moderniser et de simplifier nos règles en matière*

¹ Cour des comptes européenne, *Les marchés publics dans l'UE. Recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021*, Rapport n° 28/2023.

² Réponses de la Commission européenne au rapport spécial de la Cour des comptes européenne, 2023.

de marchés publics »³. Cette proposition ouvre la voie à une nouvelle réforme des directives, à laquelle la Chaire de droit des contrats publics entend participer à son échelle⁴.

Questionnements. Cette thématique soulève de nombreuses interrogations, à commencer par la délimitation du champ d'application matériel et organique des *directives de 2014*. Les procédures de passation et la sélection du cocontractant soulèvent, pour leur part, des questionnements comparables relatifs au rapprochement des régimes applicables aux marchés publics et aux concessions. Les objectifs « stratégiques » posés par le législateur européen à la faveur de la réforme de 2014 n'ont pas manqué de susciter un certain nombre de problématiques en ce qui concerne tant leur articulation avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique que leur absence de hiérarchisation. Les techniques d'achat sont, de prime abord, moins empreintes d'incertitude. L'équilibre entre la souplesse et la sécurisation de l'accord-cadre s'avère toutefois insuffisant. Enfin, l'encadrement de la durée et de la fin des contrats de la commande publique, qui constitue une véritable nouveauté dans le droit européen de la commande publique, peut laisser songeur, tant il se borne à une harmonisation minimale dont les effets apparaissent limités.

Objectifs de l'étude. Le présent rapport entreprend de fournir un aperçu général des *directives Concessions* (directive 2014/23/UE) et *Marchés publics* (directive 2014/24/UE), tout en mettant en exergue les éléments dont les ambiguïtés ou les imperfections sont les plus significatives, avant de proposer les évolutions susceptibles d'améliorer la transposition par les États membres, la compréhension et la mise en œuvre de ce droit par les praticiens.

Pour faciliter l'analyse, il se décompose en onze thématiques relatives à la définition des contrats (**thématique n° 1**) et des autorités contractantes (**thématique n° 2**), aux contrats exclus du champ d'application (**thématique n° 3**), aux procédures de passation (**thématique n° 4**), au choix du cocontractant (**thématiques n° 5**), aux objectifs stratégiques que sont les considérations sociales⁵ (**thématique n° 6**), l'accès des PME (**thématique n° 7**) ainsi que l'innovation (**thématique n° 8**), à l'accord-cadre (**thématique n° 9**), au système d'acquisition

³ U. Van der Layen, *Europe's choice political guidelines for the next European Commission 2024-2029*, 18 juill. 2024, pp. 11-12.

⁴ À ce propos, une première version du rapport devait initialement être publiée en été 2024. Seulement, au regard des annonces de la Commission européenne, la Chaire a entendu reporter l'échéance afin de prendre en considération les divers travaux parlementaires qui suivirent, relançant les enquêtes de terrain.

⁵ Les aspects environnementaux ont été exclus du champ de l'étude car ils faisaient déjà l'objet du quatrième rapport de la Chaire de droit des contrats publics. En ce s. F. Lichère (Dir.), *Environnementalisation des marchés publics*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2022.

dynamique (**thématique n° 10**), et enfin à la durée ainsi qu'à la fin des contrats⁶ (**thématique n° 11**).

Méthodologie de l'étude

Enquêtes. Classiquement, les présents travaux de recherche ont mobilisé les mêmes méthodes de sociologie juridique que les précédents rapports⁷. Ainsi, après une étude doctrinale, ont été successivement conduites deux phases d'enquêtes de terrain entre mai et juillet 2024, puis entre novembre 2025 et mars 2026. À chaque phase, ces enquêtes comportaient des entretiens puis un sondage en ligne auprès d'acteurs du droit des contrats publics interrogés sur des thématiques similaires.

Phase 1 (2024) - Enquête qualitative : 20 entretiens

Panel des interviewés. Dans le cadre des recherches menées par la Chaire de droit des contrats publics, cette synthèse recense l'ensemble des données relatives aux retours d'expérience sur le bilan et la réforme des *directives de 2014*, récoltées auprès de 5 avocats spécialisés dans le domaine, des services juridiques de 7 autorités contractantes et de 7 opérateurs économiques, ainsi qu'un universitaire, entre mai et juin 2024.

Figure 0.01 : Dates des entretiens (Phase 1)⁸

	AC 1	AC 2	OE 1	AV 1	OE 2	AV 2	AC 3
Date de l'entretien	22/05	23/05	27/05	28/05	30/05	30/05	03/06
	OE 3	OE 4	AC 4	U 1	AV 3	AV 4	AV 5
Date de l'entretien	03/06	04/06	04/06	05/06	05/06	06/06	06/06
	AC 5	AC 6	OE 5	OE 6	OE 7	AC 7	
Date de l'entretien	06/06	11/06	11/06	11/06	13/06	13/06	

⁶ La modification des contrats de la commande publique est exclue du champ de l'étude car cette thématique fait l'objet du cinquième rapport de la Chaire de droit des contrats publics. En ce s. F. Lichère (Dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2023.

⁷ Pour retrouver l'ensemble des rapports thématiques publiés par la Chaire de droit des contrats publics, consultez la page dédiée du site internet officiel de la Chaire : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapports-thematiques>.

⁸ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique ; U : Universitaire.

Les modalités. Les entretiens semi-directifs ont été menés sur la base de différentes grilles d'entretien établies par la Chaire de droit des contrats publics en avril 2024 pour chaque thématique de recherche. L'ensemble des entretiens a été réalisé par visioconférence privée à l'aide du logiciel *Webex*®. Les précautions nécessaires ont été prises afin de garantir l'anonymat des interviewés. Les entretiens n'ont d'ailleurs pas fait l'objet d'enregistrement audio ou vidéo, leur préférant la prise de notes manuscrites. Ces notes ont été revues par les interviewés et, le cas échéant, modifiées.

Phase 1 (2024) - Enquête quantitative : 73 sondés

Présentation des sondages. Dans la continuité de cette enquête qualitative, une enquête quantitative a été menée au moyen de sondages en ligne destinés aux autorités contractantes, aux opérateurs économiques et aux avocats spécialisés dans le droit de la commande publique. Pour une meilleure comparaison des résultats, la structure des onze questionnaires thématiques suivait celle des guides d'entretien de l'enquête qualitative et ne comprenait, à l'exception des questions relatives au profil du sondé, aucune question à réponse obligatoire. Les sondages étaient accessibles du 13 juin 2024 au 12 juillet 2024 sur la plateforme *LimeSurvey*, et partagés sur la page *LinkedIn* de la Chaire ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers.

Si 143 personnes ont ouvert un des sondages, 73 d'entre elles ont répondu à au moins une question de fond de l'un des questionnaires.

Phase 2 (2025-2026) - Enquête qualitative : 16 entretiens

Justification d'une deuxième phase d'enquêtes. Seulement, à la suite de l'annonce par la Commission européenne de sa volonté de réviser les directives Marchés (et éventuellement de la directive Concessions), et de la publication de rapports nationaux et européens, les travaux de recherche ont été relancés. La finalité poursuivie avec cette deuxième phase d'enquêtes est l'évaluation du taux d'adhésion des praticiens aux diverses pistes de réflexion d'évolution des directives proposées par la Chaire (dans le cadre des premiers travaux

sur le sujet)⁹, le Sénat français (dit « *Rapport Uzenat* »)¹⁰, le Parlement européen (dit « *Rapport Müller* »)¹¹ et la Commission européenne (à travers quatre rapports)¹². Dans ces travaux, seules les recommandations ayant un lien direct avec les directives ont été sélectionnées, laissant de côté les propositions ne relevant pas du domaine des directives européennes (notamment en raison de l'existence d'un règlement européen, ou du fait de la volonté de résoudre des difficultés de manière opérationnelle, ou encore lorsque les évolutions concernent des droits nationaux). La liste des recommandations servant de support aux entretiens et au sondage en ligne est annexée au présent rapport¹³.

Objectif des entretiens. Cette synthèse recense l'ensemble des données relatives aux attentes des praticiens dans le cadre de la réforme des directives Marchés et Concessions actuellement engagée par la Commission européenne. L'objectif des entretiens est double.

Premièrement, cette étape de la recherche est l'occasion de récolter spontanément, à travers les libres propos des interviewés, des pistes de réflexion pour d'éventuelles modifications des directives. Ces échanges révèlent ainsi les préoccupations centrales des participants, au regard de leur secteur d'activité, des contrats dont ils ont la charge ou encore de leurs expériences respectives. Ils témoignent des priorités qui, selon les praticiens, devraient être poursuivies par la réforme des directives Marchés et Concessions.

Secondement, les entretiens permettent de confronter les diverses propositions d'évolution des directives Marchés et Concessions, provenant des travaux susmentionnés, à la pratique des enquêtés et aux problématiques juridiques ou opérationnelles qu'ils rencontrent. Les réponses offrent un aperçu des recommandations sélectionnées qui suscitent véritablement des réactions (positives ou négatives) auprès des avocats, des autorités contractantes et des opérateurs économiques. Celles-ci feront l'objet, dans un deuxième temps, d'une évaluation du

⁹ *Idem.*

¹⁰ Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon UZENAT, *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique*, Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, déposé le 8 juillet 2025.

¹¹ P. MÜLLER, *Rapport sur la passation des marchés publics*, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, 2024/2103(INI), 18 juillet 2025.

¹² S. BOUSSETA, *Evaluation Study of Relevance and EU added value of the Public Procurement legislation*, Commission européenne, juillet 2025 ; R. CARANTA, *Coherence in the EU Public Procurement Directives*, Commission européenne, août 2025 ; W. A. JANSSEN, *The coherence of public procurement legislation in the European Union*, Commission européenne, juillet 2025 ; I. DA ROSA, T. TATRAI, D. TRESO, *Evaluation of Transparency and Integrity. 2014 Public Procurement Directives*, Commission européenne, août 2025.

¹³ Voir : Annexe 2.

taux d'adhésion auprès d'un panel plus important d'enquêtés dans le cadre d'un sondage en ligne, en février et mars 2026¹⁴.

Panel des interviewés. Dans le cadre de cette enquête qualitative, 16 structures ont participé¹⁵, à savoir 6 cabinets d'avocats spécialisés en droit de la commande publique¹⁶, ainsi que les services juridiques de 5 autorités contractantes¹⁷ et de 5 opérateurs économiques¹⁸, tous interviewés entre novembre 2025 et janvier 2026.

Figure 0.02 : Dates des entretiens (Phase 2)¹⁹

	AC 1	AC 2	AV 1	OE 1	AC 3	OE 2	AV 2
Date de l'entretien	26/11	28/11	09/12	10/12	11/12	18/12	29/12
	AV 3	AC 4	OE 3	AC 5	AV 4	OE 4	AV 5
Date de l'entretien	05/01	06/01	07/01	07/01	08/01	13/01	13/01
	AV 6	OE 5					
Date de l'entretien	14/01	14/01					

Modalités. Les entretiens débutaient par une phase de libres propos durant laquelle les enquêtés étaient invités à expliquer leurs principales attentes en matière de réforme des directives Marchés et Concessions, au regard des difficultés opérationnelles et juridiques auxquelles ils sont régulièrement confrontés. Par la suite, les chercheurs de la Chaire soumettaient les recommandations sélectionnées²⁰ aux interviewés afin de déterminer leur adhésion. Les recommandations soumises à l'évaluation des praticiens dépendaient de la qualité de l'interlocuteur, de son expérience et de son secteur d'activité.

Phase 2 (2025-2026) - Enquête quantitative : 341 sondés

¹⁴ Des propositions non présentes dans l'Annexe 2 pourront y être intégrées si elles ressortent des attentes spontanées de plusieurs interviewées ou si, après échanges au sein de la Chaire, elles sont considérées comme pouvant intéresser une partie des praticiens.

¹⁵ Pour information, une trentaine de structures ont été initialement sollicitées afin de diversifier le panel d'enquête.

¹⁶ Parmi les avocats interviewés, 4 conseillent tant les autorités contractantes que les opérateurs économiques, 1 principalement les autorités contractantes et 1 les opérateurs économiques.

¹⁷ Parmi les autorités contractantes interviewées, 4 agissent en tant qu'entités adjudicatrices, 1 en tant que pouvoir adjudicateur. Pour des raisons d'anonymisation des résultats, la nature des organismes participant à l'enquête n'est pas communiquée.

¹⁸ Parmi les opérateurs économiques interviewés, 2 sont principalement des concessionnaires et 3 des titulaires de marchés publics. Pour des raisons d'anonymisation des résultats, les secteurs d'activités ne sont pas communiqués.

¹⁹ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique ; U : Universitaire.

²⁰ Voir : Annexe 2.

Objectif. Suivant la seconde phase d’entretiens, l’objectif du sondage était d’évaluer le taux d’adhésion auprès d’un panel plus important d’enquêtés. Le sondage, élaboré en collaboration avec la direction des Affaires Juridiques des Ministères Économiques et Financiers, était accessible du 17 février 2026 au 10 mars 2026 sur la plateforme *LimeSurvey* de l’Université Jean Moulin Lyon 3.

Panel des sondés. Sur les 341 participants aux sondages, 261 ont indiqué répondre en tant qu’autorité contractante, 48 en tant qu’opérateur économique et 32 en qualité d’avocat.

Synthèse des résultats

Principaux constats. Les recherches juridiques et doctrinales, ainsi que les enquêtes qualitatives et quantitatives, menées de janvier à mars 2024, permettent de dresser plusieurs constats, notamment :

- La thématique relative à la **définition des contrats** appelle de brèves observations alors même que l’élaboration d’une directive dédiée aux concessions et l’opportunité d’aligner le régime applicable à ces contrats sur celui des marchés publics avaient été particulièrement débattus. Sur ce point, la réforme se présente comme un compromis puisque tout en fixant un critère distinctif jugé satisfaisant par les enquêtés – le transfert du risque d’exploitation –, le législateur européen opère un rapprochement notionnel entre les concessions et les marchés publics, sans cependant procéder à une uniformisation des régimes.
- La définition des autorités contractantes est partiellement opérationnelle. Une catégorie de pouvoirs adjudicateurs se distingue en raison des difficultés d’auto-qualification qu’elle suscite en pratique, en particulier pour les personnes privées : la catégorie des organismes de droit public.
- Le champ d’application des directives est également analysé au sein de la troisième thématique du rapport, portant sur **deux contrats exclus : les contrats *in house* et les contrats de coopération entre autorités contractantes**. Si la codification de ces contrats au sein des *directives de 2014* est majoritairement saluée, la mise en œuvre de ces exclusions n’est pas dénuée d’entrave. À ce titre, les principales faiblesses mises en exergue ont trait à la complexification du *in house* (avec le contrôle conjoint ou le contrôle ascendant principalement).

- S'agissant de la quatrième thématique, les pistes d'amélioration reposent essentiellement sur deux **procédures de passation**. Il en est ainsi de la procédure concurrentielle avec négociation, dont la mobilisation est insuffisante alors même qu'elle dispose de nombreux atouts. Ceci conduit à une recommandation au sein du rapport – à savoir, transformer la procédure concurrentielle avec négociation en procédure de droit commun pour les marchés conclus par les pouvoirs adjudicateurs. La pleine exploitation de cette procédure pourrait également être favorisée par le renforcement de l'encadrement juridique de la négociation, afin d'identifier plus aisément les limites légales de la négociation. La seconde procédure perfectible est celle des marchés dits de gré à gré (procédure négociée sans publication préalable). Les conditions de recours à cette procédure s'avèrent – paradoxalement – à la fois trop imprécises pour apporter suffisamment de sécurité juridique et trop restrictives pour inclure l'ensemble des cas de figure où les marchés de gré à gré pourraient être opportuns.
- La cinquième thématique relative au **choix du cocontractant** a suscité un indéniable intérêt des enquêtés. Ces derniers ont mis en exergue plusieurs problématiques relatives aux motifs d'exclusion et aux mesures d'auto-réhabilitation. La première concerne l'accès aux informations par les autorités contractantes (et, ce faisant, la constitution des dossiers de candidature par les opérateurs économiques). La deuxième difficulté vise le caractère jugé trop « *discrétionnaire* » du dispositif, y compris par les autorités contractantes. En substance, ce système fait peser sur ces dernières un véritable devoir de vigilance, sans cependant leur donner les moyens de procéder aux vérifications nécessaires pour en assurer toute l'efficacité.
- La thématique suivante concerne le **développement durable** élevé en objectif stratégique du droit de la commande publique par les *directives de 2014*. Ce thème a mis en évidence une convergence entre les craintes exprimées par la doctrine et les difficultés rencontrées dans la pratique, lesquelles touchent principalement à son articulation avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique. La Chaire de droit des contrats publics ayant déjà consacré un rapport à *l'environnementalisation des marchés publics*, la présente étude s'est concentrée sur les aspects sociaux. Les retours d'expérience ont fait apparaître que si les clauses d'insertion sont un dispositif bien maîtrisé par les praticiens, les autres objectifs « *sociétaux* » (l'égalité femme/ homme, le commerce équitable, etc.) sont en revanche

plus rétifs à la contractualisation, spécialement au regard de l'exigence d'un lien avec l'objet du contrat.

- La septième thématique relative à **l'accès des PME** à la commande publique a révélé un hiatus entre l'ambition affichée par le législateur européen (on ne relève pas moins de 23 occurrences dans la seule *directive Marchés*) et les résultats obtenus. Dans son rapport de 2023, la Cour des comptes européenne constatait à cet égard que la participation des PME à des procédures de passation ou à des marchés publics n'avait globalement pas augmenté entre 2016 et 2021.
- L'innovation fait l'objet d'un bilan négatif, car son intégration au sein de la commande publique est minime. Il est ainsi recommandé de créer une structure européenne d'appui pour conseiller les autorités contractantes, principalement quant à la définition de l'innovation ainsi qu'aux outils mobilisables pour mener à bien un marché public innovant.
- Les neuvième et dixième thématiques portent sur deux techniques d'achat : **l'accord-cadre et le système d'acquisition dynamique**. Les bénéfices non négligeables de l'accord-cadre contrastent avec l'incertitude de son cadre juridique (par exemple concernant la nature contractuelle des accords-cadres ou l'exclusivité du ou des attributaire(s)). Les faiblesses du système d'acquisition dynamique sont en revanche bien moindres, relativisant ainsi la nécessité de modifier les règles qui lui sont applicables.
- Sur la dernière thématique – celle de **l'exécution et la fin des contrats de la commande publique** – les retours d'expérience, quoique peu nombreux, ont fait ressortir un évident besoin de clarification de la notion de modification substantielle.

Recommandations. L'ensemble de l'étude a permis à l'équipe de la Chaire de dresser une liste de 10 propositions de révision des directives européennes, considérées comme prioritaires :

- **Recommandation n° 1** : Renforcer la négociation dans la passation des marchés des pouvoirs adjudicateurs ;
- **Recommandation n° 2** : Permettre la conclusion de gré-à-gré d'un marché comblant une défaillance importante ou persistante d'un titulaire d'un marché en cours d'exécution ;
- **Recommandation n° 3** : Créer un registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique ;

- **Recommandation n° 4** : Instaurer un principe de « préférence européenne » dans la commande publique dans les secteurs stratégiques et sous réserve des accords internationaux ;
- **Recommandation n° 5** : Intégrer, dans les secteurs stratégiques, des considérations liées à la sécurité de la chaîne d’approvisionnement ;
- **Recommandation n° 6** : Étendre aux pouvoirs adjudicateurs, la faculté de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays-tiers non-signataires d’un accord avec l’Union européenne ;
- **Recommandation n° 7** : Instaurer, dans le silence du contrat, un principe de non-exclusivité dans les accords-cadres ;
- **Recommandation n° 8** : Préciser les conséquences de la fin d’un accord-cadre sur les bons de commande et les marchés subséquents quant à leur validité ou leur modification ;
- **Recommandation n° 9** : Préciser la notion de modification substantielle en rendant exhaustives les hypothèses prévues ;
- **Recommandation n° 10** : Assouplir le régime des modifications de faible montant en supprimant la limite tenant aux seuils européens du montant de la modification.

Présentation du plan du rapport

Cadrage théorique. Tout d’abord, le cadre théorique et juridique permet d’évaluer le bilan des directives européennes et d’identifier les difficultés et attentes relevées par la doctrine (**Partie 1**).

Synthèse des enquêtes. Par la suite, l’attention est portée sur les résultats des enquêtes de terrain menées par les chercheurs de la Chaire lors de la première phase d’enquête, à travers 20 entretiens semi-directifs et 73 participations aux sondages en ligne auprès de professionnels du secteur en vue de recenser et d’analyser les retours d’expérience de la pratique (**Partie 2**). La deuxième phase d’enquêtes se concentre sur les pistes de réflexion concrètes d’évolution des directives. Elle se compose d’une synthèse de 16 entretiens (**Partie 3**) et d’une étude quantitative résultant d’un sondage auquel ont participé 341 praticiens (**Partie 4**).

Recommandations. C'est au regard à la fois des recherches doctrinales et des enquêtes de terrain que la Chaire peut, enfin, dresser une liste de 10 propositions de recommandations de révision des directives (**Partie 5**).

Note : Des résumés d'étapes sont proposés à la fin de chaque section des synthèses des entretiens et des sondages. Une synthèse des recommandations est également présentée ci-après.

SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS

Celles-ci sont détaillées en fin de rapport, aux pages 496 et suivantes.

Recommandation n° 1

Renforcer la négociation dans la passation des marchés des pouvoirs adjudicateurs.

Recommandation n° 2

Permettre la conclusion de gré-à-gré d'un marché comblant une défaillance importante ou persistante d'un titulaire d'un marché en cours d'exécution.

Recommandation n° 3

Créer un registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique.

Recommandation n° 4

Instaurer un principe de « préférence européenne » dans la commande publique dans les secteurs stratégiques et sous réserve des accords internationaux.

Recommandation n° 5

Intégrer, dans les secteurs stratégiques, des considérations liées à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement.

Recommandation n° 6

Étendre aux pouvoirs adjudicateurs, la faculté de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays-tiers non-signataires d'un accord avec l'Union européenne.

Recommandation n° 7

Instaurer, dans le silence du contrat, un principe de non-exclusivité dans les accords-cadres.

Recommandation n° 8

Préciser les conséquences de la fin d'un accord-cadre sur les bons de commande et les marchés subséquents quant à leur validité ou leur modification.

Recommandation n° 9

Préciser la notion de modification substantielle en rendant exhaustives les hypothèses prévues.

Recommandation n° 10

Assouplir le régime des modifications de faible montant en supprimant la limite tenant aux seuils européens du montant de la modification.

PARTIE 1

ETAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

Analyse des apports et limites des directives
2014/24/UE sur les marchés publics,
2014/25/UE sur les secteurs spéciaux,
et 2014/23/UE sur les contrats de concession



PARTIE 1 : ÉTAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

INTRODUCTION

Intérêt du sujet. Pour son huitième rapport depuis sa création en 2020, la Chaire de droit des contrats publics porte l'attention de ses travaux sur les directives européennes *Concessions* (directive 2014/23) et *Marchés publics* (directive 2014/24).

Le dixième anniversaire de l'adoption de ces directives invitait à dresser un bilan de cette réforme qui constituait sinon « *un événement* », à tout le moins un « *temps fort du droit de la commande publique* »²¹. À l'aube de cette réforme, la doctrine ne manquait déjà pas de souligner que le droit européen de la commande publique continuait à « *osciller entre libéralisation (allègement, simplification des procédures...) et suspicion (création de nouveaux organismes de contrôle, lutte contre les pratiques "malsaines"...), sans qu'un point d'équilibre n'émerge clairement* »²². La parution en 2023 d'un rapport spécial de la Cour des comptes européenne²³ a contribué à mettre en lumière toute l'actualité de ce sujet. Les constats opérés – en l'occurrence un net recul de la concurrence, la stagnation de la part de marchés « stratégiques » et de marchés transfrontaliers conclus entre 2011 et 2021 – questionnent avec davantage d'acuité l'incidence des *directives de 2014* sur les objectifs formulés par le législateur européen, à savoir la simplification et l'attractivité des procédures de passation,

²¹ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? » *CMP* 2014, repère 3.

²² O. Didriche, « La réforme des directives marchés : objectifs et stratégies de la Commission européenne », *AJCT* 2012. 592.

²³ Cour des comptes européenne, *Les marchés publics dans l'UE. Recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021*, Rapport n° 28/2023.

l'accès des PME à la commande publique ou encore la promotion du développement durable et de l'innovation.

Ce bilan particulièrement mitigé a suscité plusieurs réactions, à commencer par celle de la Commission européenne qui, tout en relativisant les conclusions de ce rapport, acceptait certaines recommandations émises par la Cour²⁴. En juillet 2024 enfin, la candidate à sa réélection à la tête de la Commission européenne, Ursula Van der Layen émettait le vœu de réformer la *directive Marchés* dans le but de « *moderniser et de simplifier nos règles en matière de marchés publics* »²⁵. Désaveu en demi-teinte de la réforme de 2014, cette proposition ouvre la voie à une nouvelle réforme des directives, à laquelle la Chaire de droit des contrats publics entend participer à son échelle.

Questionnements. Cette thématique soulève de nombreuses interrogations à commencer par la délimitation du champ d'application matériel (les définitions des marchés publics et des concessions ainsi que les contrats exclus) et organique (les autorités contractantes) des *directives de 2014*. Les procédures de passation et la sélection du cocontractant soulèvent, pour leur part, des questionnements comparables, relatifs à l'opportunité et aux limites du rapprochement opéré par le législateur européen entre le régime applicable aux marchés publics d'une part, et aux concessions d'autre part. Les objectifs « stratégiques » posés par le législateur européen à la faveur de la réforme de 2014 n'ont pas manqué de susciter un certain nombre de problématiques en ce qui concerne tant leur articulation avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique que leur absence de hiérarchisation, sans compter que chacun d'entre eux fait naître des difficultés spécifiques. Les techniques d'achat sont, de prime abord, moins empreintes d'incertitude. L'équilibre entre la souplesse et la sécurisation de l'accord-cadre s'avère toutefois insuffisant. Enfin, l'encadrement de la durée et de la fin des contrats de la commande publique, qui constitue une véritable nouveauté dans le droit européen de la commande publique, peut laisser songeur, tant il se borne à une harmonisation minimale dont les effets apparaissent limités.

Objectifs de l'étude. Le présent rapport entreprend de fournir un aperçu général des *directives Concessions* (directive 2014/23/UE) et *Marchés publics* (directive 2014/24/UE) – c'est-à-dire d'évaluer si ces textes sont à la « *hauteur de l'ambition affichée* »²⁶, tout en mettant

²⁴ Réponses de la Commission européenne au rapport spécial de la Cour des comptes européenne, 2023.

²⁵ U. Van der Layen, *Europe's choice political guidelines for the next European Commission 2024-2029*, 18 juill. 2024, pp. 11-12.

²⁶ C. Frackowiak et G. Delaloy, « Nouvelles directives européennes sur les marchés publics et les concessions : quels changements pour le droit français de la commande publique ? », *BJCP* mai 2014, n° 94, p. 155.

en exergue les éléments dont les ambiguïtés ou les imperfections sont les plus significatives, avant de proposer les évolutions susceptibles d'améliorer la transposition par les États membres, la compréhension et la mise en œuvre de ce droit par les praticiens.

Pour faciliter l'analyse, il se décompose en onze thématiques relatives à la définition des contrats (**thématique n° 1**) et des autorités contractantes (**thématique n° 2**), aux contrats exclus du champ d'application (**thématique n° 3**), aux procédures de passation (**thématique n° 4**), au choix du cocontractant (**thématiques n° 5**), aux objectifs stratégiques que sont les considérations sociales²⁷ (**thématique n° 6**), l'accès des PME (**thématique n° 7**) ainsi que l'innovation (**thématique n° 8**), à l'accord-cadre (**thématique n° 9**), au système d'acquisition dynamique (**thématique n° 10**), et enfin à la durée ainsi qu'à la fin des contrats²⁸ (**thématique n° 11**).

²⁷ Les aspects environnementaux ont été exclus du champ de l'étude car ils faisaient déjà l'objet du quatrième rapport de la Chaire de droit des contrats publics. En ce s. F. Lichère (dir.), *Environnementalisation des marchés publics*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2022.

²⁸ La modification des contrats de la commande publique est exclue du champ de l'étude car cette thématique fait l'objet du cinquième rapport de la Chaire de droit des contrats publics. En ce s. F. Lichère (dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2023.

AXE 1 : LE CHAMP D'APPLICATION DES DIRECTIVES

Le champ d'application des *directives de 2014* repose sur une structure traditionnelle à la fois matérielle, par la définition des contrats régis (**thématique n° 1**) et des contrats exclus des directives (**thématique n° 3**), et organique via la définition des autorités contractantes (**thématique n° 2**).

THÉMATIQUE N° 1 : LA DÉFINITION DES CONTRATS

La réforme du droit européen de la commande publique, et plus spécifiquement l'opportunité d'adopter une réglementation propre aux concessions, a fait l'objet de vifs débats au sein de l'Union européenne²⁹.

Le législateur européen devait trouver un compromis propre à ménager les résistances d'États comme la France, soucieuse de préserver la spécificité des délégations de service public, et les velléités d'unification des régimes applicables aux marchés publics et aux concessions, exprimées outre-Manche et outre-Rhin. Le projet présenté par la Commission en 2011 allait dans ce sens puisqu'il désignait les concessions comme des « *marchés de concessions* » et les soumettait à un régime juridique calqué sur celui des marchés publics. Les négociations ont néanmoins permis l'adoption d'un cadre législatif spécifique, bien que certaines dispositions de la *directive 2014/23* traduisent « *une tendance, assimilassionniste* »³⁰, sinon une « *marchéisation* » des concessions qui n'est pas sans susciter le scepticisme d'une partie de la doctrine³¹. Ce *modus vivendi* se manifeste dans la *directive 2014/23* dès les premières dispositions consacrées à la définition de la notion de concession. En effet, tout en fixant un

²⁹ A. Friboulet, « Éclairages sur le processus d'adoption du nouveau droit européen des marchés publics et concessions », *CMP* juin 2014, dossier 2 ; S. de la Rosa, « Enjeux et négociation de la directive 2014/ 23/UE sur l'attribution de contrats de concessions », *JCP Adm.* 2014, étude 2136.

³⁰ L. Richer, « La concession dans la commande publique », *BJCP* 2015, n° 103, p. 403.

³¹ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Contrats de concession : la nouvelle donne », *CMP* mars 2016, rép. 3.

critère distinctif – le transfert du risque d’exploitation –, le législateur européen opère un rapprochement manifeste entre les concessions et les marchés publics, spécialement en ce qui concerne leurs objets, conduisant certains auteurs à se demander si l’on doit s’en effrayer³².

À ce stade, on peut, au contraire, se réjouir que le législateur européen soit parvenu à « *trancher le nœud gordien* »³³ de l’insécurité juridique³⁴ au moyen d’une « *définition clarifiée* »³⁵ des concessions (§I.), sans en réintroduire d’autre part à travers la définition des marchés publics, tant cette dernière s’inscrit dans la parfaite continuité de la *directive 2004/18* (§II.).

§I. La définition partiellement clarifiée de la notion de concession

La *directive 2014/23* produit des effets ambivalents : en unifiant la définition des concessions, elle est porteuse d’une indéniable clarté juridique (A.), cependant qu’en rapprochant cette notion des marchés publics elle contribue à brouiller les frontières entre ces deux catégories de contrats de la commande publique (B.).

A. L’unification de la notion de concession

Le droit européen a procédé à une unification progressive de la notion de « *concession* », avec toutes les difficultés culturelles que ce choix peut susciter dans des États comme la France, plus familiers avec d’autres concepts tels que les délégations de service public ou les concessions d’aménagement et de travaux publics. Ce mouvement a été amorcé par la *directive 2004/18* – dont la transposition tardive témoignait des réticences de la France³⁶ –, qui se bornait à encadrer les concessions de travaux³⁷, tandis que les concessions de services, qu’elle

³² En ce s. G. Kalfèlche, « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *CMP* juin 2014, dossier 4.

³³ J. Kitsos, « Defining concessions in EU public procurement law: has Directive 2014/23 missed another opportunity for conceptual clarification? », *European Law Review* 2018, n° 43, p. 550.

³⁴ Cette insécurité juridique était en partie imputable à la jurisprudence de la Cour de justice relative à la définition des concessions, jugée « insuffisante, ambiguë et souvent contradictoire [nous soulignons] » par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs (DG MARKT, *Communication aux membres* n° 4/2012, 19 mars 2012).

³⁵ Dir. 2014/23/UE, cons. 18.

³⁶ Ord. n° 2009-864 du 15 juill. 2009 relative aux contrats de concessions de travaux.

³⁷ Elle en proposait la définition suivante : « la concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu’un marché public de travaux, à l’exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d’exploiter l’ouvrage, soit dans ce droit assorti d’un prix » (Dir. 2004/18, art. 1 §3).

définissait pourtant³⁸, se trouvaient assujetties par la jurisprudence au seul respect des principes fondamentaux³⁹.

La *directive 2014/23* parachève cette entreprise puisqu'elle s'applique aussi bien aux concessions de travaux qu'aux concessions de services dont la valeur est égale ou supérieure à 5 186 000 euros⁴⁰. Dans le prolongement de la jurisprudence européenne⁴¹, ce texte propose ainsi une définition unitaire de la notion de concession envisagée comme un « *contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices* » confie(nt) soit « *l'exécution de travaux* », soit « *la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux* » à un ou à plusieurs opérateurs économiques en contrepartie du droit d'exploiter les ouvrages ou les services qui font l'objet du contrat, éventuellement accompagné d'un prix⁴². La distinction établie entre les concessions de travaux et les concessions de services semble avoir pour seule utilité d'attirer ces dernières, qui en étaient auparavant exclues, dans le champ d'application du droit européen de la commande publique. À cet égard, le considérant n° 23 de la directive souligne que la plupart des contrats de concession ont un objet mixte⁴³. C'est précisément « *ce qui justifie [...] le rapprochement entre concessions de travaux et concessions de services* »⁴⁴.

En tout état de cause, cette définition opère un « *changement historique* »⁴⁵ d'une part en étendant le régime des concessions aux contrats ayant pour objet des services qui ne sont pas des services publics et, d'autre part en passant sous silence la condition de « *délégation* »⁴⁶ pourtant considérée en droit interne comme caractéristique des concessions. Ce faisant, elle introduit une difficulté nouvelle en rendant plus ténue la frontière entre les concessions de services et les conventions, sinon les autorisations domaniales. Probablement conscient de cet effet indésirable, le législateur européen tend à préciser les critères distinctifs dans le préambule de la *directive Concessions*. Aux termes du considérant n° 15, on doit comprendre que si le pouvoir adjudicateur se borne à fixer les « *conditions générales d'utilisation des domaines* [...]

³⁸ Dir. 2004/18/CE, art. 1 §4.

³⁹ CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.

⁴⁰ Dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 8, §1.

⁴¹ CJCE 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03 ; CJUE 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst*, aff. C-274/09.

⁴² Dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 5 §1, a) et b).

⁴³ Aux termes de ce considérant « *il est nécessaire d'établir la méthode de calcul de la valeur estimée d'une concession et cette méthode devrait être identique pour les concessions de travaux et de services, les deux types de contrats couvrant fréquemment des aspects liés à des travaux et à des services* [...] ».

⁴⁴ G. Kalfleche, « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *op. cit.*

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ En élevant la notion « *gestion de services* » en critère de définition (art. 5 §1, b), la *directive 2014/23/UE* semble toutefois exclure qu'une simple prestation de services suffise à caractériser une concession de service.

*sans acquisition de travaux ou ressources spécifiques [nous soulignons] », il s'agit d'une simple convention d'occupation du domaine public et que, par un raisonnement *a contrario*, lorsque la personne publique impose des conditions spécifiques d'usage qui s'analysent comme de véritables « obligations » de service public – sans aller jusqu'à la délégation –, il s'agit d'une concession. Le considérant n° 14 offre quant à lui des indices propres à distinguer la concession de l'autorisation. La première est signée à l'initiative du concédant et implique « des engagements mutuels contraignants *en vertu desquels l'exécution des travaux ou services est soumise à des exigences spécifiques définies par l'autorité concédante, lesquelles exigences ont force exécutoire* [nous soulignons] », tandis que la seconde est délivrée à la demande de l'opérateur économique qui conserve la liberté de renoncer à la fourniture de travaux et de services.*

Dans le prolongement de cette idée, le retrait de la condition de « délégation » de la définition des concessions témoigne d'une certaine convergence notionnelle avec les marchés publics, porteuse d'une certaine confusion.

B. Le rapprochement avec les marchés publics

Le législateur européen a opté pour une définition de la concession proche de celle de marché public, au risque de brouiller quelque peu les frontières entre ces contrats de la commande publique. Dès lors, il était devenu indispensable de poser un critère distinctif : le risque d'exploitation.

Il était traditionnellement admis que les concessions se distinguaient des marchés publics par leur objet : aux premières le service public – les travaux ayant été progressivement relégués au rang d'accessoire de cette activité principale –, aux seconds les travaux ou les fournitures. Or, « le principal apport » des *directives de 2014* réside précisément dans « le rapprochement » opéré entre le critère matériel des concessions et celui des marchés⁴⁷. En effet, les premières peuvent avoir pour objet des services, qui ne sont pas nécessairement des services publics, ou des travaux, tandis que les marchés publics peuvent concerner des travaux, des fournitures⁴⁸, mais aussi des services. Cette analogie contribuant à amalgamer les marchés publics et les concessions par leur objet, il était impératif d'arrêter un critère distinctif fiable.

⁴⁷ G. Kalfflèche, « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *op. cit.*

⁴⁸ Il convient ici de relever que la *directive 2014/23* n'envisage pas la notion de concession de fournitures.

Le choix du législateur européen s'est porté sur l'élément financier, à savoir le risque d'exploitation de l'ouvrage ou du service concédé, devenu « *l'Alpha et l'Omega* » de la distinction du marché et de la concession⁴⁹ à la faveur de l'adoption de la *directive 2014/23*.

Sur ce point, le texte indique, en premier lieu, que la « contrepartie » pour l'opérateur économique réside « *soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages / les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix* »⁵⁰. Il en ressort que le concessionnaire se rémunère en exploitant l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, généralement par les redevances versées par les usagers, qui peuvent être assorties ou non du paiement d'un prix par le pouvoir adjudicateur. Cette nouvelle définition, volontairement large, se montre ainsi indifférente au mode de rémunération du concessionnaire ou à l'origine de ses ressources⁵¹. En conséquence, sont susceptibles d'être qualifiés de « concessions » les contrats qui sont entièrement rémunérés par l'autorité contractante, dès lors que la récupération des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture du service « *est basée sur la demande ou la fourniture réelle du service ou de l'actif* », ce qui rend la distinction avec les contrats de partenariat plus complexe⁵². En deuxième lieu, la *directive 2014/23* dispose que la concession « *implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux [nous soulignons]* »⁵³. Le texte est plutôt disert en ce qui concerne le risque d'exploitation qui renvoie, selon l'article 5, à l'incertitude pour le concessionnaire d'amortir ses investissements ou les coûts qu'il a supportés. Le considérant n° 20 du préambule explicite également cette notion qu'il décrit comme un « *risque exogène* »⁵⁴, c'est-à-dire celui qui trouve son origine « *dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle* », ce qui exclut les risques liés « *à une mauvaise gestion, à un manquement de l'opérateur économique aux obligations contractuelles ou à des cas de force majeure* » qui sont communs aux concessions et aux marchés publics⁵⁵. La directive rappelle également à plusieurs reprises qu'il s'agit d'un « *risque d'exposition aux aléas du marché, qui*

⁴⁹ F. Lichère, « Notion de marché », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 28/07/2023.

⁵⁰ Dir. 2014/23 /UE, art. 5 §1.

⁵¹ Sur ce point, la directive clarifie la jurisprudence ambiguë, sinon confuse, de la Cour de justice.

⁵² J. Kitsos, « Defining concessions in EU public procurement law: has Directive 2014/23 missed another opportunity for conceptual clarification? », *op. cit.*, p. 562.

⁵³ Dir. 2014/23/UE, art. 5 §1.

⁵⁴ S. Braconnier, « La consécration du critère du risque opérationnel dans la directive Concessions », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, p. 27.

⁵⁵ Dir. 2014/23/UE, cons. 20.

peut être soit un risque lié à la demande⁵⁶, soit un risque lié à l'offre⁵⁷, soit un risque lié à la demande et à l'offre [nous soulignons] »⁵⁸ qui peut notamment se traduire par « *le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service* »⁵⁹. En troisième et dernier lieu, l'article 5 précise que « *la part du risque transféré au concessionnaire [doit] implique[r] une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable [nous soulignons]* »⁶⁰. La suppression de l'adjectif « *substantiel* » initialement retenu dans le projet de directive de 2011 complexifie la distinction avec les marchés publics⁶¹ et semble s'écarter de la jurisprudence européenne, qui n'était elle-même pas exempte de contradictions sur ce point. En effet, après avoir exigé que ce risque soit « *substantiel* »⁶², la Cour a fini par admettre qu'il soit limité, tout en rappelant cependant qu'une « *part significative* » devait être transférée au concessionnaire, comme en matière de distribution d'eau⁶³. Dans un arrêt de 2016, elle a renoué avec sa position traditionnelle en précisant que le risque d'exploitation transféré au concessionnaire devait être « *substantiel* »⁶⁴.

À rebours, l'absence de précision, dans la directive, de l'étendue du transfert de risque requis rend plus subjective et « *perméable* »⁶⁵ la distinction avec les marchés publics, dont la définition apparaît désormais stabilisée.

⁵⁶ « *Le risque lié à la demande désigne le risque portant sur la demande effective pour les travaux ou services qui font l'objet du contrat* » (Dir. 2014/23, cons. 20).

⁵⁷ « *Le risque lié à l'offre désigne le risque portant sur la fourniture des travaux ou services qui font l'objet du contrat, en particulier le risque que la fourniture des services ne corresponde pas à la demande* » (idem).

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ CJUE, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, aff. C-269/14.

⁶⁰ Dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 5 §1.

⁶¹ J. Kitsos, « Defining concessions in EU public procurement law: has Directive 2014/23 missed another opportunity for conceptual clarification? », *op. cit.*, p. 559.

⁶² CJCE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08.

⁶³ CJCE, 10 sept. 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08.

⁶⁴ CJUE, 14 juill. 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14.

⁶⁵ S. Braconnier, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 838.

§II. La définition stabilisée de la notion de marché public

La *directive 2014/24* a modifié à la marge la définition des marchés publics arrêtée par la *directive 2004/18* (A.). Cette apparente stabilité ou « *continuité* »⁶⁶ n'a pas éliminé toutes les difficultés de qualification, lesquelles sont généralement imputables aux définitions propres à chaque marché public (B.).

A. Les clarifications à la marge de la définition de marché public

À en croire le législateur européen, la définition proposée par la *directive Marchés* se borne à « *éclaircir certains concepts et notions fondamentales afin de garantir la sécurité juridique et de prendre en compte certains aspects de la jurisprudence bien établie de la CJUE, en la matière* »⁶⁷.

Aux termes de l'article 2 de la *directive 2014/24*, les marchés publics désignent « *des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* »⁶⁸, ce qui reprend *in extenso* la définition arrêtée dans la précédente directive. Comme en 2004, cette définition repose sur la réunion de quatre critères : un critère formel (un contrat écrit), un critère organique (un acheteur et un opérateur économique⁶⁹), un critère financier (un prix ou tout équivalent⁷⁰) et un critère matériel (travaux, fourniture ou services). Ce dernier critère renvoie à celui de satisfaction du besoin de l'acheteur qui bien qu'absent de la directive se retrouve « *indirectement* »⁷¹ dans la définition propre aux marchés de travaux, de fournitures ou de services.

L'absence de référence à la satisfaction du besoin peut être déplorée en ce sens qu'elle constitue un élément déterminant de la distinction entre le marché public et l'appel à projets ou l'appel à manifestation d'intérêt. Ce dispositif juridique qui a connu un important développement ces dernières années, ainsi qu'en témoigne le plan « *France Relance* » lancé par le Gouvernement français en 2020, n'est pas « *clairement défini* »⁷² par le droit interne. On peut toutefois déduire d'une *circulaire du 18 janvier 2010* qu'il s'agit d'un outil par lequel une

⁶⁶ Ph. Terneyre, « La notion de marché public : rupture ou continuité », *CMP* juin 2014, dossier 3.

⁶⁷ Dir. 2014/24/UE, cons. 2.

⁶⁸ Dir. 2014/24/UE, art. 2 §5.

⁶⁹ Sur ce point, voir les développements consacrés à la définition des autorités contractantes en thématique n° 2.

⁷⁰ Cet équivalent peut, par exemple, correspondre au remboursement partiel des frais encourus par l'opérateur économique en échange du service obtenu CJCE, 19 déc. 2010, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, aff. C-159/11.

⁷¹ F. Lichère, « Notion de marché », *op. cit.*

⁷² H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., Dalloz, 2022, p. 166.

collectivité publique fixe des « objectifs » généraux autour d'une « thématique » sur la base desquels les candidats prennent l'initiative du projet et en définissent le contenu⁷³. Or, la différence principale, qui touche à « l'essence » de la commande publique⁷⁴, est que contrairement aux marchés publics et aux concessions, l'appel à projets ne répond pas à un besoin *stricto sensu* de la personne publique⁷⁵. En outre, il n'est pas assorti du versement d'un prix ou d'un droit d'exploitation, mais bénéficie d'un simple soutien public précaire et révocable (généralement sous forme de subventions)⁷⁶. En dépit de ces différences, l'appel à projets ne se distingue pas toujours aisément des contrats de la commande publique, pour deux raisons. D'abord, les appels à projets peuvent conduire à la conclusion de contrats de la commande publique. Ensuite et à l'inverse, « *l'appel à projets peut apparaître comme le substitut d'un marché public ou d'une concession, voire comme un subterfuge pour échapper au droit de la commande publique* »⁷⁷. En dépit de menues précisions dans la circulaire précitée, il existe donc un risque non négligeable de dévoiement et /ou de requalification des contrats conclus pour mettre en œuvre ou financer le projet en contrat de la commande publique, spécialement en marché public de services⁷⁸.

En dehors de ce cas particulier, ce sont bien les définitions propres à chaque marché qui sont porteuses des difficultés les plus sérieuses.

⁷³ Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément. Cette circulaire souligne néanmoins que « si la collectivité est à l'initiative du projet, on se situe dans le cadre de la commande publique [...] »

⁷⁴ L. Richer, « Appel à projets et commande publique », *RDI* 2022, p. 626.

⁷⁵ CE, avis, 22 janv. 2019, *Passerelles innovantes sur la Seine*, n° 296221. En ce sens : « l'initiative n'appartient pas à l'association, mais à la collectivité, qui cherche ainsi à répondre à un de ses besoins [...] » (Circulaire du 18 janvier 2010 préc.)

⁷⁶ En ce sens : « le marché implique un lien direct entre les sommes versées et les prestations réalisées : une étude précisément déterminée, réalisée pour le compte d'une collectivité et donnant lieu à une rémunération spécifique constitue ainsi une prestation de services effectuée à titre onéreux ; en revanche, une association peut être subventionnée pour mener des études dans un domaine donné et des actions de promotion (jurisprudence CODIAC) » (Circulaire du 18 janvier 2010 préc.)

⁷⁷ L. Richer, « Appel à projets et commande publique », *op. cit.*, p. 625.

⁷⁸ En ce sens, l'avis du Conseil d'État relatif à la réalisation de passerelles innovantes sur la Seine retient une définition large de la notion de « travaux » : CE, avis, 22 janv. 2019, n° 396221.

B. Les difficultés liées aux définitions propres de chaque marché

La directive 2014/24 propose une définition unitaire des marchés publics, tout en apportant des précisions propres aux marchés de travaux, fournitures⁷⁹ et de services⁸⁰. Si les deux dernières catégories ne posent guère de difficulté, la première est en revanche plus problématique.

Les marchés de travaux sont, selon la définition européenne, des marchés publics ayant l'un des objets suivants: « a) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe II⁸¹ ; b) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage; c) la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante⁸² sur sa nature ou sa conception [nous soulignons] »⁸³. Cette catégorie est celle qui pose le plus de « difficultés d'identification »⁸⁴, lesquelles tiennent autant à la portée incertaine de la liste des travaux mentionnés à l'annexe II⁸⁵ qu'à l'imprécision des termes employés, au premier rang desquels l'expression d'« exigences fixées » par l'acheteur. Cette référence est destinée à tenir compte de la jurisprudence européenne selon laquelle il y a marché de travaux dès que le pouvoir adjudicateur intervient dans la rédaction du contrat ou définit des spécifications précises⁸⁶. Elle permet de qualifier de marchés de travaux certains contrats, tels que la location d'un immeuble en état futur d'achèvement⁸⁷ ou encore les baux emphytéotiques⁸⁸, si tant est que l'ouvrage répond aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur et que les travaux à effectuer sont décrits avec précision ou que ce dernier « intervient d'une manière ou d'une autre dans la rédaction des cahiers des charges ou dans la passation des différents marchés » subséquents⁸⁹. L'autre difficulté porte sur l'expression d'« influence déterminante ». La directive reprend ici une formulation jurisprudentielle⁹⁰ sans

⁷⁹ Les marchés de fournitures désignent « des marchés publics ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits. Un marché public de fourniture peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation » (dir. 2014/24/UE, art. 2 §8).

⁸⁰ Les marchés de services désignent « des marchés publics ayant pour objet la prestation de services autre que ceux visés au point 6) » c'est-à-dire ceux qui ne sont ni des travaux, ni des fournitures (*ibid.*, art. 2 §9).

⁸¹ La directive contient une liste d'activités qui sont présumées constituer des marchés publics de travaux.

⁸² Cette notion remplace celle tout aussi imprécise issue de la jurisprudence de « besoins précisés » par l'acheteur : CJCE, 18 janv. 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05.

⁸³ Dir. 2014/24/UE, art. 2 §6.

⁸⁴ F. Lichère, « Notion de marché », *op. cit.*

⁸⁵ Sur ce point : L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021, n° 934.

⁸⁶ CJCE, 12 déc. 2002, *Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, aff. C-470/99

⁸⁷ CJUE, 10 juill. 2014, *Impresa Pizzarotti & C.SpA c/ Commune de Bari et a.*, aff. C-213/13.

⁸⁸ Pour une étude détaillée : L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, *pp. cit.*, n°s 937 et s.

⁸⁹ Siegbert Alber, Concl. sur CJCE, 12 déc. 2002 *Universale-Bau AG/Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, aff. C-470/99.

⁹⁰ CJCE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08.

en préciser les contours, ce qui entretient une certaine insécurité juridique. À titre d'exemples, cette exigence est considérée comme satisfaite lorsque le contrat contient des « *spécifications très détaillées* » avec un « *descriptif précis des bâtiments à construire, de leur qualité et de leurs équipements* »⁹¹ ou lorsqu'un bail prévoit des exigences qui vont au-delà de ce qui est habituellement attendu du locataire à l'égard d'un immeuble⁹². À l'inverse, le contrat ne saurait être qualifié de marché de travaux lorsque l'autorité publique se borne à exercer sur l'ouvrage des compétences de régulation en matière d'urbanisme⁹³.

Une dernière difficulté tient à la « *mixité* » des marchés publics. Le marché public peut être qualifié de « *mixte* », soit parce qu'il a pour objet différents types d'achats relevant tous du champ d'application de la *directive 2014/24*, soit parce qu'il a pour objet des achats relevant de ladite directive et des achats relevant d'autres régimes juridiques. La *directive Marchés* précise cependant le régime juridique de ces contrats. Dans la première hypothèse, ils sont passés conformément aux dispositions applicables au type d'achat qui constitue l'« *objet principal* » du marché en question, lequel est « *déterminé en fonction de la plus élevée des valeurs estimées respectives des fournitures ou des services* »⁹⁴. Dans l'hypothèse où un marché a pour objet des achats relevant de la présente directive ainsi que des achats qui ne relèvent pas de la présente directive ou lorsque les différentes parties d'un marché donné sont objectivement séparables, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de passer des marchés distincts pour les différentes parties du marché ou de passer un marché unique, auquel cas les règles relatives à la *directive 2014/24* s'appliquent⁹⁵. Dans l'hypothèse, enfin, où le marché mixte contient des éléments de marchés de fournitures, de travaux et de services et de concessions, le marché mixte est passé conformément à la *directive 2014/24*⁹⁶.

⁹¹ CJUE, 20 oct. 2009, *Commission/Allemagne*, aff. C-536/07, dit « KölnMesse ».

⁹² CJUE, 22 avr. 2021, *Comm. c/ Autriche*, aff. C-537/19.

⁹³ CJCE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, préc.

⁹⁴ Dir. 2014/24/UE, préc., art. 3, §2.

⁹⁵ *Ibid.*, art. 3, §3.

⁹⁶ *Ibid.*, art. 3, §4.

THÉMATIQUE N° 2 : LA DÉFINITION DES AUTORITÉS CONTRACTANTES

La notion d'autorité contractante constitue naturellement une notion « *structurante* »⁹⁷ en ce qu'elle conditionne une grande part du champ d'application des directives, et plus précisément, de leur champ d'application *ratione personae* (aux côtés de la notion d'opérateur économique). La définition de ces autorités est dès lors décisive et revêt un intérêt certain : elle conditionne les règles applicables et la liberté des entités engagées dans le processus contractuel.

Une rapide lecture de la définition des autorités contractantes dans les *directives de 2014* pourrait laisser penser non seulement que ce pan du champ d'application a fait l'objet d'une évolution minime, mais également – et corrélativement – qu'il suscite peu de difficultés. Les définitions des deux catégories traditionnelles d'autorités contractantes – pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices – semblent identiques aux définitions retenues dans les textes européens précédents, tout comme certaines sous-catégories d'autorités contractantes – à l'image des organismes de droit public au sens du droit de l'UE⁹⁸.

Certains auteurs soulignent pourtant que l'absence de révolution de la définition des autorités contractantes doit être nuancée. En effet, les *directives de 2014* constituent « *plus qu'une codification à droit constant* »⁹⁹ et sont même susceptibles d'interroger l'évolution du champ d'application *ratione personae*.

L'identification des évolutions issues des *directives de 2014* est ainsi essentielle, d'autant que les différentes catégories d'autorités contractantes constituent des notions autonomes¹⁰⁰. Autrement dit, le droit de l'UE est susceptible de leur attribuer une acception différente des définitions nationales, renforçant ainsi l'enjeu des dispositions et interprétations jurisprudentielles européennes en la matière. À cet égard, il s'avère que l'approche européenne retenue pour les autorités contractantes est particulièrement extensible, afin de concorder avec

⁹⁷ Le terme est emprunté à Paul Peyret, qui l'emploie concernant « *la soumission éventuelle aux principes et règles de la commande publique* », soumission découlant de la qualification de pouvoir adjudicateur et ainsi d'une catégorie d'autorité contractante (P. Peyret, « Notion de pouvoir adjudicateur », *JCI Contrats et Marchés Publics*, fasc. 45, mise à jour au 03/02/2021 §4).

⁹⁸ M. Ubaud-Bergeron, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA* 2016, p. 218. Le droit français retient une autre définition de l'organisme de droit public, comme expliqué ci-après (voy. *infra*, §2 A).

⁹⁹ M. Karpenschif, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *CMP* 2014, dossier 3.

¹⁰⁰ Voy. par exemple à ce sujet : M. Ubaud-Bergeron, « Pouvoirs adjudicateurs », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 24/03/2023, §1.2.1.

le « *double objectif d'ouverture à la concurrence et de transparence* »¹⁰¹, l'idée étant « *d'exclure à la fois le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques* »¹⁰².

Ce constat interpelle quant au but des dispositions de 2014 relatives à la définition des autorités contractantes. Les directives dédiées aux marchés et aux secteurs spéciaux indiquent expressément que « le champ d'application *ratione personae* de la présente directive devrait demeurer inchangé »¹⁰³. La doctrine a pu en déduire que la définition des autorités contractantes dans les *directives de 2014* révèle uniquement un « souci de simplification et d'adaptation de la définition des “acheteurs publics” »¹⁰⁴. Il est ainsi légitime de s'interroger sur l'étendue des évolutions apportées par les *directives de 2014* concernant la définition des autorités contractantes, particulièrement à l'aune de l'objectif affiché. Si les rares avancées peuvent être saluées (§I.), d'autres éléments de définition des autorités contractantes semblent insuffisants ou empreints d'ambiguïté. Il apparaît en effet que des difficultés opérationnelles entravent la qualification d'autorité contractante (§II.), et interrogent quant à la distinction entre les deux catégories d'autorités contractantes, c'est-à-dire entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices (§III.).

§I. La rareté des évolutions significatives

Conformément à l'idée de maintenir le champ d'application *ratione personae* du droit européen de la commande publique, les *directives de 2014* conservent « l'architecture » antérieure des autorités contractantes. Cette notion repose ainsi sur la dichotomie traditionnelle entre les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, ainsi que sur une unité fonctionnelle. Cette unité fonctionnelle résulte, comme la doctrine a pu le souligner, de la volonté d'appliquer

¹⁰¹ CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH contre Bestattung Wien GmbH*, aff. C-373/00, §43.

¹⁰² *Ibid.*, §42.

Même si la citation ne concerne que les pouvoirs adjudicateurs, elle nous semble transposable à l'autre catégorie d'autorités contractantes que sont les entités adjudicatrices.

Le lien entre ces propos de la CJCE et la définition des pouvoirs adjudicateurs est réalisée par Marion Ubaud-Bergeron : M. Ubaud-Bergeron, « Pouvoirs adjudicateurs », *op. cit.*, §1.2.1.

¹⁰³ Dir. 2014/24/UE, cons. 10 ; Dir. 2014/25/UE, cons. 12.

¹⁰⁴ M. Karpenschif, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *op. cit.*, §3.

le droit européen de la commande publique à « *toute entité publique ou privée qui est susceptible d'avoir un [...] comportement "anormal" en tant qu'acheteur sur le marché* »¹⁰⁵. D'où le maintien des catégories préexistantes de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices. Sont ainsi qualifiés de pouvoirs adjudicateurs les États, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public, et les associations formées par une ou plusieurs de ces entités – ainsi que, en ce qui concerne la *directive 2014/24*, les autorités publiques centrales et les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux¹⁰⁶. Par comparaison, les organismes susceptibles d'être qualifiés d'entités adjudicatrices doivent exercer une activité d'opérateur de réseaux et avoir le statut soit de pouvoirs adjudicateurs, soit d'entreprises publiques, soit d'entités titulaires de droits spéciaux ou exclusifs¹⁰⁷.

Les catégories cardinales des autorités contractantes demeurant inchangées, les modifications apportées par les *directives de 2014* sont nécessairement relatives. Elles contiennent toutefois des évolutions de deux ordres : la clarification et l'adaptation de certaines composantes de la définition des autorités contractantes.

La clarification peut être constatée à l'égard des centrales d'achat. La reconnaissance de leur existence est antérieure aux *directives de 2014*¹⁰⁸. L'apport des *directives de 2014* est donc tout autre, et résulte de deux éléments : le double statut potentiel des centrales d'achat, et le recours à celles-ci.

Le statut des centrales d'achat renvoie à la qualification à leur encontre de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice. La *directive 2014/25* innove en reconnaissant qu'il peut s'agir d'une entité adjudicatrice ou d'un pouvoir adjudicateur¹⁰⁹.

¹⁰⁵ M. Ubaud-Bergeron, « Pouvoirs adjudicateurs », *op. cit.*, §1.2.1.

L'auteure tient les mêmes propos en ce qui concerne les entités adjudicatrices : M. Ubaud-Bergeron, « Entités adjudicatrices », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 28/03/2023, §1.2.

¹⁰⁶ La liste des pouvoirs adjudicateurs est prévue par chacune des trois *directives de 2014* : Dir. 2014/23/UE, art. 6 §1 ; Dir. 2014/24/UE, préc., article 2 §1 1 à 3 ; Dir. 2014/25/UE, préc., art. 3 §1.

¹⁰⁷ Dir. 2014/23/UE, préc., article 7 §1 ; Dir. 2014/25/UE, préc., art. 4 §1.

¹⁰⁸ Aussi bien la directive 2004/17/CE que la directive 2004/18/CE mentionnaient expressément les centrales d'achat et leur consacraient des dispositions spécifiques (Dir. 2004/17/CE, art. premier §8 et art. 29 ; Dir. 2004/18/CE, art. premier §10 et art. 11).

¹⁰⁹ La centrale d'achat y est définie comme « *une entité adjudicatrice au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la présente directive, ou un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 1), de la directive 2014/24/UE [...]* » (Dir. 2014/25/UE, art. 2 §12).

Les précédentes directives se contentaient d'indiquer que les centrales d'achat étaient des pouvoirs adjudicateurs. Aux termes de la directive 2004/17/CE, « *[u]ne "centrale d'achat" est un pouvoir adjudicateur [...]* » (Dir. 2004/17/CE, art. premier §8). Selon la directive 2004/18/CE, « *[u]ne "centrale d'achat" est un pouvoir adjudicateur [...]* » (Dir. 2004/18/CE, art. premier §10).

Ceci s'accompagne surtout de précisions importantes concernant les modalités et les conséquences du recours aux centrales d'achat. Il a ainsi été souligné que « [l]es nouvelles directives complètent très largement et clarifient le système de la centrale d'achat pour en faire un outil efficace et adapté aux nouvelles exigences/pratiques des pouvoirs adjudicateurs »¹¹⁰. L'enjeu principal tient à l'application ou non des règles européennes de la commande publique, ainsi qu'à l'identification du débiteur des obligations en cas d'application de ces règles. Ainsi, et dans la continuité des directives précédentes, il est prévu que les centrales d'achat peuvent avoir le rôle de « grossistes »¹¹¹ ou d'« intermédiaires »¹¹², selon qu'elles revendent des produits qu'elles ont achetés de manière autonome (grossistes) ou qu'elles concluent des marchés destinés à des pouvoirs adjudicateurs sur instructions détaillées ou non de ceux-ci (intermédiaires). Les règles européennes de la commande publique n'ont toutefois pas vocation à s'appliquer au choix d'une centrale d'achat¹¹³. Ceci s'explique par le fait que ces règles ne s'appliquent en principe qu'aux achats réalisés par la centrale d'achat. Les autorités contractantes ayant recours aux centrales d'achat ne sont soumises aux règles européennes de la commande publique que si elles prennent elles-mêmes en charge une partie de la procédure des achats (hypothèse des techniques d'achat avec l'attribution d'un marché au sein d'un système d'acquisition dynamique mis en place par la centrale d'achat ou avec la remise en concurrence pour un accord-cadre établi par la centrale d'achat)¹¹⁴. Les *directives de 2014* délimitent ainsi plus clairement la répartition des obligations de publicité et de mise en concurrence entre les centrales d'achat et les autorités contractantes ayant recours à ces centrales¹¹⁵.

Concernant l'adaptation réalisée par les *directives de 2014*, il s'est agi, d'une part, d'actualiser la liste des acheteurs publics et, d'autre part, d'acter les conséquences de l'extension des règles européennes à l'ensemble des concessions.

Ainsi, les *directives Marchés* et *Secteurs spéciaux* mentionnent désormais les unités opérationnelles distinctes (également dites unités autonomes) qui ne constituent pas une

¹¹⁰ M. Karpenschif, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *op. cit.*, §7.

¹¹¹ Dir. 2014/24/UE, cons. 69 al. 2 ; Dir. 2014/25/UE, cons. 78 al. 2.

¹¹² Dir. 2014/24/UE, cons. 69 al. 2 ; Dir. 2014/25/UE, cons. 78 al. 2.

¹¹³ Dir. 2014/24/UE, cons. 70 ; Dir. 2014/25/UE, préc., cons. 79.

Voy. à ce sujet : M. Karpenschif, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *op. cit.*, §7.

¹¹⁴ Dir. 2014/24/UE, art. 37 §2 ; Dir. 2014/25/UE, art. 55 §2.

¹¹⁵ Les *directives de 2004* se contentaient d'énoncer que les autorités contractantes se conformaient à la directive si les obligations avaient été respectées par la centrale d'achat à laquelle elles avaient eu recours, mais sans indiquer les exceptions ni développer les techniques d'achat (Dir. 2004/17/CE, art. 29 ; Dir. 2004/18/CE, art. 11).

catégorie d'autorités contractantes, mais dont l'existence est expressément reconnue par les directives. Une unité opérationnelle ne dispose pas d'une personnalité juridique propre qui la distinguerait d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice, mais est « *responsable de manière autonome de ses marchés* »¹¹⁶, c'est-à-dire qu'elle « *mène de manière autonome les procédures de passation de marché et prend les décisions d'achat, dispose d'une ligne budgétaire séparée pour les marchés concernés, conclut le marché de manière autonome et assure son financement à partir d'un budget dont elle dispose* »¹¹⁷. La mention de ces unités au sein des directives permet la reconnaissance de leur qualité d'acheteurs publics et, corrélativement, la prise en compte de leurs achats dans le cadre de l'estimation de la valeur des marchés¹¹⁸ – afin d'éviter tout découpage artificiel¹¹⁹.

En ce qui concerne les concessions cette fois, l'application du droit européen de la commande publique à l'ensemble des concessions suscite mécaniquement une concordance des autorités contractantes entre les marchés publics et les concessions. Les catégories de pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des concessions incluent donc désormais une entité déjà connue des marchés publics : l'organisme de droit public. Cette extension des organismes soumis aux règles de passation des concessions conduit à « *élargir considérablement les hypothèses dans lesquelles la passation d'une concession de services et, dans une moindre mesure d'une concession de travaux (puisque'elle était déjà appréhendée par les directives n° 2004/17/CE et n° 2004/18/CE) sera soumise à des règles de publicité et de mise en concurrence* »¹²⁰.

Ces différentes évolutions n'ont toutefois pas dissipé l'intégralité des doutes relatifs à la définition des autorités contractantes. L'unité fonctionnelle de la notion d'autorités contractantes s'accompagne ainsi de difficultés opérationnelles. Ceci conduit à s'interroger sur l'opportunité de nouvelles évolutions ou du bien-fondé de modifications antérieures.

¹¹⁶ Dir. 2014/24/UE, cons. 20 ; Dir. 2014/25/UE, cons. 30.

¹¹⁷ Dir. 2014/24/UE, considérant 20 ; Dir. 2014/25/UE, cons. 30.

¹¹⁸ Dir. 2014/24/UE, art. 4 §2 ; Dir. 2014/25/UE, art. 16 §2.

¹¹⁹ M. Karpenschif, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *op. cit.*, §6.

¹²⁰ *Ibid.*, §11.

§II. Les difficultés opérationnelles relatives à la qualification d'autorité contractante

Les *directives de 2014* n'ont pas apporté l'ensemble des clarifications nécessaires à la définition des autorités contractantes (A.), et ont même créé de nouvelles incertitudes (B.).

A. Les ambiguïtés résiduelles

Des questions, antérieures aux *directives de 2014*, demeurent en suspens quant à l'identification – et donc à la qualification – des autorités contractantes. Elles ont trait aussi bien aux pouvoirs adjudicateurs qu'aux entités adjudicatrices ainsi qu'aux entités susceptibles de recevoir ces deux qualifications (c'est-à-dire les centrales d'achat).

En ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs, l'une des catégories cristallise la majorité des questions : celle d'organisme de droit public au sens du droit de l'UE¹²¹.

Une première difficulté repose sur la nature autonome de cette notion, qui conduit à des définitions ou termes européens distincts de ceux retenus dans les droits nationaux. L'exemple français est à cet égard emblématique : le Code de la commande publique remplace l'expression européenne d'« *organisme de droit public* » par celle de « *personnes morales de droit privé* »¹²² « *en situation de dépendance* »¹²³ à l'égard d'un pouvoir adjudicateur¹²⁴. Ceci s'explique par le fait que la notion d'organisme de droit public recouvre une autre acception en droit français, suscitant ainsi des confusions. La Direction des affaires juridiques du ministère français de l'Économie souligne en ce sens que « *la notion européenne d'organisme de droit public n'est pas facile à appréhender [car] [...] [e]n droit français, cette notion est de nature organique et désigne tous les organismes soumis à un statut de droit public (ex : État, collectivités locales, établissements publics locaux)* »¹²⁵. À l'inverse, la notion européenne d'organisme de droit public recouvre également des entités privées et repose uniquement sur

¹²¹ Voy. par exemple à ce sujet : A. Sanchez-Graells, « Article 2. Definitions », in Caranta (R.) and Sanchez-Graells (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 21, §2.05.

¹²² Article L. 1211-1 du Code de la commande publique.

¹²³ Voy. par exemple pour l'emploi de cette expression : M. Ubaud-Bergeron, « Pouvoirs adjudicateurs », *op. cit.*, §3.2.

¹²⁴ Le Code de la commande publique n'emploie pas le terme de dépendance mais prévoit, comme les *directives de 2014*, trois hypothèses dans lesquelles l'emprise exercée par le pouvoir adjudicateur conduit à la qualification de pouvoir adjudicateur.

¹²⁵ Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2017-2019*, Février 2022, p. 11.

une forme d'emprise d'un pouvoir adjudicateur à leur égard¹²⁶. La divergence qui en résulte est accentuée par un autre élément : l'absence d'homogénéité de la notion d'organisme de droit public au sein du droit de l'UE. Il s'avère en effet que d'autres instruments du droit dérivé de l'UE, étrangers au droit de la commande publique, emploient cette notion, mais lui attribuent une autre définition¹²⁷. Il s'ensuit que l'identification du sens de la notion d'organisme de droit public n'est pas aisée¹²⁸.

Deux difficultés supplémentaires peuvent être décelées et ont trait, cette fois, aux conditions à réunir pour caractériser un organisme de droit public (au sens du droit de l'UE) et ainsi retenir la qualification de pouvoir adjudicateur. Les *directives de 2014* n'innovent pas quant à ces conditions, mais n'ont pas, pour autant, apporté des précisions importantes. Trois conditions cumulatives sont ainsi exigées. La première tient au fait que l'organisme doit avoir « *été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* »¹²⁹. La deuxième condition implique que cet organisme soit « *doté de la personnalité juridique* »¹³⁰. La troisième et dernière condition repose sur des critères alternatifs : « *soit il [l'organisme] est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public* »¹³¹.

¹²⁶ Ceci explique d'ailleurs que la CJUE indique que la qualification d'organisme de droit public n'est pas systématiquement exclue en présence d'une société privée :

« 57. Eu égard à ces considérations, l'on ne saurait interpréter la notion d' "organisme de droit public" employée à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, des directives 92/50, 93/36 et 93/37 en ce sens qu'il serait loisible aux États membres d'exclure d'emblée les sociétés commerciales sous contrôle public du champ d'application personnel de ces directives et, partant, de la directive 89/665.

58. Par ailleurs, il ne saurait être soutenu que cette conclusion revient à méconnaître le caractère industriel ou commercial des besoins d'intérêt général dont ces sociétés assurent la satisfaction, puisque cet élément est nécessairement pris en considération aux fins de déterminer si l'entité concernée répond ou non à la condition énoncée à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, des directives 92/50, 93/36 et 93/37 » (CJCE, 15 mai 2003, *Commission c. Royaume d'Espagne*, aff. C-214/00, §§57-58).

¹²⁷ Voy. à ce sujet : A. Sanchez-Graells, « Article 2. Définitions », *op. cit.*, p. 24, §2.14.

¹²⁸ Sur la définition de l'organisme de droit public, voy. : D. Kelesidis, *Recherche comparative sur la notion de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice*, Thèse, Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, 2017, pp. 156-174 et pp. 257-331.

¹²⁹ Dir. 2014/23/UE, art. 6 §4 a) ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 4) a) ; Dir. 2014/25/UE, art. 3 §4 a).

¹³⁰ Dir. 2014/23/UE, art. 6 §4 b) ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 4) b) ; Dir. 2014/25/UE, art. 3 §4 b).

Cette condition ne semble pas susciter de difficultés en pratique : Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, « Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices », Fiche technique, mise à jour du 16/04/2019, p. 6.

¹³¹ Dir. 2014/23/UE, art. 6 §4 c) ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 4) c) ; Dir. 2014/25/UE, art. 3 §4 c).

La première condition manque de clarté, faute de définition des « *besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* ». Plusieurs questions émergent à la lecture de cette condition, et peuvent être résumées en une interrogation générale : quels éléments doivent être pris en compte pour caractériser de tels besoins ? Or, à l'instar des *directives précédentes de 2004*, celles de 2014 ne codifient pas la jurisprudence européenne qui a apporté certaines précisions sur cette condition. La CJCE a établi, dès 2003, la nature autonome de cette notion pour en déduire une appréciation casuistique fondée sur la « *situation juridique et factuelle de cet organisme* »¹³². Elle a également rappelé, dans le même arrêt, que « *constituent en général des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial [...] des besoins qui, d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* »¹³³. Il aurait paru opportun que les *directives de 2014 a minima* codifient cette jurisprudence, voire apportent des précisions supplémentaires pour faciliter la qualification d'organisme de droit public (au sens du droit de l'UE). Certaines de ces précisions supplémentaires sont apparues postérieurement aux *directives de 2014*, et pourraient donc être codifiées par les éventuelles nouvelles directives européennes. La doctrine¹³⁴ met ainsi en exergue les indications précieuses apportées par la CJUE en 2017 quant aux indices guidant la qualification de besoins d'intérêt général de nature autre qu'industriel ou commercial¹³⁵, indices qui ont pu être repris par des juridictions nationales¹³⁶.

La troisième et dernière condition est également susceptible de créer des difficultés. L'un des critères alternatifs pour remplir cette condition demeure particulièrement ambigu, faute, à nouveau, de définition : le critère du contrôle de gestion par un pouvoir adjudicateur¹³⁷. Ceci peut s'expliquer, contrairement à la condition précédemment analysée, par l'absence d'apport majeur de la jurisprudence européenne avant l'adoption des *directives de 2014*.

¹³² CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH contre Bestattung Wien GmbH*, préc., §45.

¹³³ *Ibid.*, §50.

¹³⁴ A. SANCHEZ-GRAELLS, « Article 2. Définitions », *op. cit.*, p. 23, §2.13.

¹³⁵ Ces indices sont « *les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce les activités visant à satisfaire des besoins d'intérêt général, y compris, notamment, l'absence de concurrence sur le marché, l'absence de poursuite d'un but lucratif, l'absence de prise en charge des risques liés à ces activités ainsi que le financement public éventuel des activités en cause* » (CJUE, 6 octobre 2017, « *LitSpecMet* » *UAB contre « Vilniaus lokomotyvų remonto depas » UAB*, aff. C-567/15, §42).

¹³⁶ Cela a par exemple été le cas en France de la Cour de discipline budgétaire et financière (qui a été supprimée le 1^{er} janvier 2023) : C. Devès, « Société d'économie mixte et pouvoir adjudicateur : mode d'emploi. À propos de l'arrêt TERACTION : CDBF du 3 décembre 2021 », *JCP Adm.* 2022, p. 2133.

¹³⁷ Un autre critère alternatif – celui du financement – peut générer des questions, mais la jurisprudence européenne a apporté d'importantes précisions à partir de 2000. Voy. par exemple à ce sujet : A. Sanchez-Graells, « Article 2. Définitions », *op. cit.*, p. 25, §2.17-2.18.

Comme le souligne la doctrine, certains types de contrôles – les contrôles *a priori* et ceux *a posteriori* – avaient déjà été qualifiés par la Cour de Luxembourg, mais sans qu’une liste d’indices réellement opérationnelle n’émerge, du moins jusqu’en 2021¹³⁸. Dans l’arrêt *FIGC* du 3 février 2021¹³⁹, la CJUE a identifié des indices « *de manière didactique et opérationnelle : la reconnaissance préalable de l’organisme par le pouvoir adjudicateur ; le pouvoir d’édition de normes par le pouvoir adjudicateur à l’égard de l’organisme ; l’approbation des statuts de l’organisme par le pouvoir adjudicateur ; les prérogatives financières du pouvoir adjudicateur sur l’organisme ; le pouvoir de nomination au sein de l’organisme de représentants du pouvoir adjudicateur ; le contrôle du bon fonctionnement de l’organisme par le pouvoir adjudicateur* »¹⁴⁰. Ces éléments semblent d’ailleurs cohérents avec de récentes jurisprudences nationales, dont un arrêt du Conseil d’État rejetant la qualification de pouvoir adjudicateur en raison de l’insuffisance du contrôle exercé par un pouvoir adjudicateur à l’égard d’organismes sociaux et médico-sociaux. Le juge administratif a constaté à leur égard l’existence d’un simple « *contrôle de régularité* », et non d’un « *contrôle actif de leur gestion permettant aux autorités publiques d’influencer leurs décisions en matière d’attribution de marchés* »¹⁴¹. La doctrine nuance toutefois la portée des précisions jurisprudentielles européennes : puisqu’il ne s’agit que d’un faisceau d’indices, la caractérisation du contrôle de gestion demeure casuistique et ne sera pas nécessairement uniforme ou pleinement cohérente¹⁴². L’ajout de ces éléments dans les éventuelles nouvelles directives européennes serait toutefois judicieux, afin de préciser le critère du contrôle de gestion.

Une autre catégorie de pouvoirs adjudicateurs est également susceptible de susciter des difficultés, faute de précision apportée par les directives : celle des « *associations formées par une ou plusieurs de ces autorités [autorités régionales ou locales] ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public* »¹⁴³. Les *directives de 2014* maintiennent cette catégorie¹⁴⁴, sans apporter de précision supplémentaire. Pourtant, plusieurs questions émergent à la lecture des directives : ces associations doivent-elles prendre une forme précise, ou être formées dans un

¹³⁸ C. Chamard-Heim, « Le difficile maniement du critère du contrôle de la gestion d’une personne privée par un pouvoir adjudicateur », *CMP* févr. 2024, repère 2.

¹³⁹ CJUE, 3 février 2021, *Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) et Consorzio Ge.Se.Av. S. c. arl contre De Vellis Servizi Globali Srl*, aff. jointes C-155/19 et C-156/19, §§59-72.

¹⁴⁰ C. Chamard-Heim, « Le difficile maniement du critère du contrôle de la gestion d’une personne privée par un pouvoir adjudicateur », *op. cit.*, repère 2.

¹⁴¹ CE, 11 avril 2024, *Région Nouvelle-Aquitaine*, n° 489440, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

¹⁴² C. Chamard-Heim, « Le difficile maniement du critère du contrôle de la gestion d’une personne privée par un pouvoir adjudicateur », *op. cit.*, repère 2.

¹⁴³ Dir. 2014/23/UE, art. 6 §1 ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 1 ; Dir. 2014/25/UE, art. 3 §1.

¹⁴⁴ Cette catégorie de pouvoirs adjudicateurs existait dans les *directives de 2004* : Dir. 2004/18/CE, art. premier §9 ; Dir. 2004/17/CE, art. 2 §1 a).

but précis ? Doivent-elles répondre à des règles de fonctionnement révélant un certain degré de dépendance vis-à-vis des pouvoirs adjudicateurs les ayant créées ? Si oui, lesquels ? Le mutisme des *directives de 2014* à l'égard de cette catégorie de pouvoirs adjudicateurs maintient ainsi des incertitudes, et est susceptible de créer des divergences entre les droits nationaux des États membres. Il est par exemple possible de s'interroger sur la conformité au droit de l'UE du droit français, qui évoque « [l]es organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun »¹⁴⁵. Le droit français restreint ainsi cette catégorie de pouvoirs adjudicateurs, par l'exigence d'un but aux associations ainsi formées (celui de « réaliser certaines activités en commun »), sans pour autant indiquer les éléments permettant de caractériser un tel but.

Les ambiguïtés relatives à la définition des entités adjudicatrices ont des causes similaires à celles constatées pour les pouvoirs adjudicateurs : l'absence de définition de notions essentielles à la qualification, malgré les apports jurisprudentiels dans certains cas de figure. Deux exemples particulièrement révélateurs peuvent être mobilisés dans ce cadre.

Le premier tient à la notion d'activité d'opérateur de réseaux, qui est l'une des deux conditions cumulatives de la qualification d'entité adjudicatrice (l'autre condition tenant au statut). Cette activité peut résulter de la mise à disposition ou de l'exploitation de réseaux¹⁴⁶. Ces deux notions ne sont pas définies alors que des difficultés apparaissaient déjà à leur égard dans la précédente directive¹⁴⁷, générant ainsi de l'incertitude : comment distinguer la mise à disposition de l'exploitation ? La délégation de la gestion de réseaux constitue-t-elle une mise à disposition ? Si ce n'est pas le cas, comment retenir la qualification d'entité adjudicatrice en ce qui concerne les concessions ? La doctrine a ainsi relevé que ces notions interpellent en pratique, même si quelques éléments de réponse peuvent être trouvés au sein de la jurisprudence¹⁴⁸. La jurisprudence européenne relative à ces notions est relativement rare et porte principalement sur la distinction entre exploitation et mise à disposition de réseaux. Il a par exemple été précisé, postérieurement aux directives, qu'en ce qui concerne le réseau ferroviaire, l'exploitation désigne l'utilisation du réseau alors que la mise à disposition renvoie

¹⁴⁵ Article L. 1211-1 3° du Code de la commande publique.

¹⁴⁶ Ceci résulte de plusieurs dispositions selon le secteur concerné (gaz et chaleur, électricité, eau, transports, ports et aéroports – étant entendu que seule l'exploitation est prévue pour les ports et aéroports) : Dir. 2014/25/UE, art. 8 § 1 a) ; art. 9 § 1 a) ; art. 10 § 1 a) ; art. 11 al. 1^{er} ; art. 12.

¹⁴⁷ Dir. 2004/17/CE, art. 3 § 1 a) (gaz, chaleur et électricité), art. 4 § 1 a) (eau), et art. 5 § 1 (services de transport).

¹⁴⁸ P. Peyret, « Notion d'entité adjudicatrice », *JCI Contrats et Marchés Publics*, fasc. 43, mise à jour au 03/02/2021, §21.

L'auteur souligne que la jurisprudence française est plus prolifique quant à ces notions, mais que des interrogations demeurent.

à sa gestion¹⁴⁹. Ces notions demeurent toutefois ambiguës, et devraient ainsi être précisées ou supprimées.

Le second exemple est la notion d'entreprise publique, qui renvoie à la seconde condition pour la qualification d'entité adjudicatrice (condition qui est remplie si l'organisme considéré est un pouvoir adjudicateur, une entreprise publique, ou un organisme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs). La qualification d'entreprise publique semble entravée par deux éléments principaux. Le premier tient, à l'instar de l'organisme de droit public, au fait que la notion d'entreprise publique ne dispose pas d'une définition unique dans l'ensemble des instruments du droit de l'UE¹⁵⁰. Le second élément repose sur l'absence de définition d'un élément clé de l'entreprise publique : celui de l'influence dominante. Pour être qualifiée d'entreprise publique, une entreprise doit se trouver sous l'influence dominante directe ou indirecte de pouvoirs adjudicateurs. Les *directives de 2014* se contentent de reprendre les éléments des directives précédentes, sans apporter de précisions qui auraient été opportunes. Ainsi, l'influence dominante doit résulter « *de la propriété de cette entreprise, de la participation qu'ils [les pouvoirs adjudicateurs] y détiennent ou des règles qui la régissent* »¹⁵¹. Il est précisé qu'il existe une présomption réfragable d'influence dominante « *lorsque ces pouvoirs, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise : a) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ; b) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises de l'entreprise ; c) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise* »¹⁵². Compte tenu de l'ensemble de ces éléments apportés par les directives, il pourrait sembler surprenant que des difficultés importantes demeurent en pratique et que la notion d'influence dominante soit considérée comme ambiguë. Pourtant, cette notion « *est source de difficultés puisque juridiquement elle ne renvoie qu'imparfaitement aux catégories du droit français : elle peut recouvrir des sociétés dont les capitaux sont majoritairement ou exclusivement publics, ce qui n'altère pas leur statut de sociétés commerciales. Pourront être rangées dans cette catégorie des sociétés comme Aéroports de Paris, La Poste, GRDF, et également certaines sociétés d'économie mixte locales* »¹⁵³. Les *directives de 2014* se contentent ainsi de reprendre les éléments des directives précédentes¹⁵⁴, sans apporter de précisions qui auraient été opportunes.

¹⁴⁹ P. Peyret, « Notion d'entité adjudicatrice », *op. cit.*, §21.

¹⁵⁰ Voy. par exemple à ce sujet : *ibid.*, §8.

¹⁵¹ Dir. 2014/23/UE, art. 7 §4 ; Dir. 2014/25/UE, art. 4 §2.

¹⁵² Dir. 2014/23/UE, art. 7 §4 ; Dir. 2014/25/UE, art. 4 §2.

¹⁵³ M. Ubaud-Bergeron, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *op. cit.*, p. 221.

¹⁵⁴ Dir. 2004/17/CE, art. 2 §1 b).

Une troisième catégorie d'ambiguïtés peut être soulignée et concerne cette fois une entité susceptible de constituer un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice : la centrale d'achat. Malgré les apports, déjà mentionnés, des directives à leur égard, il n'existe toujours pas de réelle définition des centrales d'achat. Seules leurs missions sont identifiées, ce qui ne permet pas de recourir à des critères clairs et uniformes pour qualifier une entité de centrale d'achat¹⁵⁵. Cette difficulté est renforcée par la rareté potentielle, au niveau national, de textes reconnaissant la qualification de centrale d'achat à des entités – comme l'illustre l'exemple français¹⁵⁶.

Le maintien du silence des *directives en 2014* quant à certaines notions ambiguës s'accompagne de nouvelles incertitudes, les deux (silence maintenu et nouvelles incertitudes) pouvant même être liés. Par exemple, la difficulté résiduelle liée à l'absence de définition de l'État rejoint une autre question, nouvelle cette fois, car issue d'un ajout dans la *directive Marchés de 2014*¹⁵⁷ : celle de savoir si les autorités publiques centrales font nécessairement partie du même pouvoir adjudicateur que l'État¹⁵⁸.

B. Les nouvelles ambiguïtés

Les principales incertitudes créées par les *directives de 2014* – et non « héritées » des précédentes directives – résultent de nouvelles formulations ou d'ajouts.

Il en est ainsi d'un organisme susceptible d'être qualifié d'entité adjudicatrice : les entités disposant de droits spéciaux ou exclusifs (sous réserve qu'elles exercent une activité de réseau). Une formulation retenue dans la *nouvelle directive dédiée aux secteurs spéciaux* interpelle : celle selon laquelle les entités ne sont pas titulaires de droits exclusifs ou spéciaux si ces droits ont été octroyés « *au moyen d'une procédure ayant fait l'objet d'une publicité appropriée et selon des critères objectifs* »¹⁵⁹. Ces termes semblent rejeter la nature spéciale ou exclusive de tels droits en toutes circonstances, plutôt que de les exclure du champ d'application

¹⁵⁵ Voy. par exemple à ce sujet : Y. Simonnet, « Centrales d'achat, en quête de précisions », *CMP* oct. 2015, dossier 7.

¹⁵⁶ La doctrine a pu souligner que la reconnaissance réglementaire de la qualification de centrale d'achat n'a été employée en France que pour deux cas de figure : l'UGAP et l'Économat des armées (*idem*).

¹⁵⁷ La précédente directive sur les marchés n'indiquait pas que les autorités publiques centrales constituent des pouvoirs adjudicateurs.

¹⁵⁸ Les autorités publiques centrales sont qualifiées de pouvoirs adjudicateurs par la directive marchés (Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 2)).

Sur les questions liées à l'absence de définition de l'État et à la possibilité que les autorités publiques centrales constituent des pouvoirs adjudicateurs distincts de l'État, voy. : S. Hötte, « The state as contracting authority - one whole or a cluster of smaller contracting authorities? », *PPLR* 2019, n° 2, pp. 27-41.

¹⁵⁹ Dir. 2014/25/UE, art. 4 §3 al. 2.

de la directive. Ces entités étant pourtant titulaires de droits exclusifs ou spéciaux, il serait préférable de retenir une autre formulation indiquant qu'elles sont exclues de la notion d'entité adjudicatrice dans ce cas de figure – et donc du champ d'application de la directive. C'est d'ailleurs le choix qui fut fait pour *l'actuelle directive dédiée aux concessions*¹⁶⁰. Il aurait également été possible de reprendre les termes de la *précédente directive dédiée aux secteurs spéciaux*, selon laquelle il s'agit de « *droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 3 à 7 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité* »¹⁶¹.

Par comparaison, les missions des centrales d'achat semblent révéler l'ambiguïté résultant non pas de nouvelles formulations, mais plutôt d'un ajout. Les *directives de 2014* semblent reconnaître une troisième mission des centrales d'achat, complétant ainsi les deux missions traditionnelles déjà mentionnées des centrales d'achat – celles de grossistes et d'intermédiaires. Les *directives de 2014* précisent en effet que « [c]es marchés publics de services [attribués à une centrale d'achat pour la fourniture d'activités d'achat centralisées] peuvent également comprendre la fourniture d'activités d'achat auxiliaires »¹⁶². Or, ces activités d'achat auxiliaires ne sont pas réellement définies ni intégralement délimitées. Les directives indiquent que ces activités « *consistent à fournir un appui aux activités d'achat* », et donnent des exemples, mais ces derniers ne sont pas exhaustifs¹⁶³.

Il existe ainsi, malgré ou à cause des *directives de 2014*, des entraves à la qualification d'autorités contractantes en pratique. Plus encore, la distinction entre les deux catégories d'autorités contractantes – que sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices – perd en clarté à l'aune de ces directives.

¹⁶⁰ La formulation retenue dans la directive dédiée aux concessions diffère et s'avère ainsi moins empreinte d'ambiguïté : « [L]es entités auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs ont été octroyés au moyen d'une procédure ayant fait l'objet d'une publicité appropriée et selon des critères objectifs ne constituent pas des "entités adjudicatrices" au sens du paragraphe 1, point c) » (Dir. 2014/23/UE, art. 7 §2).

¹⁶¹ Dir. 2004/17/CE, art. 2 §3.

¹⁶² Dir. 2014/24/UE, art. 37 §4 al. 2 ; Dir. 2014/25/UE, art. 55 §4 al. 2.

¹⁶³ « notamment sous les formes suivantes :

- a) *infrastructures techniques permettant aux pouvoirs adjudicateurs de passer des marchés publics ou de conclure des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services ;*
- b) *conseil sur le déroulement ou la conception des procédures de passation de marchés publics ;*
- c) *préparation et gestion des procédures de passation de marché au nom du pouvoir adjudicateur concerné et pour son compte [nous soulignons] »* (Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 15) ; Dir. 2014/25/UE, art. 2 §11).

§III. Les difficultés opérationnelles relatives à la catégorisation des autorités contractantes : la distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices

Certaines difficultés relatives à la qualification de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice peuvent conduire à brouiller la frontière entre ces deux catégories. En effet, deux difficultés déjà évoquées au regard de la qualification d'autorité contractante présentent de telles similitudes qu'elles conduisent à s'interroger sur la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice – à savoir, les difficultés d'identification des organismes de droit public (au sens du droit de l'UE) et d'entreprise publique.

En premier lieu, elles constituent toutes deux des notions autonomes du droit de l'UE (ne correspondant pas nécessairement aux notions des droits nationaux), et sont en outre définies différemment selon les instruments du droit de l'UE concerné. En second lieu, il s'agit dans les deux cas de figure d'organismes disposant de leur propre personnalité juridique, mais à l'égard desquels les pouvoirs adjudicateurs exercent une emprise. Il serait donc possible qu'une entité constitue à la fois une entreprise publique et un organisme de droit public (au sens du droit de l'UE).

L'organisme de droit public (au sens du droit de l'UE) et l'entreprise publique constituent ainsi des notions très similaires et donnant lieu aux mêmes difficultés. Pourtant, l'enjeu de la distinction n'est pas négligeable. Dans le premier cas (organisme de droit public), le droit applicable sera potentiellement strict avec l'application de la directive dédiée aux marchés – sauf si l'organisme de droit public exerce une activité d'opérateur de réseaux (auquel cas, il sera qualifié d'entité adjudicatrice et bénéficiera d'un droit spécial). Dans le second cas (entreprise publique), seul le droit applicable aux secteurs spéciaux pourrait être applicable (sous réserve, à nouveau de l'exercice d'une activité de réseau). Les règles européennes potentiellement applicables aux entreprises publiques seront donc bien plus souples.

Ceci conduit naturellement à interroger l'opportunité de maintenir deux catégories distinctes, mais possédant autant de similitudes et susceptibles de conduire à des chevauchements, tout du moins en l'absence de critère prioritaire permettant de retenir une seule des deux qualifications.

THÉMATIQUE N° 3 : LES CONTRATS EXCLUS

Le champ d'application *ratione materiae* des directives repose notamment¹⁶⁴ sur les contrats exclus de leur champ d'application. Dans la mesure où ils pourraient, de prime abord, correspondre à la définition des contrats inclus dans le champ d'application, leur exclusion expresse et les conditions de cette exclusion sont indispensables. L'absence de disposition relative à leur exclusion pourrait en effet laisser penser que ces contrats sont régis par les directives, et sont ainsi soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Malgré le grand nombre et la diversité des contrats exclus du champ d'application des *directives de 2014*¹⁶⁵, le présent rapport s'intéresse particulièrement à une catégorie d'exclusions : celle des contrats « *entre entités appartenant au secteur public* »¹⁶⁶. L'exclusion de ces contrats revêt un intérêt particulier dans le cadre de la présente analyse pour deux raisons principales. La première tient au fait que les *directives de 2014* constituent un apport essentiel et inédit à l'égard de cette catégorie d'exclusions. La seconde raison repose sur l'étendue des difficultés suscitées en pratique¹⁶⁷ par l'exclusion des contrats « *entre entités appartenant au secteur public* ». Cette catégorie de contrats dispose ainsi d'une importance singulière pour dresser le bilan et analyser l'éventuelle réforme des *directives de 2014* concernant les exclusions.

Bien qu'analysés au sein d'une seule disposition¹⁶⁸, les contrats « *entre entités appartenant au secteur public* » regroupent deux exclusions distinctes¹⁶⁹ : les contrats *in house*

¹⁶⁴ La définition des contrats régis par les directives, également analysée dans le présent rapport, constitue l'autre pan du champ d'application *ratione materiae* des directives (cf. *supra*, Axe 1, Thématique n° 1).

¹⁶⁵ Les exclusions du champ d'application des obligations de publicité et de mise en concurrence sont fortement hétérogènes et peuvent être classées en plusieurs catégories. À titre d'exemple, la doctrine française a pu distinguer les exclusions en droit français (transposant le droit européen) selon qu'elles relèvent des marchés ou des concessions (bien que de nombreuses exclusions soient communes aux deux catégories de contrats) ou selon la nature du motif d'exclusion (motif « matériel » ou fondé sur « l'objet du contrat », par opposition au motif « organique » ou dû aux « relations entre les parties »). Pour ces exemples de classifications, voy. : G. Clamour, « Les marchés exclus », *CMP* oct. 2015, dossier 3 ; J. Martin, « Les contrats de concessions exclus », *CMP* mars 2016, dossier 3.

¹⁶⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 12.

La directive dédiée aux concessions emploie une formule similaire : celle d'« entités dans le secteur public » (Dir. 2014/23/UE, art. 17).

¹⁶⁷ Concernant les difficultés de mise en œuvre de ces exclusions, voy. par exemple : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », in Caranta (R.) and Sanchez-Graells (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 130, §12.08.

¹⁶⁸ Dir. 2014/23/UE, art. 17 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12.

¹⁶⁹ Il convient de souligner que certains auteurs affirment qu'il existe trois exclusions et non deux – le *in house*, la coopération verticale institutionnalisée, et la coopération horizontale non institutionnalisée. Voy. par exemple :

(également dits contrats de coopération verticale¹⁷⁰) et les contrats relatifs à la coopération entre autorités contractantes (également qualifiés de coopération horizontale non institutionnalisée¹⁷¹). Leur soumission à une même disposition au sein des directives résulte probablement de leurs points communs. En effet, le motif « général » d'exclusion de ces deux catégories de contrats semble identique et apparaît explicitement dans les *directives de 2014*. Il s'agit de la liberté reconnue aux États membres quant aux modalités d'exécution ou de gestion de leurs besoins et, corrélativement, de l'absence d'obligation d'externalisation de ces prestations¹⁷². Les autorités des États membres peuvent ainsi assurer elles-mêmes ces prestations, soit directement par une coopération entre elles, soit indirectement par une entité qu'elles contrôlent (*in house*).

Ceci se décline toutefois en raisons légèrement différentes pour les deux catégories d'exclusion. Les contrats *in house* ne sont pas soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence faute d'autonomie entre les deux parties contractantes, l'une contrôlant l'autre. Ceci conduit même une partie de la doctrine à rejeter la qualification de contrat à leur égard (le

F. Brenet, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 848.

¹⁷⁰ Voy. par exemple : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, p. 129, §12.04 ; G. Clamour, « Les marchés exclus », *op. cit.* ; F. Brenet, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *op. cit.*, p. 848.

¹⁷¹ Voy. par exemple : F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 14/03/2019, §3 ; G. Clamour, « Les marchés exclus », *op. cit.* ; F. Brenet, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *op. cit.*, p. 848.

¹⁷² Bien que les dispositions ne soient pas identiques, le considérant 5 de la directive dédiée aux marchés et le considérant 5 de celle relative aux concessions affirment la même idée :

« La présente directive reconnaît et réaffirme le droit des États membres et des pouvoirs publics de décider du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour exécuter des travaux et fournir des services. En particulier, la présente directive ne devrait en aucune manière nuire à la liberté des États membres et des pouvoirs publics de réaliser directement des travaux ou de fournir directement des services au public ou d'externaliser ces prestations en les déléguant à des tiers. Les États membres ou les pouvoirs publics devraient garder la liberté de définir et de préciser les caractéristiques des services à fournir, et notamment les conditions relatives à leur qualité ou à leur prix, conformément au droit de l'Union, afin de pouvoir poursuivre leurs objectifs de politique publique » (Dir. 2014/23/UE, cons. 5).

« Il convient de rappeler que rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public au sens de la présente directive. La prestation de services fondés sur la législation, la réglementation ou des contrats d'emploi ne devrait pas être concernée. Dans certains États membres, cela pourrait par exemple être le cas pour certains services administratifs et publics, tels que les services exécutifs et législatifs, ou la fourniture de certains services à la population, tels que des services en matière d'affaires étrangères ou de justice ou des services de sécurité sociale obligatoire » (Dir. 2014/24/UE, cons. 5).

La liberté des États membres d'assurer eux-mêmes les prestations dont ils ont besoin sans externalisation a été expressément associée à l'exclusion de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs par la jurisprudence européenne (par exemple : CJCE, *Stadt Halle et RPL Lochau*, 11 janvier 2005, aff. C-26/03 §48 ; CJUE, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, 9 juin 2009, aff. C-480/06, §45 ; CJUE, *Irgita*, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, §§44-45). Voy. à ce sujet : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, pp. 139-140, §12.53.

critère du contrat tenant à l'existence de deux personnes distinctes n'étant pas rempli)¹⁷³, d'autres considérant simplement que les relations entre les parties contractantes « *sont si étroites que l'on peut considérer qu'il n'est pas nécessaire de soumettre leur accord à la réglementation des marchés publics [et des concessions]* »¹⁷⁴. La seconde exclusion – les contrats portant sur la coopération entre autorités contractantes – se justifie en revanche par l'objet du contrat plutôt que par l'autonomie des parties. Il est ainsi souligné que, contrairement un contrat « classique » de la commande publique, un tel contrat « *s'apparente [...] davantage à une modalité d'organisation administrative qu'à un accord de volontés destiné à satisfaire les besoins des parties* »¹⁷⁵.

L'apport des directives à l'égard de ces deux contrats exclus s'avère en revanche similaire. Les *directives de 2014* rompent le silence des textes européens antérieurs à leur égard, en reconnaissant expressément l'existence et les conditions de ces exclusions (§I.). Le bilan de cette codification n'est toutefois pas intégralement positif (§II.), conduisant ainsi à nuancer les avancées et à envisager des améliorations susceptibles d'être apportées par de futures directives.

§I. La codification de l'exclusion des contrats entre entités du secteur public

Les *directives de 2014* reposent en grande partie sur la codification de la jurisprudence européenne antérieure, qui avait déjà reconnu l'exclusion des contrats *in house* (A.) et des contrats portant sur la coopération entre autorités contractantes (B.).

A. Les contrats *in house*

Depuis la reconnaissance des contrats *in house* par l'arrêt *Teckal*¹⁷⁶, la jurisprudence européenne a progressivement identifié les conditions à retenir pour retenir cette qualification. Les directives maintiennent ainsi les trois critères cumulatifs des contrats *in house* : le contrôle exercé sur la personne morale auquel le contrat est attribué (1.), l'objet de la majorité des

¹⁷³ Voy. par exemple : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, pp. 131-133, §§12.18-12.24.

Cette conception est fondée sur la jurisprudence européenne antérieure aux *directives de 2014* : C. Ginter and K. Härginen, « In-house transactions: lost in translation? », *PPLR* 2020, n° 3, pp. 117-130.

¹⁷⁴ F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ CJCE, *Teckal*, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, §§50-51.

activités de cette personne morale (2.), et l'absence d'influence décisive de tiers sur cette personne morale faute de participation directe de capitaux privés (3.)¹⁷⁷.

1. Le critère du contrôle

Ce critère semble être celui présentant le degré le plus important de continuité avec la jurisprudence européenne antérieure aux *directives de 2014*.

Les directives confirment en effet trois éléments essentiels : l'auteur du contrôle, à l'inverse la personne soumise à ce contrôle, et le degré de contrôle nécessaire. Le contrôle doit ainsi être exercé par une ou plusieurs autorités contractantes¹⁷⁸ sur une personne morale et ce contrôle doit être analogue à celui exercé par la ou les autorité(s) contractante(s) sur ses ou leurs propres services¹⁷⁹.

Les éléments d'analyse du degré de contrôle – afin de déterminer si celui-ci est suffisant – sont également précisés dans les directives et issus de la jurisprudence européenne¹⁸⁰ : une autorité contractante « *est réputé[e] exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'[elle] exerce sur ses propres services, au sens du premier alinéa, point a), s[i] elle exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée* »¹⁸¹.

L'apport des *directives de 2014* à l'égard du critère du contrôle tient principalement, au-delà de la codification, à la confirmation de l'inclusion du contrôle conjoint. En effet, les

¹⁷⁷ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §1 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §1.

¹⁷⁸ Contrairement à la directive relative aux marchés hors secteurs spéciaux, la directive dédiée aux concessions inclut l'ensemble des autorités contractantes, c'est-à-dire aussi bien les pouvoirs adjudicateurs que les entités adjudicatrices.

¹⁷⁹ « [L]e pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » (Dir. 2014/24/UE, art. 12 §1 a)).

« [L]e pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il ou elle exerce sur ses propres services » (Dir. 2014/23/UE, art.17 §1 a)).

Ceci était énoncé dès l'arrêt *Teckal*, même s'il était question non pas d'autorité contractante mais de collectivité territoriale et que l'hypothèse du contrôle par plusieurs collectivités n'était pas envisagée : « [à] cet égard, conformément à l'article 1, sous a), de la directive 93/36, il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » (CJCE, *Teckal*, préc., §50).

¹⁸⁰ CJCE, *Parking Brixen*, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, §65.

¹⁸¹ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §1 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §1.

directives de 2014 envisagent expressément l'hypothèse d'un contrôle exercé par plusieurs autorités contractantes tel qu'amorcé par la jurisprudence antérieure¹⁸².

La doctrine¹⁸³ a également pu souligner que les directives énoncent clairement plusieurs hypothèses de contrats *in house*, avec le contrôle descendant ou le contrôle ascendant (également dit inversé). Dans la première hypothèse (contrôle descendant), la personne morale à laquelle le contrat est attribué n'est pas contrôlée par une autorité contractante directement, mais est contrôlée par une autre personne morale elle-même contrôlée par une autorité contractante¹⁸⁴. Dans la seconde hypothèse (contrôle ascendant), le contrat est cette fois attribué par la personne morale contrôlée soit à l'autorité contractante exerçant le contrôle, soit à une autre personne morale également contrôlée par la même autorité contractante¹⁸⁵. Cette seconde hypothèse (contrôle ascendant) impose en revanche que la personne morale contrôlée soit également une autorité contractante pour pouvoir attribuer le contrat¹⁸⁶.

L'élargissement ainsi opéré du critère du contrôle analogue s'accompagne à l'inverse d'un encadrement du critère de l'activité.

2. Le critère de l'activité

Les *directives de 2014* maintiennent le critère de l'activité, mais adoptent une approche chiffrée contrairement à la jurisprudence antérieure¹⁸⁷. En effet, le juge de Luxembourg indiquait traditionnellement que la qualification de contrat *in house* nécessitait que la personne morale contrôlée par une autorité contractante « réalise l'essentiel de son activité avec la ou les [autorités contractantes] qui la [contrôlent] »¹⁸⁸.

¹⁸² La CJUE avait déjà eu l'occasion d'affirmer explicitement à plusieurs reprises que ce contrôle peut être exercé par plusieurs personnes (CJCE, *Carbotermo et Consorzio Alisei*, 11 mai 2006, aff. C-340/04, §69 ; CJCE, *Coditel Brabant*, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, §50 ; CJUE, *Econord*, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, §16).

Concernant la continuité entre ces arrêts et les directives au regard du contrôle conjoint, voy. par exemple : J. Wiggen, « Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector », *PPLR* 2014, n° 3, pp. 83-93 ; F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.1.

¹⁸³ Voy. par exemple : F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.4 ; J. Wiggen, « Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector », *op. cit.*, pp. 83-93.

¹⁸⁴ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §1 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §1.

¹⁸⁵ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §2 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §2.

¹⁸⁶ F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.4.2.

¹⁸⁷ F. Brenet, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *op. cit.*, p. 848 ; F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.2 et §1.4.

¹⁸⁸ CJCE, *Teckal*, préc., §50.

Les *directives de 2014* innovent en indiquant une quantité précise des activités devant être exercées pour la ou les autorité(s) contractante(s) exerçant le contrôle : « *plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par [l'autorité contractante] qu[i la] contrôle* »¹⁸⁹.

Les directives apportent également des précisions quant aux éléments devant guider le calcul des activités réalisées pour le compte de l'autorité contractante exerçant le contrôle. Les dispositions semblent créer un faisceau d'indices, constitué du « *chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou [l'autorité contractante] concerné[e] pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du [contrat]* »¹⁹⁰. Les directives prévoient également l'hypothèse dans laquelle trois années ne se seraient pas écoulées (depuis la création de la personne morale contrôlée ou le début de ses activités pour l'autorité contractante) ou dans laquelle les chiffres des trois dernières années ne seraient plus révélateurs de la répartition actuelle des activités¹⁹¹.

Il convient également de souligner que, dans la continuité de la confirmation du contrôle conjoint, le critère de l'activité est étendu pour inclure cette hypothèse. Ainsi, en présence d'un contrôle exercé par plusieurs autorités contractantes (contrôle conjoint), le critère de l'activité inclut les activités réalisées pour l'ensemble de ces autorités et le pourcentage (plus de 80 % des activités) demeure identique¹⁹².

Le troisième critère cumulatif codifié par les *directives de 2014* semble faire l'objet d'une évolution similaire à celle du critère du contrôle, car résultant surtout d'assouplissements par comparaison avec la jurisprudence antérieure.

¹⁸⁹ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §1 a) ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §1 a).

¹⁹⁰ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §5 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §5.

¹⁹¹ « *Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou [de l'autorité contractante] concerné[e] ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités* » (Dir. 2014/23/UE, art. 17 §5 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §5).

¹⁹² Dir. 2014/23/UE, art. 17 §3 b) ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §3 b).

3. Le critère des capitaux privés

Initialement absent de la jurisprudence européenne¹⁹³, le critère relatif à la participation directe de capitaux privés a été progressivement intégré et interprété comme prohibant la participation directe de capitaux privés¹⁹⁴. Ce critère apparaît en ce sens comme le corolaire du critère du contrôle, l'idée étant que seule(s) l'autorité contractante (ou les autorités contractantes dans l'hypothèse d'un contrôle conjoint) exerce(nt) un contrôle sur la personne morale concernée.

Les *directives de 2014* procèdent à un « assouplissement bienvenu »¹⁹⁵ de la jurisprudence européenne antérieure, en interdisant la participation de capitaux privés uniquement lorsque cette participation conduit à l'exercice d'une influence et est requise par la loi d'un État membre. Sont ainsi admises les « *formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée* »¹⁹⁶.

Le critère relatif à la participation de capitaux privés dans les *directives de 2014* est ainsi maintenu dans son « essence », tout en étant assoupli pour ne pas prohiber des hypothèses n'allant pas à l'encontre de l'objectif poursuivi – à savoir, l'exclusivité du contrôle exercé par les autorités contractantes.

Les *directives de 2014* codifient également pour la première fois la seconde exclusion des contrats relevant du secteur public, bien que les différences avec la jurisprudence antérieure semblent moins prononcées qu'en ce qui concerne les contrats *in house*.

B. Les contrats de coopération entre autorités contractantes

À l'inverse des contrats *in house*, l'absence d'exclusion des contrats de coopération entre autorités contractantes dans les directives antérieures s'explique par le mutisme de la jurisprudence à leur égard. En effet, l'exclusion de ces contrats n'a été expressément affirmée

¹⁹³ L'arrêt *Teckal*, reconnaissant pour la première fois les contrats *in house*, énonçait seulement deux critères cumulatifs – le critère du contrôle et celui de l'activité : « à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et [...] cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » (CJCE, *Teckal*, préc., §50).

¹⁹⁴ Voy. par exemple : F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.3.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §1 c) ; Dir.2014/24/UE, art. 12 §1 c).

par le juge européen qu'en 2009¹⁹⁷. Les *directives de 2014* reconnaissent ainsi cette exclusion et codifient les trois critères cumulatifs des contrats de coopération entre autorités contractantes¹⁹⁸ : le but de la coopération (1.), les considérations d'intérêt public (2.), et l'activité (3.).

1. Le critère du but de la coopération

Ce critère repose à la fois sur l'objectif poursuivi par les autorités contractantes et sur la nature de leurs relations.

Au regard de l'objectif, le contrat doit « *établi[r] ou met[tre] en œuvre une coopération entre les [autorités contractantes] dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun* »¹⁹⁹.

La doctrine a pu souligner que les *directives de 2014* semblent adopter un assouplissement de la jurisprudence européenne²⁰⁰, qui aurait établi des exigences plus strictes, notamment à partir de 2012²⁰¹. La jurisprudence « *avait été interprétée comme signifiant* »²⁰² que le but de la coopération devait être la fourniture de prestations exclusivement dédiées à une activité de service public des autorités contractantes à l'origine de la coopération. Les *directives de 2014* mentionnent effectivement les services publics, mais mettent en exergue la finalité « réelle » de la coopération – à savoir, la réalisation d'objectifs en commun des autorités contractantes concernées. Ceci permet d'inclure des activités disposant d'un lien plus distendu avec le service public, en lieu et place de prestations portant exclusivement et directement sur la mise en œuvre d'un service public²⁰³.

¹⁹⁷ CJCE, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, préc., §§45-47.

¹⁹⁸ Comme pour la première exclusion analysée dans le présent rapport (les contrats *in house*), la dénomination « autorités contractantes » est ici retenue afin d'inclure les entités adjudicatrices et ainsi la directive dédiée aux concessions.

¹⁹⁹ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §4 a) ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §4 a).

²⁰⁰ Voy. par exemple : K. Buchet, « La coopération horizontale : un outil contractuel favorisant la dimension partenariale au service des politiques publiques », *Le Moniteur – Contrats publics* 2023, n° 245, p. 56.

La doctrine a pu soutenir l'inverse concernant la version anglaise de la jurisprudence et des directives, mettant en exergue que l'expression « public task » avait été remplacée par celle, plus restrictive, de « public services » : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », in Caranta (R.) and Sanchez-Graells (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 143, §12.67.

²⁰¹ CJUE, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento contre Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, 19 décembre 2012, aff. C-159/11.

²⁰² F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §3.1.

²⁰³ K. Buchet, « La coopération horizontale : un outil contractuel favorisant la dimension partenariale au service des politiques publiques », *op. cit.*, p. 56.

La nature des relations entre les autorités contractantes fait écho à ces objectifs communs, lesquels doivent constituer le « moteur » de la coopération instaurée par le contrat.

Les directives demeurent toutefois silencieuses concernant les éléments d'analyse de ces objectifs communs et, dès lors, concernant les facteurs devant être pris en compte pour retenir la qualification de la coopération.

La jurisprudence européenne plus récente – postérieure aux *directives de 2014* – a pu apporter de précieux éléments à cet égard, synthétisés par la doctrine comme exigeant une effectivité et reposant sur « *les obligations réciproques mises à la charge des parties par l'accord de coopération* »²⁰⁴. Ainsi, « [s]i la notion de coopération entre [autorités contractantes], prévue par l'article 12 de la directive [2014/24 et l'article 17 de la directive 2014/23], offre un cadre juridique pour accueillir les relations particulières de coopération pouvant naître entre collectivités locales, son appréciation stricte par la Cour de justice exige une certaine prudence de la part des autorités publiques »²⁰⁵. Les apports jurisprudentiels pourraient ainsi être intégrés aux éventuelles futures directives européennes, afin d'apporter davantage de précision quant aux éléments devant être analysés pour remplir le critère du but de la coopération et ainsi exclure un contrat du champ d'application des directives.

Le critère tenant au but de la coopération est complété par un autre critère avec lequel il entretient des liens étroits : celui tenant aux considérations d'intérêt public.

2. Le critère des considérations d'intérêt public

Les *directives de 2014* exigent que « *la mise en œuvre de cette coopération n'obéi[sse] qu'à des considérations d'intérêt public* »²⁰⁶.

L'interprétation de ce critère semble constante, et conduit à exclure la nature lucrative de la coopération. Les objectifs en commun à l'origine de la coopération excluent ainsi tout bénéfice financier de la coopération, seul le remboursement des coûts générés par la coopération étant accepté²⁰⁷.

²⁰⁴ J. Sirinelli, « La notion de coopération entre pouvoirs adjudicateurs dans la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et l'exigence de coopération effective », *RTDEur.*, 2022, n° 1, p. 114.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 113.

²⁰⁶ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §4 b) ; Dir. 2014/24/UE, art.12 §4 b).

²⁰⁷ Voy. par exemple à ce sujet : J. Wigger, « Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector », *op. cit.*, pp. 83-93.

Ceci rejoint également le troisième critère de la coopération dite horizontale, à savoir la part des activités réalisées sur le marché concurrentiel.

3. Le critère de l'activité

Les *directives de 2014* innoveraient en établissant que les autorités contractantes à l'origine de la coopération doivent « réalise[r] sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération »²⁰⁸. L'idée sous-tendant ce critère tient au fait de soumettre aux obligations de publicité et de concurrence les contrats liés à des prestations généralement assurées par des opérateurs économiques²⁰⁹. Ainsi, dès lors que plus de 20 % des activités de l'entité contrôlée sont réalisés sur le marché concurrentiel, l'exclusion du champ d'application des directives est inapplicable et les contrats concernés sont régis par le droit de la commande publique.

Les éléments pris en compte pour analyser l'activité sont les mêmes que pour le critère relatif au contrôle dans le cadre du *in house*. Les *directives de 2014* reprennent ainsi les différentes données financières permettant de procéder au calcul du pourcentage d'activités réalisées sur le marché concurrentiel, ainsi que des alternatives dans le cas où les données financières disponibles concerneraient une période inférieure à trois ans ou ne seraient plus révélatrices de la répartition actuelle des activités²¹⁰.

La démarche adoptée par les *directives de 2014* à l'égard des deux exclusions analysées dans le présent rapport – les contrats *in house* et les contrats de coopération entre autorités contractantes – est donc similaire en ce qu'elle résulte principalement à la fois d'une codification et d'une précision de la jurisprudence antérieure. Il s'ensuit que le bilan est sensiblement équivalent à l'égard de ces deux exclusions.

²⁰⁸ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §4 c) ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §4 c).

La jurisprudence antérieure aux *directives de 2014* n'évoquait pas explicitement ce critère ni un quelconque chiffrage de l'activité.

²⁰⁹ K. Buchet, « La coopération horizontale : un outil contractuel favorisant la dimension partenariale au service des politiques publiques », *op. cit.*, p. 56.

²¹⁰ « Le pourcentage d'activités [...] est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concerné visé à l'article 7, paragraphe 1, point a), pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution de la concession. Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou [de l'autorité contractante] concerné[e] ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités » (Dir. 2014/23/UE, art. 17 §5 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §5).

§II. Le bilan nuancé de la codification des exclusions

L’apport des *directives de 2014* est plus contrasté que ce qu’il pourrait sembler de prime abord, car comportant aussi bien des améliorations importantes au regard de la sécurité juridique (A.) que des nouvelles difficultés au regard de la cohérence avec d’autres branches du droit (B.).

A. Le renforcement de la sécurité juridique

La majorité de la doctrine a dressé un bilan positif des *directives de 2014* à l’égard des contrats *in house* et des contrats de coopération entre autorités contractantes, estimant non seulement qu’elles assurent une conciliation entre différents objectifs ou principes,²¹¹ mais également qu’elles apportent un degré bien plus grand de certitude – donc de sécurité juridique – par la codification et la clarification de la jurisprudence antérieure.

Il existe ainsi un contraste important avec la situation antérieure aux *directives de 2014*, comme le démontrent les propos de la doctrine à l’égard des contrats *in house* : « [o]utre le fait que les conditions formulées par la jurisprudence européenne étaient intrinsèquement restrictives, l’imprécision qui entourait l’examen des critères de dépendance rendait incertain le recours à cette exception »²¹².

La sécurité juridique est ainsi principalement renforcée par les précisions apportées par les *directives de 2014*, au regard par exemple du chiffrage du critère de l’activité (valable à la fois pour les contrats *in house* et les contrats de coopération entre autorités contractantes)²¹³ ou de la reconnaissance de certaines situations dont la légalité n’était pas intégralement certaine – telles que le contrôle conjoint.

Certaines incertitudes demeurent toutefois, comme la possibilité d’admettre la participation indirecte de capitaux privés dans le cadre du *in house* (seule la participation directe

²¹¹ Il s’agit de la libre concurrence sur le marché et de la liberté d’organisation des personnes publiques. Voy. par exemple à ce sujet : K. Buchet, « La coopération horizontale : un outil contractuel favorisant la dimension partenariale au service des politiques publiques », *op. cit.*, p. 56 ; J. Wiggen, « Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector », *op. cit.*, pp. 83-93.

²¹² F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.3.

²¹³ *Ibid.*, §1.2 et §1.4 ; M. Karpenschif, « Du “*in house*” aux “*in house*” après la directive concession ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, pp. 64-69.

étant expressément prohibée)²¹⁴, la méthode d'évaluation du critère de l'activité pour les contrats de coopération (ce qui s'apparente à un faisceau d'indices au sein des directives n'étant pas nécessairement complet faute d'indiquer si cela prend uniquement en compte les activités communes aux autorités contractantes²¹⁵), ou encore, comme énoncé précédemment, la définition et les éléments d'analyse de la coopération²¹⁶. Plus généralement, et comme indiqué expressément par la Cour de Luxembourg concernant les contrats *in house*, les directives européennes n'interdisent pas l'ajout, par les droits nationaux, de conditions supplémentaires pour l'application de ces exclusions, limitant ainsi l'harmonisation au sein des États membres²¹⁷.

D'où un bilan plus nuancé dressé par certains auteurs, selon lesquels les *directives de 2014* ne permettent pas de surmonter l'intégralité des difficultés rencontrées en pratique et sont même susceptibles de créer de nouvelles incertitudes. Ceci peut résulter des différences de terminologie entre la jurisprudence antérieure et les *directives de 2014*²¹⁸, mais également – et surtout – des éventuelles incohérences avec d'autres corps de règles.

B. Les difficultés liées à l'articulation avec les autres droits

La codification et la précision des deux catégories d'exclusion analysées dans le présent rapport génèrent des questions légitimes quant à de potentielles contradictions avec d'autres normes, notamment européennes.

La compatibilité entre les différents corps de règles n'est en effet aucunement acquise, la conformité aux directives européennes de la commande publique n'emportant pas conformité

²¹⁴ Voy. par exemple à ce sujet : F. Brenet, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *op. cit.*, p. 848.

²¹⁵ Voy. par exemple à ce sujet : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, pp. 146-147, §§12.75-12.76.

²¹⁶ Voy. par exemple : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, p. 144, §12.70.

²¹⁷ La CJUE semble avoir affirmé en 2019 que les États membres pouvaient ajouter des conditions supplémentaires aux contrats *in house* : « [a]u vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la troisième question, sous a), que l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle nationale par laquelle un État membre subordonne la conclusion d'une opération interne, notamment à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité, tant que le choix exprimé en faveur d'un mode de prestation de services en particulier, et effectué à un stade antérieur à celui de la passation de marché public, respecte les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence » ((CJUE, Irgita, préc., §50).

²¹⁸ W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, pp. 140-141, §12.56 and § 12.58.

avec les autres normes européennes. La CJUE l'a d'ailleurs expressément reconnu en ce qui concerne les contrats *in house* : « [...] le fait qu'une opération interne, au sens de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, ne relève pas du champ d'application de cette directive ne saurait affranchir les États membres, mais aussi les pouvoirs adjudicateurs du respect, notamment, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de proportionnalité et de transparence. [...] Il convient d'ailleurs de relever que le considérant 31 de cette directive énonce, à propos des coopérations entre entités appartenant au secteur public, qu'il convient de veiller à ce qu'aucune coopération de ce type, qui est exclue du champ d'application de ladite directive, n'entraîne de distorsion de concurrence à l'égard des opérateurs économiques privés. [...] Il convient donc de répondre à la quatrième question que la conclusion d'une opération interne qui remplit les conditions énoncées à l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive 2014/24 n'est pas en soi conforme au droit de l'Union »²¹⁹.

L'exemple le plus emblématique aux interactions entre droit européen des aides d'État et contrats *in house* : les contrats conclus avec des entités contrôlées sont-ils soumis au droit des aides d'État et, plus généralement, au droit européen de la concurrence ? Autrement dit, existe-t-il une interdiction (ou des limites importantes) des financements accordés par la ou les autorité(s) contractante(s) à l'entité qu'elle(s) contrôle(nt) ?

Peu d'éléments de réponse apparaissent au sein de la jurisprudence européenne²²⁰. La doctrine a pu souligner que les éventuels financements (accordés par l'autorité contractante à l'entité contrôlée) dans le cadre du *in house* ne constituent généralement pas des aides d'État, faute de remplir le critère tenant à un avantage concurrentiel spécifique²²¹. La potentielle distorsion de la concurrence générée par les contrats *in house* est donc, en principe et à cet égard, conforme au droit européen de la concurrence. La réelle problématique semble davantage tenir au fait que ceci pourrait créer une « *nouvelle exception au régime des aides d'État* » dont les contours demeurent incertains. Il s'agit notamment de savoir si les limites de l'exception admise au régime des aides d'État – l'exception tenant à la prestation intégrée – sont également applicables au *in house*. Cette exception permet le versement de financements publics – et ainsi

²¹⁹ CJUE, *Irgita*, préc., §§61-62 et §64.

²²⁰ Il est possible de souligner que le Tribunal de l'UE a indiqué que la qualification d'un organisme et les modalités de son financement sont sans incidence sur l'applicabilité du droit de la concurrence et du droit des aides d'État (TUE, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt* (T-443/08) et *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH* (T-455/08) contre Commission européenne, 24 mars 2011, aff. T-443/08 et 455/08, §§128-130).

²²¹ F. Olivier et J.-L. Lesquins, « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État », *CMP* août-sept 2014, étude 8.

une exception au régime des aides d'État – lorsque « *l'entreprise bénéficiaire est chargée de l'exécution d'obligations de service public, clairement définies ; les paramètres sur la base desquels la compensation est calculée sont établis préalablement de façon objective et transparente, ; la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes qui y sont attachées ainsi que d'un bénéfice raisonnable ; le montant de cette compensation est fixé soit dans le cadre d'une procédure de marché public permettant la sélection du candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité ; soit il est fixé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée aurait encourus* »²²². Ainsi, les financements résultant du *in house* doivent-ils respecter ces deux dernières conditions, c'est-à-dire ne pas excéder de manière déraisonnable le coût des prestations liées au service public faisant l'objet du *in house*²²³ ?

Bien que n'entrant pas uniquement dans le champ d'application des *directives de 2014* – dans la mesure où il s'agit des interactions avec des branches du droit étrangères à la commande publique – l'exemple de la compatibilité entre le *in house* et le droit européen de la concurrence illustre l'insécurité juridique susceptible d'être générée par les *directives de 2014* à l'égard des exclusions.

²²² *Idem.*

²²³ *Idem.*

AXE 2 : LA CONCURRENCE

Les *directives de 2014* conservent naturellement l'objectif originel de concurrence, assuré tant par les procédures de passation (**thématique n° 4**) que par les règles régissant le choix du cocontractant (**thématique n° 5**).

THÉMATIQUE N° 4 : LES PROCÉDURES DE PASSATION

Les procédures de passation sont indissociables de l'objectif originel du droit de la commande publique : la concurrence. Il s'ensuit naturellement que les règles régissant ces procédures se sont progressivement renforcées et développées au sein des directives européennes dédiées à la commande publique. Cette évolution est ainsi riche d'enseignements, car révélatrice des buts poursuivis lors de la rédaction des directives. La lecture des directives *Concessions* et *Marchés* de 2014 révèle deux ambitions partiellement réalisées : la simplification des procédures de passation (aussi bien des marchés publics que des concessions) (§I.), et la sécurisation des règles entourant le choix et le déroulement des procédures spécifiques des marchés publics, c'est-à-dire des procédures autres que celle de droit de commun pour les pouvoirs adjudicateurs (l'appel d'offres) (§II.).

§I. La simplification des procédures de passation

En s'inspirant fortement des règles applicables aux procédures de passation des marchés publics, la *directive Concessions* procède d'une simplification par la diminution des différences de régime juridique entre les différents contrats²²⁴ (A.). La *directive Marchés* de 2014 participe

²²⁴ La DAJ souligne par exemple, concernant les textes français transposant la *directive Concessions*, que « l'architecture du droit des contrats de concession a été simplifiée et rationalisée » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les modalités de mise en concurrence des contrats de concession*, Fiche technique, mise à jour en janv. 2020, p. 1).

également de cette volonté de simplification, cette fois en assouplissant les motifs de recours à deux procédures spécifiques au détriment d'une troisième procédure dérogatoire (B.).

A. L'harmonisation mesurée des concessions et marchés publics

Trois évolutions principales résultant de la *directive Concessions* révèlent la recherche d'un équilibre entre, d'une part, le rapprochement des règles applicables aux marchés et aux concessions et, d'autre part, le maintien de la spécificité des concessions.

La première de ces évolutions repose sur l'unification des règles applicables aux concessions de travaux et aux concessions de services. Cette unification est tout autant matérielle – les règles étant désormais réunies dans une seule directive dédiée exclusivement aux concessions²²⁵ – que substantielle – les procédures de passation étant identiques pour les concessions de service et les concessions de travaux soumises à la directive²²⁶.

La deuxième évolution témoigne non pas d'une unification, mais d'un rapprochement entre les règles applicables à la passation des concessions et celles régissant la passation des marchés publics. La dynamique tient à l'évolution de la passation des concessions sur le modèle des marchés publics. Ceci se manifeste à l'égard de divers aspects de la passation (dont certains sont analysés dans une autre subdivision du présent rapport²²⁷) :

« L'unification se transcrit par des dispositions communes à ces deux types de contrats [les marchés publics et les concessions] qui sont nombreuses. [...] Positivement, la passation de ces contrats se fait sur un modèle commun de pièces et sont indexées sur les mêmes seuils. Sont également communs les motifs d'exclusions, les notions d'offres irrégulières ou inappropriées [...]. »²²⁸

Ce « mouvement d'assimilation du régime des concessions aux marchés publics » est particulièrement prégnant à l'égard de trois « principes fondamentaux communs »²²⁹ : égalité

²²⁵ Il n'existait auparavant pas de directive européenne comportant uniquement des règles applicables aux concessions, et seules les concessions de travaux étaient régies par les directives européennes de la commande publique.

²²⁶ Ainsi, la publication obligatoire d'un avis de concession est désormais commune aux deux catégories de concessions (Dir. 2014/23/UE, art. 31). Voy. à ce sujet : V. Randazzo et P. Missanelli, « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession », *Revue du Droit de l'Union européenne* 2014, n° 4, pp. 682-683.

²²⁷ Pour les critères de sélection et d'attribution, voy. *infra*, Axe 2, Thématique n° 2.

²²⁸ F. Akoka, « Le contrat de concession dans le patrimoine génétique de la commande publique », *Petites affiches*, 02/09/2019, pp. 9 et s.

²²⁹ Les deux citations présentes dans cette phrase sont de la même auteure : *idem*.

de traitement, non-discrimination, et transparence des procédures²³⁰. Ces trois principes, présents dès le troisième article de la *directive Concessions*²³¹, sont ainsi renforcés par comparaison avec les dispositions antérieures. Si leur respect était déjà exigé par la CJUE, il s'est agi « *de rendre effectif [leur] respect [...] en développant les règles déjà existantes en matière de concessions de travaux* »²³².

Cette évolution est toutefois nuancée par une dynamique contraire : celle « *du maintien d'une identité contractuelle propre [aux concessions]* »²³³. Ceci explique que, contrairement à la passation des marchés publics, les autorités contractantes disposent d'une latitude bien plus grande dans le choix de la procédure de passation lorsqu'il s'agit de concessions. En effet, il n'y a pas « *un ensemble fixe de procédures à utiliser obligatoirement* », la *directive Concessions* affirmant que « *[l]e pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire sous réserve du respect des dispositions de la présente directive* »²³⁴.

Ceci implique deux éléments. D'une part, les autorités contractantes demeurent libres de choisir la procédure qu'elles jugent la plus adaptée. D'autre part, il n'y a pas de liste exhaustive de procédures disponibles. Ceci contraste fortement avec les procédures de passation des marchés publics, « *[c]ette différence fondamentale se justifi[ant] en raison des spécificités des concessions, contrats le plus souvent complexes, conclus sur le long terme et dans lesquels le concessionnaire assume des responsabilités et des risques traditionnellement assumés par les pouvoirs adjudicateurs* »²³⁵.

Les seules limites dans le choix et le déroulement des procédures de passation des concessions tiennent aux principes fondamentaux déjà mentionnés – égalité de traitement, non-discrimination, et transparence – ainsi qu'à l'impossibilité de concevoir la procédure d'attribution « *avec l'intention de la soustraite au champ d'application de la présente directive*

²³⁰ La doctrine a pu ajouter deux autres principe fondamentaux communs aux contrats de la commande publique : la bonne utilisation, ou la protection, des deniers publics, ainsi que la liberté d'accès à la commande publique. Voy. par exemple : *idem*.

²³¹ « *Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent de manière transparente et proportionnée* » (Dir. 2014/23/UE, art. 3 §1 al. 1^{er}).

²³² V. Randazzo et P. Missanelli, « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession », *op. cit.*, p. 677.

²³³ F. Akoka, « Le contrat de concession dans le patrimoine génétique de la commande publique », préc.

²³⁴ Dir. 2014/23/UE, art. 30 §1.

²³⁵ V. Randazzo et P. Missanelli, « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession », *op. cit.*, p. 682.

ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques ou certains travaux, fournitures ou services »²³⁶.

D’où le constat doctrinal selon lequel la *directive Concessions* participe d’une conciliation entre le rapprochement avec les marchés et le maintien de la spécificité des concessions²³⁷. Une forme de dynamique inverse apparaît concernant la *directive Marchés de 2014* : celle-ci ouvre davantage la voie à des éléments caractéristiques des concessions – à savoir, le dialogue et la négociation²³⁸.

B. La promotion implicite de certaines procédures spécifiques des marchés publics

La *directive Marchés de 2014* maintient la procédure de droit commun pour la passation des marchés publics – l’appel d’offres – ainsi que les procédures spécifiques (dérogatoires)²³⁹. Les évolutions pourraient ainsi sembler relatives, voire minimes. En réalité, la directive donne implicitement sa faveur à deux procédures spécifiques – la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif – et limite à l’inverse une troisième procédure spécifique – la procédure négociée sans publication préalable (également dite marché « de gré à gré »).

En ce qui concerne la promotion de la procédure concurrentielle avec négociation et du dialogue compétitif, le préambule de la *directive Marchés de 2014* témoigne de la volonté d’augmenter le recours à ces deux procédures. La doctrine²⁴⁰ a ainsi pu souligner que les considérants 42 et 43 de la directive mettent en lumière la volonté d’introduire de la souplesse

²³⁶ Dir. 2014/23/UE, art. 3 §1 al. 2.

L’ensemble de ces limites, figurant à l’article 3 de la directive, sont rappelés à l’article 30 du même texte (article établissant la liberté de choix de la procédure de passation des concessions) : Dir. 2014/23/UE, art. 30 §2.

²³⁷ Voy. par exemple : V. Randazzo et P. Missanelli, « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l’attribution des contrats de concession », *op. cit.*, pp. 688-689.

²³⁸ La doctrine a pu en ce sens souligner que la négociation devient facultative pour les concessions mais est paradoxalement renforcée concernant les marchés publics : F. Olivier et C. Liet-Veaux, « La négociation dans la commande publique : Quelle place ? Quel enjeu ? », *CMP* juill. 2016, étude 5.

²³⁹ La doctrine souligne d’ailleurs que les dispositions relatives à ces procédures sont d’interprétation stricte (voy. par exemple : Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », in Caranta (R.) and Sanchez-Graells (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 294, §26.16), et que la distinction avec la procédure de droit commun est aisément identifiable car les hypothèses ou motifs de recours à ces procédures spécifiques sont définis positivement, c’est-à-dire identifiés exhaustivement (voy. par exemple : P. Telles, « Article 30. Competitive dialogue », in Caranta (R.) and Sanchez-Graells (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 326, §30.02).

²⁴⁰ Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », *op. cit.*, p. 294, §26.16.

pour mobiliser davantage ces procédures compte tenu de leur utilité²⁴¹. Deux modifications connexes apportées par la *directive Marchés de 2014* confortent cette perception. Les motifs de recours à ces deux procédures sont uniformisés et deviennent ainsi identiques. Ce faisant, la mobilisation de ces deux procédures est assouplie, les motifs de recours étant non seulement plus nombreux, mais également particulièrement larges pour une partie d'entre eux.

Ainsi, l'article 26 §4 de la *directive Marchés de 2014* prévoit cinq motifs de recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif, regroupés en deux listes :

« a) pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants:

- i) les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles;
- ii) ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes;
- iii) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au

²⁴¹ « Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations. Un recours accru à ces procédures est également susceptible de renforcer les échanges transnationaux, étant donné que l'Évaluation a montré que les offres transnationales obtiennent un taux de réussite particulièrement élevé dans le cas de marchés passés par une procédure négociée avec publication préalable. Les États membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif dans diverses situations où une procédure ouverte ou une procédure restreinte sans négociation ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants. Il y a lieu de rappeler qu'en termes de volume des marchés, le recours au dialogue compétitif s'est considérablement accru au cours des dernières années. Cette procédure s'est révélée utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique. Tel peut notamment être le cas de projets innovants, de la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou de projets comportant un financement complexe et structuré. Le cas échéant, les pouvoirs adjudicateurs devraient être encouragés à désigner un chef de projet afin d'assurer une bonne coopération entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur durant la procédure d'attribution » (Dir. 2014/24/UE, cons. 42).

« Pour les marchés de travaux, il s'agit notamment de travaux qui ne concernent pas des bâtiments standards ou qui comportent une conception ou des solutions innovantes. Pour les services ou les fournitures nécessitant des efforts d'adaptation ou de conception, le recours à une procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif est susceptible d'être utile. De tels efforts d'adaptation ou de conception sont particulièrement nécessaires dans le cas d'acquisitions complexes, telles que les acquisitions de produits sophistiqués, de services intellectuels, par exemple certains services de conseil, d'architecture ou d'ingénierie, ou de projets majeurs relevant du domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC). Dans de tels cas, des négociations peuvent être nécessaires afin de garantir que le produit ou le service en question répond aux besoins du pouvoir adjudicateur. En ce qui concerne les services ou les produits immédiatement disponibles sur le marché sans adaptation et pouvant être fournis par nombre d'opérateurs économiques différents, il ne convient pas de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation ni au dialogue compétitif » (Dir. 2014/24/UE, cons. 43).

montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent;

iv) le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'annexe VII, points 2 à 5;

b) pour les travaux, les fournitures ou les services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées. En pareil cas, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure tous, et seulement, les soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux articles 57 à 64 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation de marchés.

Sont notamment considérées comme irrégulières les offres qui ne sont pas conformes aux documents de marché, qui sont parvenues tardivement, qui comportent des éléments manifestes de collusion ou de corruption ou que le pouvoir adjudicateur a jugées anormalement basses. Sont notamment considérées comme inacceptables les offres présentées par des soumissionnaires dépourvus des capacités requises ou dont le prix dépasse le budget du pouvoir adjudicateur tel qu'il a été déterminé et établi avant le lancement de la procédure de passation de marché. »

Le nombre et le contenu des motifs de recours à ces deux procédures spécifiques contrastent avec les dispositions de la directive précédente. En effet, le dialogue compétitif ne pouvait être mobilisé que dans un seul cas de figure : en présence d'un marché public « *particulièrement complexe* »²⁴². La procédure concurrentielle avec négociation pouvait en revanche être mobilisée pour quatre motifs, mais dont l'applicabilité semblait plus restreinte. La *directive Marchés de 2004* prévoyait en effet deux motifs communs à l'ensemble des marchés – la procédure infructueuse²⁴³, qui est maintenue en 2014, et l'impossibilité

²⁴² Dir. 2004/18/CE, art. 29 §1.

²⁴³ *Ibid.*, art. 30 §1 a).

exceptionnelle de fixer préalablement et de manière globale des prix²⁴⁴ – ainsi que deux motifs pour certains marchés – les services portant sur des « *prestations intellectuelles [...] [dont la nature] est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l’attribution du marché par la sélection de la meilleure offre* »²⁴⁵, et les travaux liés à la recherche et au développement²⁴⁶.

Les cinq motifs de recours à ces deux procédures spécifiques maintiennent ainsi deux motifs déjà présents en 2004 – la complexité, qui était réservée au dialogue compétitif et qui est davantage développée en 2014 car associée à d’autres éléments²⁴⁷, et la procédure précédente infructueuse, car ayant donné lieu uniquement à des offres irrégulières ou inacceptables, autrefois associée uniquement à la procédure concurrentielle avec négociation. Les trois nouveaux motifs – l’adaptation de solutions immédiatement disponibles, la conception ou l’innovation, ainsi que l’impossibilité de définir de manière suffisamment précise les spécifications techniques – sont en outre susceptibles de faire l’objet d’une interprétation particulièrement souple²⁴⁸.

Il s’ensuit que les hypothèses ou motifs de recours au dialogue compétitif sont fortement élargis, et que la mobilisation de la procédure concurrentielle avec négociation est également facilitée, bien que les modifications soient de moins grande ampleur la concernant.

À l’inverse, la démarche adoptée au sein de la *directive Marchés de 2014* concernant la procédure négociée sans publication préalable (marché « de gré à gré ») témoigne d’une méfiance et, corrélativement, d’une volonté de restriction de cette procédure spécifique. La première phrase du considérant 50 de la directive est particulièrement révélatrice à cet égard : « [c]ompte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans publication préalable d’un avis de marché devrait être réservé à des circonstances très exceptionnelles »²⁴⁹. Au-delà d’un changement anodin de dénomination²⁵⁰, la *directive*

²⁴⁴ *Ibid.*, art. 30 §1 b).

²⁴⁵ *Ibid.*, art. 30 §1 c).

²⁴⁶ *Ibid.*, art. 30 §1 d).

²⁴⁷ La *directive Marchés de 2014* prévoit un motif reposant sur des « *circonstances particulières* » qui inclut (alternativement et non cumulativement) la nature, la complexité, le montage juridique et financier, ainsi que les risques (Dir. 2014/24/UE, art. 26 §4 a) iii).

²⁴⁸ La doctrine a pu le souligner concernant le motif d’adaptation de solutions immédiatement disponibles, en estimant que ce motif recouvre l’adaptation quant à la quantité ou à la qualité d’une solution, mais également quant à son prix (Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », *op. cit.*, pp. 295-296, §26.18).

Concernant l’absence de définition précise de l’innovation : voy. *infra*, Axe 3, Thématique n° 3.

²⁴⁹ Dir. 2014/24/UE, cons. 50 al. 1^{er}.

²⁵⁰ La procédure négociée sans publication préalable était dénommée, dans la *directive Marchés* précédente, « *procédure négociée sans publication d’un avis de marché* » (Dir. 2004/18/CE, art. 31).

Marchés de 2014 supprime l'un des motifs de recours à cette procédure : celui tenant aux « travaux ou services complémentaires »²⁵¹. Ce faisant, la directive limite la possibilité des marchés « de gré à gré ».

LES RAPPORTS PUBLIÉS EN 2025

FOCUS SUR LA NÉGOCIATION

Dans son rapport publié en juillet 2025, la commission d'enquête du Sénat constate que les procédures avec négociation sont peu utilisées par les acheteurs publics en raison des exigences liées à la négociation²⁵², du risque juridique lié au recours à la négociation²⁵³, de l'encadrement trop strict des cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à ces procédures²⁵⁴. Or, le rapport souligne que :

« La négociation constitue pourtant l'un des leviers les plus adaptés d'optimisation de l'offre. Certes plus chronophage et requérant une grande technicité, elle offre une meilleure adéquation entre l'offre et le besoin de l'acheteur, permet de réduire les risques d'exécution liés aux imprécisions ou

²⁵¹ La directive *Marchés* de 2004 prévoyait, pour les marchés publics de travaux et de services, la faculté de recourir à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché notamment « pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service :

— lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs, ou

— lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial; » (ibid., art. 31 §4 a)).

²⁵² S. Uzenat, *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique*, Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, Sénat, déposé le 8 juillet 2025 et disponible en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-116.html>. Voir en particulier l'audition de M. Schal : « Les collectivités y sont réticentes, car la négociation prend beaucoup plus de temps et suppose des qualifications exigeantes de la part des personnels chargés des achats. Il est plus simple pour ceux-ci de privilégier l'offre la mieux disante que de choisir la procédure négociée. »

²⁵³ Idem : « Il est possible que le juge donne tort à une collectivité qui aurait eu recours à la procédure négociée. Le risque juridique est lié au fait que la jurisprudence s'affine progressivement. Toutefois, le fait que, dans le cadre de la procédure négociée, les collectivités doivent avancer au fur et à mesure, ce qui implique des critères évolutifs, est désormais reconnu. Le risque juridique, joint au risque de perte financière, peut conduire des collectivités à choisir un marché classique de préférence à une procédure négociée. »

²⁵⁴ Idem.

incompréhensions du cahier des charges et contribue à limiter les écarts entre le budget prévisionnel et les coûts réels. »²⁵⁵

C'est pourquoi un assouplissement des conditions de recours à la négociation est recommandé par la commission sénatoriale, une position partagée par une étude d'universitaires européens²⁵⁶.

Pour le rapport Müller, la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs n'est proposée que pour les marchés subséquents d'un accord-cadre, sans véritable justification (quant à l'absence de suppression pour les autres cas)²⁵⁷.

La *directive Marchés de 2014* ne modifie pas uniquement la faculté de recourir à ces trois procédures spécifiques – procédure concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif, et procédure négociée sans publication préalable. Elle s'inscrit plus généralement dans la perspective de clarification – et donc de sécurisation – de l'utilisation de ces procédures, sans y parvenir pleinement.

§II. La sécurisation imparfaite du cadre juridique des procédures spécifiques de passation des marchés publics

Malgré l'apport de précisions indéniables en 2014, la directive maintient ou crée une part d'incertitude concernant les motifs de recours aux procédures spécifiques de passation des marchés publics (A.), et ne clarifie pas intégralement le déroulement de ces procédures (B.).

A. L'incertitude partielle des motifs de recours

En ce qui concerne tout d'abord la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif, la doctrine a pu souligner que les motifs de recours à ces deux procédures – qu'ils soient maintenus ou, au contraire, créés en 2014 – peuvent susciter des interrogations.

²⁵⁵ *Idem.*

²⁵⁶ Annamaria La Chimia, « Reforming Procurement for Crisis: proposals for simplified, collaborative and equity responses », in K.-M. Halonen, W. Janssen et F. Lichère (dir.), *Reforming EU Public Procurement: Proposals for the Reform of Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2026, Chp. 16.

²⁵⁷ P. Müller, *Rapport sur la passation des marchés publics*, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, 2024/2103(INI), 18 juillet 2025, pt. 84.

Au-delà des similitudes entre certains motifs – susceptibles de conduire à des hésitations quant à l’identification du motif approprié²⁵⁸ – l’absence ou la présence insuffisante de précisions quant aux prérequis de certains motifs génère des incertitudes.

Il en est ainsi des deux premiers motifs prévus par la *directive Marchés de 2014* – l’adaptation de solutions immédiatement disponibles, et la conception ou l’innovation – qui semblent reposer sur l’existence d’un « standard » dont l’offre devrait s’écarter pour proposer une solution en adéquation avec les besoins de l’autorité contractante. Or, il n’existe pas de définition ni d’indice ou d’exemple pour identifier un tel « standard »²⁵⁹, donc pour cerner l’ampleur des modifications nécessaires par rapport aux solutions « classiques » déjà disponibles. Ceci interroge également quant aux moyens devant être mobilisés pour prouver que les conditions sont réunies pour mobiliser ce motif²⁶⁰.

Le troisième motif – tenant aux circonstances particulières résultant de la nature du contrat, de sa complexité ou de celle du montage financier ou juridique, ou des risques associés – se caractérise par une forte souplesse, permettant une adaptation à de multiples cas de figure. Il en résulte naturellement une ouverture à la négociation et au dialogue compétitif, mais la contrepartie de cette flexibilité tient à l’absence de certitude quant aux éléments entrant dans le champ d’application de ce motif²⁶¹.

Concernant le cinquième et dernier motif – la procédure précédente infructueuse –, la doctrine a par exemple pu regretter la disparition de l’une des conditions contenues dans la précédente directive (l’absence de modification substantielle des conditions du contrat prévues dans cette procédure précédente)²⁶².

²⁵⁸ Par exemple, la distinction entre l’adaptation de solutions immédiatement disponibles et la conception ou l’innovation n’est pas nécessaire aisée, tout comme la distinction entre ces motifs et celui tenant à la complexité du contrat – la complexité pouvant précisément résulter de la proposition de nouvelles solutions ou de la modulation de solutions « classiques » (Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », *op. cit.*, pp. 297-298 §26.23, et p. 299 §26.27).

²⁵⁹ Seuls quelques exemples généraux d’adaptation et de conception sont prévus par le considérant 43 de la *directive Marchés de 2014* : « [d]e tels efforts d’adaptation ou de conception sont particulièrement nécessaires dans le cas d’acquisitions complexes, telles que les acquisitions de produits sophistiqués, de services intellectuels, par exemple certains services de conseil, d’architecture ou d’ingénierie, ou de projets majeurs relevant du domaine des technologies de l’information et de la communication (TIC) » (Dir. 2014/24/UE, cons. 43).

²⁶⁰ Concernant l’absence de définition du standard et les moyens de preuve (comme la nécessité ou non d’une étude de marché pour identifier les solutions déjà disponibles et déterminer si une adaptation ou une innovation est nécessaire) : Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », *op. cit.*, p. 296 §26.19, p. 297 §26.22, et p. 298 §26.24).

²⁶¹ Voy. par exemple à ce sujet : J. Davey, « Procedures involving negotiation in the new Public Procurement Directive: key reforms to the grounds for use and the procedural rules », *PPLR* 2014, n° 3, pp. 105-106.

²⁶² Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », *op. cit.*, p. 301, §26.34.

Ce dernier motif est commun avec la procédure négociée sans publication préalable, mais l'absence de modification substantielle entre les deux procédures – la précédente infructueuse et celle du marché « de gré à gré » – est maintenue. Les critiques portent donc sur d'autres éléments, particulièrement deux motifs parmi les huit autres motifs de recours à cette procédure²⁶³.

Le premier tient aux « *nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires* »²⁶⁴. La directive ne donne pas de précision quant au degré de similitude exigé, ni d'exemple ou de guide pour apprécier si les conditions de recours à ce motif sont réunies²⁶⁵.

Une incertitude similaire semble résulter d'un autre motif de recours à la procédure négociée sans publication préalable : celui tenant à « *l'urgence impérieuse* »²⁶⁶. Ceci pourrait surprendre de prime abord, car la *directive Marchés de 2014* semble fournir bien plus d'indications que pour d'autres motifs. Elle donne en effet quatre conditions devant être réunies en sus de l'« *urgence impérieuse* » : la stricte nécessité, l'imprévisibilité des événements menant à cette urgence, leur caractère extérieur (non-imputabilité à l'autorité contractante), et le fait que cette urgence « *ne permet[te] pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation* »²⁶⁷. Si la pratique a pu donner des exemples d'une telle urgence²⁶⁸ ou de la nature imprévisible ou non des événements²⁶⁹ et que l'« *urgence impérieuse* » se distingue « instinctivement » d'une simple urgence, des précisions

²⁶³ L'article 32 de la *directive Marchés de 2014* prévoit en tout neuf motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable (trois motifs communs à l'ensemble des marchés, quatre réservés aux marchés de fournitures, un dédié aux marchés de services, et enfin un commun aux marchés de services et de travaux).

²⁶⁴ Dir. 2014/24/UE, art. 32 §4.

²⁶⁵ La *directive Marchés de 2014* prévoit seulement une limite : « *à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon une procédure conforme à l'article 26, paragraphe 1. Le projet de base précise l'étendue des travaux ou services supplémentaires possibles, et les conditions de leur attribution* » (*ibid.*, art. 32, §4).

²⁶⁶ *Ibid.*, art. 32 §2 c).

²⁶⁷ L'ensemble de ces conditions est indiqué dans une même disposition : *idem*.

²⁶⁸ La Commission européenne a par exemple estimé que la pandémie de Covid-19 pouvait constituer une urgence impérieuse : Communication de la Commission, *Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, 01/04/2020, 2020/C 108 I/01, §2.3.

²⁶⁹ Comme la doctrine le souligne (P. Bogdanowicz, « Article 32. Use of the negotiated procedure without prior publication », in CARANTA (R.) and SANCHEZ-GRAELLS (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 358, §32.24), la CJUE s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'imprévisibilité d'événements et a pu rejeter une telle qualification concernant des refus d'approbation dans le cadre d'une procédure administrative (CJCE, 28 mars 1996, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-318/94, §18) ou les délais imposés par une autorité pour une procédure d'approbation (CJCE, 2 juin 2005, *Commission des République hellénique*, aff. C-394/02, §§42-43).

supplémentaires sur la caractérisation d'une telle urgence seraient opportunes pour sécuriser le recours à ce motif par les autorités contractantes.

Ainsi, bien que la *directive Marchés de 2014* supprime certains motifs particulièrement ambigus – comme celui des « *travaux ou services complémentaires* » pour les marchés de gré à gré – elle maintient sans clarification certains d'entre eux – à l'image de l'« *urgence impérieuse* » – et crée d'autres motifs qui ne sont pas pleinement encadrés – tels que l'adaptation de solutions immédiatement disponibles. La même démarche anime les règles entourant le déroulement de ces procédures spécifiques.

B. L'éclaircissement incomplet des règles régissant le déroulement des procédures

L'apport de la *directive Marchés de 2014* concernant les règles entourant les procédures spécifiques tient particulièrement à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif. De nombreuses précisions sont intégrées par rapport à la précédente directive²⁷⁰, bien que certaines interrogations restent en suspens.

Concernant tout d'abord la procédure concurrentielle avec négociation, la directive apporte une clarification indéniable en 2014. Elle ajoute ainsi la demande de participation pour la sélection qualitative des participants²⁷¹ ainsi que des délais minimaux²⁷², sécurise la participation des opérateurs en ajoutant des obligations pour les autorités contractantes²⁷³, et apporte des précisions sur la phase finale²⁷⁴.

²⁷⁰ Voy. par exemple à ce sujet : P. Bogdanowicz, « Article 29. Competitive procedure with negotiation », *op. cit.*, pp. 316-317, §29.02 ; P. Telles, « Article 30. Competitive dialogue », *op. cit.*, p. 326, §30.01.

²⁷¹ Dir. 2014/24/UE, art. 29 §1 al. 1 et 2.

²⁷² Il en est ainsi des délais de réception des demandes de participation et de réception des offres initiales (*ibid.*, art. 29 §1 al. 4).

²⁷³ La directive indique de manière générale que les informations contenues dans les documents de marché doivent « *permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée du marché et de décider de demander ou non à participer à la procédure* », que les exigences auxquelles les offres doivent se conformer sont des exigences « *minimales* », que les documents doivent être actualisés au fur et à mesure des négociations, et que les informations confidentielles ne doivent pas être divulguées sauf accord exprès du participant (*ibid.*, art. 29, respectivement §1 al. 3, §1 al. 2, §5 al. 1^{er}, et §5 al. 2).

²⁷⁴ « *Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées. Il vérifie que les offres finales répondent aux exigences minimales et respectent l'article 56, paragraphe 1, il évalue les offres finales sur la base des critères d'attribution et il attribue le marché conformément aux articles 66 à 69* » (*ibid.*, art. 29 §7).

La *directive Marchés de 2014* tend également à cerner davantage les éléments exclus de la négociation et, par conséquent, les éléments pouvant être négociés. Les exigences minimales des offres sont ainsi exclues du champ de la négociation – tout comme les critères d'attribution²⁷⁵ –, mais la directive reste silencieuse sur la faculté de modifier ces exigences minimales en dehors de toute négociation. Autrement dit, la directive ne précise pas si l'autorité contractante peut de sa propre initiative procéder à une telle modification²⁷⁶.

L'étendue du droit de l'autorité contractante d'attribuer le marché sans négociation malgré l'engagement de la procédure concurrentielle avec négociation²⁷⁷ est également incertaine. Le texte ne précise pas dans quelles circonstances ou pour quels motifs ce droit de ne pas négocier peut être exercé, laissant ainsi une ample marge d'appréciation à l'autorité contractante. Une partie de la doctrine estime qu'un cycle de négociations devrait être réalisé, même quand les offres initiales semblent optimales ou presque optimales, afin de s'assurer qu'il s'agit des offres les plus adaptées sans que l'autorité contractante ne perde pour autant beaucoup de temps ou d'argent²⁷⁸.

Pour ce qui a trait au dialogue compétitif, les difficultés ne sont pas générées par le champ d'application ou l'exercice de ce dialogue, mais plutôt par l'articulation de cette procédure avec des principes essentiels de la commande publique : l'égalité de traitement des candidats et la protection des informations confidentielles. Par comparaison avec la procédure concurrentielle avec négociation, l'apport de la *directive Marchés de 2014* est plus restreint et repose sur un seul ajout (commun avec la procédure concurrentielle avec négociation). Ainsi, s'agissant de la protection des informations confidentielles, la directive maintient en 2014 l'impossibilité de divulguer de telles informations sans l'accord du participant concerné, mais précise que « [c]et accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale, mais vise des informations précises dont la communication est envisagée »²⁷⁹.

Il s'ensuit que la directive n'indique pas l'ensemble des modalités précises de conciliation entre le dialogue compétitif et la protection des informations confidentielles ainsi que l'égalité de traitement. Or, comme le souligne la doctrine, une telle conciliation est pourtant

²⁷⁵ « Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations » (*ibid.*, art. 29, §3 al. 2).

²⁷⁶ P. Bogdanowicz, « Article 29. Competitive procedure with negotiation », *op. cit.*, p. 318, §29.05.

²⁷⁷ « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'ils ont indiqué, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, qu'ils se réservent la possibilité de le faire » (Dir. 2014/24/UE, art. 29, §4).

Ceci constitue l'une des nouveautés de la *directive Marchés de 2014*.

²⁷⁸ P. Bogdanowicz, « Article 29. Competitive procedure with negotiation », *op. cit.*, p. 322, §29.20.

²⁷⁹ Dir. 2014/24/UE, art. 30 §3 al. 3.

essentielle et précaire. En effet, des informations doivent être communes à l'ensemble des candidats pour assurer la non-discrimination, mais ceci peut contrevenir à la protection des informations confidentielles²⁸⁰. Dans le même sens, l'effectivité de la concurrence et du dialogue compétitif peut inclure des échanges plus nombreux avec certains candidats pour préciser les offres proposées et ainsi potentiellement conduire à un traitement différencié des candidats²⁸¹. Une partie de la doctrine plaide en conséquence pour une approche souple de la non-discrimination et de la protection des informations confidentielles dans le cadre du dialogue compétitif²⁸².

Au regard de la procédure négociée sans publication préalable, la *directive Marchés de 2014* laisse naturellement une ample marge d'appréciation et de liberté, puisqu'il s'agit de l'objectif même de cette procédure. Deux précisions ultérieures ont toutefois été apportées par la CJUE, ayant trait à la fois à l'égalité de traitement des candidats et à la limite de mobilisation des marchés « de gré à gré ». La Cour a en effet précisé en 2022 que dans l'hypothèse où cette procédure serait mobilisée sur le fondement d'une procédure préalable infructueuse, les candidats ayant proposé une offre irrégulière ou inacceptable dans le cadre de cette procédure « ne sauraient contraindre, dans le cadre de la procédure négociée sans publication préalable subséquente, le pouvoir adjudicateur à entrer en négociation avec eux »²⁸³. L'autorité contractante est en revanche limitée dans le choix de l'offre, le prix de l'offre retenue ne devant pas être excessif sous peine de révéler « l'intention de le soustraire [le marché] au champ d'application de la directive 2014/24 ou de limiter artificiellement la concurrence ». Ainsi, « le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de prouver que le prix sur lequel il s'est entendu avec l'adjudicataire correspond au prix du marché et qu'il n'excède pas la valeur estimée du marché »²⁸⁴. Les futures directives européennes pourraient ainsi codifier ces apports jurisprudentiels, qui encadrent aussi bien les droits des opérateurs économiques que la liberté des autorités contractantes dans le cadre des marchés « de gré à gré ».

²⁸⁰ P. Telles, « Article 30. Competitive dialogue », *op. cit.*, p. 330, §30.23.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 329, §30.19.

²⁸² *Ibid.*, p. 329, §30.20.

²⁸³ CJUE, 16 juin 2022, *Vice-min. du développement régional et du bien-être e.a. c/ Obshtina Reason*, aff. C-376/21, §68.

²⁸⁴ Pour cette citation et celle de la phrase précédente : CJUE, 16 juin 2022, *Vice-min. du développement régional et du bien-être e.a. c/ Obshtina Reason*, aff. C-376/21, §69.

Pour un commentaire plus développé de cet arrêt, voy. F. Lichère, « La liberté contractuelle précisée en cas d'infructuosité d'un appel d'offres », *JCP E* 2022, p. 1393.

THÉMATIQUE N° 5 : LE CHOIX DU COCONTRACTANT

Les *directives Marchés et Concessions* s'inscrivent très nettement dans une tendance à l'« *objectivation du choix du cocontractant* », en vertu de laquelle l'attribution doit « *être le résultat d'une comparaison objective de critères prédéterminés avec les offres présentées* »²⁸⁵.

Cette lame de fond se manifeste d'abord à travers l'exigence générale de transparence dans le choix du cocontractant – laquelle se décline en autant d'obligations de publication des critères de sélection et d'attribution –, propre à garantir la concurrence, tout en instillant une forme de « *moralité* » publique dans la conclusion des contrats de la commande publique²⁸⁶. Les *directives de 2014* disposent ensuite, de manière identique, que les critères de sélection des candidats doivent être proportionnés et liés à l'objet du contrat. Elles insistent également sur le fait que « *les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur* » et qu'« *ils garantissent la possibilité d'une véritable mise en concurrence* »²⁸⁷. Cette affirmation vaut aussi bien pour les marchés publics, dont le régime d'attribution est cependant allégé, que pour les concessions dont le cadre apparaît resserré. En effet, le travail de réforme des directives s'est principalement focalisé sur l'attribution des concessions. Tout en réaffirmant « *le droit des États membres et des pouvoirs publics de décider du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour exécuter des travaux et fournir des services* »²⁸⁸, la *directive Concessions* tend manifestement à réduire la liberté du concédant de choisir son prestataire.

Pour limiter l'« *arbitraire* » des autorités concédantes²⁸⁹, le législateur européen s'est largement inspiré des régimes de sélection (§II.) et d'attribution des marchés publics, en veillant toutefois à ne pas renier la « *spécificité des concessions* »²⁹⁰ (§III.). En matière de marchés publics, cette tendance à l'objectivation se manifeste principalement à travers l'encadrement plus drastique – quoiqu'insuffisant – du *sourcing* (§I.).

²⁸⁵ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., 2017, n°519, p. 258.

²⁸⁶ *Ibid.*, n°415, p. 213.

²⁸⁷ Directive 2014/24/UE, art. 67 ; Directive 2014/23/UE, art. 41.

²⁸⁸ Dir. 2014/23/UE, *préc.*, cons. 5.

²⁸⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du conseil sur l'attribution de contrats de concession, 20 décembre 2011 (COM (2011) 897 final), 2011/0437, exposé de motifs, p. 6.

²⁹⁰ Dir. 2014/23/UE, cons. 2.

§I. La présélection par le *sourcing*

Le « *sourcing* » ou « *sourçage* », pratique longtemps restée informelle sinon taboue, a progressivement gagné ses lettres de noblesse dans le droit européen de la commande publique. Cette technique a d’abord fait une « *très discrète apparition* »²⁹¹ dans le considérant n° 8 de la *directive 2004/18* qui évoquait, sans la détailler, la faculté pour les pouvoirs adjudicateurs d’engager, avant le lancement de la procédure, un « *dialogue technique* » ou des « *études de marché* », pour établir le cahier des charges du marché et à la condition de ne pas distordre la concurrence.

La *directive 2014/24* est plus diserte que sa prédécesseuse, puisqu’elle ne consacre pas moins de deux dispositions à la préparation du marché, ce que certains praticiens ne manquent pas de saluer²⁹². L’article 40 de ce texte entérine ainsi la faculté pour les pouvoirs adjudicateurs de « *réaliser* », en amont de la procédure, « *des consultations du marché en vue de préparer la passation de marché et d’informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences en la matière* »²⁹³. La pratique du *sourcing* présente un indiscutable intérêt pour l’acheteur public soucieux de « *réussir son achat* »²⁹⁴, lorsqu’elle ne lui est tout simplement pas « *indispensable* »²⁹⁵, à tout le moins lorsque celui dépasse certains seuils ou porte sur des domaines comme l’innovation. Elle permet, plus précisément, à la personne publique d’affiner son besoin en adéquation avec la réalité du marché économique. Ce faisant, le *sourcing* permet non seulement de maîtriser les coûts, d’échapper à l’infructuosité, mais aussi d’étayer la stratégie d’allotissement et le choix de ses critères.

Le *sourçage*, aussi bénéfique soit il, présente cependant une série de risques qui invitent les acheteurs à la plus grande vigilance²⁹⁶, ou, pour reprendre l’expression de Didier Seban, à bien « *placer le curseur entre prudence et liberté* »²⁹⁷. L’article 40 précité insiste, à cet égard, sur le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Le pouvoir adjudicateur doit, ainsi, veiller à la liberté d’accès à la commande publique en permettant à tout opérateur économique qui le souhaite de participer à la consultation, laquelle peut prendre les formes les

²⁹¹ M. Crahès, « Précieux et délicat *sourçage* des marchés publics », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 170, p. 22.

²⁹² Y. Le Fustec, « Qu’est-ce que le *sourcing* », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 185, p. 18.

²⁹³ Dir. 2014/24/UE, art. 40 al. 2.

²⁹⁴ D. Seban, « *Sourcing* : opportunité ou danger ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 185, p. 3.

²⁹⁵ Y. Le Fustec, « Qu’est-ce que le *sourcing* », *op. cit.*, p. 20.

²⁹⁶ Y. Le Fustec évoque une « *pratique à manier avec prudence* » (*ibid.*, p. 21).

²⁹⁷ D. Seban, « *Sourcing* : opportunité ou danger ? », *op. cit.*, p. 3.

plus variées²⁹⁸. L'acheteur public doit surtout respecter l'égalité de traitement entre les opérateurs économiques, tout en veillant à ne pas divulguer des informations commercialement sensibles²⁹⁹, exercice difficile s'il en est. À cet égard, la *directive Marchés* offre peu d'indications relatives aux exigences de transparence et de traçabilité. Elle consacre néanmoins un article, le 41, aux « *mesures appropriées* » devant être prises par le pouvoir adjudicateur pour que la participation d'un candidat ou du soumissionnaire à l'opération de *sourcing* ne s'assimile pas à du favoritisme. Pour cela, l'acheteur doit « *communiquer aux autres candidats et soumissionnaires* » les « *informations utiles échangées [...]* » et à fixer des délais adéquats *pour la réception des offres* [nous soulignons] ». Il convient de relever que les expressions employées – « *informations utiles* » et « *délais adéquats* » – sont d'une imprécision telle qu'elles n'offrent pas un cadre très sécurisant pour l'acheteur public. Cette disposition poursuit en soulignant que le candidat ou le soumissionnaire concerné ne doit être « *exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autre moyen d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement* », étant entendu que l'opérateur économique concerné doit toujours être mesure de prouver que sa « *participation à la préparation de la procédure n'est pas susceptible de fausser la concurrence* »³⁰⁰. Dès lors, s'il est parfaitement acquis qu'un opérateur économique ne peut être exclu du simple fait de sa participation à l'opération de *sourcing*, il faut bien reconnaître, avec François Lichère, « *qu'à défaut d'autres précisions dans les textes, la seule approche jurisprudentielle, nécessairement casuistique, ne permet pas d'éclairer les autorités contractantes sur les risques d'illégalité du fait de l'existence d'informations privilégiées* »³⁰¹.

Après cette phase facultative de présélection, les autorités contractantes doivent sélectionner les candidats en respectant les *directives Marchés* et *Concessions* qui envisagent un des régimes très similaires.

²⁹⁸ Y. Le Fustec énumère « *la sollicitation de fournisseurs à la consultation de bases dédiées (...) la formelle request for information (...)* » ou encore au « *lancement d'un appel à idées* » (Y. Le Fustec, « Qu'est-ce que le sourcing », *op. cit.*, pp. 25-26).

²⁹⁹ Pour des études plus détaillées : v. le dossier consacré au *sourcing* dans *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 185.

³⁰⁰ Dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 41.

³⁰¹ F. Lichère, « La déontologie et l'attribution des contrats publics », *JCP Adm.* 2020. 2034.

§II. La parenté des régimes de sélection des candidats

La *directive Concessions* élabore un authentique « régime de sélection des candidatures »³⁰² proche de celui des marchés publics – sans toutefois s’y assimiler³⁰³ –, tant en ce qui concerne les motifs d’exclusion (A.) que la phase de sélection qualitative des candidats (B.).

A. L’identité des motifs d’exclusion

Les opérateurs économiques, qu’ils soient candidats à l’attribution d’une concession ou d’un marché public, ne doivent pas être visés par un motif d’exclusion. Les *directives 2014/23* et *2014/24* prévoient deux listes : les motifs d’exclusion obligatoires d’une part, les motifs d’exclusion facultatifs d’autre part. Elles reconnaissent, de manière identique, un droit à l’auto-réhabilitation des candidats.

Le rapprochement des régimes apparaît évident à qui s’intéresse aux exclusions : en marchés publics, comme en concessions, l’exclusion est de plein droit pour les motifs dits « obligatoires », tandis qu’elle relève de l’appréciation du pouvoir adjudicateur pour les motifs dits « facultatifs ». Les motifs d’exclusion obligatoires énumérés par les *directives Marchés* et *Concessions* sont d’ailleurs rigoureusement identiques : ils visent les opérateurs économiques qui ont fait l’objet d’une condamnation prononcée par un jugement définitif en raison de leur participation à une organisation criminelle, de faits de corruption, de fraude, d’infraction terroriste, de blanchiment d’argent, de travail des enfants ou de traite d’êtres humains ou dans le cas de manquement à des obligations relatives au paiement d’impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale³⁰⁴. Les textes prévoient, de manière analogue, la possibilité pour les États membres de prévoir une dérogation à ces motifs « dans des cas exceptionnels où des exigences impératives d’intérêt général rendent indispensable l’attribution » d’un contrat, telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l’environnement³⁰⁵. Les motifs d’exclusion facultatifs envisagés par les deux directives s’assimilent, dans un cas comme dans l’autre, à un véritable « maquis »³⁰⁶. Et pour cause, les motifs énumérés par ces textes sont similaires, à une

³⁰² B. Neveu et B. Polderman, « Directive concession : quelles incidences sur l’examen des candidatures ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, p. 48.

³⁰³ En ce s. Cyril Coupé relève que ces règles sont clairement « rapprochées » mais « pas alignées » (C. Coupé, « Sélection des candidatures et des offres dans le cadre des marchés publics et concessions : points communs et différences », *Le Moniteur – Contrats publics* 2017, n° 173, p. 16).

³⁰⁴ Dir. 2014/24/UE, art. 57 §1 ; dir. 2014/23/UE, art. 38 §4.

³⁰⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 57 §3 et cons. 100 ; Dir. 2014/23/UE, art. 38 §6 et cons. 69.

³⁰⁶ A. Marchand, « Le nouveau maquis des interdictions de soumissionner », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, p. 37.

exception près. En effet, seule la *directive Marchés* comporte un motif d'exclusion du soumissionnaire qui a participé à une opération de *sourcing*, lorsque cette participation induit une distorsion de concurrence à laquelle il ne peut être remédié³⁰⁷. En dehors de cette hypothèse, la *directive Concessions* reproduit *in extenso* la liste des motifs envisagés par la *directive Marchés* et, ce faisant, les mêmes ambiguïtés. Il en va particulièrement ainsi du motif qui vise l'opérateur économique coupable d'une « *faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité* », ³⁰⁸ ce qui recouvre, par exemple, l'hypothèse d'un « *manquement à des obligations environnementales ou sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées* » ou bien « *la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle* » ³⁰⁹. Si l'on peut se féliciter, avec Arnaud Marchand³¹⁰, de ce que ce motif d'exclusion soit « *recentré sur les seules fautes commises à l'occasion de l'activité professionnelle et présentant un certain degré d'intentionnalité* » ³¹¹, il n'en est pas moins caractérisé par une certaine imprécision³¹² qui pourrait donner lieu à des interprétations divergentes porteuses d'inégalités entre les opérateurs économiques, voire à une surinterprétation des autorités contractantes. Le motif visant des « *défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique lors de l'exécution de précédents contrats* » ayant donné lieu à une résiliation ou à « *toute autre sanction équivalente* » ³¹³ pourrait susciter les mêmes difficultés.

Les *directives de 2014* font preuve de la même souplesse en matière d'auto-réhabilitation (*self-cleaning*)³¹⁴ en disposant simplement que l'opérateur économique « *peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence du motif d'exclusion invoqué*. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure [nous soulignons] » ³¹⁵. Cette formulation, ainsi que les nombreuses autres imprécisions des textes européens, impriment à ce système un caractère discrétionnaire. D'abord, ils confient aux États membres le soin de définir

³⁰⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 57 §4, f).

³⁰⁸ Dir. 2014/23/UE, art. 38 §7, c) ; dir. 2014/24/UE, art. 57 §4, c).

³⁰⁹ Dir. 2014/24/UE, cons. 101.

³¹⁰ A. Marchand, « Le nouveau maquis des interdictions de soumissionner », *op. cit.*, p. 37.

³¹¹ La *directive 2004/18* se bornait à disposer que pouvait être exclu de la participation du marché, tout opérateur économique « *qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier* [nous soulignons] » (Dir. 2004/18/CE, art. 45 §1 d).

³¹² En ce s. B. Neveu et B. Polderman, « Directive concession : quelles incidences sur l'examen des candidatures ? », *op. cit.*, p. 52.

³¹³ Dir. 2014/23/UE, art. 38 §7 f) ; Dir. 2014/24/UE, art. 57 §4 g).

³¹⁴ L. Richer, « L'auto-apurement en action », *CMP* nov. 2022, étude 10.

³¹⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 57 §6 ; Dir. 2014/23, art. 38 §9.

les modalités procédurales de l'auto-réhabilitation³¹⁶. À cet égard, ils sont « *libres de décider s'ils autorisent chaque pouvoir adjudicateur à effectuer les évaluations pertinentes ou s'ils confient cette tâche à d'autres pouvoirs à un niveau central ou décentralisé* »³¹⁷. En Allemagne comme en Hongrie, cette appréciation relève d'une autorité centrale³¹⁸, tandis qu'en France elle repose sur les pouvoirs adjudicateurs. Ensuite, les directives offrent à ces autorités assez peu d'indications pour les guider dans l'appréciation des mesures adoptées, hormis les trois conditions cumulatives supposées nécessaires à l'auto-réhabilitation : la réparation du préjudice causé (1), la collaboration active de l'opérateur économique (2) et l'adoption de « *mesures concrètes* » pour prévenir la survenance d'une nouvelle faute (3). Si l'effort de clarification est louable, il convient toutefois de remarquer, avec Laurent Richer, que ces conditions ne se retrouvent pas en toutes hypothèses, soit parce que certains manquements peuvent être effacés plus simplement³¹⁹, soit parce que le droit national ne les exige pas en toutes circonstances³²⁰. Pour le reste, les autorités disposent d'une marge de manœuvre conséquente dès lors que les directives gardent le silence quant à l'initiative et au moment de la demande d'auto-apurement, lequel semble pouvoir intervenir au stade de la candidature³²¹ ou *ex post*³²². Elles ne précisent pas davantage le contenu des mesures de remédiation, préférant se borner à poser une obligation d'adéquation avec la gravité du fait qui a justifié l'exclusion³²³. Le préambule de chacune des directives propose néanmoins une liste non exhaustive des mesures envisageables qui peuvent être individuelles et/ ou des mesures *compliance* portant sur l'organisation et/ou le fonctionnement de l'entreprise. À cet égard, doivent constituer des mesures suffisantes « *la mise en œuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation* »³²⁴.

Après s'être assurées que les candidats ne sont pas visés par un motif d'exclusion – avec toutes les difficultés d'accès à l'information et d'appréciation que soulève cette opération –, les

³¹⁶ En ce sens, la *directive Marchés* précise qu'« il convient de laisser aux États membres le pouvoir de déterminer les conditions procédurales et matérielles exactes qui seraient applicables dans ces cas » (Dir. 2014/24/UE, cons. 102).

³¹⁷ *Idem*.

³¹⁸ L. Richer, « L'auto-apurement en action », *op. cit.*

³¹⁹ Par exemple par le paiement spontané des cotisations fiscales / sociales.

³²⁰ L. Richer, « L'auto-apurement en action », *op. cit.*

³²¹ Cette pratique est encouragée par la Cour de justice : CJUE 3 oct. 2019, *Delta*, aff. C-267/ 18.

³²² CJUE, 14 janv. 2021, *BNP Paribas Personal Finance*, aff. C-387/ 19.

³²³ « *Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières* » (Dir. 2014/23/UE, art. 38 §9 al. 2 ; Dir. 2014/24/UE, art. 57 §6 al. 3).

³²⁴ Dir. 2014/24/UE, cons. 102.

autorités contractantes s'attèlent à un exercice non moins difficile : analyser les capacités des candidats.

B. La proximité des cadres d'analyse des candidatures

L'analyse des capacités des candidats à une concession ou à un marché public obéit aux mêmes règles, à cela près que le régime posé par la *directive 2014/24* offre davantage de garanties procédurales que celui envisagé par la *directive 2014/23*.

Les critères de sélection énumérés par les *directives 2014/23* et *2014/24* sont quasiment identiques, étant entendu que dans le cas des concessions comme des marchés publics ces « conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché »³²⁵. La première dispose que « les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices vérifient les conditions de participation relatives aux capacités professionnelles et techniques et à la capacité économique et financière des candidats ou des soumissionnaires »³²⁶, tandis que la seconde expose, de manière plus précise, il est vrai, que « les critères de sélection peuvent avoir trait : a) à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ; b) à la capacité économique et financière ; c) aux capacités techniques et professionnelles »³²⁷. En matière de concessions, l'invitation faite aux autorités concédantes d'analyser les capacités « économiques » et « professionnelles » des opérateurs économiques, qui constitue une nouveauté de la *directive de 2014*, conduit à se demander si elles doivent opérer un contrôle supplémentaire. La doctrine appelle de ses vœux une définition précise de ces expressions propre à lever cette interrogation « que ne manqueront pas de se poser les praticiens »³²⁸. En matière de marchés publics, la faculté reconnue aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger des candidats qu'ils fournissent des informations sur leurs comptes annuels³²⁹ permet une analyse des capacités économiques et financières « plus drastique », mais aussi plus « réaliste »³³⁰ qu'auparavant, « pour autant toutefois que le pouvoir adjudicateur dispose des compétences lui permettant d'analyser les informations

³²⁵ Dir. 2014/23/UE, art. 38 §1 ; Dir. 2014/24, art. 58 §1.

³²⁶ Dir. 2014/23/UE, art. 38.

³²⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 58.

³²⁸ B. Neveu et B. Polderman, « Directive concession : quelles incidences sur l'examen des candidatures ? », *op. cit.*, p. 49.

³²⁹ Dir. 2014/24/UE, art. 58 §3.

³³⁰ A. Alexksandrowicz, « L'analyse des capacités des candidats : quelles nouveautés ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, p. 27.

fournies »³³¹, ce qui suppose des moyens humains et financiers conséquents dont ne disposent évidemment pas tous les acheteurs publics.

Au-delà de ces points de rencontre entre les régimes de sélection des candidats prévus par les *directives de 2014*, les garanties procédurales pour les opérateurs économiques apparaissent nettement supérieures en matière de marché public. D’abord et à la différence de la *directive 2014/23*, la *directive 2014/24* liste les modes de preuve pouvant être mobilisés par les opérateurs économiques s’agissant des interdictions de soumissionner et du respect des critères de sélection, ainsi que leurs modalités de transmission³³². Force est ainsi de constater que « *si du côté du droit des concessions la tendance s’inscrit dans un renforcement des garanties procédurales au profit des candidats, on est encore loin du dispositif propre à la passation des marchés publics* »³³³. Les obligations de publicité sont également allégées en matière de concession. En effet, si l’avis de marché doit contenir une « *liste et brève description des critères de sélection et des critères concernant la situation personnelle des opérateurs économiques qui pourraient entraîner leur exclusion ; niveau(x) minimal(-aux) de normes éventuellement requis ; indiquer les informations requises (déclarations sur l’honneur, documents)* »³³⁴, l’avis de concession peut se borner à énumérer « *une liste et une brève description des critères de sélection s’il y a lieu ; niveau(x) minimal(aux) de capacités éventuellement exigé(s) ; indiquer les informations requises (déclarations sur l’honneur, documents)* [nous soulignons] »³³⁵.

Le constat d’un net rapprochement entre les marchés publics et les concessions doit être nuancé par l’étude des règles européennes qui encadrent l’attribution de chacun de ces contrats.

§III. La convergence des règles en matière d’attribution

Les *directives 2014/24* et *2014/23* convergent puisque la première adoucit le régime d’attribution des marchés publics (A.), tandis que la seconde resserre le cadre, sans cependant renier toute leur spécificité aux concessions (B.).

³³¹ E. Lanzarone et H. Braunstein, « Présentation des candidature et sélection des candidats : vers une simplification et un renforcement des règles », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, p. 23

³³² Dir. 2014/24/UE, art. 60, qui renvoie à l’annexe XII.

³³³ C. Coupé, « Sélection des candidatures et des offres dans le cadre des marchés publics et concessions : points communs et différences », *op. cit.*, p. 16.

³³⁴ Dir. 2014/24/UE, annexe V.

³³⁵ *Idem.*

A. Le régime assoupli de l'attribution des marchés publics

La *directive 2014/24* procède à un certain allègement du régime d'attribution des marchés publics qui s'inscrit dans une tendance plus générale à la promotion d'objectifs stratégiques tels que le développement durable ou l'innovation.

En premier lieu, le texte substitue au critère du prix – auparavant prépondérant³³⁶ –, une « approche plus globale *qui ne se réfère plus seulement à la valeur monétaire liée à l'acquisition du service, des travaux ou des fournitures, mais à toutes les charges évaluables qui les accompagnent* [nous soulignons] »³³⁷. Aux termes de l'article 67, en effet, le marché public doit être attribué à l'« offre économiquement la plus avantageuse », laquelle est déterminée sur la base soit d'un critère unique qui peut être celui du prix ou celui du « *coût de cycle de vie* », soit de critères multiples. Cette notion, qui n'est pas reprise dans la *directive Concessions*, constitue un évident facteur d'assouplissement du régime d'attribution des marchés publics destiné à promouvoir les objectifs stratégiques. Dans le prolongement de cette idée, la *directive 2014/24* adoucit nettement l'exigence d'un lien entre les critères d'attribution et l'objet du marché. En effet, tandis que la *directive 2004/18* insistait sur l'importance de ce lien³³⁸, sa successeuse pose, avec davantage de souplesse, une présomption. Aux termes de l'article 67 sont ainsi présumés être liés à l'objet du contrat les critères d'attribution qui se « *rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans: a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services; ou b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel* [nous soulignons] »³³⁹. La *directive 2014/24* conserve, en outre, une certaine flexibilité en ce qui concerne la pondération des critères, sans cependant aller jusqu'à imposer une simple obligation de hiérarchisation comme c'est le cas en matière de concessions. En effet, si l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de publier la « *pondération relative qu'il attribue à chacun des critères* » demeure le principe, la *directive Marchés* précise néanmoins que « *lorsque la*

³³⁶ En vertu de l'article 53 de la *directive 2004/18*, les marchés publics pouvaient être attribués sur la base du prix le plus bas ou de l'offre économiquement la plus avantageuse.

³³⁷ G. Cantillon, « Marchés publics et développement durable », *JCI Environnement et développement durable*, fasc. 2340, mise à jour du 22/02/2022, §148.

³³⁸ L'article 53 proposait, parmi les critères acceptables, « *la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution* » (Dir. 2004/18, art. 53 §1 a).

³³⁹ Dir. 2014/24/UE, art. 67 §3.

pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur indique les critères par ordre décroissant d'importance »³⁴⁰. De même que ce texte n'impose pas la publication de la méthode de notation³⁴¹. Pour que cette latitude accordée aux acheteurs ne confine à l'arbitraire, la *directive 2014/24* prévoit plusieurs garde-fous au premier rang desquels la publication des critères d'attribution, aussi bien dans l'avis de marché que dans l'avis d'attribution³⁴², ainsi que l'injonction faite aux pouvoirs adjudicateurs d'offrir des « *précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaire* »³⁴³.

LES RAPPORTS PUBLIÉS EN 2025

FOCUS SUR LA PRÉFÉRENCE EUROPÉENNE

Le 29 janvier 2025, la Commission européenne a ouvertement exposé sa volonté politique de mettre en œuvre, dans certains secteurs stratégiques, une préférence européenne³⁴⁴. La réforme des directives européennes serait ainsi l'occasion d'intégrer dans la commande publique une telle aspiration politique et économique, à laquelle la France est « favorable, et ce de façon transversale, pas seulement pour quelques secteurs stratégiques mais pour le cadre général de la commande publique applicable au niveau européen »³⁴⁵.

À ce propos, dans un rapport de la Commission européenne sur la cohérence interne des directives européennes sur les marchés publics et les contrats de concession, Roberto Caranta souligne qu'une telle préférence européenne devra faire partie intégrante d'une nouvelle politique industrielle adaptée à l'évolution rapide des modèles commerciaux³⁴⁶. Le rapport de la commission d'enquête du Sénat, publié en juillet 2025, s'inscrit dans cette continuité :

« Pour commencer, un principe général d'interdiction d'accès à la commande publique européenne pourrait être posé pour les produits et prestations provenant de pays non-signataires de [l'Accord sur les marchés publics de

³⁴⁰ Dir. 2014/24/UE, art. 67 §3 al. 5.

³⁴¹ CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279.

³⁴² Dir. 2014/24/UE, annexe V et art. 67 §5.

³⁴³ *Ibid.*, art. 67 §4.

³⁴⁴ Commission européenne, « Une boussole pour la compétitivité de l'UE », communication, COM(2025) 30, 29 janvier 2025 : https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/competitiveness-compass_fr.

³⁴⁵ Audition de Mme Clémence Olsina (DAJ, Ministère de l'Économie et des Finances), lors de la commission d'enquête sénatoriale sur *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique* (Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, Sénat, déposé le 8 juillet 2025 et disponible en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-113.html#fn375>).

³⁴⁶ R. Caranta, *Coherence in the EU Public Procurement Directives*, Commission européenne, août 2025, p. 57.

l'OMC] ou d'un accord équivalent, qui ne se limiterait donc pas à certains secteurs.

Il conviendrait également de garantir une réciprocité effective dans l'accès à la commande publique entre les pays signataires de tels accords. »³⁴⁷

Une telle préférence pourrait prévoir, par exemple, d'écarter les candidatures issues de pays tiers non-signataires d'un accord relatif aux marchés publics avec l'Union européenne ou, pour les pouvoirs adjudicateurs (selon le modèle des entités adjudicatrices) les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays non-signataires d'un accord relatif aux marchés publics avec l'Union européenne³⁴⁸. En outre, la commission sénatoriale souhaite européeniser l'ensemble des marchés de défense ou de sécurité en interdisant, sauf autorisation expresse de l'acheteur, toute candidature d'entreprise non-européenne³⁴⁹.

De même, arguant un effort de sécurité et de souveraineté alimentaire à l'échelle européenne, la commission parlementaire préconise la mise en place d'une exception alimentaire européenne à travers la promotion d'un « *modèle alimentaire local, régional, national et européen plus résilient et plus durable* »³⁵⁰. Roberto Caranta converge sur ce point, dans le rapport précité de la Commission européenne :

« La préférence accordée aux critères autres que le prix se traduira le plus souvent par la promotion de certains critères de durabilité. Il est encore trop tôt pour dire si la recherche de résilience et la préférence pour les chaînes d'approvisionnement courtes laisseront parfois place à des achats encore plus « localisés ». Cela pourrait être le cas avec la toute récente communication de la Commission intitulée « Une vision pour l'agriculture et l'alimentation. Façonner ensemble un secteur agricole et agroalimentaire attractif pour les générations futures ». La communication souligne la nécessité de « revenir aux « racines » et de rétablir le lien entre l'alimentation, le territoire, la saisonnalité, les cultures et les traditions locales, ce qui est très important ». »³⁵¹

Par ailleurs, une étude d'universitaires européens propose cinq axes de réflexions pour mettre en œuvre la préférence européenne dans l'achat public :

³⁴⁷ S. Uzenat, Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, Sénat, déposé le 8 juillet 2025 et disponible en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-113.html#fn375>.

³⁴⁸ *Idem.*

³⁴⁹ *Idem.*

³⁵⁰ *Idem.*

³⁵¹ R. Caranta, *op. cit.*, p. 62.

- Indiquer clairement si la participation d'opérateurs économiques non couverts est autorisée ou non et, dans l'affirmative, dans quelles conditions les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent s'écarter de la position par défaut³⁵² ;
- Suivant le règlement IMPI³⁵³ et l'instrument anti-coercition, prévoir des ajustements de score dans le cas où la participation d'opérateurs économiques non couverts par des traités commerciaux serait autorisée³⁵⁴ ;
- À défaut, charge la Commission de définir à la fois les marchés publics fermés à la participation des soumissionnaires des pays tiers concernés et tout ajustement de score à appliquer aux autres marchés³⁵⁵ ;
- Adopter les règles d'origine applicables tant aux fournisseurs qu'aux biens et services fournis conformément au modèle prévu à l'article 3 du règlement IMPI et à l'article 16 et à l'annexe II de l'instrument anti-coercition³⁵⁶ ;
- Introduire un régime préférentiel de l'Union européenne pour les start-ups et les PME dans les secteurs stratégiques, assorti de définitions et de garanties claires afin de promouvoir l'innovation tout en respectant les principes du traité de l'Union européenne³⁵⁷.

De son côté, le rapport de l'eurodéputé Piotr Müller est plus prudent. Il demande, plutôt, une analyse d'impact des modalités et des conséquences de l'application d'une préférence européenne dans les marchés publics stratégiques, avant toute réglementation sur le sujet :

« [il est demandé que...], dans le cadre de la révision prochaine du cadre relatif à la passation des marchés publics, la Commission réalise une analyse d'impact approfondie des modalités qui permettraient de privilégier le principe de « préférence européenne » et des implications qui en découlent dans les marchés publics portant sur des secteurs stratégiques de façon à assurer la continuité des capacités critiques dans les États membres et de renforcer la résilience, la sécurité, la compétitivité et l'autonomie stratégique ; [...] la Commission devrait

³⁵² R. Caranta, « Of many sticks and a mutant carrot: the new external dimension of EU public contracts », in K.-M. Halonen, W. Janssen et F. Lichère (dir.), *Reforming EU Public Procurement: Proposals for the Reform of Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2026, Chp. 11.

³⁵³ Règlement (UE) 2022/1031 concernant l'instrument relatif aux marchés publics internationaux (IMPI), JOUE L 173 du 30 juin 2022, p. 1-16.

³⁵⁴ R. Caranta, *art. cit.*, 2026, Chp. 11.

³⁵⁵ *Idem.*

³⁵⁶ *Idem.*

³⁵⁷ P. Cerqueira Gomes, « Innovation and Public Procurement – the need for the law to match the policy demands », in K.-M. Halonen, W. Janssen et F. Lichère (dir.), *Reforming EU Public Procurement: Proposals for the Reform of Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2026, Chp. 15.

évaluer soigneusement les implications financières potentielles, les risques de limitation de l'accès aux technologies de pointe et les effets sur la qualité des services et des produits tout en préservant la cohérence avec les engagements juridiques internationaux de l'Union et en n'excluant pas les partenaires attachés aux mêmes principes; souligne que les mesures visant à encourager la participation des entreprises européennes ne doivent pas constituer du protectionnisme ou fausser la concurrence; reconnaît, dans ce contexte, l'importance des entreprises qui investissent et réinvestissent dans l'Union, ce qui renforce l'économie de l'Union, protège le bien-être des travailleurs et bénéficie aux collectivités locales ; [...] en outre la Commission [devrait examiner] les possibilités d'encourager la participation des entreprises situées dans l'Union aux procédures de passation de marchés lancées pour des projets financés par les institutions de l'Union ou par l'élargissement du système de préférences énoncé à l'article 85 de la directive 2014/25/UE aux marchés attribués par les pouvoirs adjudicateurs »³⁵⁸.

En second lieu, la *directive de 2014* étend le champ des variantes. Auparavant limitées aux cas dans lesquels le marché était attribué à l'offre la plus avantageuse, les variantes peuvent désormais être autorisées ou exigées³⁵⁹ par l'acheteur dans n'importe quelle hypothèse. En dehors de cet élément de simplification, le régime européen des variantes n'apparaît pas particulièrement sécurisant pour les praticiens. Cette insécurité, couplée aux « *contraintes liées à l'utilisation des variantes et au risque de litige qu'elles peuvent induire* », fait des variantes un véritable « *sujet de crispation* » pour les acheteurs et les opérateurs économiques³⁶⁰. L'on peut, à cet égard, souligner que si la *directive 2014/24* dispose que les variantes doivent répondre aux « *exigences minimales* » définies par l'acheteur, « *la teneur précise dudit socle n'est définie par aucune norme contraignante et son expression semble donc pouvoir demeurer relativement sommaire* »³⁶¹. En outre, la directive ne permet pas de trancher le point de savoir si les variantes se limitent ou non à des aspects techniques. En disposant, enfin, que les pouvoirs adjudicateurs doivent s'assurer que « *les critères d'attribution retenus puissent être appliqués*

³⁵⁸ P. Müller, *Rapport sur la passation des marchés publics*, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, 2024/2103(INI), 18 juillet 2025, pt. 67.

³⁵⁹ *Ibid.*, art. 45.

³⁶⁰ T. Vaseux, « Utiliser les variantes dans les marchés publics », *CMP* août-septembre 2020, étude 8.

³⁶¹ J.-Ph Harriague, « Libre variations autour de la notion de variante », *CMP* mai 2022, étude 5.

tant aux variantes qui respectent ces exigences minimales qu'aux offres conformes qui ne sont pas des variantes »³⁶², la directive complexifie l'analyse des offres. Elle incite ainsi l'acheteur à un classement unique des offres de bases et des variantes, qui peut complexifier « substantiellement » l'exercice « *lorsque les propositions à comparer diffèrent sur de nombreux points techniques* »³⁶³.

LES RAPPORTS PUBLIÉS EN 2025

FOCUS SUR LES VARIANTES

Dans son rapport publié en juillet 2025, la commission d'enquête du Sénat recommande que la révision des directives instaure un principe d'autorisation des variantes dans le cadre des marchés passés selon une procédure formalisée, sauf mention contraire dans l'avis de marché ou l'invitation à confirmer l'intérêt³⁶⁴. Certes, le Sénat constate une certaine réticence des acheteurs vis-à-vis des variantes en raison de la difficulté de comparer des offres contenant des variantes³⁶⁵, sans compter les risques contentieux liés, surtout en l'absence, parfois, d'expertise de la part des services du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice. Pour autant, il ressort des auditions que « *les variantes sont un avantage qui nous permettrait d'avoir une plus grande marge de manœuvre sur l'expression du besoin, dans la mesure où les entreprises pourraient répondre de manière plus pertinente à ce qui leur a été demandé* »³⁶⁶. Les variantes favoriseraient également les solutions innovantes³⁶⁷. Or, la formulation actuelle des directives « *restreint inutilement le recours à cet instrument* »³⁶⁸. Cette position est partagée par l'eurodéputé Piotr Müller, exclusivement dans le cadre des achats innovants. En effet, un tel dispositif pourrait, selon lui, être pertinent pour favoriser

³⁶² Dir. 2014/24/UE, art. 45 §2.

³⁶³ J.-Ph Harriague, « Libre variations autour de la notion de variante », *op. cit.*

³⁶⁴ S. Uzenat, *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique*, Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, Sénat, déposé le 8 juillet 2025 et disponible en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-116.html>.

³⁶⁵ Dans le cadre d'une audition, un élu local confie : « [...] *les acheteurs de nos collectivités, dès lors que deux offres ne sont pas comparables, nous recommandent toujours de choisir l'offre de base et pas les variantes* » (*idem*).

³⁶⁶ *Idem*.

³⁶⁷ *Idem*.

³⁶⁸ *Idem*.

l'innovation dans la commande publique³⁶⁹. En ce sens, l'autorisation par principe des variantes pourrait être renforcer l'accès des jeunes entreprises à la commande publique³⁷⁰.

Tandis que la *directive 2014/24* opère un certain relâchement du régime d'attribution des marchés publics, la *directive 2014/23*, au contraire, resserre ce cadre.

B. Le cadre resserré de l'attribution des concessions

À rebours de la tendance à l'assouplissement observée pour les marchés publics, la *directive 2014/23* tend à objectiver l'attribution des concessions qui s'opère dorénavant sur la base l'analyse de chacun des critères affichés, et non plus « *après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères* »³⁷¹.

Pour ce faire, elle dispose d'abord que la concession est attribuée, sur la base de critères d'attribution « *liés à l'objet de la concession* », à l'offre qui présente « *un avantage économique global pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice* »³⁷². Si la formulation est plus imprécise que celle employée dans la *directive Marchés*, elle s'en rapproche pour mieux objectiver le processus d'attribution des concessions. Ensuite, et sans aller jusqu'à imposer aux autorités concédantes une pondération des critères et sous-critères d'attribution, la *directive Concessions* prévoit que ces dernières sont tenues d'établir « *une liste des critères par ordre décroissant d'importance* »³⁷³. Cette obligation de hiérarchisation, certes « *plus souple* »³⁷⁴ qu'en matière de marchés publics, se présente comme une « *nouvelle limite à l'attribution intuitu personae des concessions* »³⁷⁵, cependant qu'on peine à comprendre comment elle peut être mise en œuvre, faute de pondération. Cette limite est d'autant plus importante que l'ordre des critères ne peut plus être modifié, sauf dans l'hypothèse où le « *pouvoir adjudicateur ou*

³⁶⁹ P. Müller, *Rapport sur la passation des marchés publics*, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, 2024/2103(INI), 18 juillet 2025, pt. 35.

³⁷⁰ F. Lichère et C. Bernard, « Access for start-ups & SMEs and subcontracting », in K.-M. Halonen, W. Janssen et F. Lichère (dir.), *Reforming EU Public Procurement: Proposals for the Reform of Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2026, Chp. 14.

³⁷¹ CE, 23 déc. 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827.

³⁷² Dir. 2014/23/UE, art. 41 §1.

³⁷³ Dir. 2014/23/UE, art. 41 §3.

³⁷⁴ C. Coupé, « Sélection des candidatures et des offres dans le cadre des marchés publics et concessions : points communs et différences », *op. cit.*, p. 19.

³⁷⁵ S. Dyens, « Les critères d'attribution des concessions : un véritable bouleversement ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, p. 57.

l'entité adjudicatrice reçoit une offre proposant une solution innovante présentant des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, qui n'aurait pas pu être prévue malgré la diligence du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice » et sous réserve que cette modification n'entraîne pas de discrimination³⁷⁶.

Enfin, la *directive 2014/23* pose une obligation de publicité des critères³⁷⁷ qui témoigne là encore de la volonté de réduire le caractère discrétionnaire qui gouvernait auparavant l'attribution des concessions. En revanche, ni la hiérarchisation des critères³⁷⁸ ni la méthode de notation ne font l'objet d'une obligation de publication³⁷⁹. Il convient également de relever que les « *modalités de publicité multiples* »³⁸⁰ confèrent une certaine souplesse aux autorités concédantes qui peuvent publier ces informations dans « *l'avis de concession ou tout autre document de la concession* »³⁸¹. Enfin, cette information doit aussi être réalisée après l'attribution du contrat de concession, puisque l'avis d'attribution doit rappeler les « *critères visés à l'article 41 qui ont été utilisés pour l'attribution de la ou des concessions* »³⁸².

³⁷⁶ Dir. 2014/23/UE, art. 41 §3 al. 2.

³⁷⁷ *Ibid.*, annexe V.

³⁷⁸ Pour une étude détaillée : S. Serpentier-Linarès, « Présentation des obligations de publicité contenues dans la directive concession », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, p. 45.

³⁷⁹ CE, 20 juin 2018, *Communauté d'agglomération Riviera française*, n° 410730.

³⁸⁰ S. Dyens, « Les critères d'attribution des concessions : un véritable bouleversement ? », *op. cit.*, p. 58.

³⁸¹ Dir. 2014/23/UE, annexe V.

³⁸² *Ibid.*, art. 32, annexe VII.

AXE 3 : LES OBJECTIFS HORIZONTAUX

Les objectifs désormais associés au droit européen de la commande publique, qualifiés d'objectifs horizontaux ou stratégiques, sont multiples et génèrent en conséquence de nombreux questionnements relatifs notamment à leur articulation avec la concurrence. Il en est ainsi des aspects sociaux du développement durable (**thématique n° 6**), de l'accès des PME à la commande publique (**thématique n° 7**), et de l'innovation (**thématique n° 8**).

THÉMATIQUE N° 6 : LES CONSIDÉRATIONS SOCIALES

La réforme des *directives de 2014* entérine la conversion du droit européen de la commande publique au « *paradigme de la durabilité* »³⁸³, au prix cependant de certaines hésitations et ambiguïtés.

Il faut dire que, sans être associée à celle de commande publique, la notion de développement durable n'est pas évidente à appréhender juridiquement, compte tenu de son caractère symbolique. Il est communément admis que le développement durable repose sur trois piliers : économique, social et environnemental. Cette dernière dimension, déjà traitée par la Chaire de droit des contrats publics dans son quatrième rapport sur *l'environnementalisation des marchés publics*, est volontairement exclue du champ de cette étude qui entend se focaliser sur les préoccupations sociales, dont le périmètre particulièrement vaste présente un indéniable intérêt. Les aspects sociaux visent, en effet, des objets très variés : l'insertion des personnes éloignées de l'emploi³⁸⁴ ; la lutte contre les discriminations ; l'accessibilité des biens et des services³⁸⁵ ; le respect des droits de l'Homme dans la chaîne d'approvisionnement ; les exigences du commerce équitable ou encore la formation et la protection des salariés... Ce choix est d'autant plus justifié qu'il s'inscrit à rebours de la tendance manifeste à une « *perte de*

³⁸³ D. C. Dragos et B. Neamtu, « Sustainable public procurement in the EU : experiences and prospects », in Y. Marique et K. Wauters (Dir.), *EU Directive 2014/24 on Public Procurement : A New Turn for Competition in Public Markets ?*, Ed. Larcier, 2016, p. 302.

³⁸⁴ Dir. 2014/24/UE, cons. 99.

³⁸⁵ *Ibid.*, cons. 3, 99 et 101.

vitesse » des considérations sociales, progressivement « éclipsées »³⁸⁶ par les aspects environnementaux et ce, en dépit de leur « permanence »³⁸⁷ dans le droit de la commande publique³⁸⁸. Cependant, l'instrumentalisation des contrats de la commande publique au service du progrès social a longtemps paru contredire la neutralité traditionnelle du droit des contrats publics³⁸⁹. C'est au droit européen que l'on doit l'inflexion du droit de la commande publique vers une « nouvelle neutralité »³⁹⁰, une « neutralité bienveillante », voire « encourageante »³⁹¹. La prise en compte des considérations sociales dans les contrats de la commande publique fut, en effet, admise par la Cour de justice en 1988³⁹². Les aspects sociaux dans la commande publique ont ensuite fait l'objet d'une promotion par la Commission européenne³⁹³, avant d'être brièvement évoqués par la directive 2004/18³⁹⁴, puis formellement consacrés par les directives de 2014.

Dans cette perspective, les directives *Marchés* et *Concessions* incitent les États membres à adopter une « approche globale des préoccupations sociales »³⁹⁵, sans cependant rompre avec l'insécurité juridique inhérente au traitement des enjeux sociaux dans le cadre de la commande

³⁸⁶ M. Amilhat, « La commande publique, support d'une éthique en construction ? », *Droit et ville* 2023, n° 2, p. 96.

³⁸⁷ Ph. Cossalter, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *CMP* juin 2014, dossier 10.

³⁸⁸ En France, en effet, l'instrumentalisation du droit des marchés publics au service de préoccupations sociales trouve son origine dans les *décrets Millerand* du 10 août 1899 qui disposaient que les cahiers des charges devaient imposer, entre autres, un jour de repos, le paiement aux ouvriers d'un salaire normal pour la profession et la catégorie ainsi que limiter la durée du travail.

³⁸⁹ En ce sens : CE, 25 janv. 1895, *Ville de Paris*, S. 1896, III, p. 146, note Hauriou : sont déclarées illégales les clauses de salaire minimum imposées aux adjudicataires ; CE, 25 juill. 2001, *Cne de Gravelines*, n° 229666, *Lebon* : cette décision exigeait un lien entre le critère de sélection et le besoin à satisfaire ce qui revenait à « neutraliser toute potentialité au critère social, puisqu'il est bien évident qu'un besoin en travaux, fournitures ou services n'est pas en lien avec un critère social comme par exemple la réinsertion » (M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Lexisnexus, 2017, n° 508). *Ab jur.* CE, 25 mars 2013, *Dpt de l'Isère*, n° 364950, *Lebon* : « le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres » dans le cadre de l'attribution du marché. Il admet donc l'introduction d'un critère social si tant est qu'il se rapporte à l'exécution du marché.

³⁹⁰ H. Hoepffner, « La nouvelle neutralité de la commande publique », *CMP* juill. 2023, repère 7.

³⁹¹ B. Delaunay, « Le développement durable, avenir de la commande publique ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2010, n° 96, p. 3.

³⁹² CJCE, 20 sept. 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas*, aff. C-31/87.

³⁹³ Commission européenne, *Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés*, COM/2001/0566 final.

³⁹⁴ « La présente directive est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social [...] » (Dir. 2004/18/CE, cons. 2).

³⁹⁵ M. Heintz, « Le développement durable dans la directive 2014/24/UE », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, p. 52.

publique³⁹⁶. Et pour cause, la réglementation européenne pose un cadre très « *permissif* »³⁹⁷ qui contraste avec les exigences adoptées en matière environnementale³⁹⁸, lors même que les aspects sociaux présentent un risque identique de « *surenchère* » et d'instrumentalisation au service du localisme³⁹⁹. Hormis le « *devoir de vigilance* »⁴⁰⁰ qu'elle impose aux autorités contractantes s'agissant du respect de leurs obligations sociales par les opérateurs économiques, la réforme semble donc pécher par son manque d'ambition. En effet, « *évolution sans révolution* »⁴⁰¹, elle se borne bien souvent à confirmer des tendances déjà esquissées par les directives antérieures et la jurisprudence de la Cour de justice, qu'il s'agisse de la validité juridique des clauses sociales d'exécution⁴⁰² ou des critères sociaux d'attribution⁴⁰³. Les directives 2014/24 et 2014/23 codifient également l'exigence jurisprudentielle d'un lien entre ces préoccupations sociales et l'objet du contrat⁴⁰⁴, tout en procédant à sa « *libéralisation* »⁴⁰⁵, sa « *dilatation* »⁴⁰⁶ ou son « *élargissement* »⁴⁰⁷ à travers la notion de « *cycle de vie* ». « *Nouveau Graal* »⁴⁰⁸ des acheteurs publics et véritable innovation des *directives de 2014*, cette notion ne paraît pas englober avec certitude les aspects sociaux. En effet, si la *directive Concessions* l'envisage comme un levier d'intégration des considérations sociales dans les contrats de la commande publique⁴⁰⁹, l'article 68 de la *directive Marchés*, lui, ne se réfère qu'aux coûts environnementaux, au risque d'en affaiblir le « *plein potentiel* »⁴¹⁰. À supposer que les coûts sociaux soient bien compris dans le cycle de vie d'un produit, le problème pour les autorités

³⁹⁶ P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *RFDA* 2014, p. 260 ; v. égal : F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *BJCP* 2014, n° 96, p. 326 ; F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2018, dossier 36.

³⁹⁷ C. Cravero, « Principe de la responsabilité sociétale des entreprises et achat public durable en Europe : limites et ouvertures potentielles » in S. de la Rosa et P. Valcarcel-Fernandèz (Dir.), *Les principes des contrats publics en Europe*, Bruylant, 2022, p. 640.

³⁹⁸ D. C. Dragos et B. Neamtu, « Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects », *op. cit.*, p. 331.

³⁹⁹ F. Linditch, « Au secours, le critère social revient ! », *JCP Adm.* 2005, 1085.

⁴⁰⁰ Certains auteurs critiquent le caractère disproportionné des missions de surveillance et de « *monitoring* » qui sont ainsi imposées aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices (A. Sanchez-Graells, « Regulatory substitution between labour and public procurement law : the EU's shifting approach to enforcing labour standards in public contracts », *European Public Law*, 2018, p. 391).

⁴⁰¹ Ph. Cossalter, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *op. cit.*

⁴⁰² CJCE, 20 sept. 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas*, *préc.*

⁴⁰³ CJCE, 26 sept. 2000, *Commission c/ France*, aff. C-225/98.

⁴⁰⁴ CJCE, 17 sept. 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99.

⁴⁰⁵ J. Lebiéd, « Le marché public sous couvert d'éthique : le mirage des clauses sociales », in V. Coq (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, Lexisnexis, 2020, p. 47.

⁴⁰⁶ F. Allaire, « L'avènement de la commande publique responsable. Libres propos », *JCP Adm.* 2021, act. 501.

⁴⁰⁷ O. Laffitte, « Définition des besoins et achat public responsable », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 170, p. 41.

⁴⁰⁸ Ph. Cossalter, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *op. cit.*

⁴⁰⁹ Dir. 2014/23/UE, cons. 64.

⁴¹⁰ D. C. Dragos et B. Neamtu, « Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects », *op. cit.*, p. 327.

contractantes se déplace sur le terrain de leur évaluation⁴¹¹. Enfin, si elle étend le périmètre du contrat, l'approche fondée sur le cycle de vie ne permet pas pour autant aux entités et pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte, de manière générale, la politique sociale des entreprises soumissionnaires, limite susceptible de produire des « *résultats contre-productifs* »⁴¹².

Sous cette réserve d'un lien, même assoupli, avec l'objet du contrat⁴¹³, les *directives de 2014* autorisent l'expression des aspects sociaux à toutes les étapes de la vie des contrats de la commande publique – de la définition des prestations (§I.), en passant par la sélection des candidats (§II.), jusqu'à l'attribution du contrat (§III.) –, sans cependant tracer une frontière nette entre ce qui est interdit et « *la valorisation du mieux-disant social [...] qui n'a jamais semblé aussi explicitement encouragée* »⁴¹⁴.

§I. Les considérations sociales lors de la définition des prestations

L'ambition sociale d'un contrat de la commande publique peut transparaître au stade de la définition des prestations. En effet, si les directives ne tranchent pas explicitement la question de la validité juridique des spécifications techniques à destination sociale (A.), elles encouragent expressément le recours à des clauses sociales (B.).

A. Les spécifications techniques et les labels sociaux

Les spécifications techniques constituent le terrain d'expression privilégié des préoccupations environnementales. En revanche, la question de savoir dans quelle mesure les aspects sociaux peuvent faire l'objet de spécifications techniques s'est posée avec acuité dans l'affaire *Max Havelaar*⁴¹⁵. Dans cette décision, la Cour de justice avait estimé que l'exigence selon laquelle les produits à fournir devaient être munis d'un label attestant qu'ils sont issus du commerce équitable ne correspondait pas à la définition des spécifications techniques de la *directive 2004/18*, sans exclure absolument l'insertion de considérations sociales à ce stade. La réforme de 2014 a permis au législateur européen d'apporter d'utiles précisions sur ce point.

⁴¹¹ Ph. Cossalter, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *op. cit.*

⁴¹² F. G. Trébulle, « Marchés publics et responsabilité sociale des entreprises... il reste du chemin à faire », *Énergie – Env. – Infrastr.* 2018, repère 7.

⁴¹³ Le juge européen paraît cependant de la vider de sa substance, ainsi qu'en témoigne un arrêt du Tribunal de l'Union européenne admettant qu'un critère fondé sur le bien-être des salariés n'est pas sans lien avec l'objet du marché : Trib. UE, 10 févr. 2021, *Sophia Group*, aff. n° T-578/19.

⁴¹⁴ P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *RFDA* 2016, p. 269.

⁴¹⁵ CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays Bas*, aff. C-368/10.

En premier lieu, les *directives Marchés et Concessions* élargissent le « rôle potentiel »⁴¹⁶ des spécifications techniques en autorisant les autorités contractantes à se référer « *au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel* »⁴¹⁷. En dépit d'une formulation quelque peu ambiguë⁴¹⁸, impropre à lever toutes les incertitudes sur ce sujet⁴¹⁹, cette disposition paraît bien autoriser les autorités contractantes à incorporer des exigences sociales dans les spécifications techniques, si tant est qu'elles soient non discriminatoires et en lien avec l'objet du contrat. Plusieurs instruments de droit souple vont dans le même sens, au premier rang desquels le *vade-mecum* de l'achat social publié par la Commission européenne. Ce document souligne explicitement que les spécifications techniques « *peuvent inclure des aspects sociaux* », en exigeant, par exemple, l'utilisation de colorants non toxiques pour la fabrication des produits achetés dans le cadre d'un marché de fournitures ou des résultats concernant l'indépendance et le bien-être des bénéficiaires dans le cadre d'un marché de services de soin à domicile pour des personnes âgées⁴²⁰. Le *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique* publié en France offre d'autres illustrations comme l'utilisation de coton issu du commerce équitable pour la fourniture de vêtements professionnels ou du linge et des accessoires en tissu⁴²¹. La prise en compte, au stade des spécifications techniques, des exigences liées à l'accessibilité des personnes en situation de handicap et de la fonctionnalité pour les utilisateurs est même rendue obligatoire pour les marchés publics⁴²², tandis qu'elle est « *fortement recommandée* » pour les concessions⁴²³.

⁴¹⁶ P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *op. cit.*, p. 263.

⁴¹⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 42 ; Dir. 2014/23/UE, art. 36.

⁴¹⁸ La disposition est d'autant moins claire qu'elle ajoute : « *à moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne font pas référence à une fabrication ou une provenance déterminée ou à un procédé particulier, qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni à une marque, à un brevet, à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits. Cette référence est autorisée, à titre exceptionnel, dans le cas où il n'est pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché en application du paragraphe 3. Une telle référence est accompagnée des termes ou équivalent* ».

⁴¹⁹ En ce s. F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 327 ; P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *op. cit.*, p. 262.

⁴²⁰ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, 2e éd., 2021, 2021/C 237/01, p. 44.

⁴²¹ Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des Affaires juridiques, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, mise à jour en 2023, p. 154.

⁴²² Dir. 2014/24/UE, art. 42 §1 al. 4.

⁴²³ Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des Affaires juridiques, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, *op. cit.*, p. 14.

En second lieu, la *directive Marchés* autorise les pouvoirs adjudicateurs à formuler les spécifications techniques – ainsi que les critères d’attribution et les conditions d’exécution – par référence à des labels sociaux⁴²⁴. Ces labels peuvent, par exemple, l’engagement des soumissionnaires dans la lutte contre le travail des enfants (par exemple le label « SA 8000 ») ou pour l’égalité des chances (par exemple les labels « Égalité » et « Diversité »), mais encore viser à promouvoir des produits issus du commerce équitable (par exemple la certification « Fairtrade International »)⁴²⁵. Si cette promotion des labels s’inscrit dans le cadre d’une « interprétation plus souple du lien à l’objet du marché »⁴²⁶, elle n’en est pas moins drastiquement encadrée par la *directive Marchés*. Sur la forme, le respect des principes de liberté et d’égalité d’accès à la commande publique suppose que les entités et pouvoirs adjudicateurs s’ouvrent à la présentation de labels équivalents ou à tout autre moyen de preuve approprié. Sur le fond, le label doit, à l’instar de l’ensemble des spécifications techniques, être en lien avec l’objet du marché⁴²⁷. Le label, doit, en outre, être fondé sur des « critères vérifiables de façon objective et non discriminatoire », établi « par une procédure ouverte et transparente », « accessible à toutes les parties intéressées ». Le texte précise enfin que les exigences en matière de label doivent être fixées par un tiers sur lequel l’opérateur économique qui en demande « ne peut exercer d’influence décisive »⁴²⁸. Par leur nombre, ces exigences pourraient décourager les entités et pouvoirs adjudicateurs à se référer à des labels sociaux, d’autant plus facilement qu’en pratique, leur usage suppose des « compétences techniques solides »⁴²⁹ permettant d’apprécier les offres sous l’angle des normes techniques qui en sont issues.

À l’inverse des considérations environnementales, majoritairement envisagées dans les spécifications techniques, les considérations sociales sont plus généralement l’objet de clauses insérées dans les conditions d’exécution du contrat, même s’il faut bien convenir que la distinction entre ces différentes techniques contractuelles n’est pas toujours évidente.

⁴²⁴ Dir. 2014/24/UE, art. 43.

⁴²⁵ Sur ce point, v. Commission européenne, *Acheter social*, *op. cit.*, p. 55.

⁴²⁶ G. Cantillon, « Labels écologiques et sociaux : vers une utilisation facilitée par une extension du lien à l’objet du marché », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, p. 28.

⁴²⁷ Dir. 2014/24/UE, cons. 98.

⁴²⁸ *Ibid.*, art. 43.

⁴²⁹ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d’exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

B. Les clauses sociales

Aux termes de l'article 70 de la *directive 2014/24*, « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché [qui] peuvent prendre en compte des considérations relatives [...] au domaine social et à l'emploi [nous soulignons]* ». La validité juridique de cette technique contractuelle ne date pas de 2014 : elle est acquise depuis l'arrêt *Beentjes* rendu en 1988 à propos d'une clause d'insertion sociale en faveur de chômeurs longue durée⁴³⁰.

De toute évidence, les conditions d'exécution constituent un vecteur « *privilegié pour encourager la poursuite d'objectifs sociaux* »⁴³¹, « *la voie la plus sûre* »⁴³² sinon le « *seul moyen d'obtenir la prise en compte par les candidats des principes de juste rémunération et de respect des droits fondamentaux des producteurs* »⁴³³. En ce sens, une récente étude consacrée à l'impact des politiques d'achat public responsable sur l'accès des PME met en évidence une préférence des autorités contractantes pour les clauses sociales, lesquelles ont « *pris le dessus sur les critères de sélection* » depuis 2017⁴³⁴. La Commission européenne insiste également sur l'importance de cette étape procédurale dans la mesure où « *c'est au cours de l'exécution d'un marché que les engagements pris dans le cadre d'un MPSR [marché public socialement responsable] sont réellement mis à l'épreuve* », avant d'avertir que « *l'absence de conditions contractuelles appropriées et de moyens permettant de les contrôler et de les faire appliquer* » peut compromettre la valeur sociale du marché⁴³⁵. Force est, en effet, de reconnaître que la clause sociale constitue un outil résolument efficace qui permet d'écarter les offres ne satisfaisant pas aux conditions sociales inscrites dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. La clause sociale est, en outre, destinée à devenir une « *stipulation contractuelle comme une autre* »⁴³⁶ dont la méconnaissance par le cocontractant est susceptible de donner lieu à une sanction financière.

⁴³⁰ CJUE, 20 sept. 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas*, aff. C-31/87.

⁴³¹ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴³² « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 333.

⁴³³ *Ibid.*, p. 329.

⁴³⁴ A. Deschamps, *Développement durable et accès des PME aux marchés publics*, Rapport à la DAE, 2024, p. 25.

⁴³⁵ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, 2e éd., n° 2021/C 237/01, mise à jour du 26/05/2021, p. 58.

⁴³⁶ J. Lebied, « Le marché public sous couvert d'éthique : le mirage des clauses sociales », *op. cit.*, p. 49.

En dépit des nombreux avantages qu'elle présente, la clause sociale ne constitue pas, pour autant, la « *panacée* »⁴³⁷. En effet, les clauses sociales comportent un risque d'atteinte aux principes de liberté et d'égalité d'accès à la commande publique⁴³⁸, plus ou moins élevé selon leur objet. Il en va particulièrement ainsi des clauses imposant aux soumissionnaires, voire aux sous-traitants, des rémunérations minimales. La Cour de justice ne manque pas de mettre en garde les autorités contractantes sur ce sujet politique particulièrement délicat. L'interprétation fournie dans les arrêts *Rüffert*⁴³⁹ et *RegioPost*⁴⁴⁰ à ce sujet a d'ailleurs été « *consolidé[e] et codifié[e]* »⁴⁴¹ par la *directive Marchés* dans son considérant n° 98⁴⁴². Ainsi, lorsqu'elles souhaitent insérer une clause sociale quelle qu'elle soit, les autorités contractantes doivent se montrer attentives à plusieurs points. D'abord, l'objectif posé par la clause sociale doit en principe être quantifié – pour être contrôlé –, ce qui n'est pas toujours possible, par exemple en matière d'égalité femmes-hommes. C'est pourquoi la clause d'insertion sociale, plus facile à traduire contractuellement et à exécuter, « *reste très majoritairement mobilisée au titre de condition d'exécution du marché puisque cette dernière, seule ou accompagnée d'un critère d'attribution, concerne près de 77 % des marchés* »⁴⁴³. Pour être valable, cette clause doit préciser la part de prestation devant être assurée par des personnes en situation d'insertion en nombre d'heures et / ou pourcentage⁴⁴⁴. Un autre point de vigilance doit retenir l'attention des entités et pouvoirs adjudicateurs, à savoir celui du caractère non discriminatoire des clauses sociales qui ne peuvent pas se référer, sauf exception, à une zone résidentielle précise. Il convient cependant de souligner, avec Isabelle Hasquenoph, que certaines clauses sociales vont avoir automatiquement pour effet de développer l'emploi local. Il en va ainsi des clauses d'insertion sociale dès lors que les heures d'insertion sont généralement attribuées à des

⁴³⁷ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴³⁸ N. Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, p. 617.

⁴³⁹ CJCE, 3 avr. 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, pts 38 et 40.

⁴⁴⁰ CJUE, 17 nov. 2015, *RegioPost GmbH & Co. KG c/ Stadt Landau in der Pfalz*, aff. C-115/14.

⁴⁴¹ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴⁴² Aux termes de ce considérant : « *les conditions d'exécution du marché concernant les aspects sociaux du processus de production des travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché devraient être appliquées conformément à la directive 96/71/CE, selon l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, et ne devraient pas être retenues ou appliquées de telle façon qu'ils créent une discrimination directe ou indirecte à l'encontre d'opérateurs économiques d'autres États membres* ».

⁴⁴³ Direction des achats de l'État, *Réussir son achat responsable*, Guide thématique n° 2, mise à jour du 01/03/2023, p. 9.

⁴⁴⁴ G. Cantillon, « Marchés publics et développement durable », *op. cit.*, §96.

entreprises ou structures locales⁴⁴⁵. En France, le « *potentiel discriminatoire* »⁴⁴⁶ des clauses sociales d'exécution a également été mis en lumière par la polémique⁴⁴⁷ autour de la désormais célèbre « *clause Molière* » qui tend à imposer l'usage de la langue française dans les conditions d'exécution des marchés publics de travaux. Le Gouvernement français a considéré que ces clauses, adoptées par plusieurs collectivités territoriales dans le but de lutter contre le *dumping social*, étaient illégales⁴⁴⁸. Le débat autour de leur validité juridique n'est pas définitivement clos. À plusieurs reprises, le Conseil d'État a validé des versions allégées à l'image de la « *clause d'interprétariat* »⁴⁴⁹ ou de la clause imposant l'usage du français dans les relations entre les parties au contrat⁴⁵⁰. Ces deux solutions peuvent faire l'objet d'interrogations au regard de leur conformité « *douteuse* » au droit de l'Union⁴⁵¹.

Dans son entreprise de promotion des aspects sociaux, le législateur européen ne s'est pas systématiquement contenté de codifier la jurisprudence, il a également innové comme en matière de sélection des candidats.

§II. Les aspects sociaux lors de la sélection des candidats

Lors de la sélection des candidats, la prise en compte des considérations sociales présente un risque d'atteinte à la concurrence tel que c'est le « *règne du tout ou rien* »⁴⁵². En dehors des dispositifs prévus par les *directives de 2014* que sont la réservation des contrats (A.) et les critères sociaux d'exclusion et de sélection (B.), le principe de neutralité fait toujours obstacle à la prise en compte de la politique de développement durable d'un candidat⁴⁵³.

⁴⁴⁵ I. Hasquenoph, « Sustainable public procurement and geography », *PPLR* 2021, 2, p. 76.

⁴⁴⁶ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴⁴⁷ P. Lignières, « "Clause Molière" : le juriste peut-il se contenter d'être un censeur ? », *Dr. Adm.* 2017, repère 4.

⁴⁴⁸ *Instr. min. n° ARCB1710251J*, 27 avr. 2017, relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés.

⁴⁴⁹ CE, 4 déc. 2017, *Préfet de la Région des Pays de la Loire*, n° 413366.

⁴⁵⁰ CE, 8 févr. 2019, *Sté Véolia eau – Cie générale des eaux*, n° 420296.

⁴⁵¹ M. Ubaud-Bergeron, « Retour de la clause Molière devant le Conseil d'État », *CMP* avr. 2019, comm. 110 ; v. égal. F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴⁵² N. Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, p. 619.

⁴⁵³ CJUE, 10 mai 2012, *Commission européenne c/ Pays-Bas*, aff. C-368/10 ; v. égal. CE, 15 févr. 2013, *Sté Derichebourg Polyurbaine*, n° 363921, *Inédit*.

A. Les contrats réservés aux opérateurs intervenant dans le domaine social

L'assouplissement des dispositifs de réservation des contrats de la commande publique constitue une « *évolution sensible* »⁴⁵⁴ des *directives de 2014*, majoritairement saluée par la doctrine. Les nouvelles directives prévoient, plus précisément, deux procédures dérogatoires au principe de liberté d'accès à la commande publique, qui permettent de réserver l'attribution de contrats aux opérateurs intervenant dans le secteur social.

La procédure dite des marchés réservés, limitée aux « opérateurs économiques employant une majorité de personnes handicapées » par la *directive 2004/18*⁴⁵⁵ a fait l'objet d'une double ouverture en 2014⁴⁵⁶. D'une part, elle bénéficie désormais à d'autres structures que celles employant des personnes handicapées – en l'occurrence les établissements et services d'aide par le travail (ESAT) –, à savoir les opérateurs économiques ayant le statut d'entreprise adaptée (EA) et les structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) accompagnant les personnes défavorisées. D'autre part, la proportion exigée de travailleurs handicapés ou défavorisés devant être employés par les entreprises pour les rendre éligibles au mécanisme est abaissée de 50 à 30%. Par cet assouplissement, le législateur européen reconnaît explicitement le « *rôle considérable* » joué par ces organismes pour « *garantir l'égalité des chances d'accéder au travail et à l'emploi* », sans occulter le risque qu'ils ne soient pas en mesure de remporter des contrats dans des « *conditions de concurrence normale* »⁴⁵⁷. En effet, le dispositif de réservation permet, comme auparavant, d'instaurer une mise en concurrence en « *circuit fermé* » entre les organismes du secteur social *lato sensu*.⁴⁵⁸ La difficulté pourrait cependant résider dans la diversité des modes de financement de ces structures : plus elles bénéficient de subventions, plus elles sont susceptibles de présenter une offre compétitive au risque de distordre la concurrence⁴⁵⁹. Pour autant, ce dispositif présente un double avantage pour les pouvoirs adjudicateurs puisque tout en leur permettant d'« *intégrer une considération sociale* » dans leur achat ou leur concession, il répond à une politique publique portant sur le « *développement de l'économie sociale et solidaire sur [leur] territoire* »⁴⁶⁰.

⁴⁵⁴ D. Taron, « Les marchés réservés dans la nouvelle directive Marchés publics », *AJCT* 2014, p. 601.

⁴⁵⁵ Dir. 2004/18/CE, art. 19.

⁴⁵⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 20 ; Dir. 2014/23/UE, art. 24.

⁴⁵⁷ Dir. 2014/24/UE, cons. 36

⁴⁵⁸ D. Taron, « Les marchés réservés dans la nouvelle directive Marchés publics », *op. cit.*, p. 603.

⁴⁵⁹ *Idem*.

⁴⁶⁰ Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des Affaires juridiques, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, *op. cit.*, p. 24.

Les *directives de 2014* introduisent, par ailleurs, une « *nouvelle procédure* »⁴⁶¹ de réservation des contrats pour certains « *services sociaux et autres services spécifiques* »⁴⁶². Cette faculté pour les entités et pouvoirs adjudicateurs est assortie de conditions dont la rigueur⁴⁶³ permet d'expliquer la « *rareté des pratiques* »⁴⁶⁴. En premier lieu, les prestations relevant de la catégorie des services sont limitativement énumérées par la *directive Marchés*. Dans le secteur social, les services concernés ont notamment pour objet l'insertion professionnelle, l'hébergement, etc. En deuxième lieu, les organisations doivent satisfaire à plusieurs conditions, parmi lesquelles figurent l'absence de but lucratif, la prise en charge d'une mission de service public⁴⁶⁵. Enfin, la durée maximale de ces marchés ne peut être supérieure à trois ans⁴⁶⁶. Ces conditions visent à garantir que la réservation ne « *fausse pas indûment la concurrence* »⁴⁶⁷. Et pour cause, ces services relèvent d'un régime de passation assoupli dont la définition relève des États membres. Si cette innovation reçoit un accueil doctrinal plutôt favorable, certaines voix s'élèvent cependant pour en souligner la « *portée encore incertaine* », eu égard au hiatus qui existe entre l'objectif affiché par le législateur européen, à savoir « *la continuité des services publics* »⁴⁶⁸, et les effets probables d'une telle ouverture en l'occurrence « *l'encouragement de l'accès à la commande publique d'entités qui, promouvant une forme de croissance solidaire, représentent une part non négligeable de l'activité en France* »⁴⁶⁹.

Lorsqu'elles ne réservent pas les contrats de la commande publique à des acteurs de l'économie sociale et solidaire, les autorités contractantes peuvent toujours se référer à des considérations sociales à travers les critères sociaux d'exclusion et de sélection.

⁴⁶¹ M. Heintz, « Le développement durable dans la directive 2014/24 », *Le moniteur – contrats publics* 2014, n° 144, p. 51.

⁴⁶² Dir. 2014/24/UE, art. 74 ; Dir. 2014/23, art. 19.

⁴⁶³ Dir. 2014/24/UE, art. 77.

⁴⁶⁴ Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des Affaires juridiques, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁶⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 77 §2.

⁴⁶⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 77 §3.

⁴⁶⁷ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁶⁸ Dir. 2014/24/UE, cons. 18.

⁴⁶⁹ P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *op. cit.*, p. 264.

B. Les critères sociaux d'exclusion et de sélection

L'apport des *directives de 2014* sur la sélection des candidats est particulièrement significatif puisque tout en astreignant les candidats à une forme de « *socio-acceptabilité* »⁴⁷⁰, elles assujettissent les autorités contractantes à un authentique « *devoir de vigilance* »⁴⁷¹. Le législateur tend ainsi à imposer à l'ensemble des acteurs de la commande publique une certaine éthique – ce qui rejoint la thématique de la *compliance*⁴⁷² –, qui dispose d'une évidente « *dimension sociale* »⁴⁷³. Pour ce faire, les textes prévoient deux dispositifs : les critères d'exclusion « *axés sur des facteurs négatifs* » susceptibles de faire obstacle à l'attribution d'un contrat à un soumissionnaire et les critères de sélection qui permettent d'identifier positivement les opérateurs économiques « *les mieux placés* » pour mettre en œuvre les aspects sociaux du contrat⁴⁷⁴.

Les *directives Marchés et Concessions* prévoient, de manière « *inédite* »⁴⁷⁵, des motifs sociaux d'exclusion, c'est-à-dire tirés de la méconnaissance d'obligations issues du droit social ou des droits de l'Homme⁴⁷⁶. Le régime d'exclusion obligatoire vise l'opérateur économique qui a fait l'objet d'une condamnation définitive pour travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains définis à l'article 2 de la *directive 2011/36*, ainsi que le soumissionnaire coupable d'un manquement à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale⁴⁷⁷. Les motifs d'exclusion facultatifs sont quant à eux d'une portée très étendue puisque l'article 57 §4 permet d'exclure les opérateurs qui ne respecteraient pas les obligations sociales visées à l'article 18, paragraphe 2, notamment celle de verser un salaire minimal⁴⁷⁸. Ce soutien apporté au « *rayonnement des standards internationaux relatifs au travail* », aussi « *louable* » soit-il, n'en est pas moins porteur d'insécurité juridique⁴⁷⁹ eu égard au « *flou* » qui entoure l'identification précise des obligations juridiques relevant de

⁴⁷⁰ F. G. Trébulle, « Marchés publics et développement durable », *RD imm.* 2006, p. 443.

⁴⁷¹ F. Michéa, *Op. cit.*

⁴⁷² Pour une étude détaillée : voir la thèse d'A. Oumedjkane, *Compliance et droit administratif*, soutenue en 2022 et les actes du colloque « Compliance et contrats publics », à Montpellier le 12 janv. 2024 (à paraître).

⁴⁷³ M. Amilhat, « La commande publique, support d'une éthique en construction ? », *Droit et ville* 2023, n° 2, p. 98.

⁴⁷⁴ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁷⁵ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴⁷⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 57 ; dir. 2014/23/UE, art. 38.

⁴⁷⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 57, §§1 et 2.

⁴⁷⁸ CJUE, 17 nov. 2015, *RegioPost*, aff. C-115/14.

⁴⁷⁹ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

l'article 18⁴⁸⁰. En outre, cet article renvoie aux conventions internationales mentionnées en annexe qui ont été ratifiées par tous les États membres. Cette limitation est paradoxale puisqu'elle conduit à exclure des conventions de l'OIT qui auraient vocation à être ajoutées, mais auxquelles il manque la ratification de certains États membres⁴⁸¹. Un autre motif d'exclusion facultatif réside dans la commission, par l'opérateur économique, d'une « *faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité* », ce qui renvoie au cas où les opérateurs auraient manqué à des obligations sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées⁴⁸² ou celles contenues dans les conventions collectives de l'Union européenne⁴⁸³. Cette exclusion paraît « *bien plus radicale* »⁴⁸⁴ que sous l'empire du droit antérieur, puisqu'elle intervient avant même l'examen au fond des capacités et ne peut être évitée par la fourniture d'autres éléments. Enfin, la législation nationale peut même prévoir que le pouvoir adjudicateur vérifie s'il existe des motifs d'exclusion, obligatoires ou facultatifs, frappant les sous-traitants du soumissionnaire et, qu'il puisse, le cas échéant, exiger le remplacement du sous-traitant.

L'intégration des considérations sociales au stade des critères de sélection des candidatures est quant à elle plus douteuse compte tenu du silence des directives sur ce point. En dépit de cette lacune, les textes ne ferment pas la porte aux critères sociaux de sélection. En ce sens, selon le *guide sur l'achat social*, cette étape peut être l'occasion pour l'acheteur d'exiger des soumissionnaires la preuve d'une bonne exécution de marchés antérieurs impliquant des exigences sociales similaires, telles que le recrutement d'apprentis ou de travailleurs défavorisés⁴⁸⁵, qu'ils disposent d'une expertise spécifique en matière d'égalité femmes/hommes ou encore qu'ils fassent foi de leur capacité technique à contrôler les pratiques de travail tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Le ministère tchèque du travail et des affaires sociales s'est par exemple servi de ce levier dans le cadre d'un marché public de fourniture de vêtements destinés à être distribués par des organisations caritatives aux personnes dans le besoin en exigeant, au titre des critères de sélection, que les soumissionnaires disposent

⁴⁸⁰ G. S. Ølykke, « The provision on abnormally low tenders : A safeguard for fair competition ? » in G. S. Ølykke et A. Sanchez-Graells (Dir.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, p. 146.

⁴⁸¹ Par exemple, la *Convention n° 187 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail* est exclue faute de ratification par la Roumanie.

⁴⁸² Dir. 2014/24/UE, cons. 101.

⁴⁸³ Dir. 2014/24/UE, cons. 39.

⁴⁸⁴ F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 334.

⁴⁸⁵ Ces exemples sont tirés du guide publié par la Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *Op. cit.*, p. 49.

d'un système garantissant que les droits du travail protégés par les conventions de l'OIT (travail des enfants, travail forcé, etc.) n'ont pas été violés lors de la fabrication des biens achetés. Lorsqu'ils entendent conclure un contrat socialement durable, les entités et pouvoirs adjudicateurs doivent se montrer attentifs à certains points. D'abord, ils ne doivent pas fixer des critères financiers susceptibles d'empêcher la participation d'organisations œuvrant dans le domaine social⁴⁸⁶. En outre, et bien que « libéralisé »⁴⁸⁷ par les *directives de 2014*, le critère social de sélection n'en demeure pas moins encadré. Au même titre que n'importe quel critère de sélection, le critère social doit être lié et proportionné à l'objet du marché⁴⁸⁸, c'est-à-dire permettre d'apprécier objectivement l'offre sans discrimination. En définitive, pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices doivent « *naviguer entre deux écueils* » : celui d'une définition « *trop générale* » de ce critère social qui conduirait à évaluer la politique générale de l'entreprise⁴⁸⁹, et celui d'une « *définition trop précise* » qui conduirait à évaluer, non pas les capacités du candidat, mais la valeur de son offre⁴⁹⁰.

Enfin, le critère social de sélection doit être bien distingué du critère d'attribution, ainsi que l'a rappelé la Cour de justice dans un arrêt de 2014⁴⁹¹. Dans cette affaire, les juges Luxembourgeois ont indiqué que si l'expérience du soumissionnaire lors de contrats précédents est un critère de sélection qualitative, l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché doit être envisagée comme un critère d'attribution.

§III. Les exigences sociales lors de l'attribution du contrat

Les concessions et les marchés publics sont respectivement attribués à l'offre qui présente un « *avantage économique global* »⁴⁹² ou à l'« *offre économiquement la plus avantageuse* »⁴⁹³, lesquelles peuvent être déterminées sur la base de critères sociaux (A.). Dans le prolongement de cette idée, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de rejeter l'offre

⁴⁸⁶ *Idem.*

⁴⁸⁷ J. Lebied, « Le marché public sous couvert d'éthique : le mirage des clauses sociales », *op. cit.*, p. 47.

⁴⁸⁸ Dir. 2014/24/UE, art. 58 ; dir. 2014/23/UE, art. 38.

⁴⁸⁹ V. par ex : CE, 15 févr. 2013, *Sté Derichebourg Polyurbaine*, n° 363921.

⁴⁹⁰ F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 334.

⁴⁹¹ CJCE, 9 oct. 2014, aff. C-641/13

⁴⁹² Dir. 2014/23/UE, art. 41.

⁴⁹³ *Ibid.*, art. 67.

anormalement basse, notamment lorsque celle-ci contrevient aux obligations posées par l'article 18 § 2 de la directive (B.).

A. Les critères sociaux d'attribution du contrat

La réforme de 2014 a conduit à « *infléchir le contenu donné à la notion d'offre économiquement la plus avantageuse* » en l'étendant à la recherche du bien commun⁴⁹⁴. Sous l'empire des nouvelles directives, en effet, cette offre est déterminée sur la base du prix ou du coût, lequel fait l'objet d'approche globale fondée sur le « *cycle de vie* ». Or, toujours selon les textes, le coût du cycle de vie peut être « *évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné* [nous soulignons] »⁴⁹⁵. Admettre ainsi l'utilisation des critères sociaux d'attribution, c'est « *concrètement permettre aux personnes publiques de préférer à prix équivalent un cocontractant vertueux du point de vue social* »⁴⁹⁶.

Cette évolution qui, de toute évidence, « *sécurise* »⁴⁹⁷ le recours aux critères sociaux au stade de l'attribution du contrat, ne modifie pas substantiellement l'état du droit, dès lors que la directive précédente ouvrait d'ores et déjà la voie aux critères sociaux d'attribution⁴⁹⁸. La nouvelle mouture a néanmoins le mérite de préciser que ces critères peuvent, par exemple, porter sur la protection, santé du personnel participant à la production, l'emploi de chômeurs de longue durée, la mise en œuvre de mesures de formation pour les jeunes au cours de l'exécution du marché à attribuer⁴⁹⁹. Plusieurs observateurs jugent cependant « *malvenue* » la distinction opérée par le considérant n° 99 de la *directive Marchés* entre les considérations sociales liées à la protection de la santé et à l'insertion sociale d'une part, et le reste des considérations sociales ou sociétales d'autre part⁵⁰⁰, formulation qui semble exclure les secondes. Cette déduction paraît quelque peu péremptoire puisque ce considérant – qui n'a d'ailleurs aucune valeur contraignante – se borne à évoquer des « *exemples* » sans prétendre à

⁴⁹⁴ F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 330.

⁴⁹⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 67. La *directive 2014/23* énonce quant à elle que les critères d'attribution « *peuvent inclure, entre autres, des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation* » (art. 41).

⁴⁹⁶ P. Idoux, « La commande publique au service du développement durable », in E. Muller (dir.), *La commande publique, levier pour l'action publique ?*, Dalloz, 2018, p. 108.

⁴⁹⁷ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴⁹⁸ Dir. 2004/18/CE, cons. 1.

⁴⁹⁹ Dir. 2014/24/UE, cons. 99.

⁵⁰⁰ D. C. Dragos et B. Neamtu, « Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects », *op. cit.*, pp. 319-320.

l'exhaustivité. Dans le même sens, le *guide de la Commission européenne* envisage des critères sociaux d'attribution qui visent d'autres objectifs, à l'image de « *l'approvisionnement éthique des produits livrés* » et de « *l'égalité entre les hommes et les femmes* »⁵⁰¹. Sur cette base, on peut imaginer, par exemple, un critère d'attribution imposant aux soumissionnaires de détailler leur approche en matière de recrutement et de formation.

La nouvelle *directive Marchés* innove malgré tout en reprenant la formule issue de l'affaire *Max Havelaar* selon laquelle les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché, « *lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie [...] même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel [nous soulignons]* »⁵⁰². Par cette présomption, le texte assouplit le lien exigé entre les critères sociaux et l'objet du marché, sans toutefois conférer une liberté de choix illimitée aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. La disposition rappelle que ces critères doivent satisfaire plusieurs conditions de forme et de fond. Formellement, ces derniers doivent être fixés à l'avance dans les documents du marché et peuvent être formulés sous forme de labels, si tant est que les acheteurs s'ouvrent à des équivalences. Substantiellement, ces critères doivent être non discriminatoires, de sorte qu'ils ne peuvent pas servir à évincer des entreprises qui, par exemple, auraient recours à certains types de contrats de travail. Pour respecter les principes fondamentaux, ces critères doivent enfin faire l'objet d'une « *juste pondération* »⁵⁰³ qui n'est pas évidente à déterminer. En effet, « *le risque pour le pouvoir adjudicateur est de pondérer trop fortement le critère social* » avantageant ainsi certaines entreprises qui ont une dimension sociale⁵⁰⁴. Pour ne pas tomber dans cet écueil, des auteurs suggèrent « *de n'attribuer à la notation de la performance sociale qu'une pondération inférieure à 20 % et de définir des sous-critères objectifs* »⁵⁰⁵.

La réforme des critères sociaux d'attribution reçoit un accueil doctrinal plutôt favorable, à cela près qu'elle se situe « *en net retrait par rapport à l'obligation imposée en matière environnementale* »⁵⁰⁶. À l'inverse, l'obligation de rejeter l'offre anormalement basse

⁵⁰¹ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *Op. cit.*, p. 52.

⁵⁰² Dir. 2014/24/UE, art. 67 §3.

⁵⁰³ P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *op. cit.*, p. 269.

⁵⁰⁴ F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 332.

⁵⁰⁵ G. Cantillon, « Marchés publics et développement durable », *op. cit.*, § 166.

⁵⁰⁶ M. Amilhat, « La commande publique, support d'une éthique en construction ? », *op. cit.*, p. 98.

semble mieux adaptée pour sanctionner la méconnaissance par l'opérateur des obligations qui s'imposent à lui en matière sociale.

B. Le rejet des offres anormalement basses

En vertu de la *directive Marchés*, la détection des offres anormalement basses constitue un « *élément essentiel* » des marchés publics socialement responsables⁵⁰⁷, sinon l'ultime « *outil* » pour écarter les offres qui se situent bien en deçà des « *standards environnementaux et sociaux* » requis par la législation⁵⁰⁸.

L'article 69 de la *directive Marchés* dispose, en effet, que « *les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services* », étant précisé que les explications peuvent concerner le respect des obligations en droits social et du travail visées à l'article 18 § 2. Le dispositif repose, de manière générale, sur une logique probatoire en vertu de laquelle il revient ensuite à l'acheteur d'évaluer les informations fournies par le soumissionnaire et, le cas échéant, de rejeter l'offre s'il établit qu'elle est « *anormalement basse* », sans que la notion ne soit définie. Par cette imprécision, la directive laisse aux pouvoirs adjudicateurs et, le cas échéant, aux juridictions nationales, le soin de la caractériser « *à l'aide de critères hésitants* »⁵⁰⁹. Outre cette imprécision, on peut également regretter que l'obligation de rejet posée par le texte soit limitée, en matière sociale, aux hypothèses où « *les pouvoirs adjudicateurs établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables visées à l'article 18 § 2 [de la directive]* », lors même que les disparités de salaires en Europe permettent à des entreprises de présenter des « *offres très compétitives sans être anormalement basses* ». Le guide publié par la Commission européenne sur l'achat social rappelle qu'en vertu du principe d'égalité de traitement, les « *soumissionnaires de pays tiers peuvent légitimement être en mesure de proposer des prix inférieurs* », étant cependant précisé qu'« *il est important de vérifier le respect de l'ensemble de la législation sociale et du travail applicables* » dans le secteur et dans l'État concerné⁵¹⁰. Les pouvoirs adjudicateurs sont

⁵⁰⁷ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁰⁸ G. Cantillon, « Marchés publics et développement durable », *op. cit.*, §169.

⁵⁰⁹ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁵¹⁰ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *op. cit.*, p. 57.

non seulement invités à connaître le secteur économique, mais aussi à se doter d'une véritable culture géopolitique puisqu'il leur est recommandé d'être attentifs à la situation de certaines zones géographiques, réputées « moins respectueuses des droits de l'Homme »⁵¹¹, suggestion « *qui en découragera plus d'un* »⁵¹².

Dans l'ensemble, les nombreuses références aux exigences sociales constituent une « *tendance remarquable* »⁵¹³ des *directives de 2014*. Cependant, cette alliance entre le développement durable et la commande publique n'a, à ce jour, produit que des « *effets limités* »⁵¹⁴ ou, selon, des « *résultats en demi-teinte* »⁵¹⁵. Ainsi, le faible recours aux « *marchés stratégiques* » en matière de développement durable dans la majorité des États membres – où le nombre de marchés attribués au moins-disant reste élevé⁵¹⁶ –, témoigne du caractère inachevé de cette évolution. Une récente étude permet de mettre en évidence que « *l'écart entre le recours aux considérations sociales et environnementales* » se creuse depuis 2015, au détriment des premières⁵¹⁷. En France, l'utilisation de la clause sociale dans environ 10% des marchés publics et l'usage de critères sociaux dans à peine un pourcent d'entre eux donnent ainsi à la première des allures de « *mirage* »⁵¹⁸ et au second l'image d'une « *illusion* »⁵¹⁹.

⁵¹¹ Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des achats de l'État, *Réussir son achat responsable. Comment veiller au respect des droits de l'Homme au travail dans les chaînes d'approvisionnement ?* Guide thématique n° 1, mise à jour du 01/04/2021, p. 10.

⁵¹² F. Lindicth, « Comment veiller au respect des droits de l'Homme dans la chaîne d'approvisionnement ? », *CMP* oct. 2021, alerte 43.

⁵¹³ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2018, dossier 36.

⁵¹⁴ D. C. Dragos et B. Neamtu, « Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects », *op. cit.*, p. 331.

⁵¹⁵ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁵¹⁶ Rapport de la Cour des comptes européenne, *Les marchés publics dans l'UE. Recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021*, 2023, n° 28/2023, p. 34.

⁵¹⁷ A. Deschamps, *Développement durable et accès des PME aux marchés publics*, *op. cit.*, p. 25.

⁵¹⁸ J. Lebiéd, « Le marché public sous couvert d'éthique : le mirage des clauses sociales », *op. cit.*, p. 48.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 45.

THÉMATIQUE N° 7 : L'ACCÈS DES PME

Les petites et moyennes entreprises (« PME » ci-après) occupent une place centrale, sinon prépondérante, dans l'économie européenne. En 2011, elles représentaient près de 99% de la totalité des entreprises de l'Union et contribuaient à plus de la moitié du PIB⁵²⁰. Paradoxalement, la question de leur participation à la commande publique – difficile à évaluer avec exactitude⁵²¹ – a longtemps constitué un angle mort du droit européen des marchés publics, prioritairement tourné vers l'horizon du marché unique, la libre et l'égale concurrence. De ce point de vue les *directives de 2014* opèrent un changement de « *perspective formelle* »⁵²² en énonçant que « les règles de passation des marchés publics [...] 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* [nous soulignons] »⁵²³, mais encore qu'il « *convient d'accorder une importance particulière à l'amélioration des possibilités d'accès des PME aux marchés des concessions de l'Union* »⁵²⁴.

La portée de cette évolution est pour le moins incertaine. Il est permis, plus précisément, de se demander si la promotion des PME peut s'assimiler à un objectif « horizontal » ou « stratégique » du droit de la commande publique. La doctrine ne permet pas de trancher avec certitude cette question fondamentale ; l'accès des PME étant tantôt qualifié d'objectif « *secondaire* »⁵²⁵, « *majeur* »⁵²⁶ ou « *transversal* »⁵²⁷ de la réforme de 2014, tantôt exclu du champ des objectifs stratégiques⁵²⁸. À rebours, plusieurs arguments conduisent à envisager la promotion des PME au prisme des objectifs horizontaux fixés par les *directives Marchés* et

⁵²⁰ G. Wessel Thomassen et al., *L'accès des PME aux marchés publics*, 2014, p. 5.

⁵²¹ En ce sens, plusieurs études ont été élaborées sur la part des contrats conclus par les PME au sein de l'Union européenne. La part moyenne des PME dans les marchés publics dépassant les seuils fixés par les directives sur les marchés publics était évaluée à 64% en nombre et 42% en valeur par la Commission européenne en 2008 (*Code européen des bonnes pratiques*, 2008, p. 4) tandis qu'une étude datant de 2014 évaluait cette part à 56% en nombre et 29% en valeur (*ibid.*, pp. 24-42).

⁵²² F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », in Y. Marique et K. Wauters (dir.), *EU Directive 2014/24 on Public Procurement : A New Turn for Competition in Public Markets ?*, Ed. Larcier, 2016, p. 110.

⁵²³ Dir. 2014/24, cons. 2.

⁵²⁴ Dir. 2014/23, cons. 1.

⁵²⁵ M. Karpenschif, « Le contrat au service des politiques publiques "contrat public et Union européenne" », *RFDA* 2014, p. 423.

⁵²⁶ F. Llorens et P. Soler Couteaux, , *CMP* 2017, repère 10.

⁵²⁷ G. Delaloy, « Les objectifs horizontaux de la commande publique, des obstacles à l'efficacité ? », *JCP Adm.* 2022. 2321.

⁵²⁸ En ce s. F. Llorens et W. Zimmer, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », *CMP* juin 2014, repère 6 : les auteurs évoquent, parmi les objectifs horizontaux, l'achat durable et l'innovation. François Lichère affirme plus clairement encore que cet objectif n'entre pas en contradiction avec celui de concurrence et que c'est peut-être là ce qui le « *distingue des objectifs dit secondaires ou stratégiques du droit des marchés publics* » (F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*)

Concessions. Positivement d’abord, la promotion des PME, grandes pourvoyeuses d’emplois, se présente comme une politique publique au service de laquelle le droit de la commande publique est instrumentalisé depuis 2014. Ainsi, même à considérer que l’accès des PME à la commande publique ne constitue pas, *per se*, un objectif horizontal ou stratégique du droit de la commande publique au sens des *directives de 2014*, ce dernier entre, en tout état de cause, dans le champ des préoccupations sociales placées au cœur de l’achat durable⁵²⁹. Négativement, ensuite, on voit difficilement comment l’accès des PME pourrait s’assimiler à un objectif premier d’un droit de la commande publique traditionnellement neutre, et ce faisant, rétif à l’élaboration de règles spécifiques à une catégorie d’opérateurs économiques⁵³⁰. Il suffit, pour s’en convaincre de se souvenir que la *Directive 2004/18* contenait une seule référence aux PME, tandis que le *Code des bonnes pratiques* élaboré par la Commission européenne en 2008 se présentait comme un instrument de droit souple, n’appelant pas de réforme des États membres. À rebours, la *directive 2014/24*, qui encourage d’ailleurs les pouvoirs adjudicateurs à se référer au *Code des bonnes pratiques*⁵³¹, affiche la promotion des PME comme un objectif à part entière – 23 occurrences au total⁵³² –, aux côtés de l’achat durable et de l’innovation. Certes, le considérant n° 2 distingue formellement l’accès des PME des « *objectifs sociétaux communs* », avant de l’adosser aux objectifs d’efficacité de la dépense publique et de concurrence, mais cette présentation pourrait bien s’analyser comme « *un simple habillage pour légitimer tant bien que mal un soutien aux PME, porteur de risques de discrimination* »⁵³³. En effet, parce qu’elle conduit mécaniquement à l’attribution préférentielle de marchés aux entreprises locales⁵³⁴, la promotion des PME porte en elle le germe d’une contradiction avec la neutralité traditionnelle et les principes fondamentaux du droit de la commande publique. À cet égard, les termes employés par le préambule de la *directive Marchés* – « *ne pas entraver indument* », « *faciliter* » ou « *améliorer* » l’accès – trahissent « *l’embarras des auteurs* » à aménager un régime préférentiel attaché au statut de PME⁵³⁵. La conciliation harmonieuse de ces exigences,

⁵²⁹ L’achat durable est expressément élevé au rang d’objectif sociétal commun par la *directive Marchés*.

⁵³⁰ M. Assis Raimundo, « "Aiming at the market you want" : a critical analysis of the duties on division into lots under Directive 2014/24/EU », *PPLR* 2018, 4, 167.

⁵³¹ « *Il convient d’encourager les pouvoirs adjudicateurs à recourir au code des bonnes pratiques présenté dans le document de travail de la Commission du 25 juin 2008 intitulé "Code européen des bonnes pratiques facilitant l’accès des PME aux marchés publics", qui fournit des orientations sur la manière dont ils peuvent appliquer le cadre régissant les marchés publics en vue de faciliter la participation des PME* » (Dir. 2014/24, cons. 78).

⁵³² La *directive 2014/23* relative aux concessions y fait référence à cinq reprises.

⁵³³ L. Richer, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *CMP* févr. 2015, étude 2.

⁵³⁴ F. Lichère, « L’accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*

⁵³⁵ F. Allaire, « L’accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique », in E. Muller (dir.), *La commande publique, un levier pour l’action publique ?*, Dalloz, 2018, p. 140.

parfois contradictoires, doit ainsi beaucoup à la souplesse des dispositifs envisagés, à savoir l'allotissement⁵³⁶, le plafonnement du chiffre d'affaires maximal exigé⁵³⁷, le document unique de marché européen⁵³⁸ et l'encadrement de la sous-traitance⁵³⁹.

En effet, la crainte d'établir des mesures de « *discrimination positive* »⁵⁴⁰, à l'image de celles imposées par le *Small Business Act* américain de 1953⁵⁴¹ ou suite à l'apartheid en Afrique du Sud⁵⁴², ainsi que la volonté de préserver la liberté contractuelle des pouvoirs adjudicateurs tout en faisant preuve de réalisme⁵⁴³, a conduit les rédacteurs des *directives de 2014* à conférer une portée davantage incitative aux remèdes les plus ambitieux (§I.) et une valeur plus contraignante aux outils qui facilitent indirectement l'accès des PME aux marchés publics⁵⁴⁴ (§II.). Le caractère obligatoire de ces instruments paraît donc être inversement proportionnel à leur capacité à satisfaire l'objectif d'accès des PME aux marchés publics.

§I. La portée incitative des mesures les plus ambitieuses

Les mesures qui servent plus directement l'objectif d'accroissement de l'accès des PME à la commande publique sont paradoxalement celles qui disposent de la portée la moins contraignante : il en va naturellement ainsi de l'allotissement qui constitue la seule mesure directement destinée à favoriser les PME⁵⁴⁵ (A), mais aussi, dans une moindre mesure, de l'encadrement de la sous-traitance (B).

⁵³⁶ Dir. 2014/24, dons. 78 à 80.

⁵³⁷ Dir. 2014/24, cons. 83.

⁵³⁸ Dir. 2014/24, cons. 84.

⁵³⁹ Dir. 2014/24, cons. 78.

⁵⁴⁰ C'est tout le sens de la démonstration proposée par Martin Trybus et Maria Andrecka dans leur article « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *EPPPL* 2017, 3, p. 224 et suiv. ; v. égal. F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 110.

⁵⁴¹ Pour une étude détaillée : L. Richer, « Ce qu'est vraiment le *Small Business Act* aux États-Unis », *Le moniteur TP*, 22 févr. 2008. Une exception notable est issue de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle en Outre-Mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, qui s'assimile à une sorte de « *Small Business Act* Ultramarine ». En effet, le texte autorise à titre expérimental les pouvoirs adjudicateurs ultramarins à réserver un tiers de leurs marchés aux PME locales. Pour une étude détaillée : G. Kalflèche, « Petites et moyennes entreprises ultramarines et commande publique », *AJDA* 2018, p. 105.

⁵⁴² V. *Livre vert sur la réforme des marchés publics en Afrique du Sud*, Ministère des finances et Ministère des travaux publics, avr. 1997.

⁵⁴³ Ce réalisme conduit à admettre que la capacité de recourir aux PME dépend du secteur économique concerné et peut varier d'un État à l'autre.

⁵⁴⁴ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, pp. 109 et s. ; *contra* A. Aleksandrowicz, « L'analyse des capacités des candidats : quelles nouveautés ? », *Le Moniteur – Contrats publics* juin 2014, p. 24.

⁵⁴⁵ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 111.

A. La division facultative des marchés en lots

La *directive 2014/24* consacre un article 46 à la « *division des marchés en lots* », laquelle est directement envisagée comme une mesure de promotion des PME par le considérant 78. Particulièrement ambitieuse, cette disposition confère une marge de manœuvre conséquente aux autorités contractantes⁵⁴⁶. En proposant une « *harmonisation minimale* »⁵⁴⁷, sans toutefois rendre l'allotissement obligatoire, le texte de 2014 ne modifie donc pas substantiellement l'état du droit.

En premier lieu, la *directive Marchés* laisse les pouvoirs adjudicateurs libres de décider d'allotir ou non le marché, ainsi que le nombre et la valeur des lots⁵⁴⁸, au risque cependant de compromettre sa capacité à satisfaire l'objectif d'accès aux PME. En effet, certaines études économiques ont mis en évidence que les modalités de la division par lots pouvaient considérablement faire varier le taux de participation et les chances des micro-entreprises de se voir attribuer des marchés⁵⁴⁹. En revanche, le texte rend contraignante la règle du « *diviser ou expliquer* ». En vertu de l'article 46 §1, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'exposer les principaux motifs justifiant leur décision de ne pas subdiviser le marché en lots. La doctrine majoritaire ne manque cependant pas de souligner l'imprécision du texte quant à l'étendue de cette obligation de motivation, tant en ce qui concerne les justifications envisageables – lors même que le considérant 78 en donne quelques exemples⁵⁵⁰ – que les modalités de leur contrôle⁵⁵¹. Cette question relève donc de la marge nationale d'appréciation des États membres qui peuvent aussi bien adopter « *l'approche par défaut* » retenue par le texte, à l'image du

⁵⁴⁶ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 119 ; v. égal. I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots » in R. Caranta et A. Sanchez-Graells (Dir.), *European public procurement : commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 500 et suiv.

⁵⁴⁷ M. Trybus, « The division of public contracts into lots under Directive 2014/24 : minimum harmonisation and impact on SMEs in public procurement ? », *European Law Review* 2018, n° 3, pp. 313-342.

⁵⁴⁸ Dir. 2014/24, art. 46 §1.

⁵⁴⁹ Une division en nombreux lots (plus de 10) augmente considérablement la participation et les chances des micro-entreprises voir attribuer le contrat tandis qu'une division en quelques lots (2-4) ne fait qu'accroître leur participation et leurs chances (J. Stake, *SME Participation and Success in Public Procurement*, Södertörn University 2014, p. 23).

⁵⁵⁰ Le considérant 78 expose que « le pouvoir adjudicateur pourrait par exemple faire valoir qu'il estime que cette division risquerait de restreindre la concurrence ou de rendre l'exécution du marché excessivement coûteuse ou difficile sur le plan technique ou que la nécessité de coordonner les contractants des différents lots pourrait compromettre gravement la bonne exécution du marché ».

⁵⁵¹ I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots », *op. cit.*, pp. 501 et s. ; F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, pp. 114 et s. ; M. Trybus et M. Andrecka, « Favours Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *EPPPL* 2017, 3, p. 229 et suiv. ; M. Trybus, « The division of public contracts into lots under Directive 2014/24 : minimum harmonisation and impact on SMEs in public procurement? », *op. cit.*, pp. 329 et s.

Royaume-Uni⁵⁵² ou, au contraire, élever l'allotissement en règle⁵⁵³ comme l'Allemagne. Dans cet ordre d'idées, le législateur français a choisi de restreindre les motifs justifiant l'absence de subdivision des marchés⁵⁵⁴, tandis que le juge administratif exerce un contrôle entier sur la décision de ne pas alloter⁵⁵⁵.

Un deuxième élément de flexibilité réside dans la possibilité ouverte aux pouvoirs adjudicateurs d'accepter des offres groupées⁵⁵⁶, ainsi que d'attribuer plusieurs lots à un seul opérateur économique⁵⁵⁷, lorsque cela paraît plus avantageux précise le considérant 79... La doctrine émet quelques réserves sur ces exceptions qui, tout en préservant l'efficacité de la commande publique, peuvent compromettre l'accès des PME aux marchés publics⁵⁵⁸. Pour compenser, le texte prévoit néanmoins que l'acheteur peut limiter le nombre d'offres qu'un même soumissionnaire peut présenter, ou encore limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire. Ce faisant, le texte valide aussi bien les « *barrières à l'entrée* » que les « *barrières à la sortie* »⁵⁵⁹, étant entendu que les pouvoirs adjudicateurs sont ici tenus à une obligation de transparence. En effet, ces derniers doivent indiquer dans les documents du marché s'ils acceptent les offres multiples, le nombre maximal de lots pouvant être attribués à un seul soumissionnaire et sur quels « *critères ou règles objectifs et non discriminatoires ils se fondent pour les attribuer* »⁵⁶⁰. Certains auteurs déplorent toutefois le silence du texte quant à la possibilité pour l'attributaire de plusieurs lots de présenter des offres alternatives⁵⁶¹, d'autant plus qu'autoriser les rabais risque d'« *annihiler* » les effets positifs de l'allotissement⁵⁶². Le législateur français s'est montré particulièrement hésitant sur cette question puisque les rabais qui avaient été interdits dans le *Code des marchés publics* à partir

⁵⁵² M. Trybus, « The division of public contracts into lots under Directive 2014/24 : minimum harmonisation and impact on SMEs in public procurement? », *op. cit.*, p. 317.

⁵⁵³ Dir. 2014/24, art. 46 §4.

⁵⁵⁴ En ce sens, le *Code de la commande publique* dispose que « l'acheteur peut décider de ne pas alloter un marché » dans deux cas précisément identifiés : « 1° Il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ; 2° La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations » (art. L. 2113-10).

⁵⁵⁵ CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n° 333737.

⁵⁵⁶ Dir. 2014/24, art. 46 §2.

⁵⁵⁷ Dir. 2014/24, art. 46 §3.

⁵⁵⁸ I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots », *op. cit.*, p. 505.

⁵⁵⁹ B. Dacosta, « L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive Marchés publics », *BJCP* 2014, n° 96, p. 325.

⁵⁶⁰ Dir. 2014/24, art. 46 §2.

⁵⁶¹ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 112 ; M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, pp. 229-230 ; M. Trybus, « The division of public contracts into lots under Directive 2014/24 : minimum harmonisation and impact on SMEs in public procurement? », *op. cit.*, pp. 337-338.

⁵⁶² F. Allaire, « L'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique », *op. cit.*, p. 150.

de 2001⁵⁶³, ont été momentanément autorisés par l'ordonnance de transposition de la *directive Marchés*⁵⁶⁴, avant d'être à nouveau prohibés par la *loi du 9 décembre 2016*, sauf pour les entités adjudicatrices⁵⁶⁵.

La souplesse qui caractérise la réforme de l'allotissement sur le plan européen permet d'abord de ménager la liberté contractuelle des pouvoirs adjudicateurs. Elle est également supposée prévenir certains des dangers inhérents à l'allotissement⁵⁶⁶ – le risque de protectionnisme⁵⁶⁷, celui de collusion⁵⁶⁸ ainsi que les surcoûts éventuels en termes d'exécution et de suivi des contrats⁵⁶⁹ –, tout en offrant aux PME des « *chances équitables* » de participer à un marché public⁵⁷⁰. Dans le but de satisfaire cet objectif, les *directives de 2014* accordent une attention toute particulière à la sous-traitance, à tel point que certains regrettent le contraste entre la situation particulièrement risquée des PME lorsqu'elles interviennent en qualité de titulaires et la « *position de force* » dont elles bénéficient en qualité de sous-traitant⁵⁷¹.

FOCUS SUR LES RAPPORTS PUBLIÉS EN 2025

L'ACCÈS DES TPE ET PME À LA COMMANDE PUBLIQUE

À l'image de l'esprit des directives de 2014, une attention particulière est portée aux TPE et PME dans les différentes études publiées en 2025⁵⁷², à la suite de l'annonce d'une réforme de la directive *Marchés*.

⁵⁶³ Code des marchés publics, art. 10.

⁵⁶⁴ Ord n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, art. 32. I, dernier al. ; version en vigueur du 1^{er} avril au 11 décembre 2016.

⁵⁶⁵ Loi n° 2023-937 du 23 oct. 2023, art. 28 ; CPP, art. L. 2151-1.

⁵⁶⁶ *A contrario* M. Assis Raimundo conteste le bien-fondé des dangers de l'allotissement identifiés par la doctrine (« "Aiming at the market you want" : a critical analysis of the duties on division into lots under Directive 2014/24/EU », *PPLR* 2018, 4, pp. 167 et s.).

⁵⁶⁷ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 120 ; M. Trybus et M. Andrecka, « Favours Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 217 ; M. Trybus, « The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement : A Strategic Objective of the New Public Sector Directive ? », in F. Lichère, R. Caranta et S. Treumer (dir), *Modernising Public Procurement : The New Directive*, Djøf, 2014, p. 260.

⁵⁶⁸ I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots », *op. cit.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 498 ; M. Trybus et M. Andrecka, « Favours Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 226.

⁵⁷⁰ I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots », *op. cit.*, p. 505.

⁵⁷¹ P. Pintat, « La sous-traitance directe serait-elle la position la plus avantageuse », *Le Moniteur – Contrats publics* nov. 2014, p. 31.

⁵⁷² Certains travaux se limitent à mentionner la finalité de l'accès renforcé des PME à la commande publique par des simplifications administratives. Voir, par exemple : S. Bousseta, *Evaluation Study of Relevance and EU added value of the Public Procurement legislation*, Commission européenne, juillet 2025 ; P. Müller, *Rapport sur la*

Dans son rapport publié en juillet 2025, la commission d'enquête du Sénat observe que la mobilisation de dispositifs, comme l'allotissement, la part d'exécution réservée en sous-traitance dans les marchés globaux, les groupements momentanés d'entreprises, le rehaussement des seuils des marchés conclus de gré-à-gré⁵⁷³, participe à faciliter l'accès des PME à la commande publique et à contribuer à leur développement. En effet, « *la part des PME dans les marchés publics en France est proche du résultat américain [ayant adopté un *Small Business Act*], même en l'absence d'obligation réglementaire dédiée : elles représentaient 27,2 % du montant total des marchés passés en 2023 selon l'Observatoire économique de la commande publique, contre 28,35 % aux États-Unis* »⁵⁷⁴. Pour autant, plusieurs personnes entendues par la commission lors des auditions ont défendu l'instauration d'un *Small Business Act* européen, pour renforcer le soutien public aux PME. Pour un conseiller municipal, une telle mesure « permettrait, selon des critères de proximité, de sanctuariser une part de la commande publique au profit des entreprises du territoire »⁵⁷⁵. Quant à un opérateur économique auditionné, il soutient une telle mesure en ce qu'elle permet aux PME d'accéder à des marchés importants pour « déployer leur technologie, former des personnes, assurer une maintenance et un support au quotidien »⁵⁷⁶. Toutefois, l'expérience de La Réunion a « *mis en lumière des limites structurelles liées à la capacité d'offre des PME, ainsi qu'à l'adoption et la mise en œuvre du dispositif par certains acheteurs publics [qui demeuraient extrêmement prudents]* »⁵⁷⁷.

C'est pourquoi la commission sénatoriale recommande d'instaurer un véritable *Small Business Act* européen, à l'occasion de la révision de la directive européenne, réservant aux PME une part d'au moins 30 %, en valeur, des marchés publics passés par l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs. Dans le cadre de cette mesure, pourraient être également envisagées des réserves aux TPE et PME les marchés publics d'un montant inférieur au seuil des

passation des marchés publics, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, 2024/2103(INI), 18 juillet 2025, pt. 31.

⁵⁷³ Sur ce point, les enquêtes de terrains menées par la Chaire de droit des contrats publics en 2025 tirent une conclusion plus modérée : les contrats de gré-à-gré ne sont pas forcément attribués à des PME, lorsque le dispositif est mobilisé. Voir : F. Lichère, F. Melleray et É. Muller (dir.), *La simplification du droit de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2026, p. 365-372.

⁵⁷⁴ S. Uzenat, *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique*, Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, Sénat, déposé le 8 juillet 2025 et disponible en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-1.html>.

⁵⁷⁵ *Idem.*

⁵⁷⁶ *Idem.*

⁵⁷⁷ *Idem.*

procédures formalisées pour les fournitures et les services et à 100 000 euros HT pour les travaux, sauf en cas d'infructuosité d'une première procédure⁵⁷⁸.

Une étude d'universitaires européens propose, dans le même sens, d'introduire une obligation d'attribution de marchés ou de lots à des PME ou de fixer une part minimale des marchés publics réservée aux PME⁵⁷⁹, voire de créer un régime préférentiel de l'UE pour les start-ups et les PME dans les secteurs stratégiques, assorti de définitions et de garanties claires afin de promouvoir l'innovation tout en respectant les principes du traité UE⁵⁸⁰.

Cette préférence ou réserve pour les PME se retrouve également dans le rapport du député européen Piotr Müller qui « *suggère que la préférence soit accordée aux PME et aux opérateurs de marché innovants en cas d'offres équivalentes ou qu'elle soit mise en œuvre par le biais de marchés réservés ou d'une partie réservée de l'exécution du marché; souligne, dans ce contexte, l'efficacité des marchés réservés pour soutenir l'emploi des personnes handicapées au moyen des marchés publics tout en faisant observer qu'il est encore possible d'améliorer leur exécution* »⁵⁸¹. En outre, constatant le bénéfice de l'allotissement pour les PME dans plusieurs États membres, ce rapport « *invite la Commission à envisager de rationaliser la division des marchés en lots plus petits afin d'encourager la concurrence et d'éviter la domination de grandes entités tout en reconnaissant que les marchés ne devraient pas être divisés lorsqu'il existe de véritables raisons de ne pas le faire sur le plan technologique ou de l'efficacité* »⁵⁸², en vue de garantir l'accès équitable des PME aux marchés publics et d'éviter « *les chaînes de sous-traitance irréalisables* »⁵⁸³. Enfin, il est recommandé de simplifier les critères de sélection et d'envisager la création d'une base de données numériques des PME préselectionnées afin « *de rationaliser les procédures et d'améliorer l'accès aux appels d'offres publics* » car « *les systèmes d'accréditation sont susceptibles de permettre de déterminer la capacité technique et financière des entreprises et de vérifier leur intégrité professionnelle avant le lancement de l'appel d'offres et [...] les critères d'intégrité professionnelle devraient comprendre leur bilan en termes de respect de la législation applicable en matière de travail, de droits de l'homme et d'environnement* »⁵⁸⁴.

⁵⁷⁸ *Idem*.

⁵⁷⁹ F. Lichère et C. Bernard, « Access for start-ups & SMEs and subcontracting », in K.-M. Halonen, W. Janssen et F. Lichère (dir.), *Reforming EU Public Procurement: Proposals for the Reform of Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2026, Chp. 14.

⁵⁸⁰ P. Cerqueira Gomes, « Innovation and Public Procurement – the need for the law to match the policy demands », in *ibidem*, Chp. 15.

⁵⁸¹ P. Müller, *op. cit.*, pt. 81.

⁵⁸² *Ibidem*, pt. 76.

⁵⁸³ *Idem*.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, pt. 75.

B. Le timide encadrement de la sous-traitance

Les *directives de 2014*⁵⁸⁵ sont venues concrétiser le souhait exprimé par le législateur européen dix ans auparavant : celui d'édicter des « *dispositions en matière de sous-traitance* » dans le but de « *favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics* »⁵⁸⁶. En tant que « *principal véhicule* »⁵⁸⁷ d'accès des PME à la commande publique, la pratique de la sous-traitance est largement encouragée au niveau européen, tandis que son encadrement fait « *partie d'un ensemble de mesures parfois appelées Small Business Act* »⁵⁸⁸. Cependant qu'elles confirment l'émergence d'un « *droit à sous-traiter* »⁵⁸⁹ particulièrement favorable à la participation des PME à la commande publique, les *directives de 2014* tendent à imposer un minimum de transparence afin de « *s'assurer que le processus de sélection du titulaire du contrat ne soit pas vidé de son sens par un recours incontrôlé à la sous-traitance* »⁵⁹⁰. Il y a ici une vraie question qui se pose, celle de savoir dans quelle mesure l'encadrement de la sous-traitance cela relève du champ, et donc de la compétence du droit de l'UE.

Dans cette perspective, les *directives Marchés et Concessions* prévoient, en des termes identiques, que le pouvoir adjudicateur peut exiger ou être obligé par un État membre à demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés⁵⁹¹. Cette mesure, principalement destinée à « *assurer une transparence des conditions d'exécution* » du contrat⁵⁹², peut néanmoins avoir une incidence positive sur l'accès des PME. En effet, les législateurs nationaux peuvent très bien autoriser les pouvoirs adjudicateurs à tenir plus précisément compte de la part qui sera sous-traitée à des PME. Sur ce point, le législateur français a d'ailleurs opté pour une transposition ambitieuse en prévoyant un seuil de 10 % minimum pour les PME en ce qui concerne les marchés de partenariat, contrats il est vrai peu utilisés en pratique⁵⁹³. En revanche, l'on peut regretter que, conformément à son approche volontariste, la *directive 2014/24*

⁵⁸⁵ Dir. 2014/24, art. 71 et Dir. 2014/23, art. 42.

⁵⁸⁶ Dir. 2004/18, cons. 32.

⁵⁸⁷ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 117.

⁵⁸⁸ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 589.

⁵⁸⁹ Sur le débat que suscite cette question : *ibid.*, pp. 603 et s. ; v. égal. F. Lichère et L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2021, n° 1423 et s. Pour une étude détaillée : P. Blanquet, « Le sous-contrat. Étude de droit administratif », *Dalloz*, 2022, 610 p.

⁵⁹⁰ R. Noguellou, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, p. 858.

⁵⁹¹ Dir. 2014/24, art. 71 §2 ; Dir. 2014/23, art. 42 §2.

⁵⁹² A. Lecourt, « Sous-traitance », *Répertoire de droit européen*, 2021, *Dalloz.fr*, §48.

⁵⁹³ Code de la commande publique, art. R. 2213-5.

n'impose pas de « *pondération minimale* », au risque de compromettre l'efficacité pratique de ce critère de sélection⁵⁹⁴. Dans le même ordre d'idées, le dispositif de paiement direct prévu par la *directive Marchés*, particulièrement efficace pour favoriser l'accès des PME⁵⁹⁵, peut être mis à mal par la marge de manœuvre conséquente laissée aux autorités contractantes. Dans le même temps, cette mesure incitative⁵⁹⁶ est entourée d'un certain nombre de conditions qui constituent d'évidentes limites au paiement direct du sous-traitant. La principale tient à la possibilité offerte aux États membres d'instaurer des mesures d'opposition du contractant principal. Sur le fond, le paiement direct doit, en outre, porter sur des prestations déjà réalisées, ce qui exclut *prima facie* l'octroi d'avances par le pouvoir adjudicateur au sous-traitant. À cela, il faut ajouter que le paiement direct doit, en principe, être effectué à la demande du sous-traitant et « *si la nature du contrat le permet* », ce qui laisse entendre, au-delà de l'imprécision textuelle, que tous les marchés de travaux, de services et de fournitures pourraient être visés, si tant est que les prestations concernées sont clairement identifiables⁵⁹⁷. Sur la forme, il convient de relever que les modalités du paiement direct doivent être exposées dans les documents de marché. La portée de ces exigences ne doit cependant pas être surestimée. En effet, l'article 71 §7 autorise les autorités nationales à aller plus loin, en instaurant, le cas échéant, une obligation générale de paiement direct⁵⁹⁸. Les États peuvent prévoir, « *par exemple* » précise le texte, que le paiement est indépendant de la volonté du sous-traitant, à l'image du législateur français⁵⁹⁹. Sur cette base, il n'est pas interdit d'envisager que la législation nationale autorise le versement d'avances au sous-traitant⁶⁰⁰. Cette mesure ambitieuse présenterait la vertu de prévenir efficacement les difficultés de trésorerie auxquelles les PME sont particulièrement sujettes. Dans le même sens, on regrettera⁶⁰¹ que la *directive Marchés* ne prévoit pas de mesure destinée à lutter contre les retards de paiement qui ont pourtant une « *incidence majeure sur les PME* »

⁵⁹⁴ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 117.

⁵⁹⁵ M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 237 ; J. Stalzer, « Article 71 – Subcontracting », *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU* » in R. Caranta et A. Sanchez-Graells (Dir.), *European public procurement : commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 757 et s.

⁵⁹⁶ Selon François Lichère, cette mesure relève « *plus d'une incitation que d'une autorisation* » (F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 117).

⁵⁹⁷ J. Stalzer, « Article 71 – Subcontracting », *op. cit.*, p. 766.

⁵⁹⁸ Voir égal. Dir. 2014/24, cons. 105.

⁵⁹⁹ En ce sens : « *Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution. Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite* » (Code de la commande publique, art. L. 2193-11). Pour une étude détaillée : F. Lichère et L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, n°s 1428 et s.

⁶⁰⁰ En ce sens : Code de la commande publique, art. R. 2193-17 et s.

⁶⁰¹ Sur ce point : S. Saussier, « L'accès des PME aux marchés publics, une analyse économique », in *Les PME et le droit de la concurrence : analyse critique, comparative et prospective*, Paris, Lexis Nexis, Coll. Litec, 2009, pp. 341-360 ; L. Rapp, « 7 solutions pour améliorer l'accès des PME aux contrats de la commande publique », *Le Moniteur – Contrats publics*, nov. 2014, p. 55.

puisque qu'une faillite sur quatre leur serait imputable⁶⁰². Il convient toutefois de relever qu'une *directive de 2011* – dont la révision est actuellement envisagée⁶⁰³ – entend précisément lutter contre ce phénomène⁶⁰⁴.

Au-delà, les *directives Marchés* et *Concessions* admettent, dans le prolongement de la jurisprudence⁶⁰⁵, des limitations au droit à sous-traiter qui peuvent naturellement entrer en contradiction avec l'objectif d'accroître la participation des PME à la commande publique⁶⁰⁶. La principale restriction réside dans la faculté reconnue par la *directive Marchés* aux pouvoirs adjudicateurs de refuser, dès la phase d'attribution, le recours à la sous-traitance pour effectuer certaines « *tâches essentielles* »⁶⁰⁷. Manifestation de l'*intuitu personae* qui caractérise les contrats publics⁶⁰⁸ et de la liberté contractuelle des pouvoirs adjudicateurs, cette limite n'en est pas moins jugée « *discutable en raison du large pouvoir discrétionnaire qu'elle reconnaît à l'acheteur* » qui « *pourrait constituer un brutal coup d'arrêt pour la sous-traitance [...] pourtant largement promue ces dernières années afin notamment de favoriser l'accès des PME à la commande publique* »⁶⁰⁹. En permettant à l'acheteur d'imposer qu'une part « *qualitativement prépondérante* » soit dévolue au soumissionnaire, le texte rompt également avec l'approche « *quantitative et permissive* » de l'ancien *code des marchés publics* français. La définition incertaine de la notion de « *tâches essentielles* », qui mériterait peut-être d'être précisée tout en ménageant la liberté contractuelle de l'acheteur, vient d'ailleurs complexifier l'analyse de la portée de cette disposition⁶¹⁰. Sur ce point, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des finances souligne que cette notion « *dépend de l'objet du marché public et donne donc lieu à une appréciation casuistique* »⁶¹¹, qui n'est évidemment pas porteuse de sécurité juridique pour les pouvoirs adjudicateurs. L'ultime limite posée au droit de sous-traiter par la réforme de 2014 réside dans l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de contrôler les motifs d'exclusion du sous-traitant. Pour cela, les *directives Marchés* et *Concessions* invitent les autorités nationales compétentes à prévoir des « *mesures*

⁶⁰² Commission européenne, *Questions et réponses : le règlement sur les retards de paiements*, en ligne : [Questions et réponses: le règlement sur les retards de paiement \(europa.eu\)](#).

⁶⁰³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, COM (2023) 533 final – SEC (2023) 313 final – SWD (2023) 312 final – SWD (2023) 314 final.

⁶⁰⁴ Dir. 2011/7/UE relative à la lutte contre les retards de paiement dans les relations commerciales.

⁶⁰⁵ CJCE 18 mars 2004, *Siemens et ARGE Telekom*, aff. C-314/01.

⁶⁰⁶ P. Devillers, « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », *CMP* oct. 2015, dossier 10.

⁶⁰⁷ Dir. 2014/24, art. 62 §2.

⁶⁰⁸ M. Guenou-Ahliouja, « Le sous-contrat en droit public », *RFDA* 2018, p. 915.

⁶⁰⁹ S. Braconnier, *Précis du droit de la commande publique*, Le Moniteur, 5^e éd., 2017, p. 249.

⁶¹⁰ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 604.

⁶¹¹ DAJ, *La sous-traitance*, Fiche, mise à jour le 01/04/2019, p. 3.

appropriées » pour assurer le respect par le soumissionnaire principal, mais aussi le sous-traitant, des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales⁶¹².

Si l'allotissement et l'encadrement de la sous-traitance s'inscrivent dans un cadre résolument permissif et volontariste, les mesures les moins ambitieuses contenues dans les *directives Marchés* et *Concessions* disposent, quant à elles, d'une portée plus contraignante.

§II. Les mesures plus contraignantes facilitant l'accès des PME

Les dispositifs qui permettent de faciliter l'accès des PME sans leur être directement dédiés présentent généralement un caractère contraignant, comme en témoigne le plafonnement impératif du chiffre d'affaires minimal (A.) ou la généralisation « forcée » du document unique de marché européen (B.).

A. Le plafonnement impératif du chiffre d'affaires minimal

Le plafonnement du chiffre d'affaires minimal des candidats est probablement la mesure la « *plus efficace* »⁶¹³ pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics. En ce sens, la *directive Marchés* signale que « *les exigences disproportionnées relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur constituent souvent un obstacle injustifié à la participation des PME aux marchés publics [nous soulignons]* »⁶¹⁴. En effet, la marge d'appréciation des capacités financières des candidats traditionnellement laissée aux pouvoirs adjudicateurs constituait un véritable « *handicap* »⁶¹⁵ pour les PME, de sorte que l'article 58 §3 de la directive vient désormais plafonner le chiffre d'affaires minimal exigé, lequel doit seulement être deux fois supérieur au montant prévisible du marché⁶¹⁶.

Cette disposition encourage l'accès des PME aux marchés publics, sans cependant s'assimiler à une mesure de faveur à leur égard dès lors qu'elle profite également aux grands

⁶¹² En ce s. Dir. 2014/24, art. 18 §2 ; Dir. 2014/23, art. 30 §3.

⁶¹³ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 116.

⁶¹⁴ Dir. 2014/24, cons. 83.

⁶¹⁵ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 117.

⁶¹⁶ La Commission européenne avait initialement proposé de le limiter à trois fois le chiffre d'affaires jusqu'à ce qu'une évaluation publiée sur TED en 2012 montre que cette réduction à deux fois le chiffre d'affaires pouvait améliorer jusqu'à 8% la participation des micro-entreprises.

opérateurs économiques. On peut, en effet, faire valoir, avec Martin Trybus et Maria Andrecka, que la suppression pure et simple d'un chiffre d'affaires minimal exigé aurait été plus à même d'accroître la participation des PME aux marchés publics⁶¹⁷. Mais c'est précisément pour éviter d'adopter une mesure qui s'assimilerait à de la discrimination positive, tout en compensant les risques encourus par les pouvoirs adjudicateurs – spécialement ceux inhérents à une défaillance financière du titulaire⁶¹⁸ –, que le texte maintient cette exigence de bonne santé financière. Pour cette même raison, la *directive Marchés* aménage une exception au plafonnement en disposant que « *le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures* »⁶¹⁹. Cette exigence de motivation et de fond est d'interprétation stricte, ce qui devrait dissuader les pouvoirs adjudicateurs d'en abuser⁶²⁰.

Au-delà des exigences tenant aux capacités financières des candidats, les PME se heurtent à d'autres « *barrières* »⁶²¹ telles que les lourdeurs administratives, que le document unique de marché européen entend lever.

B. La généralisation du document unique de marché européen

L'instauration du document unique de marché européen (« DUME » ci-après)⁶²², qui n'est pas sans rappeler la technique du « *Dites-le-nous une fois* » lancée en France en 2013 à l'occasion du « *choc de simplification* »⁶²³, s'affiche comme une réponse du législateur européen au sentiment des opérateurs économiques, « *en particulier [d]es PME* », selon lequel « *les lourdeurs administratives découlant de l'obligation de produire un nombre important de certificats ou d'autres documents en rapport avec les critères d'exclusion et de sélection constituent l'un des principaux obstacles à leur participation aux marchés publics* »⁶²⁴. En

⁶¹⁷ M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 235.

⁶¹⁸ A. Aleksandrowicz, « L'analyse des capacités des candidats : quelles nouveautés ? », *Le Moniteur – Contrats publics* juin 2014, p. 27.

⁶¹⁹ Dir. 2014/24, art. 58 §3.

⁶²⁰ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 117.

⁶²¹ P. Telles, « Article 59 – European single procurement document », in R. Caranta et A. Sanchez-Graells (dir.), *European public procurement*, Edward Elgar publishing, 2021, p. 648.

⁶²² Dir. 2014/24, art. 59.

⁶²³ En ce s. B. Dacosta, « L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive Marchés publics », *op. cit.*, p. 324.

⁶²⁴ Dir. 2014/24, cons. 84.

effet, les lourdeurs administratives et financières inhérentes à la passation des marchés publics constituent un véritable « *repoussoir* »⁶²⁵ pour les PME, qui ne disposent pas toujours des capacités humaines et financières propres à satisfaire les exigences formelles imposées par ce type de procédure.

Le DUME se présente comme une déclaration sur l'honneur préremplie par laquelle le soumissionnaire atteste qu'il n'est pas visé, pas davantage que l'entité tierce sur les capacités de laquelle il se repose le cas échéant, par un motif d'exclusion, mais aussi qu'il satisfait les critères de sélection et d'attribution établis par le pouvoir adjudicateur⁶²⁶. Poursuivant l'entreprise de simplification, le texte précise, en outre, que « *le DUME ne doit être fourni que sous forme électronique* ». La formulation impérative de l'article 59 – selon laquelle « *lors de la présentation des demandes de participation ou d'offres, les pouvoirs adjudicateurs acceptent le document unique de marché européen [nous soulignons]* » – est suffisamment rare pour être soulignée. Cette utilisation obligatoire du DUME déplace la vérification des documents justificatifs à la dernière étape de la procédure puisque le pouvoir adjudicateur en exige la fourniture juste avant l'attribution du marché public. Il convient toutefois de relever que les pouvoirs adjudicateurs conservent leur faculté de demander aux candidats de fournir des éléments de preuve justifiant leur déclaration, et ce « *à tout moment de la procédure* », précise le texte.

Cette mesure constitue en théorie un facteur de simplification pour les opérateurs économiques, qui peuvent d'ailleurs réutiliser un DUME qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure, à condition de confirmer la validité des informations qu'il contient. L'article 59 de la *directive Marchés* les dispense, de surcroît, de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives « *lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un État membre qui est accessible gratuitement, comme un registre national des marchés publics ou encore le casier judiciaire des membres de l'opérateur économique* ». Au fond, loin d'alléger les charges administratives et financières induites par la passation des marchés, le DUME conduit à les transférer des opérateurs économiques au pouvoir adjudicateur⁶²⁷. Par voie de conséquence, le DUME tend à

⁶²⁵ Cour des comptes européenne, *Les marchés publics dans l'UE. Recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021*, 2023, p. 52.

⁶²⁶ Dir. 2014/24, art. 59 §1.

⁶²⁷ M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 232 ; v. égal. P. Telles, « Article 59 – European single procurement document », *op. cit.*, p. 651.

augmenter « *l'incertitude concernant les délais de procédure* »⁶²⁸, eu égard aux vérifications et autres demandes de documents qui incombent désormais aux pouvoirs adjudicateurs. Enfin, le DUME porte en lui le germe d'une rupture d'égalité de traitement dès lors que le pouvoir adjudicateur peut s'apercevoir, seulement avant l'attribution, qu'un candidat n'est pas éligible, par exemple parce qu'il a fourni un document inexact ou frauduleux⁶²⁹.

Dans l'ensemble, la doctrine porte un regard plutôt mitigé sur cette réforme dont elle souligne qu'elle ne saurait s'assimiler au « *Small Business Act* » européen⁶³⁰. Elle reconnaît unanimement que la souplesse qui la caractérise permet une conciliation équilibrée de l'objectif de promotion des PME avec les exigences prioritaires de concurrence, d'utilisation des deniers publics et de non-discrimination⁶³¹. La contrepartie en est que l'efficacité de la réforme était d'emblée conditionnée à la stratégie de transposition des États membres, ainsi qu'à la « *volonté des acteurs* »⁶³². Ces éléments permettent d'éclairer le bilan nuancé tiré par la Cour des comptes européenne selon lequel la réforme des directives n'a « *pas eu d'effet démontrable* »⁶³³ sur l'accès des PME. Dans son rapport de 2023, la Cour constatait plus précisément qu'entre 2016 et 2021 la participation des PME à des procédures de passation ou à des contrats n'avait globalement pas augmenté, étant précisé que ce chiffre est susceptible de varier d'un État à l'autre⁶³⁴. En France, la proportion est restée relativement stable, que l'on se fie à l'indicateur « offres des PME »⁶³⁵ ou à l'indicateur « PME contractantes »⁶³⁶. Cette conclusion, somme toute positive⁶³⁷, ne saurait surprendre dès lors que plusieurs des mesures envisagées par la *directive 2014/24* pour améliorer l'accès des PME aux marchés publics existaient déjà sous

⁶²⁸ P. Telles, « Article 59 – European single procurement document », *op. cit.*, p. 653.

⁶²⁹ M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 233.

⁶³⁰ S. Braconnier, « PME et commande publique : totems... », *Le Moniteur – Contrats publics* nov. 2014, p. 3 ; L. Rapp, « L'accès des PME aux marchés publics : un *small business act* ? », *CMP* 2014, dossier 12.

⁶³¹ M. Assis Raimundo, « "Aiming at the market you want" : a critical analysis of the duties on division into lots under Directive 2014/24/EU », *op. cit.* ; F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, pp. 119-120 ; I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots », *op. cit.*, pp. 505-506 ; M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, pp. 224 et suiv. ; M. Trybus, « The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement : A Strategic Objective of the New Public Sector Directive ? », *op. cit.*, pp. 313 et s.

⁶³² F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 119.

⁶³³ Cour des comptes européenne, *Les marchés publics dans l'UE. Recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021*, 2023, p. 5.

⁶³⁴ *Ibid.*, pp. 33 et s. ; v. égal. M. Trybus, « The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement : A Strategic Objective of the New Public Sector Directive ? », *op. cit.*, p. 258.

⁶³⁵ 67,4% en 2016 contre 69, 5% en 2020 (source : tableau de bord interactif élaboré par la Cour des comptes européennes : https://public.tableau.com/app/profile/gti1940/viz/eca_dashboard/Story).

⁶³⁶ 47,3% en 2016 contre 42,7 % en 2020 (source : tableau de bord interactif élaboré par la Cour des comptes européennes : https://public.tableau.com/app/profile/gti1940/viz/eca_dashboard/Story).

⁶³⁷ Il serait cependant difficile de fixer abstraitement un taux à partir duquel la participation des PME serait jugée satisfaisante.

l'empire du *Code des marchés publics*, à l'image de l'allotissement obligatoire⁶³⁸. Certains membres de la doctrine font enfin valoir que l'accroissement de la participation des PME à la commande publique doit passer par « *la pratique* » davantage que par des « *mécanismes juridiques abscons* »⁶³⁹.

⁶³⁸ En ce sens, F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 113.

⁶³⁹ S. Braconnier, « PME et commande publique : totems... », *op. cit.*, p. 3.

THÉMATIQUE N° 8 : L'INNOVATION

Le droit européen de la commande publique resta longtemps muet sur l'innovation⁶⁴⁰. Les prémices de son intégration datent des années 2000 et résultent de nouvelles politiques européennes générales (qui ne s'appliquent pas uniquement aux marchés publics et concessions)⁶⁴¹. Pourtant, l'innovation et la commande publique entretiennent des liens étroits, comme le souligne Sophie Meslin-Lière⁶⁴². D'une part, les contrats de la commande publique constituent un outil de promotion de l'innovation, à la fois par l'adaptation au progrès technique de manière générale et par la création récente de nouveaux outils contractuels liés à l'innovation. D'autre part, il existe une interdépendance entre innovation et commande publique, puisque la première peut également être au service de la seconde en participant à la concurrence et à la croissance économique, et que les deux sont dotées d'une fonction commune fondée sur la performance.

La reconnaissance de ces liens ne fut toutefois opérée au sein du droit européen de la commande publique qu'en 2014, par la *directive 2014/24* principalement et, dans une certaine mesure, la *directive 2014/23*⁶⁴³.

S'inspirant des travaux de l'OCDE⁶⁴⁴, ces deux directives retiennent une ample définition de l'innovation, « *laiss[ant] une certaine souplesse d'appréciation aux*

⁶⁴⁰ Par exemple, la directive 2004/18/CE (Dir. 2004/18/CE), précédant celle de 2014 sur les marchés publics, ne fait aucune mention de l'innovation.

⁶⁴¹ L'innovation fut érigée en objectif stratégique de l'UE par la présidence du Conseil européen en 2000, et apparaît à ce titre à treize reprises dans les conclusions de la présidence à l'issue de la réunion extraordinaire du Conseil européen à Lisbonne les 23 et 24 mars 2000 (au-delà de l'intitulé d'une subdivision incluant l'innovation, ce terme apparaît dans plusieurs paragraphes : Conseil européen, Conclusions de la présidence, Lisbonne, 23 et 24 mars 2000, §2, §5, §§12-14, §20, §23, §29, §36, et §41).

Voy. par exemple à ce sujet : J.-L. Piotraut, « Recherche et développement : politique », *Répertoire de droit européen*, mise à jour du 01/03/2014, spéc. §3 et §10.

⁶⁴² S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, Paris La Défense, LGDJ/Lextenso, 2022, pp. 9-14.

⁶⁴³ Contrairement à la *directive 2014/24*, la *directive 2014/23* contient huit mentions de l'innovation ou synonymes (comme « *solution innovante* ») mais aucun outil n'y est spécifiquement dédié. L'innovation apparaît dans plusieurs considérant et fait simplement l'objet d'une définition dans un article de la directive (Dir. 2014/23/UE, cons. 3, cons. 53, cons. 73, et art. 5 §13).

Il convient de souligner que la thématique retenue au sein du présent rapport exclut nécessairement les secteurs spéciaux régis par la *directive 2014/25/UE* ainsi que les outils non soumis au droit de la commande publique mais susceptibles d'être mobilisés dans le cadre de l'innovation (tels que les marchés conclus à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, ou les marchés de recherche et de développement).

⁶⁴⁴ Cette définition s'inspire fortement du *Manuel d'Oslo*, réalisé au sein de l'OCDE et portant sur les principes directeurs pour le recueil et l'utilisation des données sur l'innovation. Les quatre éditions à ce jour de ce manuel (la première datant de 1992 et la dernière de 2018) révèlent un élargissement progressif de la définition de l'innovation pour inclure l'ensemble de ses aspects.

acheteurs »⁶⁴⁵. En premier lieu, deux cas de figure alternatifs sont inclus : il peut s'agir d'une nouveauté *stricto sensu* ou d'une amélioration sensible d'une solution existante⁶⁴⁶. En second lieu, la nouveauté ou l'amélioration sensible peuvent être celles « *d'un produit, d'un service ou d'un procédé* », étant entendu que ceci recouvre « *[l]es procédés de production ou de construction, [...] une nouvelle méthode de commercialisation ou [...] une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* »⁶⁴⁷. La transcription en droit français apporte une légère nuance, bien qu'ayant *a priori* peu de conséquences en pratique, en indiquant que ces éléments de définition portent non pas sur l'innovation, mais sur le caractère innovant⁶⁴⁸.

Outre la définition de l'innovation, trois dispositions de la *directive 2014/24* procèdent à l'intégration de l'innovation. Il en est ainsi de l'article 31 créant le partenariat d'innovation⁶⁴⁹, de l'article 70 permettant d'inclure l'innovation au sein des conditions particulières d'exécution des marchés publics⁶⁵⁰, et de l'article 76 §2 créant la faculté de prendre en considération l'innovation au stade de l'attribution des marchés publics⁶⁵¹.

Ces trois dispositions révèlent la volonté d'une promotion diffuse de l'innovation au sein de l'ensemble de la commande publique (§I.). Des freins à la mobilisation de ces outils demeurent toutefois, révélant ainsi les limites de la promotion de l'innovation par la *directive 2014/24* (§II.).

§I. L'intégration transversale de l'innovation

La promotion de l'innovation par la *directive 2014/24* repose naturellement en premier lieu sur la création d'un outil dédié à l'innovation : le partenariat d'innovation (A.). Cet outil

Concernant l'influence de la définition de l'innovation dans les travaux de l'OCDE, voy. par exemple : Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Guide pratique de l'achat public innovant*, mai 2019, p. 5.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁴⁶ Dir. 2014/23/UE, cons. 3, art. 5 §13 ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §22.

⁶⁴⁷ La définition est identique dans les *directives 2014/23* et *2014/24* (Dir. 2014/23/UE, cons. 3, art. 5 §13 ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §22).

Les mêmes éléments de définition sont naturellement repris dans le *Code de la commande publique* (article L. 2172-3).

⁶⁴⁸ Article L. 2172-3 al. 2 du Code de la commande publique : « Sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise [nous soulignons] ».

⁶⁴⁹ Dir. 2014/24/UE, art. 31.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, art. 70.

⁶⁵¹ *Ibid.*, art. 76 §2.

est complété par l'intégration de l'innovation aux stades de la passation (B.) et de l'exécution (C.) des marchés publics en général, même en dehors des partenariats d'innovation.

A. La création d'une procédure et d'un marché spécifiques : le partenariat d'innovation

Le besoin de créer un outil spécifique dédié uniquement à l'innovation est né d'un constat : celui du manque d'adéquation entre l'innovation et les outils existants de la commande publique. La Commission européenne a elle-même dressé ce bilan en 2007⁶⁵², d'où sa proposition d'un outil non soumis au droit des marchés publics – à savoir, les achats publics avant commercialisation⁶⁵³.

Ce dispositif s'est toutefois avéré insuffisant pour promouvoir l'innovation, faute de prendre en compte les spécificités de celle-ci⁶⁵⁴.

Des critiques similaires peuvent être adressées à d'autres outils – soumis au droit de la commande publique cette fois –, tels que les accords-cadres. Si les accords-cadres sont adaptés à l'évolutivité technique qui caractérise l'innovation, ils sont en revanche soumis à des exigences peu compatibles avec l'innovation – comme la définition précise du besoin de l'acheteur, nécessairement entravée par le fait que l'innovation implique quelque chose qui n'existe pas encore⁶⁵⁵. Il en est de même des contrats globaux, qui sont susceptibles d'inclure l'innovation dans le cadre d'un équipement public ou d'un service public – par exemple, les communications électroniques, les véhicules électriques, l'éclairage public ou des nouveaux péages –, mais qui manquent de flexibilité pour la gestion des risques suscités par l'innovation (au regard des coûts, de l'incertitude quant au développement d'une solution répondant

⁶⁵² European Commission, *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement – 10 elements of good practice*, 2007, SEC(2007) 280.

⁶⁵³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe*, 14 décembre 2007, SEC(2007) 1668, COM/2007/0799 final.

⁶⁵⁴ Comme le soulignent plusieurs auteurs, les achats publics avant commercialisation présentent un intérêt limité, en raison de la distinction sur laquelle ils reposent. Ils séparent en effet deux phases : la phase de recherche et développement et la phase d'acquisition ou de commercialisation de la solution innovante ainsi créée. Cette distinction génère l'obligation de remise en concurrence entre les deux phases, freinant ainsi aussi bien les acheteurs publics (non certains de pouvoir acquérir la solution développée par l'achat public avant commercialisation) que les opérateurs économiques (qui pourraient développer des solutions lors de la première phase sans être tributaires du contrat de commercialisation ou d'acquisition de celle-ci). Voy. à ce sujet : M. Andrecka, « Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues? », *PPLR* 2015, n° 2, pp. 48-62 ; S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, op. cit., pp. 124-126 ; L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *Le Moniteur – Contrats publics* 2023, n° 239, pp. 25-31.

⁶⁵⁵ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, op. cit., pp. 85-89.

réellement aux besoins, ou de l'évolutivité technique)⁶⁵⁶. Un outil français semblait en revanche adapté à l'innovation, car prenant en compte les difficultés liées aux définitions des besoins des acheteurs en la matière, mais fut abrogé pour non-conformité avec le droit européen de la commande publique : les marchés publics de définition⁶⁵⁷.

Au-delà des techniques d'achat (accords-cadres) ou catégories de contrats (contrats globaux), il a pu être souligné que certaines procédures pourraient être mobilisées pour promouvoir l'innovation – à savoir, la procédure négociée et le dialogue compétitif. Ces procédures ne sont toutefois pas réellement adaptées aux spécificités de l'innovation, au premier rang desquelles la nécessaire sauvegarde des droits de propriété intellectuelle et les garanties accrues devant être accordées au secret des affaires. Ces spécificités s'accommodent difficilement des principes fondamentaux du droit de la commande publique (liberté et égalité de la concurrence), et ces procédures ne prévoient pas de dispositif spécifique pour les concilier avec l'innovation⁶⁵⁸.

D'où la création du partenariat d'innovation, qui constitue « *une procédure de passation spécifique, mais aussi un marché particulier, les deux éléments étant intimement liés* »⁶⁵⁹. Cet outil peut être défini comme « *une procédure ad hoc ayant pour finalité de favoriser l'innovation* » et dotée d'une « *finalité [...] incitative, contrairement à l'objet classiquement assigné au droit de la commande publique, puisque le but est l'acquisition d'un produit ou d'un procédé qui n'existait pas encore* »⁶⁶⁰.

L'une des caractéristiques majeures du partenariat d'innovation, par opposition à d'autres outils préexistants, tient en effet à l'inclusion des deux phases de l'innovation sans

⁶⁵⁶ *Ibid.*, pp. 89-109.

⁶⁵⁷ Les marchés publics de définition, prévus par l'article 73 du *Code des marchés publics* (éditions de 2004 et de 2006), permettaient la distinction de la définition du besoin et de l'exécution. Cet outil suscita la condamnation de la France par la CJUE, en raison du traitement discriminatoire dont bénéficiaient les titulaires des marchés de définition lors de l'attribution des marchés d'exécution, puisqu'eux seuls pouvaient participer à la procédure de passation des marchés d'exécution (CJUE, 10 décembre 2009, *Commission européenne c/ République française*, aff. C-299/08, §§39-45). Ceci a conduit à l'abrogation des marchés publics de définition l'année suivante (*décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique*, article 40).

⁶⁵⁸ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit.*, pp. 193-227.

⁶⁵⁹ E. Pourcel, « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? », *CMP* avr. 2015, étude 5, pp. 13-19.

⁶⁶⁰ C. Mialot et Th. Poulard, « Le partenariat d'innovation-retours d'expérience ; Note sous Directive 2014/24/UE du parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2016, n° 6, dossier 49, pp. 29-33.

remise en concurrence entre ces phases : la phase de recherche et de développement, ainsi que celle d'acquisition de la solution ainsi développée⁶⁶¹.

La mobilisation du partenariat d'innovation est dès lors soumise à la réunion de deux conditions : le caractère innovant des fournitures, travaux ou services selon les éléments de définition préalablement cités, ainsi que l'existence d'une carence du marché en la matière⁶⁶².

Cet outil se caractérise par une souplesse éminemment nécessaire à l'innovation. Ceci transparaît dès la procédure de passation du partenariat d'innovation, puisqu'il s'agit d'une procédure avec négociation⁶⁶³. La définition du besoin de l'acheteur se caractérise également par cette souplesse, motivée par l'incertitude des résultats d'activités de recherche et corrélativement des risques inhérents à l'innovation (notamment le risque que la recherche ne permette pas le développement et l'acquisition d'une solution répondant aux besoins). Il s'ensuit que l'exigence de définition du besoin est remplie par l'établissement des « *exigences minimales que doivent respecter toutes les offres* »⁶⁶⁴ (étant entendu que les négociations permettront par la suite d'établir les « *niveaux de performance et [...] coûts maximum* »⁶⁶⁵). Pour les mêmes raisons, la faculté de conclure des contrats avec plusieurs partenaires a été prévue. Cette possibilité permet de maximiser les chances d'obtenir une ou plusieurs solution(s) innovante(s) correspondant aux besoins de l'acheteur⁶⁶⁶. En revanche, la procédure de passation du partenariat d'innovation est par certains aspects plus contraignante que la procédure de droit commun des marchés publics. L'aspect le plus emblématique tient à l'obligation pour l'acheteur de prendre en considération les capacités des candidats à élaborer et mettre en œuvre des solutions innovantes⁶⁶⁷.

L'exécution du partenariat d'innovation est également modulée par l'incertitude et les risques inhérents à l'innovation. Trois dispositifs propres à cet outil se démarquent particulièrement à cet égard⁶⁶⁸. En premier lieu, la rémunération des partenaires peut évoluer

⁶⁶¹ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §2.

⁶⁶² « *Le partenariat d'innovation est un marché qui a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché* » (article L. 2172-3 al. 1 du Code de la commande publique).

⁶⁶³ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §3.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, art. 31 §1 al. 2.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, art. 31 §2.

⁶⁶⁶ Cette faculté est prévue par l'article 31 §1 al. 3 de la *directive Marchés*.

Voy. par exemple à ce sujet : L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*

⁶⁶⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §6.

⁶⁶⁸ Voy. par exemple pour ces traits distinctifs de l'exécution du partenariat d'innovation : L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.* ; N. Bussy, R. Crespelle, L. Guibout et E. Mavroidis, « Les partenariats

en fonction des performances du ou des partenaire(s), à l'aune des objectifs intermédiaires préalablement établis par l'acheteur⁶⁶⁹. Le partenariat se structure effectivement en plusieurs sous-phases (au sein des deux phases que sont la recherche et le développement d'une part, et l'acquisition ou la commercialisation d'autre part) auxquelles sont associés des objectifs. Le fait que ces derniers ne soient pas atteints peut conduire à moduler la rémunération. Plus encore et en deuxième lieu, une telle hypothèse peut même conduire à la résiliation du contrat (ou de certains contrats dans l'hypothèse où il y aurait plusieurs partenaires), si cette possibilité est prévue et organisée contractuellement (notamment au regard des conséquences financières)⁶⁷⁰. Dans le même ordre d'idées et en troisième lieu, l'acquisition de la solution développée est facultative et est même interdite lorsque celle-ci ne correspond pas aux exigences définies dans le contrat, c'est-à-dire au niveau de performance et coûts maximums⁶⁷¹.

L'ensemble de ces spécificités est à l'origine de plusieurs avantages du partenariat d'innovation par comparaison avec les outils préexistants. Il en est ainsi de la limitation des risques de conflit d'intérêts et d'inégalité de traitement des candidats apparaissant dans le cadre du dialogue compétitif. La définition fonctionnelle par l'acheteur de son besoin (via des « *exigences minimales* »⁶⁷²) dans le cadre du partenariat d'innovation permet de limiter de tels risques, en conditionnant la participation des candidats à l'appel d'offres au respect de ces exigences⁶⁷³. Les modalités de la gestion de prise de risque dans l'achat, par la faculté de résiliation du contrat et l'interdiction d'acquisition de la solution développée ne répondant pas aux exigences contractuelles, ont également été favorablement accueillies⁶⁷⁴. Ainsi, la création du partenariat d'innovation constitue un outil indéniable de promotion de l'innovation⁶⁷⁵.

d'innovation de SNCF Mobilités : l'ingénierie juridique au service de l'innovation », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 184, pp. 53-57.

⁶⁶⁹ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §2 al. 2.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, art. 31 §2 al. 3.

⁶⁷¹ *Ibid.*, art. 31 §2.

⁶⁷² *Ibid.*, art. 31 §1 al. 2.

⁶⁷³ M. Andrecka « Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues? », *op. cit.*, pp. 48-62.

⁶⁷⁴ Voy. par exemple : N. Bussy, R. Crespelle, L. Guibout et E. Mavroidis, « Les partenariats d'innovation de SNCF Mobilités : l'ingénierie juridique au service de l'innovation », *op. cit.*

⁶⁷⁵ Pour un tel constat, voy. par exemple : J.-G. Sorbara, « Marchés publics et innovation », *CMP* juin 2014, dossier 13.

Pour une opinion contraire, relativisant les nouveautés apportées par le partenariat d'innovation en raison de ses similitudes avec des dispositifs préexistants (et abrogés pour certains) comme les marchés publics de définition qui étaient propres au droit français, voy. : E. Pourcel, « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? », *op. cit.* ; J.-G. Sorbara, « Marchés publics et innovation », *op. cit.*

Le bilan de la promotion de l'innovation par la *directive 2014/24* pourrait ainsi sembler positif et conforté par le fait que la directive prévoit deux autres dispositifs liés à l'innovation (dans le cadre de la passation du marché et dans le cadre de son exécution).

B. L'intégration de l'innovation au sein de la passation du marché

Comme pour l'exécution (analysée ci-après), la directive est peu prolixe quant aux modalités et conséquences de l'intégration de l'innovation au sein de la passation du marché hors partenariat d'innovation.

L'article 76 §2 de la *directive 2014/24* se contente d'indiquer que « [l]es États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs puissent prendre en compte la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation [nous soulignons] ».

La directive établit donc simplement la possibilité d'intégrer, au stade de l'attribution des marchés publics, la prise en compte de l'innovation, sans en préciser les modalités concrètes et éventuelles limites. Ceci fait d'ailleurs écho au droit français qui prévoyait déjà cette possibilité (sans autre précision) avant 2014, alors même que la *directive 2004/18* était muette à ce sujet⁶⁷⁶.

⁶⁷⁶ L'article 53 du *Code des marchés publics* (aussi bien dans la version de 2004 que celle de 2006) prévoyait en effet la faculté d'inclure le caractère innovant de l'offre dans les critères d'attribution des marchés publics, sous les rédactions respectives suivantes :

« II. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations » (édition de 2004) ;

« I.-Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles » (édition de 2006).

Voy. à ce sujet : J.-G. Sorbara, « Marchés publics et innovation », *op. cit.*

L'article 76 §2 de la directive doit toutefois être lu en conjonction avec d'autres dispositions, qui concrétisent et développent dans une certaine mesure l'intégration de l'innovation au stade de la passation des marchés publics.

Ainsi, la procédure avec négociation (hors partenariat d'innovation) et le dialogue compétitif peuvent être mobilisés au seul motif de l'innovation⁶⁷⁷.

Plus encore, le critère d'attribution du marché tenant à « *l'offre économiquement la plus avantageuse* »⁶⁷⁸ intègre l'innovation⁶⁷⁹.

Enfin, bien que l'innovation ne soit pas mentionnée, il a pu être souligné que l'acceptation des variantes, c'est-à-dire d'une offre différente des spécifications prévues dans les documents de la consultation, peut être un outil de promotion d'innovation en permettant de proposer des solutions innovantes non prévues par l'acheteur⁶⁸⁰. La faculté pour les candidats de présenter des variantes n'est toutefois pas automatique ou de droit, car elle est soumise à plusieurs conditions, dont l'autorisation des pouvoirs adjudicateurs⁶⁸¹. En outre, le recours aux variantes semble, de manière générale (même hors innovation), être freiné par la crainte des acheteurs publics de ne pas respecter les règles de la commande publique lorsqu'ils mobilisent cet outil.

L'intégration de l'innovation au stade de la passation des marchés publics (hors partenariat d'innovation) est donc relative et imprécise, bien qu'elle transparaît de plusieurs éléments importants de la passation. Il en est sensiblement de même des règles d'exécution des marchés publics susceptibles de promouvoir l'innovation.

⁶⁷⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 26 §4 a) ii).

⁶⁷⁸ *Ibid.*, art. 67 §1.

⁶⁷⁹ « *L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et 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 public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants :*

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions » (ibid., art. 67 §2 a)).

⁶⁸⁰ Voy. par exemple : J.-G. Sorbara, « Marchés publics et innovation », *op. cit.*

⁶⁸¹ Dir. 2014/24/UE, art. 45.

C. L'intégration de l'innovation au sein de l'exécution du marché

Seul l'article 70 de la *directive 2014/24* prévoit expressément, au stade de l'exécution des marchés publics, l'intégration de l'innovation : « [l]es pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi [nous soulignons] ».

La souplesse nécessaire à l'innovation semble donc à nouveau prise en compte pour moduler les conditions d'exécution du marché, sans pour autant que les éventuelles limites et modalités d'exercice de cette possibilité ne soient précisées.

Ceci explique le constat dressé à l'encontre des modifications du contrat : il n'existe pas de traitement particulier des changements dus à l'innovation, mais le droit de la commande publique n'interdit pas pour autant les modifications du contrat fondées sur ce motif⁶⁸². Il est en effet loisible aux parties, sous réserve du respect des règles générales relatives à la modification des contrats de la commande publique⁶⁸³, de prévoir la faculté de faire évoluer le contrat en fonction des innovations. Il s'avère que l'évolution de l'objet du contrat (par opposition à celle de la durée du contrat) est entravée par lesdites règles générales, en particulier lorsque l'innovation porte sur une solution nouvelle et non l'amélioration d'une solution existante. En revanche, la modulation de la durée du contrat pour prendre en compte les changements dus à l'innovation est plus aisée, comme le démontre l'exemple de l'intégration du cycle de vie du produit dans le cadre des marchés publics informatiques⁶⁸⁴.

Ces éléments expliquent qu'alors même que la *directive 2014/24* est particulièrement laconique sur l'innovation dans le cadre de l'exécution du contrat, il a pu paradoxalement être souligné que les règles relatives à l'exécution sont plus performantes à l'égard de la promotion de l'innovation que celles relatives à la passation, car offrant davantage d'options contractuelles⁶⁸⁵.

⁶⁸² S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, op. cit., pp. 268-269.

⁶⁸³ Pour de plus amples informations sur la modification des contrats de la commande publique, voy. un précédent rapport de la Chaire de droit des contrats publics : F. Lichère (dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2023.

⁶⁸⁴ Pour l'ensemble de ces éléments, voy. : S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, op. cit., pp. 293-327.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, pp. 427-428.

Cette analyse de l'intégration de l'innovation constitue un premier indice quant au bilan de la promotion de l'innovation par la directive 2014/24. Bien qu'il existe des outils au soutien d'une telle promotion, d'importantes limites apparaissent.

§II. La promotion perfectible de l'innovation

La rareté de la mobilisation des outils liés à l'innovation est consensuelle, en particulier concernant l'outil spécifiquement dédié à l'innovation qu'est le partenariat d'innovation : « [l]e partenariat d'innovation constitue sans doute la forme contractuelle la plus évoluée d'intégration de l'innovation [...]. Pourtant, le partenariat d'innovation constitue un outil sous-estimé – et par voie de conséquence sous-utilisé – par les acheteurs, ces derniers se montrant réticents à y recourir en raison de ses conditions de recours, de sa procédure de passation, de son fonctionnement, voire des compétences et moyens techniques ou juridiques, que peuvent nécessiter son élaboration, sa passation et son exécution »⁶⁸⁶.

Les motifs de la réticence des acheteurs à utiliser le partenariat d'innovation révèlent les limites des outils de promotion de l'innovation. Celles-ci peuvent être résumées par un constat dressé à l'encontre du partenariat d'innovation, lequel est « jugé peu sécurisant et trop complexe par les acheteurs publics »⁶⁸⁷.

L'étude des critiques adressées aux outils de promotion de l'innovation issus de la directive 2014/24 – et par conséquent l'étude des limites de ces outils – révèle que ces limites sont interconnectées et inextricablement liées. Elles peuvent toutefois être classées en deux catégories, selon qu'elles résultent des antinomies avec les exigences de la concurrence (A.) ou des lacunes intrinsèques aux outils de promotion de l'innovation (B.).

A. Des freins liés à la conciliation entre les exigences de la concurrence et l'innovation

Certains freins sont traditionnels, mais revêtent une ampleur plus importante dans le cadre de l'innovation.

⁶⁸⁶ L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*, pp. 25-31.

⁶⁸⁷ S. Azazi, « La commande publique et la planification urbaine de la ville intelligente », *Gazette de l'Institut de droit public des affaires* sept. 2019, n° 39.

En premier lieu, plusieurs composantes de la phase de passation dénotent les difficultés de conciliation entre les principes fondamentaux de la commande publique (donc les exigences de la concurrence) et l'innovation.

Ainsi, dans le cadre des partenariats d'innovation, la souplesse accordée par la faculté de la définition fonctionnelle des besoins de l'acheteur ne semble pas suffisante. La définition des performances et coûts maximum est peu aisée, et semble insuffisamment adaptée à la nature à la fois évolutive et incertaine du processus d'innovation⁶⁸⁸. L'absence de certitude quant au temps, aux moyens et aux résultats des activités de recherche est naturellement susceptible d'influencer les coûts maximums par exemple. Le degré minimal de précision de la définition des besoins manque également de clarté, notamment quant à la définition des performances attendues⁶⁸⁹.

Les exigences de la concurrence que sont la transparence et l'égalité des candidats peuvent par ailleurs entraver certaines garanties essentielles à l'innovation, comme la sauvegarde du secret des affaires⁶⁹⁰. La directive prévoit simplement, en ce qui concerne le partenariat d'innovation, l'interdiction pour les pouvoirs adjudicateurs de transmettre aux candidats, soumissionnaires ou partenaires des informations confidentielles (dont les solutions innovantes proposées) des autres candidats, soumissionnaires ou partenaires sans l'accord de ces derniers⁶⁹¹.

À un stade plus avancé de la passation, d'autres antinomies ou, à tout le moins, d'autres freins à la convergence apparaissent entre les exigences de la concurrence et les spécificités de l'innovation. Il en est ainsi de la comparabilité des offres. Les offres portant sur des solutions qui n'existent pas encore, leur comparaison objective et donc l'égalité de traitement sont entravées⁶⁹².

En second lieu, certaines difficultés traditionnelles au stade de l'exécution sont également accentuées face à l'innovation.

Il en est ainsi de la continuité *du contrat* en présence d'évolutions techniques. Les règles générales relatives à la modification des contrats de la commande publique (déjà mentionnées)

⁶⁸⁸ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, op. cit., pp. 110-120 et pp. 131-136.

⁶⁸⁹ M. Andrecka, « Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues? », op. cit., pp. 48-62.

⁶⁹⁰ Voy. par exemple : Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Guide pratique de l'achat public innovant*, préc., p. 4.

⁶⁹¹ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §4 al. 2, et art. 31 §6 al. 3.

⁶⁹² S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, op. cit., pp. 166-189.

entravent la promotion de l'évolutivité technique, car elles sont destinées à assurer la dynamique concurrentielle et ainsi à préserver la mise en concurrence initiale⁶⁹³.

Il en est de même de la continuité *de l'activité* cette fois, particulièrement essentielle compte tenu des liens importants entre les contrats de la commande publique et les services publics. À cet égard, l'asymétrie d'informations entre les parties, qui est traditionnelle, constitue un obstacle important (dans la continuité du secret des affaires évoquée précédemment pour la passation). Cette asymétrie résulte du fait que la personne privée cocontractante dispose de plus amples informations que la personne publique, surtout en présence d'une solution innovante qu'elle a développée. La continuité de l'activité objet du contrat suppose la réversibilité, c'est-à-dire la faculté pour la personne publique de prendre en charge elle-même l'activité faisant l'objet du contrat. Cette réversibilité est ainsi entravée par l'asymétrie d'informations, laquelle n'est pas appréhendée par le droit de la commande publique⁶⁹⁴.

L'antagonisme ponctuel entre concurrence et innovation explique d'ailleurs les avantages pour l'innovation que représentent certains monopoles – comme celui de la distribution publique d'électricité⁶⁹⁵.

L'ensemble de ces éléments confirme l'inadéquation résiduelle entre certains principes fondamentaux de la commande publique et les spécificités de l'innovation. Les freins à la promotion de l'innovation par la *directive 2014/24* ne se limitent toutefois pas à ces éléments, car il existe des incertitudes propres aux outils de promotion de l'innovation.

B. Des freins propres aux outils de promotion de l'innovation

Un consensus semble exister quant à trois limites propres aux outils de promotion de l'innovation : ils sont généralement considérés comme insuffisamment sécurisants, complexes, et subordonnés à des prérequis exigeants.

Ceci est manifeste concernant un élément pourtant essentiel : la définition de l'innovation, qui s'avère trop imprécise⁶⁹⁶. La définition retenue dans les *directives Concessions* et *Marchés* de 2014 se contente d'énumérer les objets sur lesquels porte

⁶⁹³ *Ibid.*, pp. 247-268.

⁶⁹⁴ Pour l'ensemble de ces éléments : *ibid.*, pp. 373-382.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, pp. 89-109.

⁶⁹⁶ Le constat de cette imprécision fait consensus. Voy. par exemple : L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*, pp. 25-31.

l'innovation – un produit, un service, ou un procédé – et d'indiquer que l'innovation résulte aussi bien de la création que de l'amélioration sensible d'une solution existante. Or, aucun élément n'est donné pour les qualifications de nouveauté ou d'amélioration sensible. Il s'ensuit que cette définition n'est pas opérationnelle, conduisant à des risques que les conditions de recours aux outils d'innovation ne soient pas respectées et, plus généralement, à des risques pour la sécurité juridique.

Une nuance peut toutefois être apportée avec le faisceau d'indices développé en France par la DAJ pour déterminer si une solution est ou non innovante. La DAJ propose un schéma contenant plusieurs questions à se poser pour la qualification d'innovation, ainsi que quatre indices : les caractéristiques de la solution proposée, les objectifs poursuivis, le type d'innovation et l'état d'avancement opérationnel de l'innovation proposée, ainsi que les éléments relatifs aux entreprises candidates ou soumissionnaires⁶⁹⁷. Ce faisceau d'indices n'est toutefois pas contraignant, la DAJ soulignant elle-même la liberté des acheteurs dans la « *méthodologie d'évaluation des achats innovants* »⁶⁹⁸.

Il est également possible de relever que la définition de l'innovation dans les *directives de 2014* contient des orientations, des directions (par la mention des buts : « *aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive* »⁶⁹⁹), mais il ne s'agit que de recommandations⁷⁰⁰ qui sont, en outre, imprécises.

Le recours à l'innovation et la décision même d'utiliser un outil qui y soit dédié sont donc empreints de certitude, faute d'une définition suffisamment précise.

Au stade à la fois de la passation et de l'exécution, l'un des enjeux majeurs de l'innovation semble également insuffisamment encadré : il s'agit de la répartition des droits de propriété intellectuelle et des risques corrélatifs de leur violation. La *directive 2014/24* indique simplement que la gestion des droits de propriété intellectuelle dans le cadre des partenariats d'innovation doit être définie par le pouvoir adjudicateur dès les documents de marché⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Guide pratique de l'achat public innovant*, préc., p. 8.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁹⁹ Dir. 2014/23/UE, cons. 3, art. 5 §13 ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §22.

⁷⁰⁰ P. Cerqueira Gomes, « Article 31. Innovation Partnership », in CARANTA (R.) and SANCHEZ-GRAELLS (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 341.

⁷⁰¹ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §6 al. 3.

L'encadrement juridique des droits de propriété intellectuelle implique une réflexion en amont et une forte anticipation de l'acheteur, alors même que le résultat de la recherche demeure incertain et que d'importantes questions se posent quant à l'opportunité pour l'acheteur d'acquérir une grande partie de ces droits. L'acquisition par l'acheteur de l'intégralité ou d'une grande partie des droits de propriété intellectuelle génère en effet des coûts importants (qui s'ajoutent aux coûts de la recherche, du développement et de l'éventuelle acquisition), et constitue de plus un frein pour les candidats qui ne voudraient pas candidater, car ils ne disposeraient que de peu de droits de propriété intellectuelle sur la solution qu'ils auraient créée⁷⁰².

Au stade de l'exécution, un manque de sécurité juridique transparaît concernant la résiliation d'un partenariat d'innovation avec plusieurs attributaires. En effet, la *directive 2014/24* ne détermine pas si les performances des attributaires en cours d'exécution peuvent être comparées pour déterminer si les objectifs intermédiaires du partenariat ont été atteints, et pour décider en conséquence de mettre fin aux contrats de certains attributaires⁷⁰³.

De manière plus générale, malgré un panel d'outils contractuels, ces outils sont insuffisants pour encadrer pleinement les risques et inconvénients potentiels de l'innovation afin d'inciter à utiliser ces outils, comme les coûts ou l'incertitude quant aux résultats de la recherche et du développement⁷⁰⁴. À ceci s'ajoute l'absence de réel mécanisme d'incitation à la proposition d'offres innovantes, au-delà de certaines primes dans le cadre de procédures de passation⁷⁰⁵. L'opérateur économique supporte ainsi d'importants risques dans le cadre de l'innovation, dont des risques financiers.

Enfin, cette complexité et ce manque de sécurité juridique conduisent à l'existence de prérequis exigeants à la mobilisation de l'innovation dans le cadre de la commande publique.

Le premier prérequis tient au secteur d'activité : le recours à l'innovation n'est pas nécessairement opportun dans tous les secteurs. Il faut que le besoin d'innovation soit suffisant pour remplir les conditions juridiques de recours aux outils promouvant l'innovation et, de

⁷⁰² L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*, pp. 25-31 ; M. Andrecka, « Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues? », *op. cit.*, pp. 48-62 ; C. Mialot et Th. Poulard, « Le partenariat d'innovation-retours d'expérience ; Note sous Directive 2014/24/UE du parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE », *op. cit.*

⁷⁰³ Sur l'incertitude liée à l'égalité de traitement des attributaires d'un partenariat d'innovation au stade de l'exécution : P. Cerqueira Gomes, « Article 31. Innovation Partnership », *op. cit.*, p. 347.

⁷⁰⁴ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit.* pp. 14-22 ; L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*

⁷⁰⁵ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit.*, pp. 227-236.

manière plus pragmatique, pour que les acheteurs publics aient la volonté d'investir dans l'innovation et de prendre le risque de l'échec⁷⁰⁶. Par exemple, le secteur de l'informatique semble peu propice aux partenariats d'innovation malgré l'utilisation de cet outil rapidement après sa création. Une limite est propre à ce secteur : la condition principale de recours à ce partenariat suppose l'inexistence d'une solution sur le marché pour répondre aux besoins de l'acheteur, mais dans le domaine informatique le problème ne tient pas tant à l'absence d'une telle solution qu'à l'inadaptation des solutions disponibles et à l'impossibilité de les adapter pour une application immédiate. Par exemple, pour l'opérateur national de paie, il existait sur le marché des systèmes de paie informatisés, mais ils n'étaient pas adaptés aux spécificités de la demande publique⁷⁰⁷.

Le second prérequis tient aux caractéristiques de l'acheteur. Ceci fait écho aux quatre facteurs clés du succès de l'achat public innovant identifiés en France par la DAJ : l'anticipation, la maîtrise des risques et le dialogue, le respect des règles de confidentialité, ainsi que le pilotage partenarial⁷⁰⁸. Ces facteurs clés révèlent que l'innovation dans la commande publique suppose certaines caractéristiques et capacités de l'acheteur public. Il en est ainsi en premier lieu de la capacité de l'acheteur public à s'impliquer et à accompagner tout au long du projet. Le partenariat d'innovation le révèle particulièrement, l'expérience démontrant la nécessité d'une collaboration et d'un dialogue renforcés entre l'acheteur et les différents acteurs pour la détermination de la solution la plus optimale⁷⁰⁹. Il en est de même en second lieu de la capacité financière de l'acheteur public. Ce dernier doit financer la phase de recherche et de développement, étant entendu que le processus est long, mais également les études préalables de « benchmarking » pour déterminer si le recours à l'innovation est nécessaire⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ Sur le risque plus grand d'échec de toute démarche liée à l'innovation : L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.* ; Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Guide pratique de l'achat public innovant*, préc., p. 3.

⁷⁰⁷ Pour l'ensemble de ces éléments, voy. C. Durrleman et P.-A. Mogenier, « Partenariat d'innovation et marchés publics d'informatique », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 184, pp. 58-62.

⁷⁰⁸ Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Guide pratique de l'achat public innovant*, préc., pp. 3-4.

⁷⁰⁹ Sur la nature essentielle du dialogue et de la coopération pour limiter les risques liés à l'exécution d'un achat public innovant, voy. *ibid.*, p. 4.

⁷¹⁰ Sur les coûts financiers du partenariat d'innovation pour l'acheteur : S. Azazi, « La commande publique et la planification urbaine de la ville intelligente », *op. cit.* ; C. Durrleman et P.-A. Mogenier, « Partenariat d'innovation et marchés publics d'informatique », *op. cit.* ; N. Bussy, R. Crespelle, L. Guibout et E. Mavroidis, « Les partenariats d'innovation de SNCF Mobilités : l'ingénierie juridique au service de l'innovation », *op. cit.*

Plus spécifiquement sur la nécessité pour l'acheteur de démontrer l'absence ou l'indisponibilité des solutions disponibles sur le marché répondant à ses besoins : L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*

Il en résulte que, malgré le fait que la *directive 2014/24* n'ait pas restreint le partenariat d'innovation aux projets de grande ampleur⁷¹¹, il est indéniable que les outils juridiques liés à l'innovation (dont naturellement le partenariat d'innovation) ne sont que peu mobilisés et réservés en pratique aux projets et acheteurs présentant certaines caractéristiques.

Le bilan de la promotion de l'innovation par la *directive Marchés* est donc nuancé, les montages contractuels manquant d'efficacité pour contribuer à une telle promotion⁷¹². En définitive, le constat dressé par un auteur concernant le partenariat d'innovation semble en partie fondé : l'intégration de l'innovation dans le droit européen de la commande publique semble, en l'état, principalement destinée à « *sacraliser un objectif politique* »⁷¹³.

FOCUS SUR LES RAPPORTS PUBLIÉS EN 2025

L'INNOVATION DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

La mobilisation de la commande publique pour favoriser l'innovation est au cœur de recommandations de trois études publiées en 2025, après l'annonce d'une procédure de révision de la directive *Marchés*.

Dans le cadre de sa commission d'enquête sur la commande publique et la souveraineté économique, le Sénat constate un besoin de clarification de la définition juridique de l'innovation :

« [...] *il est indispensable de remédier au flou entourant la définition de l'achat innovant pour sécuriser les acheteurs publics et réduire les risques contentieux et pénaux induits par la passation de marchés dans le cadre des procédures dédiées au soutien à l'innovation.*

En rappelant que depuis mai 2025, les travaux, fournitures et services proposés par les [jeunes entreprises innovantes] n'étaient plus considérés comme innovants, et ce de façon à assurer la conformité du dispositif au droit de l'Union européenne, M. Yann Boulay, responsable des affaires publiques de France Digitale, a en effet indiqué que si la définition de l'innovation « était censée faciliter le recours à ce dispositif, elle constitue en réalité une source d'insécurité

⁷¹¹ P. Cerqueira Gomes, « Article 31. Innovation Partnership », *op. cit.*, p. 341.

⁷¹² S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit.*, p. 137.

⁷¹³ E. Pourcel, « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? », *op. cit.*

pour les acheteurs qui, à défaut de pouvoir appréhender le caractère innovant d'une solution, n'ont finalement pas recours au dispositif » *et estimé qu'il était* « essentiel de diminuer ce risque pesant sur les acheteurs grâce à un faisceau d'indices renforcé ». »⁷¹⁴

L'imprécision de la définition de l'innovation n'est pas sans conséquences dans la pratique puisque les dispositifs propres aux marchés innovants sont très peu mobilisés, notamment le partenariat d'innovation (comme le relèvent les auditions de Me Jean-Marc Peyrical⁷¹⁵ et Me Laurent Bidault). En outre, le manque de formation des acheteurs à l'achat innovant et les risques contentieux tant devant les juridictions administratives que pénales affectent l'effectivité des règles propres à l'innovation dans la commande publique.

Dès lors, la commission d'enquête du Sénat recommande, à l'occasion de la réforme des directives européennes, de simplifier la définition de l'innovation « *afin de permettre aux acheteurs publics de mieux distinguer ce qui est susceptible d'être considéré comme tel de ce qui ne l'est pas* »⁷¹⁶. Pour autant, aucune piste de réflexion sur un début de définition n'est évoquée par la commission.

Une étude d'universitaires européens conclut également en ce sens en préconisant la création d'un service centralisé de l'Union européenne pour les marchés publics innovants afin de fournir des conseils juridiques, techniques et économiques aux acheteurs, ainsi que d'assurer un soutien cohérent et de réduire l'incertitude juridique dans les États membres⁷¹⁷. La procédure de partenariat d'innovation devrait également faire l'objet d'une simplification en mettant l'accent sur les motifs d'utilisation, la sélection des opérateurs économiques, les droits de propriété intellectuelle et les modifications contractuelles⁷¹⁸.

⁷¹⁴ S. Uzenat, *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique*, Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, Sénat, déposé le 8 juillet 2025 et disponible en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-1.html>.

⁷¹⁵ Lors de son audition, Me Peyrical explique : « L'innovation fait un peu peur aux acheteurs publics d'aujourd'hui, car ils sont peu familiers de ce milieu. On en revient à l'importance des rencontres entre acheteurs et entreprises. Les entreprises ont plein d'idées, mais la priorité des acheteurs est d'acheter vite et de manière efficace. Je crains que l'innovation passe après les préoccupations sociales et environnementales. » Voir : *idem*.

⁷¹⁶ Lors de son audition, Me Bidault souligne que : « [...] les acheteurs l'imaginent réservé aux grands projets et craignent de manquer d'expertise face au partenaire privé. Ce n'est pourtant pas plus compliqué qu'un dialogue compétitif ou un marché d'acquisition d'un logiciel. Comme pour des opérations de construction complexes, l'acheteur peut s'entourer d'experts. Ce raisonnement, admis dans les marchés de construction, pourrait parfaitement s'appliquer aux marchés numériques. Une piste à suivre serait donc de mieux faire connaître le partenariat d'innovation. » Voir : *idem*.

⁷¹⁷ P. Cerqueira Gomes, « Innovation and Public Procurement – the need for the law to match the policy demands », in K.-M. Halonen, W. Janssen et F. Lichère (dir.), *Reforming EU Public Procurement: Proposals for the Reform of Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2026, Chp. 15.

⁷¹⁸ *Idem*.

Enfin, au niveau institutionnel européen, le rapport porté par le député européen Piort Müller ne se focalise pas sur la définition mais sur les dispositifs permettant de rendre plus effective l'innovation dans la commande publique. Observant que « *l'expérience acquise dans le domaine des marchés publics, notamment les marchés relatifs à des projets de construction, montre que le fait d'autoriser des propositions alternatives (variantes) aide les pouvoirs adjudicateurs à obtenir des services de manière plus innovante, plus efficace et plus rentable* », ce rapport parlementaire européen propose une généralisation de l'autorisation des variantes dans les documents de consultation afin de favoriser les solutions innovantes⁷¹⁹.

⁷¹⁹ P. Müller, *Rapport sur la passation des marchés publics*, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, 2024/2103(INI), 18 juillet 2025, pt. 35.

AXE 4 : LES TECHNIQUES D'ACHAT

La *directive Marchés* de 2014⁷²⁰ maintient l'existence de l'accord-cadre et du système d'acquisition dynamique, mais les qualifie de techniques d'achat au lieu de les classer parmi les procédures⁷²¹. S'ils ne constituent pas les seules techniques d'achat⁷²², leur origine européenne, mais également l'attrait et les difficultés qu'ils semblent susciter en pratique, justifient que le présent rapport se cantonne à leur étude.

Si l'accord-cadre est plus ancien que le système d'acquisition dynamique⁷²³, les deux ont été intégrés au droit européen des marchés publics hors secteurs spéciaux par les *directives de 2004*⁷²⁴. Ils poursuivent tous deux des objectifs similaires : accroître la souplesse et l'efficacité de certains achats par une procédure en amont. Ainsi, le système d'acquisition dynamique est par exemple qualifié par la doctrine d' « *instrument de flexibilité et de modernisation de l'achat public* »⁷²⁵ ou d' « *instrument de planification et d'optimisation de l'achat public* »⁷²⁶. Dans le même sens, la DAJ en France souligne que l'accord-cadre est un « *[i]nstrument de planification et d'assouplissement de la commande publique* »⁷²⁷.

⁷²⁰ Il en est de même pour la directive dédiée aux secteurs spéciaux (Dir. 2014/25/UE), mais cette dernière est exclue du présent rapport.

⁷²¹ Au sein de la *directive Marchés* de 2004, l'accord-cadre et le système d'acquisition dynamique figuraient dans le Chapitre V dédié aux procédures (Dir. 2004/18/CE, Titre II, Chapitre V). À l'inverse, dans la *directive Marchés* de 2014, ils apparaissent dans un chapitre distinct des procédures, intitulé « *Techniques et instruments pour les marchés électroniques et agrégés* » (Dir. 2014/24/UE, Titre II, Chapitre II).

⁷²² Sept éléments distincts figurent dans le chapitre y relatif de la *directive Marchés* de 2014, mais ce chapitre n'est pas exclusif aux techniques d'achat puisqu'il est également dédié aux « *instruments pour les marchés électroniques et agrégés* ». Il est ainsi possible d'exclure les instruments et de retenir la liste fournie par le *Code de la commande publique*, opérant une transposition des directives européennes, y compris les techniques d'achat propres aux secteurs spéciaux : l'accord-cadre, le concours, le système de qualification (en ce qui concerne uniquement les entités adjudicatrices), le système d'acquisition dynamique, le catalogue électronique, et les enchères électroniques (article L. 2125-1 du Code de la commande publique).

⁷²³ L'accord-cadre a été créé par le droit de l'UE dès 1993 (Dir. 93/38/CEE, notamment art. premier §5, et art. 5).

⁷²⁴ L'accord-cadre était initialement réservé aux secteurs spéciaux, avant d'être intégré à la *directive Marchés* de 2004 (cette directive lui consacrait notamment une disposition : Dir. 2004/18/CE, art. 32).

Le système d'acquisition dynamique fut créé en 2004 et ainsi directement intégré à la *directive Marchés* de 2004 (Dir. 2004/18/CE, notamment art. 33).

⁷²⁵ H. Pongérard-Payet et T. Bangui, « La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique », *AJDA* 2007, pp. 1055 et s.

⁷²⁶ *Idem.*

⁷²⁷ Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, Fiche technique, mise à jour en avr. 2019, p. 1.

La *directive Marchés* de 2014 indique d'emblée l'absence d'évolution de grande ampleur concernant ces deux techniques d'achat (§I.). Pourtant, des modifications ou indications supplémentaires auraient été opportunes pour clarifier de nombreuses questions portant sur l'accord-cadre (§II.).

§I. La stabilité du cadre juridique des techniques d'achat

Le préambule de la *directive Marchés* reconnaît que ce texte poursuit un objectif modeste en ce qui concerne les modifications de l'accord-cadre et du système d'acquisition dynamique. Il est ainsi mentionné, concernant le premier (l'accord-cadre), qu'« [i]l convient donc de le maintenir en l'état pour l'essentiel », bien qu'il soit « cependant nécessaire d'en clarifier certains aspects »⁷²⁸. De prime abord, les dispositions du préambule relatives au système d'acquisition dynamique pourraient révéler des modifications plus ambitieuses, en soulignant qu'« il est également nécessaire d'adapter les règles régissant les systèmes d'acquisition dynamique, pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs de tirer pleinement parti des possibilités qu'offre cet instrument. Il convient de simplifier ces systèmes [...] »⁷²⁹. En réalité, la poursuite de la lecture de ce considérant révèle que les évolutions envisagées portent principalement sur la nature de la procédure – restreinte ou ouverte – et sont ainsi d'une ampleur relative. Il s'ensuit que la *directive Marchés* de 2014 procède à des ajustements sur certains aspects précis (A.), tout en maintenant la différence entre ces deux techniques d'achat pour faciliter l'identification de la technique la plus appropriée (B.).

A. Des modifications ciblées

Il est possible de souligner, parmi les changements adoptés par la *directive Marchés*, trois modifications non substantielles et trois modifications plus significatives.

Le changement le plus limité porte sur les motifs de recours au système d'acquisition dynamique. Cette technique d'achat peut désormais être mobilisée pour des « achats d'usage courant dont les caractéristiques, tels qu'ils sont communément disponibles sur le marché, répondent aux besoins des pouvoirs adjudicateurs »⁷³⁰. La seule modification repose sur les caractéristiques de ces achats : la *directive Marchés* de 2014 remplace « les achats d'usage courant dont les caractéristiques généralement disponibles [nous soulignons] »⁷³¹ par « les

⁷²⁸ Pour les deux citations reproduites dans cette phrase : Dir. 2014/24/UE, cons. 60.

⁷²⁹ *Ibid.*, cons. 63.

⁷³⁰ *Ibid.*, art. 34, §1.

⁷³¹ Dir. 2004/18/CE, art. premier, §6.

achats d'usage courant [...] tels qu'ils sont communément disponibles [nous soulignons] ». Un autre changement relatif peut être souligné concernant cette fois l'accord-cadre et, plus précisément, l'accord-cadre multi-attributaire. Le minimum du nombre d'attributaires exigé par la *directive Marchés* de 2004 (trois attributaires)⁷³² n'apparaît plus dans celle de 2014. Ce changement apporte ainsi davantage de souplesse pour l'accord-cadre multi-attributaire.

Un troisième changement d'une ampleur modérée porte sur les parties aux marchés fondés sur un accord-cadre. La *directive Marchés* de 2014 indique que les pouvoirs adjudicateurs « *clairement identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt* »⁷³³ peuvent conclure des marchés fondés sur un accord-cadre (avec des opérateurs économiques parties à cet accord). Cela semble potentiellement élargir l'accord-cadre à des pouvoirs adjudicateurs non formellement parties à celui-ci, tout en créant une ambiguïté pour déterminer les pouvoirs adjudicateurs qui sont « *clairement identifiés* »⁷³⁴.

L'une des modifications de plus grande ampleur a trait au système d'acquisition dynamique, mais relève de la procédure applicable à la passation d'un marché dans le cadre de ce système. La procédure ouverte, figurant dans la *directive Marchés* de 2004⁷³⁵, a été remplacée en 2014 par la procédure restreinte⁷³⁶.

Une autre modification significative concerne cette fois les deux techniques d'achat étudiées – l'accord-cadre et le système d'acquisition dynamique : il s'agit de la durée maximale de ces techniques d'achat. Les *directives de 2014* adoptent à cet égard une approche différente de celle retenue en 2004. D'une part, elles suppriment la durée maximale de quatre ans (« *sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés* ») prévue pour les systèmes d'acquisition dynamique⁷³⁷. D'autre part, cette même durée maximale de quatre ans pour les accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs est maintenue, et une durée maximale de huit ans pour les accords-cadres conclus par les entités adjudicatrices est créée. Quelle que soit la nature de l'autorité

⁷³² *Ibid.*, art. 32 §4 al. 1^{er}.

⁷³³ Dir. 2014/24/UE, art. 33 §2 al. 2.

La *directive Marchés* de 2004 se contentait d'indiquer que les marchés fondés sur un accord-cadre ne pouvaient être conclus « *qu'entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques originellement parties à l'accord-cadre* » (Dir. 2004/18/CE, art. 32 §2 al. 2).

⁷³⁴ La directive ne définit pas l'identification claire des pouvoirs adjudicateurs et n'indique pas comment procéder pour déterminer si les pouvoirs adjudicateurs ont été « *clairement identifiés* ».

⁷³⁵ Dir. 2004/18/CE, art. 33 §2.

⁷³⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 34 §2.

⁷³⁷ Cette durée maximale et cette exception concernant le système d'acquisition dynamique étaient prévues par les deux directives de 2004 : Dir. 2004/17/CE, art. 15 §7 al. 1^{er} ; Dir. 2004/18/CE, art. 33 §7 al. 1^{er}.

contractante partie à l'accord-cadre, l'exception de la durée maximale est conservée et repose sur « *des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre* »⁷³⁸.

Enfin, le dernier changement qu'il semble important de souligner a uniquement trait à l'accord-cadre et concerne la modification de celui-ci. Les conditions et limites de modification d'un marché s'appliquent à l'accord-cadre⁷³⁹. Bien qu'il ait pu être souligné que ceci constitue probablement l'un des apports les plus importants des *directives de 2014* concernant l'accord-cadre⁷⁴⁰, il s'agit en réalité d'une avancée significative des *directives de 2014* sur la modification en général, même hors accord-cadre. En effet, les directives précédentes étaient silencieuses quant à la modification⁷⁴¹. Ainsi, les dispositions relatives à la modification de l'accord-cadre s'inscrivent davantage dans la lignée de la réglementation européenne de la modification des marchés qu'elles ne révèlent un changement significatif et propre à l'accord-cadre.

L'absence de « révolution » des règles applicables à l'accord-cadre et au système d'acquisition dynamique contribue à préserver les différences entre ces deux techniques d'achat.

B. Le maintien du contraste entre les deux techniques d'achat

La distinction entre l'accord-cadre et le système d'acquisition dynamique semble plutôt aisée, en raison de leurs importantes différences se déclinant sur plusieurs aspects⁷⁴².

Concernant tout d'abord les différences relatives à la procédure, la plus importante d'entre elles semble être la nature ouverte ou fermée de la technique d'achat. En effet, seul le

⁷³⁸ Dir. 2014/24/UE, art. 34 §1 al. 3 ; Dir. 2014/25/UE, art. 51 §1 al. 3.

⁷³⁹ L'article 72 de la *directive Marchés* de 2014, dédié à la modification des marchés en cours d'exécution, est expressément applicable aux accords-cadres, et l'article 33 relatif à l'accord-cadre mentionne l'impossibilité d'apporter des modifications substantielles à l'accord-cadre par les marchés subséquents (Dir. 2014/24/UE, art. 33 §2 al. 3, et art. 72).

⁷⁴⁰ Voy. par exemple : C. Risvig Hamer, « Regular purchases and aggregated procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies », *PPLR* 2014, n° 4, pp. 201-210.

⁷⁴¹ Voy. à ce sujet un précédent rapport de la Chaire de droit des contrats publics dédié à la modification (F. Lichère (dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2023), ainsi qu'une partie du présent rapport (*infra*, Axe n° 5).

⁷⁴² Pour des différences générales ainsi qu'un tableau récapitulatif des éléments communs et distinctifs entre l'accord-cadre et le système d'acquisition dynamique, voy. : Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, Guide d'utilisation, 2022, p. 32, §11.9.

système d'acquisition dynamique permet l'intégration d'opérateurs économiques tout au long de sa validité (système ouvert) ⁷⁴³ :

*« Aujourd'hui, de nombreux pouvoirs adjudicateurs ont recours aux accords-cadres en tant qu'outil efficace pour acheter des biens, des services et des travaux. Cependant, les accords-cadres ont pour effet de fermer le marché en question à tous les autres fournisseurs qui n'en font pas partie. [...] L'utilisation de SAD [systèmes d'acquisition dynamiques] représente un moyen de surmonter cet obstacle, dès lors que de nouveaux fournisseurs peuvent y adhérer à tout moment. Cette technique d'acquisition permet aux pouvoirs adjudicateurs de disposer d'un éventail particulièrement large d'offres et donc de garantir une utilisation optimale des deniers publics grâce à une large concurrence en ce qui concerne les produits, travaux ou services d'usage ou d'emploi courant qui sont généralement disponibles sur le marché. »*⁷⁴⁴

D'autres différences peuvent être décelées, comme la nature intégralement électronique du système d'acquisition dynamique⁷⁴⁵, contrairement à l'accord-cadre. La nature systématique ou non de la remise en concurrence pour l'exécution participe également de la distinction entre le système d'acquisition dynamique et l'accord-cadre. En effet, la remise en concurrence est obligatoire pour la conclusion d'un marché dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, alors qu'elle n'est pas systématiquement nécessaire pour les accords-cadres. En effet, la remise en concurrence n'est pas exigée s'agissant des accords-cadres qui définissent l'ensemble des conditions de réalisation des prestations et permettent d'identifier l'opérateur économique en charge de les fournir (c'est-à-dire implicitement pour les accords-cadres

⁷⁴³ La mise en œuvre de l'accord-cadre, par l'émission de bons de commande ou la conclusion de marchés subséquents, est limitée aux « opérateurs économiques qui sont parties à l'accord-cadre tel qu'il a été conclu » (Dir. 2014/24/UE, art. 33 § 2 al. 2).

À l'inverse, la directive Marchés de 2014 prévoit en ce qui concerne le système d'acquisition dynamique que « [l]es pouvoirs adjudicateurs accordent, pendant toute la durée de validité du système d'acquisition dynamique, la possibilité à tout opérateur économique de demander à participer au système aux conditions visées au paragraphe 2 » (Dir. 2014/24/UE, art. 34 § 5 al. 1^{er}).

⁷⁴⁴ Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., p. 5, §3.

⁷⁴⁵ « Ce système [le système d'acquisition dynamique] fonctionne comme un processus entièrement électronique [...] » (Dir. 2014/24/UE, art. 34 §1).

donnant lieu à des bons de commande). Elle doit en revanche être mise en œuvre pour les marchés subséquents résultant d'un accord-cadre multi-attributaire⁷⁴⁶.

Au regard de leurs avantages respectifs, le système d'acquisition dynamique présente notamment deux atouts pour les opérateurs économiques : la souplesse quant au moment d'intégration du système d'acquisition dynamique (en raison de sa nature ouverte), combinée à la souplesse dans la soumission d'offres – les opérateurs faisant partie du système n'étant pas tenus de soumettre une offre pour les marchés conclus dans le cadre dudit système⁷⁴⁷. En ce qui concerne les autorités contractantes, le système d'acquisition dynamique leur permet par exemple de bénéficier de « *la possibilité d'exécuter les procédures plus rapidement que d'autres* »⁷⁴⁸ et, plus généralement, « *d'approfondir [leur] connaissance du secteur économique concerné avant de procéder à un achat, afin d'optimiser l'attribution des marchés* »⁷⁴⁹.

Le gain de temps pour l'autorité contractante constitue également l'un des atouts de l'accord-cadre : « *[l']accord-cadre permet à l'acheteur public de bénéficier d'une grande réactivité des prestataires au moment de l'apparition des besoins, alors que les procédures de droit commun supposent, dans de nombreux cas, une publicité préalable avec des délais de*

⁷⁴⁶ La directive Marchés de 2014 indique, en ce qui concerne le système d'acquisition dynamique, la nécessité de publication d'un avis d'appel à la concurrence pour conclure des marchés dans le cadre d'un tel système, ainsi que les modalités de cette remise en concurrence – dont l'invitation à participer de tous les opérateurs économiques qualifiés, et la présentation par ceux-ci d'une offre (Dir. 2014/24/UE, art. 34 §4 et §6).

Pour l'accord-cadre en revanche, la directive prévoit expressément les différentes hypothèses en présence d'un accord-cadre multi-attributaire. Le texte établit ainsi l'absence de mise en concurrence lorsque l'accord-cadre « *définit toutes les conditions régissant la fourniture [des prestations] [...] et les conditions objectives permettant de déterminer quel opérateur économique partie à l'accord-cadre est chargé de l'exécution* » (Dir. 2014/24/UE, art. 33 §4 a)). La directive prévoit également, dans l'hypothèse où ces conditions ne seraient pas intégralement définies par l'accord-cadre, une remise en concurrence totale ou partielle (Dir. 2014/24/UE, art. 33, § 4, b) et c)).

⁷⁴⁷ Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., pp. 1-2, §1.6.

Cette liste d'atouts pour les opérateurs économiques n'est aucunement exhaustive, le même document indiquant d'autres avantages comme la possibilité de demander plusieurs fois la qualification pour intégrer le système et la pratique de l'allotissement (Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., p. 20, §8.3).

⁷⁴⁸ Le document dont cette idée est extraite fait référence aux pouvoirs adjudicateurs (plutôt qu'aux autorités contractantes), mais cet avantage est *a priori* également valable pour les entités adjudicatrices : Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., p. 2, §1.6.

⁷⁴⁹ Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Dématérialisation des marchés publics*, Guide pratique, décembre 2012, p. 16.

Comme pour les avantages aux yeux des opérateurs économiques, les exemples donnés des atouts que présente le système d'acquisition dynamique pour les autorités contractantes ne sont pas exhaustifs. Pour une liste plus complète, voy. par exemple : Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., pp. 18-19, §8.1.

procédure plus longs »⁷⁵⁰. Cette technique d'achat dispose également d'atouts qui lui sont propres, comme le choix entre les deux formes d'exécution de l'accord-cadre – l'émission de bons de commande (qui n'apparaît pas sous cette appellation dans la directive⁷⁵¹) ou la conclusion de marchés subséquents. Cette possibilité permet de renforcer l'adéquation entre le degré de définition du besoin de l'autorité contractante et l'exécution de l'accord-cadre, les bons de commande impliquant une définition plus précise du besoin (et ne nécessitant donc pas de remise en concurrence), contrairement aux marchés subséquents⁷⁵².

Pour les limites respectives de ces deux techniques d'achat, il est possible de citer, en ce qui concerne le système d'acquisition dynamique, trois inconvénients principaux pour les autorités contractantes : le temps nécessaire pour la qualification des opérateurs au sein du système, l'incertitude quant au prix définitif, et l'incertitude relative au nombre d'opérateurs soumettant des offres⁷⁵³. Du point de vue des opérateurs économiques, il est possible de relever la rareté de l'utilisation de ce système, qui conduit à un manque d'expérience dans son maniement par les opérateurs, ainsi que le faible taux de chance de remporter des marchés en présence de nombreux autres opérateurs qualifiés, surtout dans l'hypothèse où les critères sont peu précis⁷⁵⁴. L'accord-cadre semble, de prime abord, présenter des inconvénients principalement pour les opérateurs économiques. Ceci résulte essentiellement de la nature même de l'accord-cadre, c'est-à-dire de l'incertitude quant au moment de survenance du besoin, à la quantité de prestations nécessaires ainsi qu'au montant réel final. En réalité, le régime juridique de l'accord-cadre est empreint d'incertitude juridique, et génère ainsi des risques juridiques importants pour les autorités contractantes notamment⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc. p. 2, §1.1.

⁷⁵¹ Pour rappel, la *directive Marchés* évoque, parmi les modalités d'exécution de l'accord-cadre, l'hypothèse dans laquelle l'accord-cadre « définit toutes les conditions régissant la fourniture [des prestations] [...] et les conditions objectives permettant de déterminer quel opérateur économique partie à l'accord-cadre est chargé de l'exécution », ce qui désigne implicitement les bons de commande pour reprendre l'appellation française (Dir. 2014/24/UE, art. 33, §4, a))

⁷⁵² « Par comparaison aux accords-cadres à bons de commande, l'accord-cadre exécuté au moyen de marchés subséquents offre la possibilité de ne pas définir à l'avance, de manière précise, les règles qui prévaudront pour le choix du prestataire appelé à exécuter les prestations et de pouvoir mettre en concurrence les titulaires de l'accord-cadre afin de bénéficier, tout au long de l'accord cadre, de la meilleure qualité au meilleur prix » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., p. 2, §1.1).

⁷⁵³ Pour ces exemples ainsi qu'une liste exhaustive des limites du système d'acquisition dynamique, voy. : Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., p. 19, §8.2.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 20, §8.4.

⁷⁵⁵ Cette opinion n'est toutefois pas consensuelle. Il a pu être affirmé, par exemple, que « [d]e par ses caractéristiques générales attractives et la pléthore d'avantages qu'elle est susceptible de présenter en pratique, la procédure de l'accord-cadre risque de susciter un engouement certain auprès des acheteurs publics, en dépit

Bien que le souhait de clarification de l'accord-cadre apparaisse dans la *directive Marchés* de 2014, ce texte ne met pas fin à l'ensemble des incertitudes entourant cette technique d'achat, qui constituent autant d'obstacles à l'existence d'un cadre juridique sécurisant.

§II. Les difficultés cristallisées relatives à l'accord-cadre

Alors même que les conditions de recours à l'accord-cadre semblent particulièrement simples et aisément réunies, des contraintes se sont progressivement renforcées et interrogent quant à l'étendue de la marge de manœuvre des autorités contractantes (A.). Les formes que l'accord-cadre est susceptible de revêtir, c'est-à-dire ses modalités d'exécution par les bons de commande ou les marchés subséquents, constituent une difficulté supplémentaire. Ceci remet en cause la nature de l'accord-cadre et, plus précisément, la qualification de technique d'achat adoptée par la *directive Marchés* de 2014 (B.). Ces éléments accentuent également les difficultés propres à l'exécution de l'accord-cadre, l'ensemble des questions et hypothèses n'étant pas envisagé par la directive (C.).

A. Les difficultés portant sur le recours à l'accord-cadre

Dans la continuité des précédentes directives européennes contenant des dispositions relatives à l'accord-cadre⁷⁵⁶, la *directive Marchés* de 2014 n'établit aucune condition de recours à l'accord-cadre et prévoit une seule limite. Ainsi, « [l]es accords-cadres ne devrait pas être utilisés de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence »⁷⁵⁷. Les règles du recours à l'accord-cadre apparaissent, de prime abord, facilement identifiables et particulièrement souples.

Toutefois, une première difficulté apparaît concernant cette limite, cette exception, à la liberté de mobiliser l'accord-cadre. Ceci résulte de l'absence de définition de l'usage abusif de l'accord-cadre :

« [...] ce standard reste indéterminé et l'on ne peut qu'émettre des hypothèses sur les limites qui s'imposent, à travers lui, aux acheteurs. Il est ainsi possible

des ambiguïtés et des risques qu'elle renferme, mais qui n'apparaissent pas de nature dirimante » (H. Pongérard-Payet et T. Bangui, « La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique », *op. cit.*).

⁷⁵⁶ Concernant la limite du recours à l'accord-cadre : Dir. 93/38/CEE, art. 5 §4 ; Dir. 2004/17/CE, art. 14, §4 ; Dir. 2004/18/CE, cons. 61 al. 3 et art. 32 §2 al. 5.

⁷⁵⁷ Dir. 2014/24/UE, cons. 61 al. 3.

*de supposer que ce caractère abusif pourrait résulter non seulement de la propension de l'acheteur à recourir à l'accord-cadre, mais aussi de la façon dont il définit, dans l'accord, l'équilibre des obligations incombant aux parties. »*⁷⁵⁸

À l'échelle européenne⁷⁵⁹, seule une exigence concrétise l'interdiction de l'usage abusif de l'accord-cadre ou de son usage distordant la concurrence. Cette exigence, postérieure aux directives de 2014 et issue de la jurisprudence, repose sur la valeur et la quantité des prestations couvertes par l'accord-cadre. La CJUE a d'abord émis un lien direct entre la limite du recours à l'accord-cadre et la précision, au sein d'un tel accord, du « *volume et [du] montant des prestations que couvrira cet accord* »⁷⁶⁰. La Cour a plus récemment renforcé et précisé cette exigence, en imposant aux autorités contractantes d'indiquer au sein de l'accord-cadre « *la quantité ou la valeur maximale que couvrira cet accord* »⁷⁶¹.

Ces éléments interrogent quant aux contraintes relatives au recours à l'accord-cadre et, corrélativement, aux éventuels inconvénients de la souplesse de cette technique d'achat :

« Outre les contraintes liées au respect du droit de la concurrence, il faut revenir sur la problématique des minima/maxima en valeur ou en quantité, dont l'absence constitue assurément un élément de souplesse pour l'acheteur public. Néanmoins, la liberté de celui-ci constitue en même temps une source d'insécurité pour les opérateurs économiques. Ainsi, en l'absence de limites,

⁷⁵⁸ M. Lavaine, « La réforme de l'accord-cadre », *AJDA* 2016, pp. 1905 et s.

⁷⁵⁹ Il est possible de souligner qu'à l'échelle française, les débats récents relatifs à l'usage abusif ou distordant la concurrence de l'accord-cadre se concentrent sur les prestations de conseil. À ce titre, des membres de l'Observatoire de l'Éthique Publique ont émis en juillet 2023 trois propositions alternatives : « *[i]nterdire la technique de l'accord-cadre (option 1)* », « *[c]entraliser les accords-cadres au sein de la Direction des achats de l'État (option 2)* », et « *[i]mposer le recours aux marchés subséquents pour les accords-cadres conclus (option 3)* » (J.-F. Kerléo et M. Amilhat, « Recours par l'État aux cabinets de conseil : des réformes toujours nécessaires », Observatoire de l'Éthique Publique, note 33, 20/07/2023, pp. 12-14, disponible en ligne : <http://observatoireethiquepublique.com/assets/files/propositions/notes/note-33.pdf> [consulté le 11/07/2024]).

La transposition de ces propositions à l'échelle européenne ne semble toutefois pas être la solution la plus opportune, puisque seule la troisième serait applicable à l'échelle européenne – l'obligation de marchés subséquents – et que cela ne pourrait résoudre les risques d'abus que pour les accords-cadres portant sur des prestations de conseil et non les autres accords-cadres – d'autant que les prestations de conseil juridique sont par exemple exclues des directives européennes de la commande publique.

⁷⁶⁰ « [...] *exiger du pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre qu'il précise dans l'accord-cadre le volume et le montant des prestations que couvrira cet accord concrétise l'interdiction, posée à l'article 32, paragraphe 2, cinquième alinéa, de la directive 2004/18, de recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence* » (CJUE, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice*, 19 décembre 2018, aff. C-216/17, §69).

⁷⁶¹ « *Il s'ensuit que le fait d'exiger du pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre qu'il indique dans l'accord-cadre la quantité ou la valeur maximale des prestations que couvrira cet accord concrétise l'interdiction de recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence* » (CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen & Weel*, aff. C-23/20, §67).

ces derniers seront incités à ne pas proposer le tarif le plus bas afin de s'assurer un minimum de revenus pour le cas où les quantités commandées seraient faibles. Le manque de limites ou de visibilité comporte donc un coût auquel le pouvoir adjudicateur doit prêter attention dans son intérêt. Aussi est-il conseillé à l'administration de fixer un minimum ainsi qu'un maximum chaque fois que cela sera possible. »⁷⁶²

La *directive Marchés* de 2014 semble donc insuffisamment précise en ce qui concerne la limite du recours à l'accord-cadre. Il semble ainsi opportun *a minima* de codifier, au sein des prochaines directives européennes, la seule concrétisation de l'interdiction de l'usage abusif ou distordant la concurrence de l'accord-cadre, c'est-à-dire l'exigence d'indication de la quantité ou valeur maximale de chaque accord-cadre. Des *guidelines* ou un faisceau d'indices pour caractériser une distorsion de la concurrence par un accord-cadre ou un usage abusif de cette technique d'achat pourraient également être utiles, afin de sécuriser le recours à l'accord-cadre.

B. L'éclaircissement insuffisant de la nature de l'accord-cadre

Il semblerait de prime abord que la *directive Marchés* de 2014 clarifie la nature de l'accord-cadre en le qualifiant de technique d'achat. Toutefois, la jurisprudence relative à la faculté d'exercer un recours contre l'accord-cadre interroge quant à cette qualification. En effet, reconnaître qu'il est possible d'intenter un recours contre un accord-cadre signifie que ce dernier constitue un contrat.

Ainsi, la CJUE a récemment reconnu qu'un accord-cadre constitue un contrat au sens de la première *directive Recours*⁷⁶³.

⁷⁶² H. Pongérard-Payet et T. Bangui, « La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique », *op. cit.*

Sur les conséquences de l'indication d'un montant minimum, particulièrement au regard de l'éventuel droit à indemnisation du ou des opérateur(s) économique(s) attributaire(s) d'un accord-cadre, voy. par exemple : Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., pp. 4-5, §1.2.4.1.

⁷⁶³ Dir. 89/665/CEE.

« D'emblée, il convient de constater que l'article 1^{er}, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665 prévoit expressément que la notion de "contrats", au sens de cette directive, inclut les accords-cadres. [...] il convient de répondre aux sixièmes questions dans les affaires C-274/21 et C-275/21 que l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens que la conclusion d'un accord-cadre avec un seul opérateur économique, conformément à l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24, correspond à la conclusion du contrat visé à l'article 2 bis, paragraphe 2, de la directive 89/665 » (CJUE, 14 juillet 2022, *EPIC Financial Consulting*, aff. C-274/21 et C-275/21, §61 et §64).

Le juge administratif français a également implicitement qualifié l'accord-cadre de contrat, concernant spécifiquement les accords-cadres multi-attributaires. Dans son avis *Association Imedi* du 24 novembre 2023⁷⁶⁴, il a estimé que les titulaires d'un accord-cadre multi-attributaire constituent des tiers à un tel accord, au sens de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁷⁶⁵, « en tant que celui-ci [l'accord-cadre] a été conclu avec les autres opérateurs »⁷⁶⁶. Il s'ensuit que ces attributaires peuvent exercer un recours contestant la validité de l'accord-cadre conclu avec un autre attributaire ou de certaines de ses clauses, mais ne peuvent pas obtenir « la résiliation ou l'annulation de l'accord-cadre dans son ensemble »⁷⁶⁷.

La doctrine a pu émettre l'hypothèse selon laquelle la nature contractuelle de l'accord-cadre serait casuistique, car tributaire du contenu et du nombre d'attributaire(s) de celui-ci⁷⁶⁸. En effet, l'accord-cadre pourrait être considéré comme un contrat en présence d'obligations précises ne nécessitant pas de précision supplémentaire pour être mises en œuvre, et ne nécessitant donc pas de remise en concurrence⁷⁶⁹.

Une telle hypothèse semble rejoindre les deux modalités de mise en œuvre de l'accord-cadre, c'est-à-dire les bons de commande et les marchés subséquents – les premiers supposant que l'ensemble des termes ait été fixé dans l'accord-cadre, les seconds impliquant une remise en concurrence et des précisions supplémentaires. La *directive Marchés* de 2014 prévoit ces deux formes de mises en œuvre de l'accord-cadre, sans reprendre cette terminologie. Ce texte évoque en effet les « marchés fondés sur un accord-cadre »⁷⁷⁰, c'est-à-dire les marchés subséquents, et, à l'inverse, l'exécution de l'accord-cadre « sans remise en concurrence, selon les clauses et conditions de l'accord-cadre, lorsque celui-ci définit toutes les conditions régissant la fourniture des travaux, des services et des produits concernés, et les conditions objectives permettant de déterminer quel opérateur économique partie à l'accord-cadre est chargé de l'exécution »⁷⁷¹ – c'est-à-dire les bons de commande.

⁷⁶⁴ CE, Avis, 24 novembre 2023, *Association Imedi*, n° 474108.

⁷⁶⁵ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

⁷⁶⁶ CE, Avis, 24 novembre 2023, *Association Imedi*, préc., §3.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, §4.

⁷⁶⁸ Voy. par exemple : M. Ubaud-Bergeron et L. Coutron, « Besoin d'un nouveau cadre pour l'accord-cadre ? », *CMP* 2021, repère 11 ; M. Andhov, « Article 33. Framework agreements », *op. cit.*, pp. 375-376, §33.44.

⁷⁶⁹ Ceci pourrait faire écho à l'ancienne distinction réalisée par la Commission européenne entre le « contrat-cadre », c'est-à-dire « les accords-cadres qui fixent tous les termes », et « l'accord-cadre stricto sensu » – désignant à l'inverse les accords-cadres ne fixant pas tous les termes (Commission européenne, *Accords-cadres – Directive classique*, Fiche explicative, 14/07/2005, CC/2005/03_rev1FR).

⁷⁷⁰ Dir. 2014/24/UE, notamment art. 33 §2 al. 1.

⁷⁷¹ *Ibid.*, art. 33 §4 a).

Il serait ainsi possible d'imaginer que l'accord-cadre dispose d'une nature contractuelle lorsqu'il est exécuté par des bons de commande, mais que tel n'est pas systématiquement le cas en présence de marchés subséquents – seules certaines clauses de l'accord-cadre, régissant par exemple la conclusion des marchés subséquents, pourraient être suffisamment précises pour être de nature contractuelle par elles-mêmes.

En tout état de cause, un hiatus semble apparaître entre la qualification de technique d'achat dans le cadre de la *directive Marchés* et la qualification de contrat au sens des normes régissant les recours contractuels – qu'il s'agisse des directives *Recours* ou du droit interne. Les futures directives européennes pourraient à cet égard gagner en clarté soit en indiquant que la qualification est susceptible de varier selon la « branche » du droit concernée – les règles de fond régissant l'accord-cadre ou les règles applicables aux recours –, soit en établissant clairement les hypothèses dans lesquelles l'accord-cadre dispose par lui-même d'une nature contractuelle – par exemple en s'appuyant sur la distinction entre les bons de commande et les marchés subséquents, ou sur le nombre d'attributaires, ou en indiquant que l'accord-cadre est systématiquement de nature contractuelle.

C. Les indications lacunaires concernant l'exécution de l'accord-cadre

La *directive Marchés* de 2014 semble trop lapidaire concernant certains aspects de l'exécution de l'accord-cadre. Les questionnements principaux identifiés ont trait aux droits dont dispose(nt) le ou les attributaire(s) d'un accord-cadre.

À ce titre, une première question semble essentielle : celle de l'exclusivité dont disposerai(en)t le ou les attributaire(s) de l'accord-cadre. À l'instar des précédentes directives, la *directive Marchés* de 2014 est silencieuse quant à l'existence ou non d'une exclusivité du ou des attributaire(s) d'un accord-cadre, c'est-à-dire quant à la faculté pour une autorité contractante de conclure un marché avec un autre opérateur économique en-dehors d'un accord-cadre pour satisfaire un besoin déjà couvert par un accord-cadre⁷⁷². Les interrogations à ce sujet semblent se renforcer, en raison de l'alignement opéré par certains droits internes sur le droit de l'UE. Il en est ainsi du droit français, qui n'indique plus expressément l'exclusivité du ou

⁷⁷² Il serait possible d'interpréter le considérant 60 de la *directive Marchés* comme instaurant une exclusivité, mais ce considérant renvoie en réalité à la nature fermée de l'accord-cadre, c'est-à-dire à l'impossibilité d'intégrer un nouvel opérateur économique (le considérant 60 indique notamment qu'« *une fois conclu, un accord-cadre ne devrait pas être ouvert à de nouveaux opérateurs économiques* »). Voy à ce sujet : F. Linditch, « Exclusivité et accord-cadre, l'éternel retour », *JCP Adm.* 2018, 2345.

des attributaire(s) d'un accord-cadre et ne prévoit plus en conséquence les règles régissant les clauses de non-exclusivité⁷⁷³. La DAJ souscrit toutefois au maintien du principe d'exclusivité⁷⁷⁴ et recommande de s'inspirer des précédentes dispositions françaises régissant la non-exclusivité⁷⁷⁵ tout en proposant des *guidelines* pour déroger à l'exclusivité⁷⁷⁶.

⁷⁷³ L'évolution est par exemple retranscrite dans une réponse à une question ministérielle : « [l']article 77 de l'ancien code des marchés publics prévoyait que, par exception au principe du droit à l'exclusivité détenu par le titulaire sur les prestations objet d'un marché public, l'acheteur pouvait, si ce marché était un accord-cadre à bons de commande, s'adresser à un autre prestataire, pour des besoins occasionnels de faible montant, pour autant que le montant cumulé de ces achats ne dépassait pas 1% du montant total du marché ni la somme de 10 000 euros HT. Le décret no 2016-360 du 25 mars 2017 relatif aux marchés publics ne prévoit plus une telle limitation et apporte un assouplissement au principe de l'exclusivité susmentionné. Un accord-cadre demeure, sous l'empire des textes entrés en vigueur le 1er avril 2016, un système fermé pendant toute sa durée d'exécution. Une fois l'accord-cadre conclu, seuls son ou ses titulaires peuvent se voir attribuer les bons de commande ou marchés subséquents faisant l'objet de ce marché public. Cependant, les acheteurs publics ont désormais une liberté plus grande de prévoir contractuellement des exceptions à ce principe d'exclusivité. Ils peuvent définir, dans l'accord-cadre, les limites de leur engagement contractuel » (Question ministérielle n° 3542-3, Réponse du ministre de l'économie et des finances, publiée au JO le 20/02/2018, p. 1435).

⁷⁷⁴ « Dans le silence de l'accord-cadre, il convient de considérer par principe que l'exclusivité est garantie au titulaire. En conséquence, les acheteurs devront prêter attention sur ce point lors de la rédaction des documents contractuels. Le recours à d'autres marchés publics, pour un même type de prestations que celles prévues dans l'accord-cadre, ne doit pas être constitutif d'une faute contractuelle à l'égard du titulaire de l'accord-cadre. Tel pourrait être le cas si ce dernier était privé de l'exécution des prestations qu'il pouvait raisonnablement attendre au vu de l'estimation d'un accord-cadre à bons de commande » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., p. 6, §3.1.1). A contrario, le tribunal administratif de Grenoble semble avoir rejeté l'exclusivité au sein de l'accord-cadre, mais les propos manquent de clarté et, en tout état de cause, cette jurisprudence semble isolée : « [l']a requérante soutient qu'en concluant en 2020 un marché avec une autre entreprise pour des prestations identiques, le département aurait méconnu le principe d'exclusivité prévu pour les accords-cadres à attributaire unique. Toutefois, si les pièces du marché prévoient un montant minimal de commandes au profit de l'attributaire, aucune disposition législative ou réglementaire relative aux accords-cadres, ni aucune clause spécifique du marché en litige, n'interdit à l'un des membres du groupement de commandes de recourir, y compris pour certaines prestations similaires ou substituables, à d'autres prestataires. En tout état de cause, même si certains produits, tels que les baguettes, les petits pains et certaines viennoiseries pouvaient être fournis dans le cadre des deux marchés, ils n'étaient pas substituables au vu de certaines caractéristiques prévues dans le second marché telles que l'utilisation exclusive de produits locaux et les actions éducatives. Par suite, la SAS Pani n'est pas fondée à soutenir qu'en concluant ce nouveau marché, le département aurait méconnu les principes régissant les accords-cadres » (TA Grenoble, 26 mars 2024, n° 210475, §8).

⁷⁷⁵ « Rien n'interdit à l'acheteur de s'inspirer des dispositions du VII de l'article 76 ou du III de l'article 77 de l'ancien code des marchés publics lorsqu'il rédige une clause dérogeant au principe d'exclusivité des titulaires. L'acheteur peut déterminer des limitations différentes de celles qui étaient prévues par ces dispositions » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., p. 6, §3.1.1). Les deux dispositions du code des marchés publics citées ci-dessus prévoyaient la faculté de déroger à l'exclusivité « [p]our des besoins occasionnels de faible montant » avec deux limites financières – à savoir, le maximum 1% du montant total du marché et le maximum de 10 000 euros HT.

⁷⁷⁶ « Afin de se prémunir de tout risque contentieux, les clauses contractuelles dérogeant au principe d'exclusivité du ou des titulaires devront être suffisamment précises. Elles devront indiquer le périmètre des prestations concernées, le montant estimatif ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Le recours à des tiers au contrat doit être justifié par des raisons objectives et être précédé de mesures de publicité et de mise en concurrence applicables dans le respect des règles relatives à l'estimation de la valeur des besoins, sauf si l'acheteur est en mesure de démontrer qu'il entre dans l'une des hypothèses permettant de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence, prévues par les articles R. 2122-1 à R. 2122-9 ainsi que R. 2122-10 et R. 2122-11 du code de la commande publique.

[...]

Il serait ainsi opportun d'instaurer expressément le principe d'exclusivité du ou des attributaire(s) de l'accord-cadre, non seulement pour sécuriser le cadre juridique, mais également afin d'assurer l'efficacité de la commande publique :

« L'attention des acheteurs est attirée sur le fait que l'efficacité de l'achat public doit être préservée. En ce sens, il convient d'être conscient qu'en ne garantissant ni un minimum de commande ni une exclusivité aux titulaires, les opérateurs économiques ne seront pas incités à proposer des offres attractives, notamment en termes de prix. »⁷⁷⁷

Le cas échéant, les futures directives européennes devraient, dans la lignée des anciennes dispositions françaises et des recommandations de la DAJ, encadrer les exceptions à cette exclusivité et ainsi guider la rédaction des clauses de non-exclusivité. La limitation du montant des marchés de prestations déjà couvertes par les accords-cadres semble pertinente, mais n'est pas exclusive. D'autres cas de figure peuvent être envisagés pour permettre de déroger à l'exclusivité même pour des montants élevés, comme l'incapacité du ou des attributaire(s) à fournir la prestation (exemple donné par la DAJ), ou un prix rédhibitoire du ou des attributaire(s) – exemple fourni par la doctrine,⁷⁷⁸ mais qui semble appeler un encadrement rigoureux afin d'éviter des qualifications abusives de prix rédhibitoire par les autorités contractantes, par exemple en indiquant un pourcentage d'augmentation du prix par rapport à l'offre soumise pour l'attribution de l'accord-cadre (pourcentage non lié à l'inflation des matières premières par exemple).

Au-delà d'un potentiel cumul entre un accord-cadre et un marché avec d'autres opérateurs économiques, l'exécution de l'accord-cadre semble susciter des questions importantes concernant la modification, qui ne sont pas intégralement réglées par le droit de l'UE. Il en est ainsi des limites de la modification à l'égard d'un seul attributaire d'un accord-cadre multi-attributaire, mais également de la modification de certains aspects d'un accord-cadre – qu'il soit mono-attributaire ou multi-attributaire.

Ex. : l'acheteur pourra valablement recourir à un tiers en cas d'incapacité des titulaires de l'accord-cadre de lui fournir les prestations, par exemple en cas de rupture de stocks pour l'achat de médicaments, si cela est prévu dans l'accord-cadre.

[...]

[...] l'acheteur prendra garde, en rédigeant la clause, à ne pas prévoir des cas de recours à des tiers trop larges, ce qui pourrait être assimilé à un détournement de procédure » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., p. 6, §1.3.1).

⁷⁷⁷ *Idem.*

⁷⁷⁸ Voy. par exemple : F. Linditch, « Exclusivité et accord-cadre, l'éternel retour », *op. cit.*

La première hypothèse s'inscrit dans la continuité de l'ambiguïté de la nature de l'accord-cadre – contrat ou technique d'achat – car elle interroge sur la possibilité de modifier, à l'égard d'un seul des attributaires, un accord-cadre multi-attributaire. Ceci implique de déterminer si l'accord-cadre constitue un instrument ou un contrat unique pour l'ensemble des attributaires, ou se divise en autant d'instruments ou de contrats que d'attributaires. Bien que la *directive Marchés* de 2014 n'apporte pas de réponse à ce sujet, des pistes de réflexion apparaissent à la lecture de la jurisprudence administrative française. Le Conseil d'État semble en effet accepter de résilier ou annuler un accord-cadre en ce qui concerne certains de ses attributaires seulement⁷⁷⁹. Il serait possible d'appliquer ce raisonnement à la modification et d'en conclure qu'il est possible de procéder à une modification d'un accord-cadre à l'égard d'un seul de ses attributaires.

Ceci conduit à s'interroger sur les facultés de modification de l'accord-cadre à l'égard de son seul attributaire (accord-cadre mono-attributaire) ou de l'intégralité des attributaires (accord-cadre multi-attributaire). La *directive Marchés* de 2014 prévoit l'application des mêmes règles à la modification des marchés et à celle des accords-cadres⁷⁸⁰. Se pose toutefois une question propre aux accords-cadres résultant de l'évolution jurisprudentielle récente : le montant maximum figurant dans l'accord-cadre (et devant obligatoirement être indiqué depuis peu) peut-il faire l'objet d'une modification ? Si oui, cette modification est-elle intégrée à l'accord-cadre directement ou peut-elle être opérée par les bons de commande ou marchés subséquents ? La CJUE a apporté des éléments de réponse récemment, en soulignant tout d'abord que l'atteinte du maximum (en valeur ou en quantité) signifie que « *cet accord-cadre*

⁷⁷⁹ Cela semble résulter implicitement de l'avis déjà cité du Conseil d'État *Association Imedi* (CE, Avis, 24 novembre 2023, *Association Imedi*, n° 474108) et d'un arrêt antérieur du Conseil d'État (CE, 3 juin 2022, *Collectivité européenne d'Alsace*, n° 462256). Dans le premier cas, le Conseil d'État s'est uniquement prononcé sur la résiliation pour l'un des attributaires et a expressément reconnu que cela était possible : « [...] *saisi par l'un des titulaires d'un recours en contestation de la validité de l'accord-cadre en tant qu'il a été conclu avec d'autres opérateurs économiques [...] le juge du contrat peut prononcer, le cas échéant, la résiliation ou l'annulation de cet accord en tant qu'il a été attribué à ces autres opérateurs dès lors qu'il est affecté de vices qui ne permettent pas la poursuite de son exécution* ». Dans le second cas de figure, la requête a été rejetée pour défaut d'intérêt à agir, mais le juge administratif n'a pas affirmé que la résiliation d'un accord-cadre multi-attributaire à l'égard d'un seul de ses attributaires était impossible.

Voy. à ce sujet les conclusions du rapporteur public N. Labrune, sur CE, Avis, 24 novembre 2023, *Association Imedi*, n° 474108, 7 p.

⁷⁸⁰ Dir. 2014/24/UE, art. 72.

La CJUE a d'ailleurs rappelé des hypothèses classiques de modification des marchés qui s'appliquent aux accords-cadres dans l'arrêt *Simonsen & Weel* établissant l'exigence d'un montant maximum indiqué dans l'accord-cadre : « [d]'une part, sont admises, conformément à l'article 33, paragraphe 2, troisième alinéa, et à l'article 72 de la directive 2014/24, les modifications de l'accord-cadre qui ne revêtent pas un caractère substantiel, étant entendu que, par principe, une telle modification revêt un caractère consensuel de sorte que l'accord de l'adjudicataire est requis » (CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen & Weel*, préc., §70).

a[...] épuisé ses effets »⁷⁸¹. Il s'ensuit qu'en principe, aucun marché subséquent ne peut être conclu une fois le maximum de l'accord-cadre atteint, « *sauf si cette attribution [du marché subséquent] ne modifie pas substantiellement* »⁷⁸² l'accord-cadre. Il est possible d'en déduire que la modification du maximum (en valeur ou en quantité) de l'accord-cadre peut être réalisée sous deux réserves – avec l'accord du ou des attributaire(s) et si cela n'entraîne pas de modification substantielle – et selon plusieurs modalités : soit par anticipation (avant l'atteinte de ce maximum) via un avenant⁷⁸³ ou une clause de réexamen⁷⁸⁴, soit implicitement par l'attribution d'un marché subséquent excédant le maximum prévu par l'accord-cadre⁷⁸⁵. Cette dernière hypothèse semble toutefois restreinte à l'émission d'un bon de commande ou d'un marché subséquent avant l'échéance de l'accord-cadre, c'est-à-dire avant que le maximum n'ait été atteint⁷⁸⁶.

Même si des éléments de réponse peuvent être décelés dans la jurisprudence européenne ou française, les règles applicables à certains aspects de la modification de l'accord-cadre semblent insuffisantes au sein de la *directive Marchés* de 2014. Des dispositions propres à l'accord-cadre pourraient être insérées dans les futures directives, afin de déterminer les possibilités et limites de modification d'un accord-cadre pour un attributaire seulement (dans la continuité de la clarification de la nature de l'accord-cadre) ou de la modification du maximum indiqué dans cet instrument.

⁷⁸¹ CJUE, 14 juillet 2022, *EPIC Financial Consulting*, aff. C-274/21 et C-275/21, §66.

⁷⁸² *Ibid.*, §67.

L'impossibilité d'apporter, par un marché subséquent, une modification substantielle de l'accord-cadre est prévue par la *directive Marchés* de 2014 : Dir. 2014/24/UE, art. 33 §2 al. 3.

⁷⁸³ La DAJ en France a émis la possibilité de modification du maximum par avenant dès 2019, sous réserve que cela ne constitue pas une modification substantielle « *sauf exception des circonstances imprévues le justifiant* » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., p. 5, §1.2.4.1).

⁷⁸⁴ Deux auteurs proposent en ce sens une formulation d'une telle clause de réexamen : « [L]orsque 90 % du maximum du présent accord-cadre / lot de l'accord-cadre a été atteint, l'acheteur en informe le/les titulaires. Dans un délai de xx jours à compter de ce signalement, les parties échangent sur la possibilité de modifier à la hausse le maximum de l'accord-cadre / lot de l'accord-cadre dans la limite de 10/ 15 % / 20 % du maximum initial. En cas d'accord entre les parties en vue d'augmenter le maximum de l'accord-cadre, l'acheteur transmet au/ aux titulaire(s) un projet d'avenant pour signature. Le maximum modifié de l'accord-cadre / du lot n'est applicable qu'après notification par l'acheteur de l'avenant signé au(x) titulaire(s) » (K. Picavez et F. Cassan, « Dépassement du montant maximum d'un accord-cadre : quelles conséquences sur l'accord-cadre et comment l'anticiper ? », *JCP Adm.* 2022, 2308).

⁷⁸⁵ Pour ces trois possibilités, voy. *idem*.

⁷⁸⁶ La *directive Marchés* de 2014 prévoit une hypothèse qui semble similaire mais concernant la durée, en établissant expressément que les bons de commande et les marchés subséquents peuvent disposer d'une durée excédant celle de l'accord-cadre (durée maximale de quatre ou huit ans selon la nature de l'autorité contractante) s'ils sont émis ou conclus avant la fin de l'accord-cadre : Dir. 2014/24/UE, préc., considérant 62 ; CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen & Weel*, préc., §65.

AXE 5 : LA DURÉE ET LA FIN DES CONTRATS

Pour la première fois, les directives européennes s'intéressent à la durée et à la fin des marchés publics et des concessions. Et pour cause, ces étapes de la vie d'un contrat intéressent directement le droit européen, tant il est vrai qu'une durée excessive, qu'elle soit fixée *ab initio* ou imputable à l'absence de résiliation en cours d'exécution, peut conduire à méconnaître les principes fondamentaux et les objectifs du droit de la commande publique.

Dans cette perspective, il est surprenant de constater que la *directive 2014/24* ne contient aucune disposition relative à la durée des marchés publics. La liberté des cocontractants en la matière n'est cependant qu'apparente dès lors que l'exigence d'une remise en concurrence périodique conduit nécessairement à limiter la durée des marchés publics. À rebours, le considérant n° 52 de la *directive 2014/23* expose pour quels motifs le législateur européen a entendu encadrer la durée des concessions. Il s'est agi, en l'occurrence, d' « éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence » et de ne pas « nuire à la libre circulation des services et la liberté d'établissement ». Pour ce faire, la *directive Concessions* propose deux alternatives : une durée de cinq ans sans motivation ou une durée supérieure lorsqu'elle apparaît justifiée par l'amortissement des investissements réalisés par le concessionnaire. Cette disposition tend ainsi à éviter les « rentes de situation »⁷⁸⁷, sans cependant aller jusqu'à affirmer, à l'instar du Conseil d'État français, qu'une « évolution particulièrement importante et durable de la rémunération des capitaux investis par le concessionnaire et de ses bénéfices » conduit « à une altération profonde et irréversible de l'équilibre économique de la concession » propre à justifier sa résiliation anticipée⁷⁸⁸. Dans une moindre mesure il est vrai, les directives européennes contiennent des dispositions relatives à la résiliation des marchés publics et des concessions. En énumérant trois motifs non limitatifs de résiliation – identiques du reste –, les *directives de 2014* ambitionnent d'harmoniser les pratiques entre des États membres particulièrement favorables à une rupture unilatérale des contrats et des États très attachés à la liberté contractuelle. Ce faisant, ces textes s'inscrivent

⁷⁸⁷ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 486.

⁷⁸⁸ CE, avis, 8 juin 2023, portant sur la sécurisation des mesures permettant d'assurer une meilleure prise en compte de l'intérêt public dans l'équilibre des contrats de concession autoroutière, n° 407003.

dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de justice qui élève la « *résiliation comme remède* »⁷⁸⁹ pour la simple et bonne raison qu'elle ne considère plus les contrats conclus « *comme des vaches sacrées* »⁷⁹⁰. En dépit des efforts louables du législateur européen, on peut se demander si les dispositions des *directives de 2014* relatives à la durée et à la fin des contrats sont suffisamment précises, étant cependant entendu que ces thématiques n'entrent dans le champ de compétence de l'Union européenne que dans la mesure où elles ont des rapports avec la transparence et la concurrence. Certains, à l'image de Laurent Richer, regrettent par exemple que ces textes soient lacunaires sur les suites à donner à la fin d'un contrat, spécialement sur la situation du candidat sortant à sa propre succession, eu égard, à l'incidence qu'elle peut avoir sur la libre concurrence⁷⁹¹. On peut également s'interroger sur l'opportunité pour le droit européen d'encadrer les conditions d'indemnisation post-résiliation, à tout le moins lorsque celles-ci sont susceptibles de rétroagir sur la concurrence.

Il est vrai que les *directives de 2014* brillent par leur souplesse voire leur imprécision, qu'il s'agisse des dispositions relatives à la durée des contrats (§I.) ou à la résiliation (§II.).

§I. La souplesse des dispositions relatives à la durée des contrats

La durée des contrats de la commande publique ne saurait être illimitée⁷⁹² en dépit de ce que laisse à penser le silence de la *directive Marchés (A.)*, et comme l'entérine expressément la *directive Concessions (B.)*.

A. La libre durée « en trompe-l'œil » des marchés publics

À l'instar de celle qui la précède, la *directive 2014/24* apparaît « *peu prescriptive* »⁷⁹³ s'agissant de la durée des marchés publics qu'elle n'encadre pas⁷⁹⁴, à quelques exceptions près. Il serait péremptoire d'en déduire que tout est permis en ce que la durée des marchés publics est limitée, *de jure*, par les principes fondamentaux du droit de la commande publique.

⁷⁸⁹ M.-K. Halonen, « Termination of a public contract - lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive », *PPLR* 2017, n° 4, p. 189.

⁷⁹⁰ S. Treumer, « Towards an obligation to end end contracts conclus in breach of the E.C. Public procurement rules », *PPLR* 2007, n° 16, p. 370.

⁷⁹¹ L. Richer, « La fin des contrats », *RFDA* 2016, p. 294.

⁷⁹² En ce sens, le *Code de la commande publique* français dispose que les contrats de la commande publique « *sont conclus pour une durée limitée* » (art. L. 5).

⁷⁹³ Pour une étude détaillée : B. Mounier, « La durée dans les marchés publics globaux », *Le Moniteur – Contrats publics* janv. 2015, p. 28.

⁷⁹⁴ En revanche, le *Code de la commande publique* français contient plusieurs dispositions encadrant expressément la durée de certains marchés publics. Pour une étude détaillée : Ph. Terneyre, « La durée des contrats », *RFDA* 2016, pp. 276 et s.

La *directive Marchés* est peu disserte en ce qui concerne la durée des contrats auxquels elle s'applique, à deux exceptions près. Elle limite d'abord la durée de l'accord-cadre⁷⁹⁵ à quatre ans, « *sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre* »⁷⁹⁶ et précise, par ailleurs, que « *la durée des différents marchés fondés sur un accord-cadre ne doit pas nécessairement coïncider avec celle dudit accord-cadre, mais pourrait, selon le cas, être plus courte ou plus longue* »⁷⁹⁷. Elle prévoit ensuite que la durée maximale des marchés réservés est de trois ans⁷⁹⁸, ce qui permet de limiter la distorsion de concurrence induite par ce dispositif. Il convient enfin de remarquer que la *directive 2014/24* envisage des modalités de calcul de la valeur des marchés publics de fournitures et de services différents en fonction du caractère déterminé ou non de leur durée⁷⁹⁹.

En dehors de ces rares dispositions, la *directive 2014/24* ne limite pas expressément la durée des marchés publics. On pourrait être tenté d'en déduire que la fixation de la durée d'un marché public fait l'objet d'une libre négociation entre l'autorité contractante et l'attributaire. Il ne faut pas s'y tromper, il s'agit là d'une « *liberté en trompe-l'œil* »⁸⁰⁰, qui apparaît toute « *relative* »⁸⁰¹. En effet, cette liberté contractuelle doit être conciliée avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique, spécialement avec la liberté et l'égalité d'accès des opérateurs économiques à la commande publique, qui supposent une remise en concurrence périodique⁸⁰². Dans le prolongement de cette idée, la *directive Marchés* prévoit une obligation de transparence relative à cette durée du marché, laquelle doit figurer dans l'avis de pré-information « *lorsqu'il sert de moyen d'appel à la concurrence* »⁸⁰³ et/ ou dans l'avis de marché « *dans la mesure du possible [nous soulignons]* »⁸⁰⁴. Ces dispositions permettent donc de conclure que la durée des marchés publics doit être fixée à l'avance, à tout le moins pour les contrats ayant une exécution échelonnée et ayant vocation à se répéter (services et fournitures courants)⁸⁰⁵, et qu'elle doit, *a fortiori*, faire l'objet d'une stipulation expresse dans le contrat.

⁷⁹⁵ Pour une étude détaillée de la durée de l'accord-cadre : voir l'axe n° 4 relatif aux techniques d'achat.

⁷⁹⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 33 §1 al. 2.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, cons. 62.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, art. 77 §3.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, art. 5 §§11 et 12.

⁸⁰⁰ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, op. cit.

⁸⁰¹ N. Saïdi, « Fixer la durée d'un marché public », *Le Moniteur – Contrats publics* novembre 2016, p. 57.

⁸⁰² En ce sens, le *Code de la commande publique* français dispose que la durée d'un marché est fixée en tenant compte de « *la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique [nous soulignons]* » (art. L. 2111-5).

⁸⁰³ Dir. 2014/24/UE, annexe V, partie B, II.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, annexe V, partie C.

⁸⁰⁵ Lorsque l'objet du marché porte sur une prestation unique (fourniture ou service particulier, construction d'un ouvrage déterminé), imposer dans les textes une modalité de détermination de la durée maximale paraît, en tout état de cause, dénué de pertinence.

À l'inverse de la *directive Marchés*, la *directive Concessions* entend encadrer plus fermement la durée de ces contrats.

B. L'encadrement textuel de la durée des concessions

La *directive 2014/23*, contrairement à la *directive 2014/24*, aborde « très précisément – et donc avec effet direct »⁸⁰⁶ – la question de la durée de concessions.

Ce texte prévoit, d'abord, en des termes très généraux, que « la durée des concessions est limitée » et doit être fixée par les autorités concédantes « sur la base des travaux ou des services demandés »⁸⁰⁷. Il précise, ensuite, que la durée de la concession n'a pas à être justifiée si elle est inférieure ou égale à cinq ans et qu'au-delà, elle ne doit pas excéder « le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques »⁸⁰⁸. Le considérant n° 52 livre une sorte de « vade-mecum »⁸⁰⁹ à destination des cocontractants leur permettant de justifier des durées substantielles au cours desquelles « on peut raisonnablement escompter que le concessionnaire recouvre les investissements consentis pour l'exploitation des travaux et des services et obtienne un retour sur les capitaux investis dans des conditions d'exploitation normales, compte tenu des objectifs contractuels spécifiques à la réalisation desquels le concessionnaire s'est engagé pour respecter les exigences concernant, par exemple, la qualité ou le prix pour les utilisateurs ». La doctrine majoritaire se montre assez favorable au principe de limitation de la durée des contrats de concession qui tend, selon elle, à éviter les « rentes de situation [nous soulignons] »⁸¹⁰. Des voix dissidentes s'élèvent cependant pour critiquer le caractère « tautologique » de cet alinéa qui révélerait, *in fine*, un « défaut de logique doublé d'une mise à l'écart des principes comptables de base »⁸¹¹. Certains auteurs nuancent en soulignant que les dispositions de la *directive 2014/23* ne modifient pas substantiellement l'état du droit antérieur, qu'elles précisent, « de manière parfois presque bavarde »⁸¹². Paradoxalement, le texte s'avère particulièrement imprécis sur

⁸⁰⁶ Ph. Terneyre, « La durée des contrats », *op. cit.*, p. 278.

⁸⁰⁷ Dir. 2014/23/UE, art. 18 §1.

⁸⁰⁸ *Ibid*, art. 18 §2.

⁸⁰⁹ Ph. Terneyre, « La durée des contrats », *op. cit.*, p. 278.

⁸¹⁰ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 486.

⁸¹¹ Ph. Delelis, « Contenu et exécution des contrats de concessions », *CMP* mars 2016, dossier 5.

⁸¹² Ph. Terneyre, « La durée des contrats », *op. cit.*, p. 277.

certaines points, de sorte qu'il n'offre pas toute la sécurité juridique que l'on peut espérer d'une telle disposition.

À cet égard, il convient de relever que l'article 18 de la directive, relatif à la durée des concessions, n'indique ni le point de départ de la durée normale d'amortissement⁸¹³ ni son mode de calcul. En revanche, le considérant n° 52 offre quelques pistes pour comptabiliser cette durée au regard des investissements réalisés lorsqu'il énonce que « *l'estimation devrait être valable au moment de l'attribution de la concession* » avant d'ajouter qu' « *il devrait être possible d'inclure les investissements initiaux et ultérieurs jugés nécessaires pour l'exploitation de la concession, en particulier les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel ainsi que les frais initiaux [nous soulignons]* ». L'article 18 est, par ailleurs, muet sur la question de la prolongation du contrat au-delà de sa durée. Cette opération se trouve donc encadrée par les seules dispositions relatives à la modification des concessions⁸¹⁴, ce qu'a récemment confirmé la Cour de justice⁸¹⁵. Au regard de ces dispositions, la prolongation paraît autorisée dans trois hypothèses : lorsqu'elle est prévue dans le contrat par une clause de réexamen ; lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles ou lorsqu'elle ne revêt pas un caractère substantiel⁸¹⁶.

Enfin, la directive est parfaitement muette sur la question du contrat qui succède à un contrat arrivé à son terme⁸¹⁷, lors même que le législateur européen entend régir, à des fins d'harmonisation, la résiliation des contrats de la commande publique.

§II. Une harmonisation minimale du régime de résiliation des contrats

Les *directives de 2014* contiennent des dispositions identiques relatives à la résiliation des marchés publics et des concessions. Dans un cas comme dans l'autre, l'harmonisation prévue par le législateur européen peut être qualifiée de minimale.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 278. Sur ce point, le Conseil d'État français estime que le point de départ à prendre en compte pour le calcul de la durée d'amortissement est, en principe, la date d'achèvement et de mise en service (CE, 8 févr. 2010, *Cne de Chartres*, n° 323158).

⁸¹⁴ Dir. 2014/23/UE, art. 43.

⁸¹⁵ CJUE, 18 sept. 2019, *Comm. c/ République italienne*, aff. C-526/17 : la prorogation pendant 18 ans de la durée d'exploitation d'un contrat de concession de travaux – initialement fixée à 35 ans – dans le seul but d'en maintenir l'équilibre économique constitue une modification substantielle nécessitant la publication d'un avis de concession.

⁸¹⁶ En ce s. H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 657 et s.

⁸¹⁷ L. Richer, « La fin des contrats », *op. cit.*, p. 294.

En effet, les directives disposent, de manière générale, que « *les États membres veillent* » à ce que les autorités contractantes aient « la possibilité *de résilier* [nous soulignons] » un marché public ou une concession, « dans les conditions prévues par le droit national [nous soulignons] »⁸¹⁸ dans trois hypothèses : une modification du contrat qui aurait requis une nouvelle procédure d'attribution conformément aux dispositions relatives à la modification a eu lieu (a) ; le cocontractant se trouvait, lors de l'attribution du contrat, visé par un motif d'exclusion de plein droit (b) ou « *en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par les traités et la présente directive, qui a été établi par la Cour de justice de l'Union européenne* » (c). Ces textes se présentent ainsi comme une tentative d'harmonisation minimale des pratiques très hétérogènes des États membres en matière de résiliation des contrats. En effet, on peut dénombrer, avec Laurent Richer⁸¹⁹, cinq types de situations. En France, le pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général fait partie des règles générales applicables aux contrats administratifs, tandis qu'il est consacré par un principe général en Espagne et en Belgique. Dans d'autres États membres, comme le Portugal et l'Italie, ce pouvoir est reconnu par la loi, alors qu'il est prévu par des clauses types au Danemark et en Finlande. Enfin, en Allemagne, pays très attaché à la liberté contractuelle, le pouvoir de résiliation doit être prévu par le contrat et il est considéré comme exceptionnel⁸²⁰. En définitive, ces dispositions imposent seulement aux États membres dans lesquels le droit est muet d'introduire un pouvoir général de résiliation au profit du pouvoir adjudicateur. En France, les textes de transposition ont reconnu « sans nuance »⁸²¹ un pouvoir de résiliation unilatérale à l'acheteur public⁸²² et l'autorité concédante⁸²³, qu'ils relèvent du droit public ou du droit privé.

Au-delà du principe commun, ces dispositions aménagent une marge de manœuvre conséquente, aussi bien aux États membres qu'aux autorités contractantes. En premier lieu, les États membres demeurent libres d'envisager d'autres motifs de résiliation. À cet égard, en disposant que la résiliation est envisageable lorsqu'« au moins une des conditions suivantes est réunie [nous soulignons] », les *directives de 2014* établissent une « *liste minimale* »⁸²⁴ dont l'absence d'exhaustivité laisse aux États membres tout le loisir d'en prévoir d'autres. En outre,

⁸¹⁸ Dir. 2014/23/UE, art. 44 ; Dir. 2014/24/UE, art. 74.

⁸¹⁹ L. Richer, « La fin des contrats », *op. cit.*, p. 294.

⁸²⁰ M.-K. Halonen, « Termination of a public contract - lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive », *op. cit.*, p. 188.

⁸²¹ L. Richer, « La fin des contrats », *op. cit.*, p. 295.

⁸²² Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, art. 49, 58 et 65.

⁸²³ Ord. n° 2016-65 du 29 janv. 2016 relative aux contrats de concession, art. 43, 49, 55.

⁸²⁴ M.-A. Simovart, « The power of termination under art. 73(a) of Directive 2014/24/EU: the challenges of balancing implementation », *PPLR* 2018, n° 6, p. 280.

il appartient aux États membres de fixer les modalités procédurales de la résiliation, qu'il s'agisse de ses effets temporels (rétroactifs, immédiats ou différés)⁸²⁵, de sa portée ou de l'indemnisation du cocontractant. Cette marge de manœuvre, aussi pragmatique soit-elle, peut cependant entrer en contradiction avec les objectifs visés par le législateur européen que sont l'effectivité du droit de l'Union européenne⁸²⁶ et l'égalité de traitement des candidats⁸²⁷, susceptibles de « subir » une résiliation unilatérale pour un motif qui est envisagé dans seulement certains États membres, situation qui peut s'assimiler à une discrimination à rebours. Un dispositif plus ambitieux aurait pu reposer sur le caractère limitatif de la liste des motifs de résiliation. En second lieu, les directives confèrent un pouvoir d'appréciation particulièrement étendu aux autorités contractantes, qui se voient reconnaître la « *possibilité* » de résilier dans l'un des trois cas de figure qu'elles énumèrent. À s'en tenir à la lettre particulièrement permissive du texte, la résiliation constitue une simple faculté pour les acheteurs et autorités concédantes, qui doivent néanmoins en faire usage dans le respect du principe de proportionnalité⁸²⁸. On peut cependant convenir que « *la résiliation est susceptible de devenir une obligation* »⁸²⁹ dans l'hypothèse d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne, spécialement lorsqu'il s'agit des règles de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent lors de la passation d'un contrat⁸³⁰. En effet, il est le seul des trois motifs prévus qui requiert explicitement une intervention de la Cour de justice. Le caractère facultatif de la résiliation peut également apparaître douteux en ce qui concerne la deuxième hypothèse, celle de la découverte en cours d'exécution d'un motif d'exclusion obligatoire qui visait l'opérateur économique au moment de la passation⁸³¹. Certes, le motif d'exclusion de plein droit ne contraint pas l'autorité contractante à exclure *a priori* le candidat ou à résilier *a posteriori* le contrat, ce d'autant moins que l'opérateur économique peut toujours faire valoir qu'il a mis en œuvre des mesures d'auto-réhabilitation. Cependant, on voit difficilement

⁸²⁵ K.-M. Halonen s'interroge sur la faculté des parties de convenir d'un délai de préavis (M.-K. Halonen, « Termination of a public contract - lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive », *op. cit.*, p. 194).

⁸²⁶ En ce sens, la *directive 2014/24* dispose que « [l]es pouvoirs adjudicateurs sont parfois confrontés à des circonstances dans lesquelles ils doivent résilier un marché public afin de se conformer à des obligations relevant du droit de l'Union dans le domaine des marchés publics [...] » (cons. 112).

⁸²⁷ M.-A. Simovart, « The power of termination under art. 73(a) of Directive 2014/24/EU: the challenges of balancing implementation », *op. cit.*, p. 282.

⁸²⁸ *Ibid.*, pp. 283 et s.

⁸²⁹ L. Richer, « La fin des contrats », *op. cit.*, p. 294 ; v. égal. M.-K. Halonen, « Termination of a public contract - lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive », *op. cit.*, p. 190.

⁸³⁰ Cette disposition s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice qui a jugé que dans le cas de violation grave du droit communautaire, les États ont l'obligation de faire cesser les effets du contrat concerné (CJCE, 18 juill. 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C- 503/ 04).

⁸³¹ Le droit français a opéré une double surtransposition de cette disposition puisqu'il prévoit que la résiliation peut être prononcée pour un motif d'exclusion obligatoire ou facultatif et cela même si le motif intervient en cours d'exécution, non pas seulement au moment de la passation.

comment le pouvoir adjudicateur ou l'autorité concédante pourraient éviter la résiliation lorsque la condamnation définitive du titulaire en cours d'exécution est assortie d'une peine complémentaire d'exclusion des procédures de passation des marchés publics. À rebours, la résiliation pour modification substantielle illicite semble pouvoir être évitée dans au moins deux cas de figure : soit dans le cas où l'annulation du seul avenant suffit à exciper l'illégalité du contrat⁸³², soit parce qu'au regard de la moindre gravité de l'illicéité de la modification, la résiliation anticipée par le pouvoir adjudicateur porterait une atteinte disproportionnée aux droits du cocontractant.

⁸³² Dans ce cas de figure, on peut se demander si l'avenant seul peut être annulé. Selon Laurent Richer, la résiliation peut être évitée si l'annulation du seul avenant permet de ramener le contrat à son « *état antérieur* » (L. Richer, « La fin des contrats », *op. cit.*, p. 298).

PARTIE 2

SYNTHÈSE DES ENTRETIENS ET DU SONDAGE DE LA PREMIERE PHASE D'ENQUÊTE

Recension et analyse des retours d'expériences
des praticiens sur les directives de 2014



PARTIE 2 : SYNTHÈSE DES ENTRETIENS ET DU SONDAGE DE LA PREMIÈRE PHASE D'ENQUÊTE

INTRODUCTION

Enquêtes de terrain. Le dixième anniversaire des *directives 2014/23* (« directive Concessions ») et *2014/24* (« directive Marchés »)⁸³³ invitait à tirer des enseignements destinés à inspirer le législateur européen pour une éventuelle réforme de ces textes. Pour ce faire, la Chaire de droit des contrats publics a procédé à des enquêtes de terrain qualitative et quantitative.

Enquête qualitative. Cette synthèse recense l'ensemble des données relatives aux retours d'expérience sur le bilan et la réforme des *directives de 2014*, récoltées auprès de 5 avocats spécialisés dans le domaine, des services juridiques de 7 autorités contractantes et de 7 opérateurs économiques, ainsi qu'un universitaire, entre mai et juin 2024.

Figure 2.01 : Dates des entretiens⁸³⁴

	AC 1	AC 2	OE 1	AV 1	OE 2	AV 2	AC 3
Date de l'entretien	22/05	23/05	27/05	28/05	30/05	30/05	03/06
	OE 3	OE 4	AC 4	U 1	AV 3	AV 4	AV 5
Date de l'entretien	03/06	04/06	04/06	05/06	05/06	06/06	06/06
	AC 5	AC 6	OE 5	OE 6	OE 7	AC 7	
Date de l'entretien	06/06	11/06	11/06	11/06	13/06	13/06	

Panel des interviewés. L'échantillon des participants à l'enquête qualitative se compose des catégories classiques reprenant les trois qualités des personnes ou organismes

⁸³³ La directive 2014/25 dite « Secteurs spéciaux » a été exclue du champ de l'étude.

⁸³⁴ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique ; U : Universitaire.

interviewés (avocats, autorités contractantes et opérateurs économiques). À celles-ci s'ajoute une quatrième catégorie, qui ne comprend qu'un seul enquêté, la catégorie universitaire.

Ainsi, le panel d'interviewés regroupe :

- **Pour la catégorie « Avocats » :** les 5 avocats interrogés conseillent aussi bien des autorités contractantes que des opérateurs économiques, principalement pour des marchés publics et plus rarement pour des concessions ;
- **Pour la catégorie « Autorités contractantes » :** 2 sont des établissements publics industriels et commerciaux ; 1 est un établissement de coopération intercommunale ; 4 sont des sociétés à capitaux publics ;
- **Pour la catégorie « Opérateurs économiques » :** 1 intervient dans le secteur de l'informatique et de la télécommunication, 3 dans le secteur du BTP et de la construction⁸³⁵, 1 dans le secteur de la maîtrise d'œuvre, 1 est un concessionnaire.
- **Pour la catégorie « Universitaire » :** 1 seul interviewé.

Modalités. Les entretiens semi-directifs ont été menés sur la base de différentes grilles d'entretien établies par la Chaire de droit des contrats publics en avril 2024 pour chaque thématique de recherche. L'ensemble des entretiens a été réalisé par visioconférence privée à l'aide du logiciel *Webex*®.

Les précautions nécessaires ont été prises afin de garantir l'anonymat des interviewés. Les entretiens n'ont d'ailleurs pas fait l'objet d'enregistrement audio ou vidéo, leur préférant la prise de notes manuscrites. Ces notes ont été revues par les interviewés et, le cas échéant, modifiées.

Enquête quantitative. Dans la continuité de cette enquête qualitative, une enquête quantitative a été menée au moyen de sondages en ligne destinés aux autorités contractantes, aux opérateurs économiques et aux avocats spécialisés dans le droit de la commande publique. Pour une meilleure comparaison des résultats, la structure des onze questionnaires thématiques suivait celle des guides d'entretien de l'enquête qualitative et ne comprenait, à l'exception des questions relatives au profil du sondé, aucune question à réponse obligatoire. Les sondages étaient accessibles du 13 juin 2024 au 12 juillet 2024 sur la plateforme *LimeSurvey*, et partagés sur la page *LinkedIn* de la Chaire ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers.

⁸³⁵ L'un d'entre eux apporte essentiellement des conseils juridiques aux entreprises du secteur.

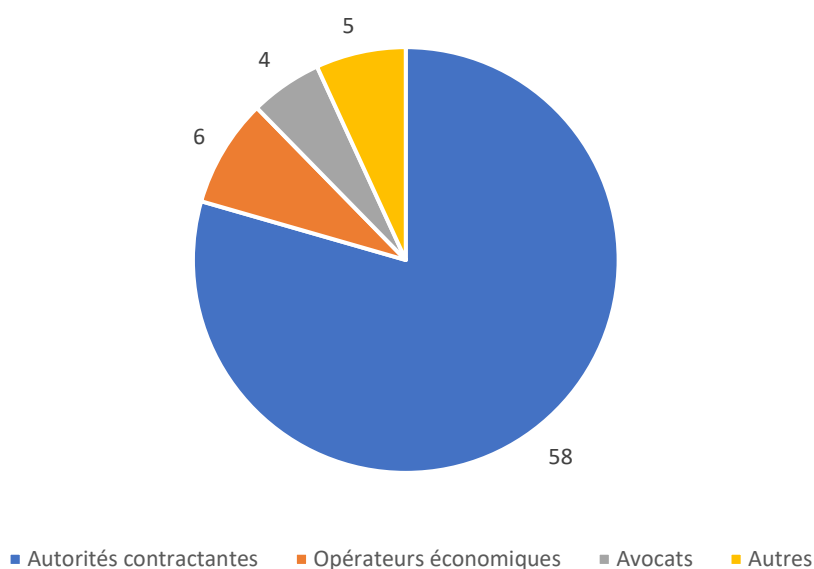
Panel des sondés. Si 143 personnes ont ouvert un des sondages, 73 d'entre elles ont répondu à au moins une question de fond de l'un des questionnaires. Précisément, le panel des sondés se compose de la manière suivante :

- **Pour la catégorie « Autorités contractantes » :** 58 autorités contractantes ont participé à l'enquête quantitative. Parmi elles, 42 n'ont donné aucune précision sur la catégorie à laquelle elles appartiennent, 7 sont des collectivités territoriales, 2 sont des établissements de coopération intercommunale, 1 est un établissement public, 1 est établissement public de l'État, 1 est un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, 1 service déconcentré de l'État, 1 est un GIP, 1 est un CHU, 2 organismes privés partiellement soumis au Code de la commande publique. Si 2 des autorités contractantes ayant répondu au sondage sont des petites structures de moins de 50 agents, 22 emploient entre 51 et 500 agents, et 34 plus de 501 agents. Enfin, les principaux contrats publics conclus par ces organismes sont majoritairement des marchés publics de fournitures et de services (55 sur 58), des marchés publics de travaux (43 sur 58) et des marchés publics de maîtrise d'œuvre (39 sur 58), puis, minoritairement, des marchés globaux ou de partenariat (16 sur 58), des contrats de concession de services (15 sur 58), des conventions d'occupation du domaine public (6 sur 58), des contrats de concession de travaux (3 sur 58) et de concession d'aménagement (2 sur 58).
- **Pour la catégorie « Opérateurs économiques » :** 6 opérateurs économiques ont participé à l'enquête quantitative, dont 4 entreprises de plus de 500 employés et 2 qui emploient entre 51 et 500 salariés. Ceux-ci sont principalement titulaires de marchés publics de travaux (5 sur 6), de marchés publics de fournitures et services (2 sur 6), de marchés globaux ou de partenariat (2 sur 6), de contrats de concession de services (1 sur 6) et de marchés publics de maîtrise d'œuvre (2 sur 6).
- **Pour la catégorie « Avocats » :** 4 avocats ont participé à l'enquête quantitative. Les dossiers sur lesquels les avocats sondés sont saisis concernent majoritairement des marchés publics de fournitures et de services (3 sur 4), des marchés publics de travaux (2 sur 4), des marchés publics de maîtrise d'œuvre (2 sur 4), des conventions d'occupation du domaine public (2 sur 4) et

minoritairement des marchés globaux ou de partenariat (1 sur 4), des contrats de concession de service (1 sur 4), de travaux (1 sur 4) et d'aménagement (1 sur 4).

- **Pour la catégorie « Autre »** : 5 des personnes sondées ne sont pas classées dans aucune des trois catégories précédentes. Parmi elles, 1 est professeur, 1 autre est juriste spécialisé dans la commande publique et les 3 autres ne donnent aucune indication supplémentaire.

Figure 2.02 : Profil des sondés



Thèmes abordés. Eu égard à l'ampleur du champ de recherche, les enquêtés étaient invités à sélectionner une ou plusieurs thématiques sur lesquelles ils souhaitaient échanger en priorité parmi les onze retenues par la Chaire de droit des contrats publics. Ces thématiques pouvaient porter sur le champ d'application des directives (**Axe n° 1**), la concurrence (**Axe n° 2**), les objectifs « *horizontaux* » ou stratégiques (**Axe n° 3**), les techniques d'achat (**Axe n° 4**) et / ou l'exécution des contrats (**Axe n° 5**).

AXE 1 : LE CHAMP D'APPLICATION DES DIRECTIVES

Objectif des enquêtes. Pour appréhender les difficultés que suscite la détermination du champ d'application des *directives Marchés et Concessions* de 2014, les enquêtés pouvaient être interrogés sur la définition des marchés publics et des concessions arrêtée par ces textes (**thématique n° 1**), sur celles des autorités contractantes auxquels ils s'adressent (**thématique n° 2**) et / ou sur les contrats exclus de leur champ d'application (**thématique n° 3**).

THÉMATIQUE N°1 : LA DÉFINITION DES CONTRATS

Déroulement des enquêtes. Les enquêtés⁸³⁶ ayant sélectionné cette thématique étaient invités à aborder la distinction entre les marchés publics et les concessions, centrale dans l'articulation entre les *directives 2014/23* et *2014/24* (§I.), avant de traiter plus précisément les définitions adoptées par le législateur européen pour chaque type de contrat (§II.).

§I. La distinction clarifiée entre marchés publics et concessions

Clarté de la distinction. Dans leur écrasante majorité, les enquêtés jugent la distinction entre les marchés publics et les concessions issue des *directives de 2014* parfaitement limpide.

Plus précisément, les interviewés⁸³⁷ n'éprouvent aucune difficulté à distinguer les contrats « *one shot* » que sont les marchés publics – pour reprendre la formulation d'un opérateur économique –, des contrats de longue durée nécessitant des investissements, que sont les concessions. Cette tendance est confirmée par les résultats de l'enquête quantitative puisque 86,95 % des sondés (soit 20 sur 23)⁸³⁸ estiment que les définitions adoptées par les *directives 2014/23* et *2014/24* permettent aisément de distinguer les marchés publics des concessions. Les

⁸³⁶ 7 interviewés et entre 20 et 30 sondés.

⁸³⁷ 2 AC et 2 OE.

⁸³⁸ 15 AC, 1 OE, 1 AV et 3 AU.

13,04 % restants (soit 3 sur 23)⁸³⁹ ne savent pas, avant de préciser qu'ils ne mobilisent pas directement le droit européen dans leur pratique.

Par voie de conséquence, la plupart des enquêtés militent pour le maintien d'un *statu quo*, à l'exception d'un universitaire interviewé qui suggère une distinction alternative. Il propose en effet de distinguer les contrats complexes mobilisant des investissements privés d'une part, et les contrats plus simples ne mobilisant pas d'investissements privés d'autre part. Cette proposition trouverait des justifications tant dans la théorie économique que dans la pratique eu égard, notamment, aux questions juridiques communes soulevées par certaines concessions et certains marchés publics, à l'image des problématiques d'exécution liées aux droits réels et à la propriété des ouvrages. Cependant, l'enquête concède que le travail de refonte serait d'une envergure telle que cette proposition ne devrait pas aboutir dans les prochaines directives européennes.

Pertinence du critère du risque d'exploitation. La plupart des enquêtés – soit 4 interviewés et 20⁸⁴⁰ des 33 sondés⁸⁴¹ – jugent le critère distinctif du risque d'exploitation plus pertinent que celui fondé sur le mode de rémunération du concessionnaire. À ce sujet, 1 opérateur économique interviewé souligne que « [l]a notion de risque reflète à la fois l'investissement du concessionnaire et la liberté de gestion dont il jouit ».

Les sondés nuancent cependant cet apparent consensus dans leurs commentaires. Parmi eux, 1 autorité contractante juge le critère du risque d'exploitation « *trop restrictif* » en ce qu'il n'englobe pas le « *risque travaux* », tandis que 2 autres sondés relevant de la même catégorie soulignent son caractère « *théorique* »⁸⁴². Dans le prolongement de cette idée, 1 opérateur économique n'estime pas que le risque d'exploitation, risque « *ordinaire* » dans la vie d'une entreprise, soit caractéristique de la situation du concessionnaire.

Délicate évaluation du risque d'exploitation. Si le critère du risque d'exploitation est globalement bien appréhendé par les enquêtés, ces derniers n'en éprouvent pas moins de sérieuses difficultés à le quantifier, c'est-à-dire à appréhender le seuil à partir duquel la part transférée sera considérée comme n'étant pas « *négligeable ou purement nominale* » au sens de la *directive 2014/23*⁸⁴³. À cet égard, 1 autorité contractante interviewée

⁸³⁹ 4 AC.

⁸⁴⁰ 15 AC, 1 OE, 1 AV, 2 AU.

⁸⁴¹ Les autres répondant par la négative (5 sur 33) ou par « *peut-être* » (8 sur 33).

⁸⁴² Elles expliquent n'avoir pas connaissance de cas dans lesquels un concessionnaire aurait fait faillite en raison de son exposition à ce risque d'exploitation.

⁸⁴³ Dir. 2014/23, art. 5 §1 al. 2.

souligne que ce critère peut être malaisé à appliquer eu égard aux circonstances propres à chaque contrat, tandis qu'une autre explique qu'il s'agit d'un sujet central des négociations précédant la conclusion d'un contrat de concession. Dans le même sens, 3 autorités contractantes sondées observent que le risque d'exploitation peut être « *difficile à évaluer* » ou « *à appréhender* ».

Indétermination du seuil. En dépit de ces difficultés, la question de savoir si le législateur européen devrait fixer un seuil chiffré de rémunération du concessionnaire divise les enquêtés. Parmi les interviewés, une majorité⁸⁴⁴ répond par la négative pour différents motifs : la crainte d'une réduction inopportune de la marge de manœuvre des parties à un contrat de concession pour 1 opérateur économique ; un véritable « *danger* » dans certains secteurs comme les transports où des contrats plus rétributifs sont parfois plus risqués que des contrats apparemment moins rentables pour 1 autorité contractante. L'universitaire souligne, pour sa part, que cette proposition comporte un risque non négligeable de requalification de certains contrats comme les concessions d'eau, sans compter qu'elle suppose d'adopter une méthodologie et des indicateurs pertinents, ce qui est loin d'être évident⁸⁴⁵. Une minorité d'interviewés, composée de 2 avocats, répond par la positive en soulignant qu'un tel seuil serait gage de sécurité juridique, à tout le moins pour les petites collectivités territoriales et les contrats de moindre envergure. Ils estiment cependant qu'il faudrait conserver de la souplesse dans l'appréciation du risque pour les projets les plus importants.

Le caractère clivant de la question est confirmé par les résultats de l'enquête quantitative. En effet, 28,12 % (soit 9 sur 32)⁸⁴⁶ des sondés souhaiteraient que le législateur européen fixe un seuil chiffré aux motifs soit de faciliter l'identification du risque d'exploitation⁸⁴⁷, soit de rompre avec le caractère « *symbolique et artificiel* » du risque lié aux impayés⁸⁴⁸. À rebours, 34,37 % (soit 11 sur 32)⁸⁴⁹ sont défavorables à une telle proposition, tandis que la majorité, soit 37,50 % (soit 12 sur 32)⁸⁵⁰ adopte une réponse plus nuancée du type « *peut-être* » ou « *ne sais pas* ». Ces derniers s'en expliquent dans leurs commentaires : selon 1 avocat cette entreprise engendrerait davantage de « *complexité* » que de simplicité⁸⁵¹.

⁸⁴⁴ 2 AC, 1 OE et 1 U.

⁸⁴⁵ Selon 1 U, 1 AC et 1 OE.

⁸⁴⁶ 9 AC.

⁸⁴⁷ 1 AC.

⁸⁴⁸ 1 AC.

⁸⁴⁹ 9 AC, 1 OE, 1 AV.

⁸⁵⁰ 9 AC, 1 OE, 1 AV, 1 AU.

⁸⁵¹ 1 AV.

D'autres sondés soulignent, quant à eux, l'infaisabilité de cette mesure, soit en raison des spécificités de chaque secteur⁸⁵², soit parce que ce seuil n'est pas toujours « *chiffrable* »⁸⁵³ ou évaluable⁸⁵⁴, sauf à admettre une part d'« *arbitraire* »⁸⁵⁵ dans sa détermination.

Au-delà de la distinction entre marchés publics et concessions, il apparaissait essentiel d'interroger les praticiens sur les définitions propres aux concessions et aux marchés publics, respectivement arrêtées par les *directives 2014/23* et *2014/24*.

§II. Les définitions propres à chaque contrat

Déroulement des enquêtes. Après avoir répondu à des questions générales, les enquêtés étaient interrogés, en fonction de leur domaine d'activité, sur les définitions des concessions (A.) et des marchés publics (B.) adoptées par le législateur européen en 2014.

A. La définition unifiée des concessions

Difficultés internes posées par la définition européenne. À la question de savoir si la définition unifiée des concessions est porteuse de sécurité juridique, une majorité des sondés, soit 58,06 % (soit 18 sur 31)⁸⁵⁶ répondent « *oui* » contre 6,45 % qui répondent « *non* » (soit 2 sur 31)⁸⁵⁷ et 35,48 % (soit 11 sur 31)⁸⁵⁸ qui n'émettent pas d'avis tranché. Au regard de ces résultats, l'unité paraît être un gage de sécurité, cependant que l'enquête qualitative incite à nuancer cette conclusion provisoire. En ce sens, 1 opérateur économique interviewé interroge la pertinence de la distinction opérée par la *directive 2014/23* entre les concessions de travaux et les concessions de services qui n'est assortie d'aucune conséquence juridique⁸⁵⁹. Il serait préférable, selon lui, d'opter pour une catégorie unique – la concession –, laquelle serait plus sécurisante. Dans le même sens, 1 avocat suggère de pousser cette logique à son paroxysme au niveau interne :

« *Il faudrait aller au bout de la logique européenne d'unification du régime des concessions en supprimant la catégorie interne des délégations de service*

⁸⁵² 1 OE.

⁸⁵³ 1 AC.

⁸⁵⁴ 1 AC.

⁸⁵⁵ 1 AC.

⁸⁵⁶ 14 AC, 1 OE, 1 AV, 2 AU.

⁸⁵⁷ 1 AC et 1 AU.

⁸⁵⁸ 10 AC et 1 AV.

⁸⁵⁹ 1 OE.

public, sans cependant en gommer toutes les spécificités inhérentes à ces contrats ».

Dans le prolongement de cette idée, 1 avocat interviewé estime que la principale difficulté soulevée par la définition européenne tient au « *sens historique français du terme concession* » qui ne permet pas au juriste français de concevoir la réalisation de travaux et l'exploitation d'un ouvrage indépendamment d'une délégation de service public⁸⁶⁰. Une autorité contractante sondée souscrit à cette analyse en soulignant la confusion qui peut être faite entre la concession au sens du droit européen et les catégories juridiques internes d'affermage, de concession et de délégation de service public. C'est également ce qui ressort des réponses apportées par les 22 sondés à la question de savoir si la distinction entre concession de service et délégation de service public soulève des problèmes. Si 14 d'entre eux répondent négativement (soit 63,63 %)⁸⁶¹, 8 répondent positivement (soit 36,36 %)⁸⁶² en insistant notamment sur les problématiques posées par ce *distinguo* aux collectivités territoriales.

Distinction entre concessions et conventions domaniales. Les enquêtés interrogés sur la distinction entre les concessions et les conventions domaniales apparaissent particulièrement divisés, ce dont témoignent parfaitement les résultats de l'enquête quantitative. En effet, sur les 27 sondés, 14⁸⁶³ sont mitigés (« *ne sais pas* » ou « *peut-être* »), 7⁸⁶⁴ n'éprouvent pas de difficulté à les différencier et les 6⁸⁶⁵ restants estiment cette distinction délicate. Une majorité d'interviewés (3 sur 4)⁸⁶⁶, à l'exception d'un opérateur économique, souscrit à cette réponse. Ces derniers ont ainsi fait part de leurs difficultés à différencier les concessions de services d'une part, et les conventions⁸⁶⁷ voire les autorisations domaniales⁸⁶⁸, d'autre part. L'universitaire souligne, à cet égard, que le « *flou* » qui s'est installé entre ces notions est aggravé par la jurisprudence récente de la Cour de justice qui a pu analyser une concession de service à l'aune de la *directive services*⁸⁶⁹. En conséquence, ce dernier estime qu'une clarification serait la bienvenue pour faciliter l'articulation entre la *directive 2014/23* et la *directive 2006/123* :

⁸⁶⁰ 1 AV.

⁸⁶¹ 10 AC, 1 OE, 1 AV, 2 AU.

⁸⁶² 6 AC, 1 AV et 1 AU.

⁸⁶³ 12 AC et 2 AU.

⁸⁶⁴ 5 AC, 1 OE et 1 AV.

⁸⁶⁵ 4 AC, 1 AV et 1 AU.

⁸⁶⁶ 1 OE, 1 AV et 1 U.

⁸⁶⁷ 1 OE et 1 AV.

⁸⁶⁸ 1 U.

⁸⁶⁹ En ce s. CJUE, 19 janv. 2023, *CNAE e.a*, aff. C-292/21.

« Il serait opportun de traduire juridiquement le fait qu'une concession n'est pas nécessairement un service public, mais un service d'intérêt général sur lequel la personne publique exerce des prérogatives ».

Si la définition unifiée des concessions est une nouveauté de la réforme de 2014 – ce qui explique qu'elle soit porteuse de difficultés inédites –, celle des marchés publics s'inscrit dans la continuité des précédentes *directives Marchés*.

B. La définition stabilisée des marchés publics

Clarifications attendues à la marge. Les enquêtés sont majoritairement satisfaits de la définition générale des marchés publics arrêtée dans la *directive 2014/24* selon laquelle il s'agit de « *contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* »⁸⁷⁰. En revanche, 1 opérateur économique interviewé fait valoir que la définition des marchés de travaux mériterait d'être clarifiée, spécialement en ce qui concerne la notion d'« *influence déterminante* » de l'autorité contractante sur la conception de l'ouvrage, ce que confirment les résultats de l'enquête quantitative. En effet, à la question de savoir si cette notion est difficile à appréhender, une majorité (soit 12⁸⁷¹ sur 26) des sondés répond positivement, tandis qu'une minorité répond négativement (soit 5 sur 26)⁸⁷² ou se dit mitigée (soit 9 sur 26)⁸⁷³.

En outre, un opérateur économique interviewé qualifie d'« *illisible* » la définition – interne – des marchés de partenariat ou de l'ancien marché de conception, réalisation, exploitation ou maintenance avec paiements différés. Pour leur part, 9⁸⁷⁴ des 28 sondés estiment que la détermination du régime des marchés mixtes est porteuse de difficultés⁸⁷⁵. Ces derniers avancent plusieurs arguments au soutien de leur position : 1 avocat doute de la pertinence de la notion, dès lors que, selon lui, « *tous les marchés publics sont mixtes par nature* »⁸⁷⁶ ; 2 autorités contractantes font valoir que la notion n'est « *pas clairement*

⁸⁷⁰ Dir. 2014/24, art. 2 §5.

⁸⁷¹ 9 AC, 2 AV et 1 AU.

⁸⁷² 4 AC et 1 OE.

⁸⁷³ 7 AC et 2 AU.

⁸⁷⁴ 8 AC et 1 AU.

⁸⁷⁵ En revanche, 12 sondés n'identifient pas de difficulté particulière et 7 ne savent pas.

⁸⁷⁶ 1 AV.

circonscrite »⁸⁷⁷ ou trop casuistique⁸⁷⁸. Un dernier sondé relevant de cette catégorie estime quant à lui que la notion de mixité est « *mal connue* » et, ce faisant, « *ignorée (volontairement ou non)* » des acheteurs publics⁸⁷⁹.

Frontière ténue avec les appels à projets. Lors de l'enquête qualitative, 2 répondants⁸⁸⁰ avaient mis en exergue un phénomène de multiplication des appels à projets ou des appels à manifestation d'intérêt en dehors des secteurs non marchands. Ces derniers avaient alerté sur le double risque que portait en germe cette tendance, à la fois celui d'un dévoiement et d'une requalification de ces appels à projets ou appels à manifestations d'intérêt en marchés de service. Ces craintes sont largement partagées par les sondés. En effet, sur les 30 interrogés, 16 relevant de toutes les catégories estiment que la frontière est ténue (soit 53, 33 %)⁸⁸¹, contre seulement 6 qui n'éprouvent pas de difficulté (soit 20%)⁸⁸² et 8 qui ne savent pas (soit 26,66 %)⁸⁸³.

Les enquêtés sont en revanche particulièrement divisés sur les remèdes à apporter à ce problème. Certains d'entre eux appellent de leurs vœux une réforme du droit dur, à l'instar d'un opérateur économique interviewé qui envisage deux pistes d'amélioration : l'une consistant à introduire dans la directive l'idée de « *satisfaction du besoin* » dans la définition générale du marché public, voire à mettre en avant le niveau de maturité de ce besoin. L'autre piste consisterait à insister sur le critère de l'onérosité du contrat, en rappelant qu'il permet de distinguer l'appel à projets qui donne seulement lieu au versement d'aides publiques précaires et révocables, tandis que le marché public est nécessairement assorti du versement d'un prix. Dans le prolongement de cette idée, plusieurs sondés⁸⁸⁴ souhaiteraient que le législateur propose une définition de l'appel à projets ou fixe des critères distinctifs afin de rompre avec la pratique qui consiste à qualifier négativement ces dispositifs, c'est-à-dire par *a contrario* de la définition de marché public. Plus radicalement encore, 1 autorité contractante sondée semble favorable à un rapprochement des régimes de passation, en termes de mise en concurrence, des marchés publics et des appels à projets. À l'inverse, 1 autorité contractante sondée invite à ne

⁸⁷⁷ 1 AC.

⁸⁷⁸ 1 AC.

⁸⁷⁹ 1 AC.

⁸⁸⁰ 1 OE et 1 AV.

⁸⁸¹ 12 AC, 1 OE, 2 AV et 1 AU.

⁸⁸² 5 AC et 1 AU.

⁸⁸³ 7 AC et 1 AU.

⁸⁸⁴ 1 AC et 1 OE.

pas « *rigidifier* » ces dispositifs par des textes de droit dur, leur préférant de la « *documentation* (circulaire ou doctrine largement diffusée) ».

THÉMATIQUE N° 2 : LA DÉFINITION DES AUTORITÉS CONTRACTANTES

Déroulement des enquêtes. Les vingt-quatre enquêtés ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur l’auto-qualification des autorités contractantes (§I.), ou les conditions exigées pour la qualification de pouvoir adjudicateur (§II.) ou celle d’entité adjudicatrice (§III.), ou encore la distinction entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices (§IV.).

Réponses peu concluantes sur les évolutions. Huit sondés⁸⁸⁵ étaient amenés à se prononcer sur les modifications les plus importantes contenues dans les *directives de 2014* concernant la définition des autorités contractantes. La moitié⁸⁸⁶ n’a pas émis d’avis sur le sujet⁸⁸⁷, l’un⁸⁸⁸ a répondu qu’il n’y avait aucune évolution à son sens, un autre a souligné – à l’inverse – l’augmentation de la lisibilité⁸⁸⁹, et les deux derniers⁸⁹⁰ ont évoqué le *in house* – qui relève de la thématique suivante relative aux contrats exclus. Parmi ces huit sondés, quatre ont également répondu à la question de savoir si des éléments ou notions leur semblaient perfectibles dans la définition des autorités contractantes. Deux n’ont pas émis d’opinion tranchée⁸⁹¹, un⁸⁹² a indiqué que « *cela me semble plutôt clair* », et le quatrième⁸⁹³ a mis en cause la « [c]larté de la définition du PA [pouvoir adjudicateur] (par exemple pour des fonds de dotation structure opaque par excellence) ».

⁸⁸⁵ 2 AU, 1 OE, et 5 AC.

⁸⁸⁶ 1 AU et 3 AC.

⁸⁸⁷ Ces sondés ont répondu « *je ne sais pas encore (jeune juriste)* » (1 AU), « *aucun avis* » (1 AC), « *[a]ucune idée, je ne connais pas la situation antérieure à 2014* » (1 AC), et « *[j]e n’ai jamais comparé ces évolutions avec la réglementation antérieure. C’est un sujet intéressant mais qui s’adresse davantage à la doctrine qu’aux praticiens, qui, finalement, exercent avec les textes qu’on leur impose* » (1 AC).

⁸⁸⁸ 1 AU.

⁸⁸⁹ 1 OE.

⁸⁹⁰ 2 AC.

⁸⁹¹ Ils ont répondu « *[n]e sais pas* » ou « *aucun avis* » (2 AC).

⁸⁹² 1 AU.

⁸⁹³ 1 OE.

§I. Une difficulté générale : l'auto-qualification des autorités contractantes

Difficultés importantes résultant de l'auto-qualification. Cinq interviewés⁸⁹⁴ et treize sondés⁸⁹⁵ ont mis en exergue les difficultés rencontrées par de nombreux organismes pour déterminer s'ils constituent des autorités contractantes et, le cas échéant, pour identifier la catégorie d'autorités contractantes dont ils font partie. Cette question s'avère pourtant déterminante dans le cadre de l'identification du régime juridique applicable, donc de l'éventuelle soumission au droit de la commande publique. Or, il n'existe pas de qualification systématique par une entité tierce aux autorités contractantes, en amont d'un processus contractuel, ni de liste exhaustive des autorités contractantes ou de guide pour ce processus d'auto-qualification⁸⁹⁶. Comme le révèle un avocat interviewé, certaines structures ne se posent jamais la question de savoir si elles constituent des autorités contractantes jusqu'à la consultation d'un conseil.

Facteurs influençant les difficultés d'auto-qualification. Deux interviewés ont identifié des entraves à l'auto-qualification, au-delà de l'absence de qualification automatique (par une liste exhaustive ou un organisme tiers).

L'un des premiers facteurs identifiés repose sur l'insuffisance du droit pour déterminer aisément si une situation concorde avec les éléments et conditions expressément prévus par le droit. De manière générale, un opérateur économique interviewé souligne que les difficultés propres à toute auto-qualification sont accentuées par le manque de clarté des textes constitutifs relatifs à la définition des autorités contractantes. Il en déduit qu'« [i]l y a donc une rationalisation à faire pour permettre aux autorités contractantes de connaître la qualification qui leur est applicable ». De manière plus précise, un avocat interviewé estime que la caractérisation d'une forme d'influence ou de financement du secteur public sur une entité n'est pas aisée, révélant l'existence d'une « *carence* » en la matière. Il donne l'exemple de la mise à disposition gratuite de locaux (qui n'est pas qualifiée de subvention) et celui de l'éventuelle corrélation entre dépendance économique et influence déterminante du secteur public.

Un deuxième facteur identifié par ce même avocat repose davantage sur des aspects de droit interne, mais conforte les difficultés suscitées par les directives européennes. Ce facteur « *tient à un vrai manque de communication de la part des autorités publiques qui ont procédé*

⁸⁹⁴ 2 AV, 1 AC, et 2 OE.

⁸⁹⁵ 2 AU, 1 OE, et 10 AC.

⁸⁹⁶ 1 OE interviewé.

à la transposition [des directives européennes] ». Ce « *manque d'information générale* » des structures renforce les difficultés d'auto-qualification, ces structures n'étant pas conscientes qu'elles sont susceptibles de constituer des autorités contractantes ou ne sachant pas si elles remplissent les conditions d'une telle qualification. Cet interviewé ne fait toutefois pas mention de certains outils, comme la fiche de la DAJ relative aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices.

Un troisième facteur mis en exergue par un opérateur économique interviewé repose sur « *un très grand développement [ces dernières années] des acteurs de la commande publique comme des centrales d'achats ou de groupements qui vont mêler public et privé, entravant ainsi la qualification des autorités contractantes* ».

Ce dernier élément souligne l'ampleur des difficultés rencontrées par certains organismes spécifiques : ceux disposant de la qualification de personnes privées en droit interne. En ce sens, trois interviewés⁸⁹⁷ relèvent que les entraves à l'auto-qualification sont plus prégnantes en ce qui concerne les personnes privées. L'un d'entre eux⁸⁹⁸ souligne plus précisément les difficultés propres à certaines structures non qualifiables de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice en droit de l'UE, mais que le droit interne a soumis au Code de la commande publique.

Synthèse. La qualification d'autorité contractante n'est pas aisée pour les structures non expressément qualifiées par les directives européennes⁸⁹⁹. Les difficultés d'application des conditions à certains organismes sont accentuées par plusieurs éléments convergents : l'absence d'accompagnement et de qualification par une entité tierce, la nature protéiforme des autorités contractantes, et l'absence de convergence des qualifications entre les droits européens et internes.

§II. Les difficultés variables de la qualification de pouvoir adjudicateur

Difficultés de qualification relativement cristallisées. Les trois interviewés⁹⁰⁰ et les sondés concernant spécifiquement la qualification de pouvoir adjudicateur mettent en

⁸⁹⁷ 1 AV, 1 AC et 1 OE.

⁸⁹⁸ 1 OE.

⁸⁹⁹ La qualification à l'égard de certaines entités publiques apparaît expressément dans les directives, comme l'État ou les autorités publiques centrales listées en annexe des directives.

⁹⁰⁰ 2 AV et 1 AC.

lumière trois situations dans lesquelles la qualification n'est pas évidente. Ceci contraste avec l'opinion selon laquelle « [l]a notion de pouvoir adjudicateur de manière générale ne suscite pas de difficulté »⁹⁰¹. Les trois cas de figure mis en avant et faisant exception révèlent une forme de consensus sur l'identification des éléments ambigus, en particulier pour le troisième cas de figure.

La première situation semble relativement isolée et est mise en exergue par un seul interviewé⁹⁰², mais fait écho à la discordance entre statut juridique en droit interne et autorité contractante au sens du droit de l'UE. Une autorité contractante s'interroge ainsi sur le fait qu'une société commerciale – une société anonyme en droit français en l'occurrence – puisse ou non être considérée comme une centrale d'achat et ainsi un pouvoir adjudicateur. L'interviewé se réfère à la jurisprudence européenne qui pourrait s'opposer à une telle qualification, la nature commerciale semblant faire obstacle à la qualification de centrale d'achat⁹⁰³.

La deuxième situation est mise en exergue dans le cadre de l'enquête quantitative et relève d'une catégorie de pouvoirs adjudicateurs : l'association formée par une ou plusieurs autorités (centrales, régionales ou locales) ou organismes de droit public. Les onze sondés⁹⁰⁴ révèlent des perceptions contrastées. En effet, cinq d'entre eux⁹⁰⁵ affirment ne pas identifier aisément de telles associations, contrairement à trois autres⁹⁰⁶. Les trois derniers sondés en la matière ne donnent pas de réponse guidant les constats et propositions de recommandations⁹⁰⁷.

La troisième situation concerne également une catégorie de pouvoirs adjudicateurs : l'« organisme de droit public » (au sens du droit de l'UE). Comme le souligne un avocat interviewé, « [i]l est difficile de démontrer que les conditions sont ou non réunies pour cette qualification, même en se référant à la jurisprudence de la CJUE. Le nombre d'arrêts témoigne des difficultés d'interprétation ». Un autre avocat participant également à l'enquête qualitative est du même avis, et relève que « [l]a problématique est claire, mais l'application beaucoup

⁹⁰¹ 1 AV interviewé

⁹⁰² 1 AC.

⁹⁰³ « une centrale d'achat agit en qualité de pouvoir adjudicateur, afin de pourvoir aux besoins de celui-ci, et non en tant qu'opérateur économique, dans son propre intérêt commercial » (CJUE, 4 juin 2020, *Asmel c. ANAC*, aff. C-3/19, §64).

⁹⁰⁴ 2 AU, 1 OE, et 8 AC.

⁹⁰⁵ 5 AC.

⁹⁰⁶ À la question de savoir si l'identification de ces associations est aisée, trois sondés ont répondu « Oui » (1 AU, 1 OE, et 1 AC).

⁹⁰⁷ Ces sondés répondent, pour deux d'entre eux, « Ne sais pas », et le troisième « Peut-être » (3 AC).

moins ». Les treize sondés⁹⁰⁸ ayant répondu à une question relative à la notion d'« *organisme de droit public* » partagent, pour une minorité d'entre eux, ce constat. Ainsi, trois sondés⁹⁰⁹ répondent négativement à la question de savoir si cette notion est claire. Cinq d'entre eux ne se prononcent pas réellement sur le sujet⁹¹⁰, tandis que cinq autres⁹¹¹ affirment que cette notion est claire sans apporter davantage de précision⁹¹².

Appréciation de l'« organisme de droit public ». Seul un interviewé⁹¹³ développe les raisons des difficultés suscitées par la qualification d'« *organisme de droit public* ». Il met en exergue le faisceau d'indices sur lequel cette qualification se repose, faisceau d'indices dont l'existence est compréhensible (en raison de « *l'impossibilité d'édicter des règles universellement applicables* »), mais dont l'application et la prévisibilité sont variables :

« Cela conduit [...] le juge administratif à s'appuyer sur son intime conviction (ici appelée présomption et comparable à la conviction du juge pénal) pour déterminer s'il s'agit ou non d'un acheteur public en fonction des indices (objet social, notion de contrôle, etc.) et d'un niveau d'intensité ».

L'interviewé met également en exergue les dérives que cela peut susciter, à savoir l'« *auto-déqualification* » : les structures concernées « *recherchent à se “déqualifier” d'acheteurs publics, en faisant en sorte de ne plus réunir certains indices de la qualification d'organisme de droit public (exemples : changement de l'objet social, dilution des personnes publiques dans les conseils d'administration ou, plus rarement, modification de la typologie des ressources)* ».

Il en résulte que la qualification d'« *organisme de droit public* » n'est pas aisée, d'autant plus que cette qualification est évolutive.

Synthèse. Il semble que la qualification de la majorité des catégories de pouvoirs adjudicateurs soit relativement simple. Les difficultés portent principalement sur l'« *organisme de droit public* », en particulier sur l'appréciation des indices permettant de retenir cette qualification.

⁹⁰⁸ 1 OE et 2 AC.

⁹⁰⁹ 1 AU, 1 OE et 11 AC.

⁹¹⁰ Trois sondés ont répondu « *Ne sais pas* » et deux « *Peut-être* » (respectivement 3 AC, 1 AU et 1 AC).

⁹¹¹ 5 AC.

⁹¹² L'un d'entre eux donne des éléments relevant uniquement de sa pratique et étrangers aux directives européennes : « [j]e n'ai jamais eu à me poser la question dans ma pratique. Si tel était le cas, je chercherais d'abord la définition dans les textes nationaux, la jurisprudence ou les fiches de la DAJ » (1 AC).

⁹¹³ 1 AV.

§III. La qualification relativement aisée d'entité adjudicatrice

Qualification opérationnelle. Les quatre interviewés⁹¹⁴ et les douze sondés⁹¹⁵ concernant la qualification d'entité adjudicatrice ne relèvent pas d'entrave générale à cette qualification. L'un des interviewés⁹¹⁶ souligne que l'une des deux conditions d'une entité adjudicatrice – celle tenant à l'activité d'opérateur de réseaux – est particulièrement prégnante dans la qualification, et s'avère ainsi plus importante que celle du « *contrôle capitaliste* ». Un seul interviewé⁹¹⁷ se prononce sur la formulation retenue dans les directives pour les entités disposant de droits spéciaux ou exclusifs, estimant que les droits exclusifs « *reflet[ent] [...] l'application du droit de la concurrence* » et recouvrent le monopole. Les dix⁹¹⁸ sondés en la matière révèlent l'absence de consensus : sept⁹¹⁹ ne répondent pas à la question de savoir s'il faut modifier ou supprimer cette formulation⁹²⁰, deux⁹²¹ se prononcent en faveur de la suppression, et un seul⁹²² estime préférable de ne rien modifier.

Distinction entre mise à disposition et exploitation de réseaux. Les quatre interviewés et cinq sondés⁹²³ sur la qualification d'entité adjudicatrice se sont prononcés sur la différence entre la mise à disposition de réseaux et l'exploitation de réseaux. Deux interviewés⁹²⁴ ont mis en lumière la clarté insuffisante, l'incertitude, de la distinction entre la mise à disposition de réseaux et l'exploitation de réseaux. Deux sondés⁹²⁵ soulignent une autre difficulté : celle tenant à la définition du lien entre l'objet du marché et l'activité d'opérateur de réseaux. L'un de ces sondés ajoute deux problématiques supplémentaires : « *[l]a notion de mise à disposition est mal définie. Il conviendrait de préciser qu'elle profite au réseau (mise à dispositions de travaux, études ou fournitures). En outre les actes d'exploitation sont difficiles*

⁹¹⁴ 1 AV, 2 AC, et 1 OE.

⁹¹⁵ 2 AU, 1 OE, et 9 AC.

⁹¹⁶ 1 AC.

⁹¹⁷ 1 AC.

⁹¹⁸ 2 AU et 8 AC.

⁹¹⁹ 7 AC.

⁹²⁰ Ils ont répondu à cette question « *Ne sais pas* ».

⁹²¹ 1 AU et 1 AC.

⁹²² 1 AU.

⁹²³ 5 AC.

Un sixième sondé a répondu à une question relative à la définition de ces deux notions – mise à disposition et exploitation – ainsi qu'aux éventuelles difficultés de distinction en pratique, mais a répondu « *Ne sais pas* » (1 AU). Sa réponse n'étant pas exploitable, elle n'est pas comptabilisée dans le nombre de sondés.

⁹²⁴ 1 OE et 1 AC.

⁹²⁵ 2 AC.

à envisager en concession ». L'un des interviewés⁹²⁶ souligne néanmoins que cela a peu d'incidence en pratique, tout du moins pour les opérateurs économiques. Dans le même sens, deux autres interviewés⁹²⁷ estiment qu'il est fréquent qu'un contrat comporte à la fois la mise à disposition et l'exploitation de réseaux, ce qui relativise la portée des difficultés de distinction. Un sondé affirme également que cette distinction n'est pas problématique en pratique d'après son expérience⁹²⁸.

Deux des quatre interviewés⁹²⁹ et deux des cinq sondés⁹³⁰ semblent toutefois déceler un critère de distinction. L'un des interviewés⁹³¹ met en exergue, à l'instar d'un sondé⁹³², le fait que « *l'exploitation suppose une part de construction, donc une part de conception* » tandis que « *la mise à disposition recouvre [...] la situation dans laquelle le réseau existe déjà* ». Tout comme un autre interviewé, il souligne en ce sens que la mise à disposition pourrait être destinée à recouvrir l'affermage⁹³³. Un sondé affirme en revanche que « *[l]eur exploitation [l'exploitation des réseaux] signifie leur gestion intégrale par l'entité publique (je ne suis pas certain qu'il y ait des personnes purement privées)* »⁹³⁴.

Interrogations à l'égard de l'entreprise publique. Les deux interviewés et les douze sondés⁹³⁵ sur la qualification d'entreprise publique affirment majoritairement que cette qualification n'est pas dénuée de tout obstacle. Ainsi, sur les douze sondés, seuls deux estiment que cette qualification est aisée⁹³⁶. Trois sondés ne se prononcent pas⁹³⁷, dont l'un soulignant cependant que « *[l]a question se poserait en cas de création d'une nouvelle entreprise, ce qui n'arrive pas souvent (hormis peut-être les sociétés publiques locales)* ». Sept sondés⁹³⁸ estiment, à l'inverse, que cette qualification est entravée. L'un des interviewés⁹³⁹ souligne également que l'application de cette qualification n'est pas aisée pour les non juristes, en raison notamment du « *hiatus* » « *entre entreprise de droit privé (SA) et entreprise publique (car contrôlée par une entité adjudicatrice soumise à l'influence du pouvoir adjudicateur qu'est*

⁹²⁶ 1 OE.

⁹²⁷ 1 AV et 1 AC.

⁹²⁸ 1 AC.

⁹²⁹ 1 AV et 1 AC.

⁹³⁰ 5 AC.

⁹³¹ 1 AV.

⁹³² « *Mise à disposition : réseaux pré-existant ; Exploitation : gestion complète du réseau* » (1 AC).

⁹³³ 1 AV et 1 AC.

⁹³⁴ 1 AC.

⁹³⁵ 2 AU, 1 OE, et 9 AC.

⁹³⁶ 1 AU et 1 AC.

⁹³⁷ À la question de savoir si la qualification d'entreprise publique est aisée, trois ont répondu « *Ne sais pas* » (3 AC).

⁹³⁸ 1 AU, 1 OE, et 5 AC.

⁹³⁹ 1 AC.

l'État) ». L'autre interviewé⁹⁴⁰ met en exergue une probable surtransposition française à l'origine de difficultés pour la qualification d'entreprise publique. Cette qualification est transmise à chaque sous-filiale (étant entendu qu'une création de sous-filiales est nécessaire pour l'exploitation de chaque réseau). Ceci complexifie et alourdit les procédures de passation (la qualification d'entreprise publique entraînant la soumission au droit de la commande publique).

Synthèse. Les difficultés de qualification d'entité adjudicatrice semblent restreintes en pratique, même en ce qui concerne l'entreprise publique ou la distinction entre mise à disposition et exploitation de réseaux.

§IV. La distinction peu opportune entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices

Distinction opaque. Sur les huit interviewés⁹⁴¹ et dix sondés⁹⁴², huit⁹⁴³ reconnaissent que la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice suscite des difficultés en pratique, l'un⁹⁴⁴ admettant même ne pas être certain de bien comprendre la distinction. Ces difficultés sont exacerbées par le fait qu'une même structure peut recevoir les deux qualifications, seule la nature de l'activité – opérateur de réseaux ou non – permettant de procéder à la distinction⁹⁴⁵. Ceci explique que des structures consultent des conseils afin de déterminer si elles constituent des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices dans le cadre du montage contractuel qu'elles envisagent⁹⁴⁶.

Distinction insuffisamment justifiée. Cinq interviewés⁹⁴⁷ et cinq sondés⁹⁴⁸ remettent en cause l'opportunité de maintenir la distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices⁹⁴⁹ ou la différence de régime juridique associée à cette distinction⁹⁵⁰. Plusieurs raisons sont avancées à ce titre. Un interviewé⁹⁵¹ souligne de manière générale que

⁹⁴⁰ 1 AC.

⁹⁴¹ 1 AV, 4 AC, et 3 OE.

⁹⁴² 2 AU, 1 OE, et 7 AC.

⁹⁴³ 1 AV, 5 AC et 2 OE.

⁹⁴⁴ 1 OE interviewé.

⁹⁴⁵ 1 AV, 1 AC et 1 OE interviewés.

⁹⁴⁶ 1 AV interviewé.

⁹⁴⁷ 3 AC et 2 OE.

⁹⁴⁸ 1 OE et 4 AC.

⁹⁴⁹ 3 AC et 1 OE interviewés.

⁹⁵⁰ 1 OE interviewé.

⁹⁵¹ 1 OE.

cette distinction « *ne lui semble pas très pertinente de manière opérationnelle* ». Quatre participants à l'enquête quantitative⁹⁵² estiment que les motifs de cette distinction – à savoir, « *la crainte d'une mauvaise gestion des deniers publics [ou] l'idée que les pouvoirs adjudicateurs n'étaient pas rompus à la négociation* » selon un interviewé⁹⁵³ – ont disparu ou manquent de clarté⁹⁵⁴. Ceci participe en outre, selon l'un des interviewés⁹⁵⁵, à la création « *d'une grande insécurité juridique pour les praticiens* ». Enfin et dans le même sens, deux interviewés⁹⁵⁶ relèvent que cette distinction est porteuse de contradictions, soit à l'égard de « *l'objectif de simplification du droit européen de la commande publique* »⁹⁵⁷, soit à l'égard de l'objectif même de la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice :

« *À l'origine, cette distinction prévue pour les secteurs spéciaux était supposée apporter de la souplesse dans les procédures de passation des entités adjudicatrices, mais elle est parfois plus contraignante pour les entités adjudicatrices lorsqu'elles ne sont pas "greffées" à un pouvoir adjudicateur [c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'entreprises publiques ou d'entité disposant de droits spéciaux ou exclusifs]* »⁹⁵⁸.

Ceci explique que l'un des interviewés⁹⁵⁹ propose de supprimer cette distinction, un des sondés⁹⁶⁰ de supprimer l'entreprise publique, tandis que quatre autres (deux interviewés et deux sondés) proposent des modifications. L'un⁹⁶¹ émet l'idée soit de restreindre la qualification d'entité adjudicatrice (aux situations dans lesquelles la structure est majoritairement opérateur de réseaux), soit de réunir les deux catégories – pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice – sous le qualificatif d'autorités contractantes avec l'application d'un même régime. Le deuxième⁹⁶², estimant que la distinction demeure opportune, propose de la maintenir uniquement pour les entités adjudicatrices ayant « *une activité économique avec des partenaires qui souhaitent conserver un certain vernis de droit privé pour maintenir cette souplesse* ». Dans

⁹⁵² 3 AC et 1 OE.

⁹⁵³ 1 AC.

⁹⁵⁴ 1 OE.

⁹⁵⁵ 1 AC.

⁹⁵⁶ 2 AC.

⁹⁵⁷ 1 AC.

⁹⁵⁸ 1 AC.

⁹⁵⁹ 1 AC.

⁹⁶⁰ 1 AU.

⁹⁶¹ 1 AC interviewée.

⁹⁶² 1 AC interviewée.

le même sens, deux sondés⁹⁶³ suggèrent que le statut d'entité adjudicatrice soit provisoire et dépende du niveau de concurrence du secteur concerné.

En revanche, l'un des sondés⁹⁶⁴ émet des doutes quant à l'opportunité de rapprocher le régime juridique des pouvoirs adjudicateurs et celui des entités adjudicatrices.

Manque de clarté relatif aux centrales d'achat. L'un des interviewés⁹⁶⁵ relève que « *la qualification de centrale d'achat est incertaine et tout organisme peut devenir centrale d'achat* ». Il souligne l'insuffisance des directives en la matière, celles-ci ne contenant que peu d'éléments relatifs à l'identification des centrales. Ainsi, « *[l]es directives ne prévoient que le minimum – à savoir, la définition et des techniques d'achat concordant plus ou moins avec le fonctionnement d'une centrale d'achat* ». Il en déduit qu'il faudrait « *mieux délimiter ou [...] mieux contrôler la qualification de centrale d'achat* », d'autant que l'une des missions de celle-ci demeure ambiguë : les activités d'achat auxiliaire. L'opinion des treize sondés sur le sujet⁹⁶⁶ est légèrement plus nuancée. Cinq d'entre eux⁹⁶⁷ ne se prononcent pas⁹⁶⁸ sur le fait que les directives de 2014 auraient ou non clarifié l'identification et les missions des centrales d'achat. L'un de ces cinq sondés développe en soulignant que la jurisprudence européenne « *mériterait peut-être d'être intégrée ou écartée par une clarification de ce que cela implique dans la conduite opérationnelle de l'achat* »⁹⁶⁹. Trois autres sondés⁹⁷⁰ estiment que les directives n'ont pas apporté de clarification, l'un mettant en exergue une incertitude en particulier : « *[l]es relations entre les PA [pouvoirs adjudicateurs] ou EA [entités adjudicatrices] avec les centrales devraient être clairement qualifiées de marchés publics* ». En revanche, cinq sondés⁹⁷¹ affirment que les directives de 2014 ont clarifié l'identification et les missions des centrales.

Synthèse. Il semble exister un consensus, au sein des autorités contractantes, mais également des opérateurs économiques enquêtés, concernant la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice, qui semble peu opérationnelle et plus réellement opportune aujourd'hui.

⁹⁶³ 2 AC.

⁹⁶⁴ 1 AC : « *Si on rapprochait les régimes (sans les fusionner), on réduirait l'intérêt de cette distinction. Dans mon ancienne collectivité, essentiellement pouvoir adjudicateur, on prenait parfois la question d'EA uniquement pour bénéficier de capacité de négociation* ».

⁹⁶⁵ 1 AC.

⁹⁶⁶ 2 AU, 1 OE et 10 AC.

⁹⁶⁷ 5 AC.

⁹⁶⁸ Quatre sondés ont répondu « *Ne sais pas* » à cette question et un cinquième « *Peut-être* ».

⁹⁶⁹ 1 AC.

⁹⁷⁰ 3 AC.

⁹⁷¹ 2 AU, 1 OE, et 2 AC.

THÉMATIQUE N° 3 : LES CONTRATS EXCLUS

Déroulement des enquêtes. Les six enquêtés⁹⁷² et les seize sondés⁹⁷³ ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur l'opportunité des deux exclusions sélectionnées au sein du présent rapport – le *in house* et la coopération entre autorités contractantes (§I.), ou spécifiquement sur la clarté et l'évolution du *in house* (§II.), ou encore – en ce qui concerne uniquement les participants à l'enquête quantitative – sur l'appréciation de la coopération entre autorités contractantes (§III.).

§I. La portée contrastée de la codification des deux exclusions

Codification opportune. Sur les quatre interviewés concernant spécifiquement les exclusions des contrats *in house* et des contrats de coopération entre autorités contractantes, trois affirment avoir une perception positive de l'exclusion de ces deux catégories de contrats. Deux⁹⁷⁴ soulignent que ceci est cohérent avec le fait qu'il ne s'agit pas de réels marchés ou de réels contrats. Le troisième⁹⁷⁵ ne saurait toutefois dire si ces deux exclusions sont fréquemment mobilisées en pratique. Le quatrième⁹⁷⁶ relève l'importance d'autres contrats exclus, comme la VEFA ou le BEFA, tout en estimant que l'exclusion du *in house* est « *cohérente avec les ordres juridiques (européen et national) en considérant que le contrat in house est un prolongement de l'action de l'administration* » et est l'exclusion « *suscitant le plus de pratique aujourd'hui* ». Les dix sondés⁹⁷⁷ sur le même sujet relèvent dans leur majorité des bénéfices associés à l'exclusion de ces deux contrats. Ils étaient d'abord amenés à donner leur avis sur ces deux exclusions de manière générale. La moitié⁹⁷⁸ affirme implicitement en avoir une perception positive, en soulignant la nécessité⁹⁷⁹ ou les atouts de ces exclusions au regard de la

⁹⁷² 2 AV, 1 U, 2 AC, et 1 OE.

⁹⁷³ 2 AU, 1 AV, et 13 AC.

⁹⁷⁴ 1 AV et 1 U.

⁹⁷⁵ 1 AC.

⁹⁷⁶ 1 AC.

⁹⁷⁷ 2 AU, 1 AV, et 7 AC.

⁹⁷⁸ 4 AC et 1 AV.

⁹⁷⁹ « *Elles [ces deux exclusions] correspondent à une nécessité dans le cadre des transferts de compétence ou la création de régies autonomes* » (1 AC) ; « *C'est nécessaire* » (1 AC).

performance⁹⁸⁰ ou encore du pragmatisme⁹⁸¹. L'un⁹⁸² de ces cinq sondés favorables à l'exclusion du *in house* et de la coopération entre autorités contractantes souligne toutefois que « [l]a seconde [la coopération] mériterait d'être mieux codifiée (définition législative trompeuse au regard de la définition de la CJUE) ». Un sixième sondé⁹⁸³ indique simplement que ces exclusions sont « ok ». Les quatre autres ont en revanche une opinion plus nuancée. Deux soulignent l'existence de risques au regard soit de la transparence et de la lutte contre la corruption⁹⁸⁴, soit de l'absence de mise en concurrence résultant de ces exclusions⁹⁸⁵. Deux autres soulignent qu'ils rencontrent en pratique des difficultés pour déterminer si ces exclusions sont applicables, en particulier concernant la coopération entre autorités contractantes⁹⁸⁶. Parmi ces dix sondés, cinq se sont également prononcés sur une question plus spécifique : celle de l'identification des apports des *directives de 2014* concernant ces exclusions, notamment au regard de la sécurité juridique. Un seul⁹⁸⁷ de ces cinq sondés affirme l'absence de sécurité juridique résultant de l'absence d'obligation légale de publicité pour la passation de ces contrats, et un autre⁹⁸⁸ ne se prononce pas. Deux autres relèvent des bénéfices, respectivement pour la coopération horizontale⁹⁸⁹ et le *in house* conjoint⁹⁹⁰. Le cinquième⁹⁹¹ émet une remarque plus générale, en indiquant qu'« [e]lles [les directives de 2014] ont permis de formaliser des relations qui faisaient auparavant l'objet de conventions très light ».

Clarification inachevée. Malgré les bénéfices de la codification de ces deux exclusions, deux interviewés sur quatre mettent en exergue certaines ambiguïtés résultant des

⁹⁸⁰ « Ce sont 2 outils qui permettent aux personnes publiques de ne pas entrer en concurrence avec les opérateurs privés, qui sont souvent plus performants (en termes de tarifs, de rapidité d'exécution, délais) » (1 AC).

⁹⁸¹ « Vision pragmatique des relations entre acheteurs et entités qui sont leur prolongement » (1 AC).

⁹⁸² 1 AV.

⁹⁸³ 1 AU.

⁹⁸⁴ 1 AU.

⁹⁸⁵ 1 AC.

⁹⁸⁶ « RAS sur le premier (*in house*) et c'est très utile. Plus compliqué pour la coopération avec sans doute une tentation à se placer sur cette étiquette parfois à tort » (1 AC) ; « Nous avons récemment étudié une coopération avec un organisme public. Après plusieurs réunions, aucune des parties n'a réussi à avoir la certitude que les conditions requises étaient toutes remplies, ainsi nous avons renoncé. Nous allons donc faire un marché, avec tous les inconvénients qu'il implique (délai ; pas de négociation ; durée limitée...). Les exclusions sont relativement nombreuses, mais plusieurs d'entre elles posent des conditions qui sont difficiles à remplir avec certitude, rendant celles-ci inopérantes. Dommage » (1 AC).

⁹⁸⁷ 1 AU.

⁹⁸⁸ « Aucune idée » (1 AC).

⁹⁸⁹ 1 AU.

⁹⁹⁰ 1 AC.

⁹⁹¹ 1 AC.

directives, et six sondés⁹⁹² sur seize⁹⁹³ font état de difficultés d'identification de ces exclusions sans autre précision généralement⁹⁹⁴.

L'un des interviewés⁹⁹⁵ met en exergue une question relativement large concernant les interactions entre ces deux exclusions (en particulier le contrat *in house*) et le droit de l'UE : celle de « *l'applicabilité des principes fondamentaux du TUE, en particulier de l'obligation de transparence issue de la jurisprudence Telaustria*⁹⁹⁶ ». Il s'oppose à l'interprétation de la jurisprudence européenne⁹⁹⁷ selon laquelle l'obligation de transparence, qui « *découle de la non-discrimination et de l'égalité d'accès* », s'appliquerait au *in house*. Il souscrit à l'idée selon laquelle seul le principe de transparence, qui est un principal général du droit de l'UE recouvrant par exemple l'accès aux documents administratifs, s'applique à ces contrats. Soutenir l'inverse « *contredi[rai]t l'essence du in house, car cela revien[drai]t à exiger une “quasi-procédure adaptée”* ».

L'autre interviewé⁹⁹⁸ souligne des difficultés plus précises concernant les contrats *in house*. Il fait état de difficultés d'interprétation entre les différents textes et la jurisprudence, difficultés à l'origine de potentiels dévoiements par les autorités contractantes :

« La jurisprudence fondatrice est parfaitement justifiée, légitime. En revanche, la volonté d'encadrement important (par exemple, cumuler le in house ascendant, descendant, en latéral) fait apparaître une contradiction : le texte n'est pas suffisamment clair (exemple du contrôle analogue), mais les exigences de la Cour de justice semblent moins élevées. Ceci peut expliquer que certains pouvoirs adjudicateurs “tirent sur la corde”. »

⁹⁹² 6 AC.

⁹⁹³ 2 AU, 1 AV, et 13 AC.

⁹⁹⁴ À la question de savoir s'ils identifiaient aisément ces deux exclusions, un sondé a répondu « *Ne sais pas* » (1 AC), 9 ont répondu par la positive (1 AU, 1 AV, 7 AC), et 6 ont répondu par la négative (6 AC).

Parmi les sondés, deux autorités contractantes éprouvant des difficultés pour identifier ces exclusions développent leur réponse et soulignent des problématiques relatives à la coopération :

1) « *La notion de contrats de coopération entre autorités contractantes mériterait d'être précisés dans les contours exacts de qui est valablement dans ce cas et ce qui ne l'est pas* » ;

2) « *La coopération est parfois difficile à identifier* ».

⁹⁹⁵ 1 U.

⁹⁹⁶ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98.

⁹⁹⁷ Notamment l'interprétation de l'arrêt *Irgita* (CJUE, *Irgita*, 3 oct. 2019, aff. C-285/18). L'interviewé s'appuie en ce sens sur un arrêt antérieur de la CJCE, semblant rejeter l'application de l'obligation de transparence au « *in house* » (CJCE, 13 déc. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03).

⁹⁹⁸ 1 AV.

Cet interviewé⁹⁹⁹ estime en conséquence « *qu’une simplification du texte serait la bienvenue* » et qu’une « *doctrine européenne sur ce texte (comme celle de la DAJ en France)* » serait opportune dans l’objectif « *de rappeler le principe d’interprétation stricte de cette exception pour éviter les abus* », compte tenu du temps nécessaire à l’obtention des interprétations de la CJUE.

Synthèse. Une forme de consensus semble émerger, parmi les enquêtés, tant concernant le bien-fondé de ces deux exclusions et de leur codification au sein des directives que concernant l’existence de difficultés pratiques suscitées par les contrats *in house* majoritairement.

§II. Une exclusion perfectible : le contrat *in house*

Perception majoritairement négative du contrôle analogue. Parmi les quatre interviewés¹⁰⁰⁰ sur le critère du contrôle analogue, seul un¹⁰⁰¹ estime que ce critère est satisfaisant. Il souligne que si ce critère « *suscite toujours des difficultés, [...] la question est assez balisée* ». En conséquence, « *[s]ur le plan juridique [par contraste avec le plan politique], les précisions données par la directive sont suffisantes du point de vue de la sécurité juridique* ».

Les trois autres interviewés sur ce critère soulignent à l’inverse d’importantes difficultés. L’un d’entre eux¹⁰⁰² estime néanmoins que ces difficultés sont restreintes à certaines hypothèses :

« De prime abord, ce critère semble limpide, tout du moins dans une logique descendante. D’autres hypothèses ou logiques sont en revanche plus complexes, comme le contrôle ascendant et le contrôle conjoint. »

Il établit un lien avec « *des interprétations particulièrement larges de la part des pouvoirs adjudicateurs, qui se servent de ce critère pour contourner les règles (par exemple, certaines collectivités constituent des entités en fonction de cette exigence)* ». Il en déduit que

⁹⁹⁹ 1 AV.

¹⁰⁰⁰ 1 U, 1 AV, et 2 AC.

¹⁰⁰¹ 1 U.

¹⁰⁰² 1 AV.

des pourcentages devraient être prévus en ce qui concerne le contrôle analogue, sans proposer de pourcentages précis qui pourraient être inclus dans les futures directives européennes.

Les deux autres interviewés émettant des critiques à l'égard du critère du contrôle analogue font état de difficultés plus générales, prenant leur source dans l'appréciation du contrôle, même descendant. Ainsi, l'un d'entre eux¹⁰⁰³ met en exergue le fait que « *ce critère donne lieu à une appréciation au cas par cas via un faisceau d'indices, qui peut susciter des difficultés d'appréciation en pratique* ». L'autre¹⁰⁰⁴ regrette en premier lieu la terminologie employée, qu'il estime non appropriée : « *[l]e droit français aurait gagné à éviter une traduction littérale du terme anglais "control" en choisissant une terminologie, qui ne fasse clairement pas référence au champ lexical de la vérification, mais uniquement à celui de la maîtrise* ». Il souligne en outre que le degré de contrôle exigé n'est pas suffisamment précisé, donnant lieu à une « *application stricte* » par les Chambres régionales des comptes qui contraste avec la vision de certains selon laquelle « *le contrôle [serait] un simple check-in (approbation)* ». Ces deux interviewés¹⁰⁰⁵ ayant une perception négative du contrôle analogue de manière générale ne formulent toutefois pas de proposition pour remplacer ou préciser le critère du contrôle analogue.

Seize participants¹⁰⁰⁶ à l'enquête quantitative ont répondu à la question de savoir si le critère du contrôle analogue est opérationnel ou suscite, au contraire, des difficultés. Leurs réponses sont moins tranchées que celles des participants à l'enquête qualitative. La moitié¹⁰⁰⁷ estime que ce critère est opérationnel. Un neuvième sondé ne se prononce pas¹⁰⁰⁸, et sept autres¹⁰⁰⁹ affirment que l'application de ce critère est entravée, en raison par exemple des sens attachés au contrôle¹⁰¹⁰ – à l'instar d'un interviewé précédemment cité.

Chiffrage du critère de l'activité. Les quatre interviewés sur le contrôle analogue se sont également prononcés sur le critère de l'activité. Trois d'entre eux émettent une opinion

¹⁰⁰³ 1 AC.

¹⁰⁰⁴ 1 AC.

¹⁰⁰⁵ 2 AC.

¹⁰⁰⁶ 2 AU, 1 AV, et 13 AC.

¹⁰⁰⁷ 2 AU, 1 AV, et 5 AC.

¹⁰⁰⁸ « *Ne sais pas* » (1 AC).

¹⁰⁰⁹ 7 AC.

¹⁰¹⁰ « *Le terme contrôle peut être vu comme l'action de "vérifier" ou de "piloter" ce qui n'est pas tout à fait pareil* » (1 AC).

Les deux autres sondés ayant développé leur réponse affirment soit que « *[c]omme pour la coopération, des incertitudes demeurent quand on y recourt* » (1 AC), soit que « *[p]our être clair, l'évaluation de ce critère ne fait pas l'objet de recherches approfondies quand vient le moment de se poser la question* » (1 AC).

relativement positive à l'égard du chiffrage de l'activité réalisé par les directives, l'un¹⁰¹¹ estimant que cela « *apporte une certaine sécurité juridique par rapport au critère antérieur* », un autre¹⁰¹² que cela est « *pertinent* », et le troisième¹⁰¹³ que cela est « *utile, car il permet d'établir le lien étroit entre les deux entités concernées* ». Les rares sondés ayant une opinion sur le sujet – sept des treize sondés sur l'opportunité de ce chiffrage ayant répondu qu'ils ne savent pas¹⁰¹⁴ ou que ce chiffrage est peut-être opportun¹⁰¹⁵ – affirment y être favorables dans leur majorité¹⁰¹⁶.

Le quatrième interviewé¹⁰¹⁷ relativise l'importance de ce chiffrage, en tout cas pour une catégorie de structures françaises : les SPL, car « *l'actionnariat est à 100 % public et [la SPL] exerce pour de compte de ses actionnaires 100% de ses activités* ». Ce quatrième interviewé relève toutefois que ce chiffrage pourrait être adapté pour d'autres structures comme les associations ou les GIP, sous réserve de non-requalification en société anonyme.

La compatibilité du chiffrage avec la SPL est également mise en cause par l'un des interviewés¹⁰¹⁸, tandis qu'un autre¹⁰¹⁹ s'interroge sur le maintien ou non de la « *vocation de marché* » qui figurait dans le critère antérieur au sein de la jurisprudence de la CJUE.

Enfin, l'un des quatre interviewés¹⁰²⁰ propose d'abaisser le critère des activités de 80 % à 75 %, « *car cela n'entraînerait pas de perte de contrôle* ».

Complexification croissante : l'extension du champ d'application du *in house*. Trois interviewés parmi les six interrogés sur le *in house* font état d'une complexification de cette exclusion en raison de l'évolution du champ d'application.

Tel est le cas en premier lieu de certaines formes du *in house*, en particulier le *in house* ascendant. Un avocat souligne « *être régulièrement consulté sur ces questions* », en raison du « *degré élevé de subtilité et de complexification* » résultant notamment de la jurisprudence abondante de la CJUE sur le sujet. Il estime en conséquence que « *[c]es notions mériteraient des clarifications* » et propose pour ce faire « *de s'inspirer de la fiche de la DAJ sur le sujet* ».

¹⁰¹¹ 1 U.

¹⁰¹² 1 AV.

¹⁰¹³ 1 AC.

¹⁰¹⁴ 1 AV et 5 AC.

¹⁰¹⁵ 1 AC.

¹⁰¹⁶ Parmi les 6 sondés restants, 4 ont affirmé que ce chiffrage était opportun (1 AU et 3 AC), et seulement 2 ont indiqué l'inverse (1 AU et 1 AC).

¹⁰¹⁷ 1 AC.

¹⁰¹⁸ 1 AC.

¹⁰¹⁹ 1 U.

¹⁰²⁰ 1 AV.

La forme conjointe du *in house* est également soulignée par deux interviewés, bien qu'ils ne fassent pas de lien avec la complexification. L'un d'entre eux¹⁰²¹ est, à l'inverse, très positif concernant le *in house* conjoint, estimant qu'il s'agit d'un « *assouplissement pertinent du cadre juridique et offre des perspectives intéressantes de mutualisation et d'optimisation du contrôle entre entités publiques (par exemple, lorsqu'elles créent un GIP)* ». Un autre¹⁰²² émet également un avis positif en estimant que, bien que « *cette notion appara[isse] contradictoire [...]* elle a été régulée par la précision apportée autour du contrôle analogue conjoint (un administrateur qui représente plusieurs collectivités) ». Sept sondés¹⁰²³ étaient amenés à se prononcer sur l'extension, par les *directives de 2014*, au *in house* conjoint. Les réponses de trois d'entre eux sont difficilement exploitables, deux autorités contractantes indiquant ne pas connaître ou n'avoir jamais utilisé le *in house* conjoint, et un troisième sondé¹⁰²⁴ répondant simplement « *ok* ». Un quatrième sondé fait état d'un manque d'harmonisation entre les États membres en la matière et, corrélativement, de risques de législations internes contraires aux directives¹⁰²⁵. Dans le même sens, un cinquième sondé¹⁰²⁶ indique que cela est « *[p]eu sécurisant* », sans apporter davantage de précision. Les deux derniers sondés sur cette question en ont en revanche une perception positive¹⁰²⁷.

Il en est différemment de l'un des critères du *in house* : celui relatif à l'interdiction de la participation de capitaux de privés. Peu de participants à l'enquête quantitative – seulement quatre¹⁰²⁸ – ont répondu à la question portant sur la clarté de ce critère. Un indique ne pas savoir¹⁰²⁹, un autre répond uniquement « *ok* »¹⁰³⁰, un troisième¹⁰³¹ que ce critère est peu clair, et le dernier¹⁰³² – à l'inverse – qu'il est parfaitement clair. Le seul interviewé sur ce sujet¹⁰³³ estime que ce critère manque de clarté et « *est un peu excessif* ». Il met en exergue les questions

¹⁰²¹ 1 AC.

¹⁰²² 1 U.

¹⁰²³ 2 AU, 1 AV, et 4 AC.

¹⁰²⁴ 1 AU.

¹⁰²⁵ « *Peu exigeante, il faudra élaborer une législation qui impose l'harmonie des contrats à tous les états et ne permette pas une réglementation interne qui va souvent à l'encontre des principes de la directive* » (Notre traduction) (1 AU). Texte original : « *Pouco exigente, será necessária a compilação de uma legislação que imponha a harmonia da contratação para todos os estados não permitindo a regulamentação interna que muitas vezes vai contra os princípios da diretiva* ».

¹⁰²⁶ 1 AC.

¹⁰²⁷ L'un indique que cela est « *[p]ertinent* » (1 AU), l'autre que cela « *[p]ermet aux entités sous représentées dans les instances délibératives d'accéder au dispositif* » (1 AC).

¹⁰²⁸ 1 AU, 1 AV, et 2 AC.

¹⁰²⁹ 1 AC.

¹⁰³⁰ 1 AU.

¹⁰³¹ 1 AC.

¹⁰³² 1 AV.

¹⁰³³ 1 U.

complexes que cela suscite pour les SPL constituées sous forme de sociétés anonymes, qui pourraient être exclues du *in house* pour participation de capitaux privés alors que leurs actionnaires sont des personnes publiques. Un autre interviewé¹⁰³⁴ confirme, au-delà du critère d'interdiction de la participation de capitaux privés, les nombreuses interrogations concernant l'exercice du contrôle analogue par des élus dans l'hypothèse d'une SPL, situation dans laquelle « [l]e droit semble inachevé [...], car il rend possibles des conditions potentiellement favorables à ce que soit soulevé un risque de conflit d'intérêts, du fait du cumul des charges et des représentations ».

L'extension du champ d'application du *in house* ne fait toutefois pas consensus. Ainsi, un interviewé¹⁰³⁵ se place en faveur du maintien de cette exclusion et propose surtout de l'étendre afin qu'elle s'applique aux sociétés concessionnaires. À l'inverse, concernant la restriction du *in house*, l'un des interviewés¹⁰³⁶ se prononce contre un encadrement supplémentaire au niveau européen de la faculté d'ajouter des conditions supplémentaires au niveau national (donc contre un encadrement européen de la restriction du *in house*). Cette position s'explique notamment par la jurisprudence de la CJUE sur le sujet, qui a déjà répondu favorablement aux conditions nationales supplémentaires afin de restreindre le *in house*. L'encadrer davantage s'avère donc « *d'avantage politique que juridique, selon que l'on est favorable à plus ou moins d'intervention publique* »¹⁰³⁷. Cette position n'est pas foncièrement contredite par l'enquête quantitative. En effet, parmi les treize sondés¹⁰³⁸ ayant répondu à la question de savoir s'il faudrait davantage encadrer le *in house* au regard de conditions nationales supplémentaires ou des exigences de transparence, six ne se prononcent pas réellement¹⁰³⁹, trois¹⁰⁴⁰ sont favorables à des précisions supplémentaires dans les directives, et quatre¹⁰⁴¹ y sont, au contraire, opposés.

Articulation avec le droit des aides d'État. Les trois interviewés sur les interactions entre le *in house* et le droit des aides d'État soulignent l'importance de cette question¹⁰⁴², qui est même qualifiée par l'un d'entre eux de « *réellement problématique* »¹⁰⁴³.

¹⁰³⁴ 1 AC.

¹⁰³⁵ 1 OE.

¹⁰³⁶ 1 U.

¹⁰³⁷ 1 U.

¹⁰³⁸ 2 AU, 1 AV, et 10 AC.

¹⁰³⁹ Quatre indiquent qu'ils ne savent pas (4 AC) et deux autres répondent « *peut-être* » (1 AU et 1 AC).

¹⁰⁴⁰ 3 AC.

¹⁰⁴¹ 1 AU, 1 AV, et 2 AC.

¹⁰⁴² 1 U et 2 AC.

¹⁰⁴³ 1 AC.

Les perceptions de ces trois interviewés et les éléments de réponse avancés sont toutefois différents.

L'un d'entre eux¹⁰⁴⁴ estime que « *la qualification d'aide d'État est clairement un enjeu* », car l'absence de mise en concurrence pourrait conduire à cette qualification :

« [...] *la Cour estime que le respect des procédures formalisées de passation des MP conduisant au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse permet de présumer l'exclusion d'un avantage exorbitant et donc la qualification d'aide d'État (TPICE, 5 août 2003, aff. T-116/01 et T-118/01, P & O European Ferries e. a. c/ Commission, pt 118 ; Trib. UE, 13 mai 2020, aff. T-607/17, Volotea SA c/ Commission, pt 134)* ». A contrario, *eu égard à l'absence de concurrence en matière de in house, la qualification d'aide d'État est clairement un enjeu [...].* »

Cet interviewé souligne toutefois que l'éventuelle qualification d'aide d'État n'est pas nécessairement problématique, puisqu'il existe des exceptions à l'interdiction des aides d'État. Il s'oppose à ce titre à la proposition de prévoir une dérogation au droit des aides d'État qui serait dédiée au *in house* : « *ce serait donner un blanc-seing à la collectivité publique, ce qui n'est pas souhaitable* ».

Un autre interviewé¹⁰⁴⁵ est plus nuancé sur l'articulation du droit des aides d'État et du *in house*, estimant qu'il existe de réelles questions demeurant en suspens. Il souligne à cet égard deux éléments principaux. Tout d'abord, « *la question de savoir comment le candidat peut tarifier ses prestations au prix juste, sans que le financement public qu'il perçoit par ailleurs ne constitue un avantage* ». Ensuite, il y a un risque de paiements multiples « *pour rémunérer le même service et/ou pour couvrir les mêmes charges (en adhérant et/ou entrant au capital, en soutenant financièrement la structure, en payant des prestations, en mettant à disposition des moyens, etc.), ce qui appelle à la vigilance* ».

Le troisième interviewé¹⁰⁴⁶ souligne que le *in house* pourrait constituer une aide d'État (par les apports en capitaux), mais estime qu'il existe une solution : « *[t]out dépend de l'influence de l'entité in house sur le marché concurrentiel. Il faudrait limiter le in house dans*

¹⁰⁴⁴ 1 U.

¹⁰⁴⁵ 1 AC.

¹⁰⁴⁶ 1 AC.

son activité, d'où l'intérêt de chiffrer l'activité pour les autorités contractantes, pour éviter l'influence des aides d'État sur le marché unique européen ».

Les résultats de l'enquête quantitative sont en revanche moins contrastés. Aucun des treize sondés¹⁰⁴⁷ ne répond positivement à la question de savoir si l'articulation entre le *in house* et le droit des aides d'État est claire – sept participants¹⁰⁴⁸ répondant négativement, et les six autres¹⁰⁴⁹ indiquant ne pas savoir.

Synthèse. Les éléments demeurant ambigus ainsi que l'ampleur des difficultés rencontrées en ce qui concerne le *in house* ne sont pas pleinement consensuels au sein des interviewés sur ce sujet. Il est toutefois possible de déduire des résultats des enquêtes qualitative et quantitative l'existence d'une perception commune : l'exclusion du *in house* est opportune, mais gagnerait de manière générale à être davantage clarifiée dans ses critères et ses conséquences à l'égard d'autres normes (comme le droit des aides d'État ou les règles applicables à certaines structures françaises comme les SPL).

§III. Une exclusion n'appelant pas de modification significative : le contrat de coopération entre autorités contractantes

Perception de la coopération. Quatre sondés¹⁰⁵⁰ ont indiqué leur interprétation de la notion de coopération, dont les caractéristiques et éléments exigés pour l'application de cette exclusion. Deux d'entre eux donnent des réponses générales, l'un¹⁰⁵¹ indiquant que la coopération est « [r]estricitive au regard de la jurisprudence communautaire [et qu'elle repose sur des] [b]énéfices mutuels entre les cocontractants », l'autre¹⁰⁵² que « [l]a coopération suppose l'exercice du service public par les parties de manière directe ». Les deux

¹⁰⁴⁷ 2 AU, 1 AV, et 10 AC.

¹⁰⁴⁸ 2 AU et 5 AC.

¹⁰⁴⁹ 1 AV et 5 AC.

¹⁰⁵⁰ 1 AV et 3 AC.

Un cinquième participant à l'enquête quantitative a également répondu, mais sa réponse n'est pas comptabilisée car la question a *a priori* été mal comprise, le participant répondant que la coopération entre autorités contractantes est « [l]e fait que le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique réalise vraiment quelque chose en commun avec un apport commun » (1 AU).

¹⁰⁵¹ 1 AV.

¹⁰⁵² 1 AC.

autres participants ayant répondu à cette question reproduisent en revanche les trois conditions contenues dans les *directives de 2014*, tout en mettant en exergue certaines ambiguïtés¹⁰⁵³.

Nécessité relative de codifier les précisions jurisprudentielles.

Quatorze¹⁰⁵⁴ participants à l'enquête quantitative ont répondu à une question concernant les indications supplémentaires issues de la jurisprudence européenne – à savoir, l'exigence d'une coopération effective dont l'existence d'obligations réciproques entre les autorités contractantes. Plus précisément, les sondés étaient amenés à déterminer s'ils étaient ou non favorables à la codification de cette jurisprudence. Seul un¹⁰⁵⁵ est opposé à cette codification, quatre¹⁰⁵⁶ indiquant ne pas savoir, trois¹⁰⁵⁷ être « *mitigé[s]* », et six y être favorables¹⁰⁵⁸. Parmi les trois participants ayant une réponse équivoque (ayant répondu « *mitigé* »), deux d'entre eux relativisent l'intérêt de la codification en raison de la force juridique équivalente des textes et de la jurisprudence.

Synthèse. Les quelques réponses obtenues dans le cadre de l'enquête quantitative semblent révéler que des précisions supplémentaires pourraient être apportées concernant le critère de l'activité, mais que la codification de la jurisprudence européenne relative à la coopération n'est pas nécessairement opportune, d'autant qu'elle n'apporte pas de précision sur ce critère.

¹⁰⁵³ Selon une autorité contractante : « 1/ Le contrat doit établir ou mettre en œuvre une coopération entre les acheteurs publics participants visant à garantir que les services publics à fournir sont réalisés dans le but d'atteindre leurs objectifs communs ;

2/ La mise en œuvre de cette coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public ;

3/ Les activités menées sur le marché extérieur à la coopération doit être strictement limité: les acheteurs publics participants doivent réaliser moins de 20 % des activités concernées par la coopération sur le marché concurrentiel. A noter que le 1er critère est particulièrement vague. Tel qu'il est écrit, il pourrait signifier que nous serions en présence de 2 acheteurs en situation de concurrence sur un thème déterminé, qui s'allieraient pour réaliser leur objectif. C'est tout de même curieux ».

Selon une autre autorité contractante : « 3 conditions :

1/ Le contrat doit établir ou mettre en œuvre une coopération entre les acheteurs publics participants visant à garantir que les services publics à fournir sont réalisés dans le but d'atteindre leurs objectifs communs

2/ La mise en œuvre de cette coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public

3/ Les activités menées sur le marché extérieur à la coopération doit être strictement limité: les acheteurs publics participants doivent réaliser moins de 20 % des activités concernées par la coopération sur le marché concurrentiel. La notion de coopération reste assez floue, mais semble indiquer qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les membres.

Parmi les 3 critères, "Les activités menées sur le marché extérieur à la coopération..." n'est pas parlant. Et, la coopération "dans le but d'atteindre leurs objectifs communs" réduit considérablement les possibilités d'y recourir ».

¹⁰⁵⁴ 1 AU, 1 AV, et 12 AC.

¹⁰⁵⁵ 1 AC.

¹⁰⁵⁶ 4 AC.

¹⁰⁵⁷ 3 AC.

¹⁰⁵⁸ 1 AU, 1 AV, et 4 AC.

AXE 2 : LA CONCURRENCE

Objectif des enquêtes. Pour appréhender les problématiques posées par l'objectif de mise en concurrence que réitèrent les *directives Concessions et Marchés*, les enquêtés étaient interrogés sur les procédures de passation (**thématique n° 4**) et / ou sur le choix du cocontractant (**thématique n° 5**).

THÉMATIQUE N° 4 : LES PROCÉDURES DE PASSATION

Déroulement des enquêtes. Les onze enquêtés¹⁰⁵⁹ et les trente-huit sondés¹⁰⁶⁰ ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur le rapprochement des règles applicables aux concessions et aux marchés publics (§I.), ou sur les différentes procédures applicables aux marchés publics – à savoir, le choix de la procédure (§II.), l'ouverture à la négociation (§III.), ou encore les marchés « de gré à gré » (§IV.).

§I. Le rapprochement adéquat des règles de passation applicables aux concessions et aux marchés publics

Équilibre satisfaisant entre sécurité juridique et maintien de la spécificité des concessions. Les deux interviewés¹⁰⁶¹ sur les objectifs de la directive *Concessions* – à savoir, d'une part la simplification et la sécurité juridique en général et, d'autre part, le maintien de la spécificité des concessions – soulignent que ces objectifs semblent en grande partie atteints.

L'un des interviewés¹⁰⁶² estime que ces objectifs « *sont atteints dans l'ensemble* », notamment en raison des « *apports importants de la jurisprudence de la CJUE sur le sujet, qui*

¹⁰⁵⁹ 2 AV, 3 AC, et 6 OE.

¹⁰⁶⁰ 3 AU, 2 OE, et 33 AC.

¹⁰⁶¹ 1 AV et 1 OE.

¹⁰⁶² 1 AV.

semble d'ailleurs plutôt bien appréhendée par le Conseil et par la jurisprudence (lato sensu, par les décisions et avis) de l'Autorité de la concurrence ».

L'autre interviewé¹⁰⁶³ est davantage réservé, l'un des deux objectifs (le maintien de la spécificité des concessions) étant davantage réalisé que l'autre (la sécurité juridique) :

« [...] la spécificité des concessions est préservée eu égard à la souplesse qui gouverne la passation de ces contrats. En revanche, les juristes éprouvent une certaine difficulté face à la marge de manœuvre laissée par les textes. Pour atteindre une forme de sécurité juridique en matière de concessions, ils s'inspirent des règles applicables aux marchés publics. Il y a donc un paradoxe entre le principe de souplesse et la pratique ».

Ce deuxième interviewé¹⁰⁶⁴ souligne dans le même sens que le rapprochement entre les règles applicables à la passation des concessions et celles applicables aux marchés publics *« est un choix par défaut, car les règles et la jurisprudence sont beaucoup plus fournies en matière de marchés publics ».*

Ceci pourrait expliquer que, parmi les douze sondés¹⁰⁶⁵ ayant donné leur avis concernant la réalisation des objectifs de la directive *Concessions*¹⁰⁶⁶, quatre¹⁰⁶⁷ aient indiqué que ces objectifs leur semblaient atteints, et cinq¹⁰⁶⁸ aient donné une réponse plus nuancée – notamment un indiquant que l'objectif de maintien de la spécificité des concessions semble réalisé, mais pas nécessairement ceux tenant à la simplification et à la sécurité juridique¹⁰⁶⁹. Seuls trois participants¹⁰⁷⁰ – soit un quart des sondés – répondent que ces objectifs ne leur semblent pas atteints, sans donner d'autres indications.

Intérêt limité d'un rapprochement des règles marchés -concessions. Dans la continuité de la spécificité des concessions, trois interviewés¹⁰⁷¹ se sont prononcés sur l'opportunité d'harmoniser encore davantage les règles de passation entre les marchés publics et les concessions. Les éléments de réponse tendent vers le maintien des règles existantes, faute

¹⁰⁶³ 1 OE.

¹⁰⁶⁴ 1 OE.

¹⁰⁶⁵ 3 AU, 1 OE, et 8 AC.

¹⁰⁶⁶ 24 sondés ont répondu à cette question, mais la moitié ont indiqué ne pas savoir (12 AC).

¹⁰⁶⁷ 2 AU et 2 AC.

¹⁰⁶⁸ 1 AU et 4 AC.

¹⁰⁶⁹ *« oui pour la spécificité des concessions... par contre la simplification et la sécurité juridique [ne sont] pas nécessairement atteinte[s] »* (1 AC).

¹⁰⁷⁰ 1 OE et 2 AC.

¹⁰⁷¹ 1 AV et 2 OE.

de réelle opportunité d'un rapprochement supplémentaire des règles de passation applicables à ces deux catégories de contrats.

Un premier¹⁰⁷² souligne ne pas avoir d'opinion tranchée quant à l'opportunité d'une harmonisation supplémentaire, qui serait réalisée par la généralisation de la négociation au sein de la procédure de passation des marchés publics.

Un deuxième interviewé¹⁰⁷³ semble estimer qu'un rapprochement supplémentaire des règles entre les concessions et les marchés ne serait pas opportun, en soulignant qu'« [i]/ est important de conserver la typicité des concessions et des règles qui s'y appliquent ». Il affirme à ce titre, concernant l'importance de l'*intuitu personae* au sein des concessions, qu'il existe un « déséquilibre évident sur la négociation entre concessions et marchés publics ». Il estime en revanche que le calcul de la valeur des concessions fait l'objet d'une harmonisation inopportune avec celle des marchés, alors que « la logique n'est pas la même ». Il regrette ainsi la terminologie employée concernant le calcul de la valeur des concessions, préférant l'expression « discontinuous value » plutôt que celle, utilisée dans la directive *Concessions*, d'« updated value ».

Le troisième et dernier interviewé¹⁰⁷⁴ s'est uniquement prononcé sur l'opportunité d'introduire une technique d'achat des marchés publics – l'accord-cadre – au sein des concessions. Il ne décèle pas de réel intérêt : ce dernier semble « limité en pratique, l'objet et le montant de la concession se prêtant mal à l'accord-cadre ». Dans le même sens, la majorité des vingt-huit¹⁰⁷⁵ participants à l'enquête quantitative sur cette question ne semble pas favorable à un rapprochement des marchés publics et concessions par l'extension de l'accord-cadre à ces dernières. Seuls quatre¹⁰⁷⁶ sondés s'y déclarent favorables, tandis que sept¹⁰⁷⁷ s'y opposent – dont l'un pour des raisons similaires à celles mentionnées ci-dessus par l'un des interviewés¹⁰⁷⁸. Les autres sondés déclarent ne pas savoir¹⁰⁷⁹, ou avoir un avis mitigé¹⁰⁸⁰, sans davantage de précision.

¹⁰⁷² 1 AV.

¹⁰⁷³ 1 OE.

¹⁰⁷⁴ 1 OE.

¹⁰⁷⁵ 2 AU, 1 OE, et 25 AC.

¹⁰⁷⁶ 4 AC.

¹⁰⁷⁷ 1 AU, 1 OE, et 5 AC.

¹⁰⁷⁸ « L'accord-cadre se prête à des achats incertains dans leurs quantités, leur valeur ou la survenance du besoin. La concession est plus cadrée » (1 AC).

¹⁰⁷⁹ 1 AU et 13 AC.

¹⁰⁸⁰ 3 AC.

Les participants à l'enquête quantitative se sont également prononcés à la fois sur l'opportunité et sur la nature suffisante du rapprochement des règles applicables aux marchés et aux concessions. Les réponses données semblent indiquer qu'un rapprochement supplémentaire devrait être opéré, bien que certaines réponses doivent probablement être nuancées, car contradictoires. En effet, la majorité des sondés indique que le rapprochement n'est pas opportun (vingt-trois¹⁰⁸¹ sondés sur trente-huit¹⁰⁸²), mais qu'il est également insuffisant (trente-et-un¹⁰⁸³ sondés sur trente-huit¹⁰⁸⁴). Or, indiquer qu'il est insuffisant implique que le rapprochement est nécessairement opportun, mais qu'il devrait être renforcé, créant ainsi des doutes quant à l'interprétation de ces réponses.

Concernant plus précisément l'équilibre entre l'*intuitu personae* et la concurrence au stade de la passation des concessions, la majorité des sondés ayant donné une réponse tranchée¹⁰⁸⁵ – soit dix¹⁰⁸⁶ sur seize¹⁰⁸⁷ sondés – estime que cet équilibre est satisfaisant. Seul un¹⁰⁸⁸ participant à l'enquête quantitative répond négativement, en partie rejoint par cinq¹⁰⁸⁹ sondés ayant un avis mitigé. Deux de ces sondés – le seul ayant donné une réponse négative et un ayant un avis partagé – font état de la même difficulté : celle de maintenir l'*intuitu personae* en présence de critères d'attribution¹⁰⁹⁰.

Synthèse. Il ne semble pas opportun de modifier les similitudes et différences actuelles entre les règles de passation des concessions et celles des marchés publics.

§II. Le choix relativement aisé de la procédure dans les marchés publics

Difficultés relatives d'identification de la procédure appropriée. Les cinq interviewés sur cette question – deux avocats, et trois autorités contractantes – soulignent l'absence de difficulté des autorités contractantes en général pour identifier la procédure

¹⁰⁸¹ 2 AU, 2 OE, et 19 AC.

¹⁰⁸² 3 AU, 2 OE, et 33 AC.

¹⁰⁸³ 3 AU, 2 OE, et 26 AC.

¹⁰⁸⁴ 3 AU, 2 OE, et 33 AC.

¹⁰⁸⁵ Cette question a donné lieu à 26 réponses dont 10 indiquant « *Ne sais pas* » (10 AC).

¹⁰⁸⁶ 2 AU et 8 AC.

¹⁰⁸⁷ 3 AU, 1 OE, et 12 AC.

¹⁰⁸⁸ 1 AC.

¹⁰⁸⁹ 1 AU, 1 OE, et 3 AC.

¹⁰⁹⁰ Une autorité contractante indique : « *dès l'instant où l'attribution se fait à partir de critères, la notion d'intuitu personae me paraît caduque* ». Une autre autorité contractante souligne que « *[c]ette notion d'intuitu personae est difficile à manier, et il n'est pas toujours facile de faire coïncider cette notion avec les critères...* ».

adaptée. L'un d'entre eux¹⁰⁹¹ estime que ceci résulte d'une bonne définition des règles de passation, « *permettant de voir aisément la différence entre ces procédures dans l'ensemble* », tandis qu'un autre¹⁰⁹² affirme que ceci résulte de sa qualité d'entité adjudicatrice – qui permet de recourir aisément à la procédure négociée puisqu'il s'agit de la procédure de droit commun, qu'il mobilise dans 99 % des cas. Ces résultats sont confortés par l'enquête quantitative, vingt-et-un¹⁰⁹³ sondés sur trente-quatre¹⁰⁹⁴ indiquant identifier aisément la procédure la plus appropriée pour un marché public. Seuls trois¹⁰⁹⁵ participants à l'enquête quantitative ont indiqué l'inverse, et dix¹⁰⁹⁶ ont répondu « *mitigé* » – les facilités d'identification variant, selon l'un d'entre eux, en fonction de l'objet du contrat¹⁰⁹⁷.

Seuls deux interviewés¹⁰⁹⁸ affirment rencontrer des difficultés ponctuelles, dans deux cas de figure qui semblent converger. La première hypothèse identifiée est celle dans laquelle l'autorité contractante souhaite mobiliser une procédure inhabituelle, peu usitée, c'est-à-dire lorsqu'elle « *sort des sentiers battus* » en donnant l'exemple des catalogues électroniques qui ne sont jamais mis en œuvre à la connaissance de cet interviewé. La seconde hypothèse est celle dans laquelle l'autorité contractante envisage une procédure autre que celle de droit commun et, plus précisément, quand une entité adjudicatrice souhaite identifier la procédure la plus appropriée en dehors de la procédure négociée. Ceci explique que cette autorité contractante recourt systématiquement à la procédure négociée.

Les difficultés ponctuelles d'identification de la procédure adaptée pourraient susciter des risques juridiques. Seuls les participants à l'enquête quantitative ont été amenés à se prononcer sur l'existence, d'après leur expérience, d'importants risques juridiques associés au choix de la procédure. Les réponses données par les sondés sont contrastées : près de la moitié – soit seize¹⁰⁹⁹ sondés sur trente-quatre¹¹⁰⁰ – indique l'existence d'importants risques juridiques en la matière, huit¹¹⁰¹ répondent l'inverse, et dix¹¹⁰² indiquent « *mitigé* ». Trois des

¹⁰⁹¹ 1 AV.

¹⁰⁹² 1 AC.

¹⁰⁹³ 2 AU, 1 OE, et 18 AC.

¹⁰⁹⁴ 3 AU, 2 OE, et 29 AC.

¹⁰⁹⁵ 3 AC.

¹⁰⁹⁶ 1 AU, 1 OE, et 8 AC.

¹⁰⁹⁷ Une autorité contractante affirme que « *cela dépend fortement de l'objet du contrat des fois c'est évident, parfois des questions se posent* ».

¹⁰⁹⁸ 2 AC.

¹⁰⁹⁹ 1 OE et 15 AC.

¹¹⁰⁰ 3 AU, 2 OE, et 29 AC.

¹¹⁰¹ 1 AU, 1 OE, et 6 AC.

¹¹⁰² 2 AU et 8 AC.

sondés ayant répondu que ce choix générerait des risques apportent toutefois des précisions : ceci résulterait de l'appréciation stricte par le juge des conditions de recours aux procédures¹¹⁰³.

Maintien opportun de la procédure concurrentielle avec négociation et du dialogue compétitif. Trois interviewés¹¹⁰⁴ se sont prononcés sur la comparaison entre la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif. Plus précisément, ils ont été interrogés sur l'opportunité de maintenir ces deux procédures, dont les motifs de recours sont désormais uniformisés et dont les règles présentent des points communs. Ils sont tous trois favorables au maintien de ces deux procédures, car « *elles n'ont pas les mêmes finalités ni le même esprit* »¹¹⁰⁵, « *elles ont des logiques différentes* »¹¹⁰⁶. En effet, « *le dialogue compétitif permet [...] un échange sur le besoin, contrairement à la procédure concurrentielle avec négociation* »¹¹⁰⁷. Il est souligné de manière plus générale que le dialogue compétitif « *est très lourd, mais [...] permet de coconstruire entre les opérateurs économiques et l'autorité contractante des stipulations quasiment de A à Z dans le respect de l'égalité de traitement et de la confidentialité* »¹¹⁰⁸. Ceci explique que ce dispositif s'avère adéquat dans certains cas de figure seulement – à savoir, « *les projets très ambitieux* »¹¹⁰⁹. À l'inverse, « *[l]e recours à la négociation est [...] utile pour les projets qui nécessitent qu'on discute des modalités techniques et contractuelles sans avoir à coconstruire le projet* »¹¹¹⁰. Il en résulte que « *[c]ette coexistence de deux procédures est donc adaptée à des besoins différents* »¹¹¹¹.

¹¹⁰³ Une autorité contractante indique que « *[l]e juge a parfois une vision a priori plus exigeante que ce qu'implique le texte* ».

Une autre autorité contractante affirme que « *[l]e recours à une procédure avec négociation a fait l'objet d'un contentieux. Le juge a estimé que le recours n'était pas justifié alors que nous avons invoqué 3 cas pour justifier la procédure. Le juge a considéré qu'un cas n'était pas rempli et a prononcé l'annulation de la procédure* ».

Une troisième autorité contractante souligne : « *[d]ans un acte d'achat il est toujours plus pertinent de pouvoir négocier avec les candidats que d'attribuer un marché sans discussion et sans pouvoir rattraper certaines erreurs des candidats ce qui serait pourtant gage de loyauté dans les relations... Ceci est cependant peu[...] admis par le Code et la jurisprudence qui [sont] très restrictives sur le recours aux procédures avec négociation [nous soulignons]. Certaines procédures sont donc fragiles juridiquement. Les achats alimentaires qui nécessitent des discussions et des adaptations des deux parties précises sur les volumes, la saisonnalité, l'équilibre carcasse, les modalités de conditionnement doivent se faire uniquement sur la base d'une offre. Les achats d'équipements industriels complexes ou les candidats proposent des solutions différentes également. Tout le système repose sur l'idée absurde que l'acheteur public est omniscient et à une connaissance parfaite de toutes les solutions techniques et peut donc attribuer un marché sans discussion avec les professionnels du secteur sur la base, souvent, de mémoire technique types purement commerciaux* ».

¹¹⁰⁴ 1 AC et 2 OE.

¹¹⁰⁵ 1 OE.

¹¹⁰⁶ 1 OE.

¹¹⁰⁷ 1 AC.

¹¹⁰⁸ 1 OE.

¹¹⁰⁹ 1 OE.

¹¹¹⁰ 1 OE.

¹¹¹¹ 1 OE.

Les résultats de l'enquête quantitative confortent en partie ceux de l'enquête qualitative. Interrogés sur la question de savoir si l'existence de la procédure concurrentielle avec négociation et du dialogue compétitif est nécessaire ou constitue une entrave au choix de la procédure, seuls sept¹¹¹² sondés sur trente-trois¹¹¹³ indiquent que cela constitue une entrave¹¹¹⁴, tandis que quatorze¹¹¹⁵ estiment que l'existence des deux procédures est nécessaire. Les autres sondés indiquent ne pas savoir¹¹¹⁶, avoir un avis mitigé¹¹¹⁷, ou « *autre* »¹¹¹⁸. Comme pour les interviewés, certains sondés développent leur réponse en indiquant les différences entre les deux procédures qui facilitent leur distinction et génèrent leur complémentarité¹¹¹⁹.

¹¹¹² 1 OE et 6 AC.

¹¹¹³ 3 AU, 2 OE, et 28 AC.

¹¹¹⁴ Un seul de ces sept sondés développe en indiquant les motifs de sa réponse : « *il y a des différences entre les deux sur la définition du besoin initial mais définir les limites de la négociation est toujours complexe donc je pense opportun de fusionner les deux* » (1 AC).

¹¹¹⁵ 2 AU, 1 OE, et 11 AC.

¹¹¹⁶ 1 AC.

¹¹¹⁷ 1 AU et 7 AC.

Une autorité contractante ayant répondu « *mitigé* » estime que certaines limites pourraient être levées par la fusion des deux procédures : « *[o]n ne peut malheureusement pas négocier l'offre remise après clôture de la phase de dialogue compétitif et c'est dommage. Il pourrait être intéressant de fondre les deux avec une marge de manœuvre pour l'acheteur d'organiser le processus dialogue préalable/négociation* ».

Une autre autorité contractante ayant donné la même réponse plaide pour une homogénéisation des deux procédures : « *[l]'objectif de ces deux procédures est différent. Le dialogue compétitif nécessite des particularités par rapport à la procédure avec négociation (procédure plus longue, phase de mise au point impérative...). Mais une homogénéité pourrait être intéressante afin de simplifier* ».

¹¹¹⁸ 3 AC.

Parmi ces trois autorités contractantes, l'une indique : « *le dialogue compétitif semble plus intéressant que la procédure concurrentielle qui se limite à la négociation...* ».

Une autre souligne que « *[l]a procédure avec négociation reste peu utilisée car beaucoup trop longue du fait des phases candidatures et offres distinctes, auxquelles s'ajoute la phase de négociation. Il faudra une procédure avec négociation avec les mêmes délais que l'appel d'offres* ».

¹¹¹⁹ Une autorité contractante affirme : « *[l]e dialogue compétitif concerne les besoins non définis précisément par l'acheteur. C'est donc une démarche spécifique qui justifie à mon sens une procédure spécifique* ».

Une deuxième autorité contractante souligne : « *[l]es procédures n'ont pas le même objectif opérationnel : - L'intérêt principal (voire, unique) de la PCN [procédure concurrentielle avec négociation] est que les offres peuvent être négociées.*

- *Le dialogue vise à affiner, avec les candidats, au fur et à mesure du dialogue un besoin qui figure dans un programme fonctionnel*

En PCN, un CCTP [cahier des clauses techniques particulières] est déterminé au départ. En dialogue, le CCTP est élaboré au fur et à mesure du dialogue en fonction des propositions des candidats. »

Une troisième autorité contractante indique : « *[l]e projet n'a pas à être aussi abouti en dialogue compétitif d'où l'intérêt de cette procédure* ».

Une quatrième autorité contractante indique que l'existence des deux procédures est nécessaire, « *le dialogue compétitif permettant d'affiner son besoin en allant plus loin que dans la procédure avec négociation* ».

Une cinquième autorité contractante affirme que « *[l]es motifs et les règles sont les mêmes, mais leur utilité est différente. Un dialogue avec les prestataires pour finaliser un cahier des charges n'équivaut pas à une négociation sur les offres en procédure concurrentielle* ».

Une sixième autorité contractante nuance légèrement la distinction en pratique, malgré des objectifs différents des procédures : « *[e]n PN [procédure négociée] on négocie (induisant le dialogue) En DC [dialogue compétitif] on dialogue (induisant la négociation) L'utilisation du DC est parfois dévoyée pour masquer un manque de définition du besoin* ».

Manque d'adéquation ponctuel entre l'objectif poursuivi et la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif. La perception positive de l'existence de ces deux procédures ne signifie pas que ces outils soient dénués d'entrave ou d'inconvénient en pratique. Deux interviewés¹¹²⁰ font à cet égard état de difficultés.

La première tient à la démarche de l'autorité contractante lorsqu'elle mobilise l'une de ces deux procédures : *« les maîtres d'ouvrage n'utilisent pas nécessairement la bonne procédure par rapport à la maturité de leur besoin ou adoptent une approche manquant de cohérence (exemple : utiliser le dialogue compétitif, mais interdire les variantes) »*¹¹²¹.

La seconde tient à la confusion marginale de certaines autorités contractantes entre ces deux procédures, qui contraste avec la bonne identification en général de la procédure appropriée pour un marché public :

*« Des difficultés apparaissent en pratique, certaines collectivités souhaitant par exemple mobiliser le dialogue compétitif pour recourir à la négociation, alors que cette procédure est destinée à affiner les spécifications techniques pour parvenir à une offre convenable »*¹¹²².

Cet avocat en déduit que *« des précisions supplémentaires seraient nécessaires concernant le dialogue compétitif et la procédure concurrentielle avec négociation »*. Il n'indique toutefois pas le contenu ou l'orientation de telles précisions.

Clarté limitée des motifs de recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif. Seuls les participants à l'enquête quantitative ont répondu à une question portant sur la clarté des motifs de recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif. Sur les trente-trois sondés¹¹²³, un peu plus d'un tiers – soit quatorze sondés¹¹²⁴ – affirment que ces motifs ne leur semblent pas clairs, l'un d'entre eux précisant toutefois que cela dépend des critères¹¹²⁵. Neuf sondés¹¹²⁶

¹¹²⁰ 1 OE et 1 AV.

¹¹²¹ 1 OE.

¹¹²² 1 AV.

¹¹²³ 3 AU, 2 OE, et 28 AC.

¹¹²⁴ 2 OE et 12 AC.

¹¹²⁵ *« non ce n'est pas clair mais cela dépend des critères, l'exemple pris [exemple donné dans la question : les "circonstances particulières liées à [l]a nature [du contrat], à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent"] ne l'est pas mais d'autres critères le sont (ex : prestas de conception ou sur échec aoo) »* (1 AC).

¹¹²⁶ 9 AC.

répondent « *mitigé* » en donnant, pour cinq d’entre eux¹¹²⁷, des éléments complémentaires. Ainsi, l’un souligne la généralité trop élevée des termes employés pour ces motifs¹¹²⁸, trois autres reconnaissent l’ambiguïté du motif donné en exemple dans la question¹¹²⁹ – celui des « *circonstances particulières liées à [l]a nature [du contrat], à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s’y attachent* » –, et le cinquième propose « *[l]e recours à un barème d’évaluation [pour faciliter] la prise de décision* » sans autre précision. Si un autre sondé¹¹³⁰ indique ne pas savoir si ces motifs sont clairs, neuf autres participants à l’enquête quantitative¹¹³¹ – soit près d’un tiers des participants – estiment, à l’inverse des précédents sondés, que ces motifs ne sont pas ambigus. L’un d’entre eux explique sa réponse par l’adaptabilité – bénéfique – de ces motifs qui peuvent faire l’objet d’un contrôle par le juge¹¹³².

Synthèse. Le choix de la procédure dans le cadre d’un marché public ne suscite pas de difficulté importante *a priori*, et les procédures « disponibles » semblent complémentaires. Des entraves peuvent toutefois apparaître en raison de la nature de l’autorité contractante, qui peut l’amener à fortement privilégier la procédure de droit commun qui lui est applicable (en ce qui concerne les entités adjudicatrices), ou en raison d’une confusion, plus rare, entre deux procédures – à savoir, la procédure concurrentielle avec la négociation et le dialogue compétitif – ou encore compte tenu du manque de clarté de certains motifs de recours à ces deux procédures.

§III. L’ouverture infructueuse de la négociation dans les procédures applicables aux marchés publics

Perception positive de la négociation. Six des dix interviewés sur la négociation au sein des marchés publics – deux autorités contractantes et quatre opérateurs économiques – indiquent implicitement en avoir une perception positive. Les quatre autres interviewés – un avocat, une autorité contractante, et deux opérateurs économiques – ne font pas état d’une

¹¹²⁷ 5 AC.

¹¹²⁸ 1 AC.

¹¹²⁹ Selon une autorité contractante, « *[l]e cas cité en exemple est le cas le plus difficile à invoquer* ».

Selon une autre autorité contractante, « *[t]ypiquement, la notion de complexité est la plus difficile à défendre* ».

Selon une troisième autorité contractante, « *"[c]irconstances liées à sa nature" n'est pas un élément très opérant* ».

¹¹³⁰ 1 AU.

¹¹³¹ 2 AU et 7 AC.

¹¹³² « *Oui, une formulation générale des motifs permet d'appréhender les nombreuses situations de la réalité des achats. Le juge administratif est alors celui qui contrôle la mise en œuvre de ces dispositions* » (1 AC).

perception négative de la négociation, mais ont davantage été interrogés sur les limites de ce dispositif. Les participants à l'enquête quantitative étaient appelés à se prononcer aussi bien sur les avantages que les limites de l'ouverture à la négociation issue des *directives de 2014*. Parmi les vingt-quatre sondés¹¹³³, seul un a répondu ne pas savoir¹¹³⁴ et trois ont émis des remarques générales plutôt que d'identifier des atouts ou entraves à l'ouverture à la négociation depuis les *directives de 2014*¹¹³⁵. Les interviewés soulignent les « *effets extrêmement bénéfiques de la négociation* »¹¹³⁶ et son utilité¹¹³⁷. Parmi les nombreux avantages identifiés figurent « *spécialement la possibilité de régulariser les offres, et de les adapter au fil des négociations pour que cela corresponde [au] besoin* »¹¹³⁸, le « *fait d'apporter des solutions techniques qui ne sont pas imaginées par le maître d'ouvrage au moment de la conception du projet (chaque entreprise apportant son savoir-faire), sous réserve de la confidentialité* »¹¹³⁹, ou le fait de pouvoir « *proposer des optimisations (exemple : proposition d'adapter l'échéancier de paiement afin de le faire concorder avec la courbe de trésorerie d'un opérateur concernant un marché qui ne prévoit pas d'avances)* »¹¹⁴⁰. Les sondés font également état de nombreux avantages de l'ouverture à la négociation, dont certains sont communs avec les réponses des interviewés. Il en est ainsi de l'amélioration de la performance (réduction des coûts)¹¹⁴¹, de l'amélioration des offres¹¹⁴², d'une meilleure définition du besoin¹¹⁴³ (ou, dans le même sens, de la levée d'incertitude concernant le cahier des charges¹¹⁴⁴), de la garantie d'attribuer le marché¹¹⁴⁵, ou – de manière plus précise – de l'avantage de « *[s]e faire connaître et connaître les fournisseurs* »¹¹⁴⁶.

Plus encore, trois opérateurs économiques interviewés sont favorables au renforcement de la négociation au sein des marchés publics. L'un d'entre eux affirme que « *l'ouverture à la*

¹¹³³ 1 AU, 1 OE, et 22 AC.

¹¹³⁴ 1 AU.

¹¹³⁵ Une autorité contractante affirme que « *[l]a négociation devrait être possible sur tout type d'achat quel que soit le montant* ».

Une autre autorité contractante souligne : « *je n'ai pas pratiqué les marchés publics pré-décret de 2016 mais l'ouverture à la négociation est plus que limitée* ».

Un opérateur économique a simplement répondu : « *[a]utoroute de l'information...* ».

¹¹³⁶ 1 AC.

¹¹³⁷ 1 OE.

¹¹³⁸ 1 AC.

¹¹³⁹ 1 OE.

¹¹⁴⁰ 1 OE.

¹¹⁴¹ 4 AC.

¹¹⁴² 7 AC.

¹¹⁴³ 1 AC.

¹¹⁴⁴ 1 AC.

¹¹⁴⁵ 3 AC.

¹¹⁴⁶ 1 AC.

négociation en 2014 constitue une initiative très louable qui devrait se généraliser davantage ». Un autre estime qu'« *il serait bon d'introduire la faculté, à tous les niveaux de la procédure, de pouvoir discuter, négocier avec le maître d'ouvrage* » afin d'accroître la souplesse et de diminuer les difficultés d'exécution.

La perception positive de la négociation est toutefois légèrement nuancée par certaines réponses des participants à l'enquête quantitative, qui relativisent les effets bénéfiques de la négociation. Outre le fait que l'amélioration substantielle de l'offre par la négociation soit impossible selon l'un des sondés¹¹⁴⁷, il est fait état de l'absence de corrélation systématique entre négociation et gains économiques. Ainsi, deux autorités contractantes sondées sur les atouts et faiblesses de l'ouverture à la négociation soulignent spontanément le « *[g]onflement financier des offres avant négo[ciation]* » ou le fait que « *[l]a négociation apporte peu de gains d'achat* ». Ceci est conforté par une partie des réponses des sondés à la question de savoir si l'ouverture à la négociation permet, en pratique, une réduction de la charge administrative et des coûts liés aux procédures. Parmi les trente-quatre sondés¹¹⁴⁸, dix-neuf¹¹⁴⁹ ont répondu par la négative. Deux de ces dix-neuf sondés précisent toutefois leur réponse, l'un indiquant que « *cela demande du travail supplémentaire pour l'acheteur (double analyse des offres, documents de traçabilité des échanges) et pour l'entreprise (réponses aux questions, déplacement éventuel, nouvelle offre)* »¹¹⁵⁰, un autre soulignant que cela nécessite généralement davantage de temps « *voire de déplacement[s] (auditions en présentiel...)* »¹¹⁵¹. Cette dernière précision rejoint les commentaires de certains sondés ayant répondu « *mitigé* » (sept¹¹⁵² sondés sur trente-quatre), qui indiquent que la négociation génère en revanche des gains sur l'ensemble du contrat au stade de l'exécution. Par exemple, une autorité contractante souligne que « *[ç]a dépend du temps et de l'énergie, mais qui sont bénéfiques pour la compréhension du besoin et la fluidité de l'exécution* ». Dans le même sens, une autre autorité contractante affirme que « *[l]a procédure est plus couteuse, car plus longue, mais permet d'éviter des choix par défaut et donc d'optimiser le coût global* ». Une troisième autorité contractante sondée révèle que la négociation génère une « *augmentation de la charge administrative, car étape en plus [mais que cela permet] en revanche [des] gains économiques pour les offres à l'issue des échanges de la négociation* ». Deux autres autorités contractantes ayant répondu « *mitigé* » sont plus

¹¹⁴⁷ 1 AC.

¹¹⁴⁸ 2 AU, 2 OE, et 30 AC.

¹¹⁴⁹ 1 OE et 18 AC.

¹¹⁵⁰ 1 AC.

¹¹⁵¹ 1 AC.

¹¹⁵² 1 AU et 6 AC.

nuancées, en indiquant qu'il n'y a pas toujours un bénéfice¹¹⁵³. En revanche, sept sondés¹¹⁵⁴ ont répondu que l'ouverture à la négociation permet en pratique une réduction de la charge administrative et des coûts liés aux procédures, l'un d'entre eux dressant une liste des bénéfices à ce titre¹¹⁵⁵. Seul un¹¹⁵⁶ des trente-quatre sondés a répondu qu'il ne savait pas.

Contraste avec l'inusité de la négociation. Sept interviewés¹¹⁵⁷ ainsi que quatorze sondés¹¹⁵⁸ constatent les limites de la négociation en pratique, et la rareté de sa mobilisation en dehors de la procédure de droit commun des entités adjudicatrices. Les limites identifiées par les enquêtés peuvent être regroupées et classées en plusieurs catégories.

Une première catégorie de limites repose sur les conditions juridiques de recours à la négociation. Une autorité contractante interviewée souligne que ceci résulte tout d'abord de l'encadrement strict du recours à la procédure concurrentielle avec négociation par les pouvoirs adjudicateurs, contrairement aux entités adjudicatrices. Un avocat interviewé estime que les autorités contractantes n'identifient pas aisément les situations dans lesquelles il est possible de mobiliser cette procédure, et ainsi les conditions à réunir : *« beaucoup d'acheteurs publics pensent pouvoir faire de la procédure négociée quand ils le veulent, alors que cela est réservé à certains cas particuliers par la jurisprudence (exemple : complexité juridique avérée du montage : notion précisée par la DAJ) »*. Il en déduit l'existence d' *« un risque de dévoiement de la “complexité”, qui est employée à tort par les acheteurs publics pour recourir à la négociation »*.

Une deuxième catégorie de limites résulte des conditions matérielles et techniques à réunir pour mener à bien la négociation, comme le soulignent deux interviewés – une autorité contractante et un opérateur économique. L'autorité contractante interviewée fait état de difficultés pour atteindre ou pérenniser le *« niveau idoine d'expertise »* de la commission d'analyse, ainsi que d'une limite plus ponctuelle et limitée à certaines situations – les différences de culture juridique des commissions d'analyse si le marché implique des instances

¹¹⁵³ Selon une autorité contractante, la négociation génère des *« [p]rocédures plus longues, frais de déplacements et d'études des opérateurs économiques, mobilisation de temps pour un gain économique éventuel à l'issue des négociations »*.

Une autre autorité contractante affirme qu'*« [u]ne vraie négociation rallonge le calendrier de la procédure et alourdit la charge. Le bénéfice n'est pas toujours net donc il faut pouvoir attribuer sans négocier ou avoir une négociation réduite »*.

¹¹⁵⁴ 1 AU, 1 OE, et 5 AC.

¹¹⁵⁵ *« Gain de procédures administratives - Calendriers de projets pouvant être respectés - Moins de travail pour les agents - Faire correspondre les besoins d'achats ou possibilités techniques des prestations »* (1 AC).

¹¹⁵⁶ 1 AC.

¹¹⁵⁷ 1 AC, 2 AC, et 4 OE.

¹¹⁵⁸ 14 AC.

de plusieurs États membres de l'UE. Ceci rejoint une limite soulignée par cinq sondés¹¹⁵⁹ : le manque de formation ou de compétence des acheteurs – ou des parties à la négociation plus généralement¹¹⁶⁰ – pour la négociation. Le second interviewé – l'opérateur économique – souligne l'existence de limites plus générales : le temps nécessaire à la négociation, son coût, et la nécessité d' « *avertir les entreprises des modifications du cahier des charges au fur et à mesure* ». Dans le même sens, trois sondés¹¹⁶¹ soulignent la nature « *chronophage* »¹¹⁶² de la négociation. Certains participants à l'enquête quantitative relèvent trois autres limites matérielles ou techniques : un sondé met ainsi en exergue « *[l]a traçabilité des échanges qui n'est pas toujours optimale (notamment en cas d'absence du service juridique aux négociations)* »¹¹⁶³, un autre souligne que « *le recours à la négociation en entonnoir (en élimant au fur et à mesure des candidats, pour discuter plus finement certains détails avec le candidat pressenti) rend difficile la production d'un classement final* »¹¹⁶⁴, et le troisième alerte sur l'importance de maîtriser les risques liés à la procédure négociée (sans apporter davantage de précision)¹¹⁶⁵.

Une troisième catégorie de limites recouvre l'étendue de la négociation, et les craintes associées à cette incertitude juridique. Une limite est commune à trois interviewés¹¹⁶⁶ et à trois sondés¹¹⁶⁷ : celle portant sur l'insécurité juridique résultant de l'absence de contours clairs de la négociation. L'identification des éléments ouverts à la négociation n'est pas aisée. Certains participants à l'enquête quantitative relèvent ainsi qu' « *[i]l est souvent difficile d'appréhender jusqu'où on peut aller en termes de négociation notamment si elle a pour conséquence de modifier le cahier des charges* »¹¹⁶⁸ ou, plus généralement, qu' « *[i]l serait possible de renforcer l'encadrement juridique de la négociation* »¹¹⁶⁹. Dans le même sens, une autorité contractante interviewée indique qu' « *il est difficile de percevoir ce qui peut être négocié, de ce qui ne peut pas l'être avec des candidats qui n'ont pas tous les mêmes velléités et périmètres de négociation (certains opérateurs économiques négocient davantage tandis que d'autres se*

¹¹⁵⁹ 5 AC.

¹¹⁶⁰ 1 AC.

¹¹⁶¹ 3 AC.

¹¹⁶² Pour reprendre la terminologie de l'une des autorités contractantes sondées à ce sujet.

¹¹⁶³ 1 AC.

¹¹⁶⁴ 1 AC.

¹¹⁶⁵ « *L'ouverture à la négociation est indispensable afin de garantir la bonne gestion des deniers publics et permettrait de rendre la commande publique plus attractive. Cependant les risques liés à ce type de procédure doivent être maîtrisés* » (1 AC).

¹¹⁶⁶ 2 AC et 1 OE.

¹¹⁶⁷ 3 AC.

¹¹⁶⁸ 1 AC.

¹¹⁶⁹ 1 AC.

montrent frileux) ». Ceci conduit à une limite connexe : le « *risque d'inégalité de traitement des candidats* » et la « *crainte de péjorer la mise en concurrence* »¹¹⁷⁰. Ceci rejoint les questions de « *transparence sur les améliorations des offres par les discussions* »¹¹⁷¹. Un quatrième interviewé – un opérateur économique – ne met pas expressément en exergue ces limites, mais souligne l'existence d'un « *frein psychologique* » des acheteurs en ce qui concerne la négociation, en raison de la surveillance accrue dont ils font l'objet. Un des participants à l'enquête quantitative¹¹⁷² fait également état de limites plus précises semblant trouver leur origine dans le cadre juridique de la négociation : l'incertitude relative à la notion d'exigences minimales des offres, et le fait que « *[l]es documents du [DCE] ne devraient pas être disponibles en même temps que le lancement de la procédure pour la sélection des candidats* ».

Une quatrième catégorie de limites repose sur les différences entre les attentes des autorités contractantes et celles des opérateurs économiques concernant la négociation. Deux opérateurs économiques interviewés font état d'un contraste entre les deux. L'un d'entre eux affirme : « *[o]n ne parle pas forcément le même langage, ce qui peut être un frein à la négociation* ». De manière plus précise, cet interviewé souligne avoir « *observé dans la pratique un décalage entre l'importance accordée à certaines clauses d'un contrat par un acheteur et celle accordée par les entreprises* ». Il s'ensuit que les éléments devant être ouverts à la négociation selon l'autorité contractante ne concordent pas nécessairement avec ceux que les opérateurs économiques souhaiteraient négocier. Le second opérateur économique partage cet avis en soulignant que « *pour les acheteurs, la négociation est ouverte seulement sur les aspects techniques, la partie administrative consistant en un marché d'adhésion pour eux* ». La perception très restrictive de la négociation adoptée par les autorités contractantes conduit, selon cet interviewé, à une « *méconnaissance de la réalité économique* » et à une négociation réduite à l'abaissement du prix, « *alors que la négociation a d'autres objectifs et que cet aspect financier est lié à la bonne exécution du contrat* ». Dans le même sens, deux autorités contractantes sondées soulignent, pour l'une, « *[l]a dénaturation de la négociation (trop souvent résumée à une demande de rabais sur le prix)* » et, pour l'autre, « *la rigidité des entreprises dans certains secteurs peu concurrentiels, dans ce cas, la négociation ne sert pas à grand-chose...* ».

¹¹⁷⁰ 1 AC.

¹¹⁷¹ 1 OE.

¹¹⁷² 1 AC.

Propositions d'amélioration. Cinq interviewés¹¹⁷³ suggèrent des pistes d'amélioration ou des éléments précis afin d'accroître la place ainsi que l'efficacité de la négociation au sein de la procédure de passation des marchés publics. À l'instar des limites, elles peuvent être classées en trois catégories, dont les deux premières semblent contradictoires de prime abord.

Une série de propositions émanant d'un avocat et d'un opérateur économique plaide pour davantage de souplesse. En dehors de la suggestion d'améliorer l'éducation des acheteurs pour limiter les risques de rupture d'égalité résultant de la négociation – suggestion n'entrant pas dans le champ des directives européennes –, un avocat souhaiterait mettre fin à l'irréversibilité du choix de négocier ou non réalisé en amont de la procédure. Il propose à cet égard deux évolutions : *[l]aisser aux acheteurs publics la possibilité de se réserver le droit de négocier, lorsque la procédure n'est pas suffisante* » et, à l'inverse, « *[é]viter de les contraindre à négocier même dans le cas où ils sont engagés dans la procédure négociée* ». Ces propositions font écho à la pratique d'une autorité contractante, qui indique se « *réserve[r] la possibilité de négociation pour permettre également une attribution sans phase de négociation lorsque celle-ci n'apparaît pas nécessaire* ». Ces propositions s'inscrivent également dans la continuité d'une suggestion d'un opérateur économique, qui souhaiterait que « *la directive inverse le sens, donne une marge de manœuvre : une rédaction suffisamment large pour libérer les acheteurs de ces craintes* ». L'objectif poursuivi est un rééquilibrage de l'égalité d'accès d'une part, et de la performance ou de l'efficacité de la commande publique d'autre part. Cet opérateur propose pour ce faire de s'inspirer du droit privé : « *on sélectionne de deux ou trois candidats, on leur fait améliorer leurs offres de façon significative et on modifie le cahier des charges ce qui va dans le sens de la performance [...] afin de gagner du temps et de l'argent* ».

À l'inverse, un opérateur économique propose un encadrement supplémentaire de la négociation afin de renforcer la sécurité juridique de la négociation et ainsi faciliter la mobilisation de cette procédure. Cette proposition est toutefois restreinte à l'une des règles de la négociation :

« [...] *la directive permet à une autorité contractante de se réserver le droit de négocier les offres, ce qui a été validé par le Conseil d'État. Toutefois, ceci introduit une insécurité juridique pour les opérateurs économiques, car il y a un doute sur la faculté de négociation. Il faudrait ainsi davantage encadrer*

¹¹⁷³ 1 AV, 1 AC et 3 OE.

cette liberté des autorités contractantes afin de limiter les risques pour les opérateurs économiques ».

Ceci rejoint le constat dressé par un autre opérateur économique, qui estime que le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'autorité contractante (de se réserver le droit de négocier sans obligation de négociation) est trop étendu.

La troisième série de propositions de modification repose sur des ajustements d'une moindre ampleur. Deux interviewés – une autorité contractante et un opérateur économique – proposent en ce sens de prévoir deux cas de figure, qui existent pour l'instant dans la pratique sans être reconnus ou facilités par le droit. Il en est ainsi de la consécration d'une pratique existante facilitant la conciliation entre négociation et égalité de traitement, proposée par un opérateur économique :

« Il faudrait consacrer la pratique particulièrement efficace consistant à intégrer les modifications de spécifications techniques et/ou administratives dans les documents de consultation des entreprises (V1, V2, etc.) afin de respecter l'égalité de traitement et la transparence, et ce dans la limite de la modification substantielle »¹¹⁷⁴.

Une autorité contractante propose l'adaptation à une situation déjà mentionnée : celle dans laquelle un marché public met en lumière des « *différences de culture juridique, y compris de pays limitrophes* ». L'interviewé estime qu'il faudrait prendre en considération ces différences au sein des directives, sans indiquer de mesure précise pour ce faire.

Synthèse. Les enquêtes font état d'une mobilisation insuffisante de la négociation en pratique, en particulier par les pouvoirs adjudicateurs (par contraste avec les entités adjudicatrices), mais également en ce qui concerne les éléments ouverts à la négociation. Le droit actuel semble insécurisant à la fois pour les autorités contractantes et pour les opérateurs économiques, faute de délimiter suffisamment non seulement l'étendue légale de la négociation, mais également la faculté de négocier. Les propositions émises par les interviewés pour pallier ces insuffisances sont diverses, mais potentiellement contradictoires.

¹¹⁷⁴ 1 OE.

SIV. Les marchés « de gré à gré » : une souplesse paradoxale

Clarté insuffisante des motifs de recours aux marchés de gré à gré. Les six interviewés sur les marchés « de gré à gré », comprenant à parts égales des autorités contractantes et des opérateurs économiques, soulignent presque unanimement l'incertitude entourant les motifs de recours à ces marchés. Ce manque de clarté soit est général, soit est souligné concernant certains motifs de recours seulement. Ceci contraste avec les résultats de l'enquête quantitative, qui font en majorité¹¹⁷⁵ état de la clarté des motifs de recours aux marchés « de gré à gré » tout en indiquant, paradoxalement, que l'un de ces motifs – « *l'urgence impérieuse* » – ne dispose pas d'une définition suffisamment précise et que les sondés le mobilisent peu en pratique.

Une autorité contractante interviewée souligne que « [l]es hypothèses de recours aux marchés de gré à ne sont manifestement pas suffisamment claires ». D'où le fait qu'il s'agisse « d'une question récurrente, sinon systématique »¹¹⁷⁶.

Cette même autorité contractante, à l'instar d'autres interviewés, met également en exergue deux motifs de recours aux marchés « de gré à gré » en raison de l'incertitude qui les entoure : le motif d'« *urgence impérieuse* », et celui de « *répétition de travaux ou de services similaires* ». Cette autorité contractante estime que « des précisions devraient être apportées, car la clarté de ces deux notions [urgence impérieuse et répétition de travaux ou de services similaires] est essentielle ». Si cet interviewé n'est pas certain de la solution la plus opportune pour apporter ces précisions, il souligne « l'utilité de la nomenclature CPV et du guide CPV envisagé depuis 2001, qui n'ont malheureusement jamais vu le jour et qui devraient être perpétuellement adaptés ». Une autre autorité contractante interviewée partage cet avis, en particulier en ce qui concerne le motif de répétition de travaux ou de services similaires :

« Les prestations similaires peuvent donner lieu à des dérives et suscitent des questions, notamment qu'est-ce qu'une prestation similaire (faut-il raisonner uniquement par rapport à l'objet du marché ?) ou en termes de montant maximum (est-il calculé via l'accord-cadre ou le marché de prestations

¹¹⁷⁵ À la question de savoir si, de manière générale, les hypothèses dans lesquelles ils peuvent mobiliser les « marchés de gré à gré » leur semblent claires, vingt-et-un sondés (2 AU, 1 OE et 18 AC) sur trente-quatre (3 AU, 2 OE, et 29 AC) répondent positivement. Seuls cinq sondés (1 OE et 4 AC) répondent par la négative, et huit (1 AU et 7 AC) répondent « *mitigé* ».

Deux de ces sondés ayant répondu négativement ou « *mitigé* » mettent en cause spécifiquement certains motifs de recours à ces marchés (2 AC). Il en est ainsi des prestations similaires et des raisons techniques.

¹¹⁷⁶ 1 AC.

similaires ? comment déterminer le montant estimé ?). [...] cela manque de clarté dans la directive, d'autant que la jurisprudence y relative est rare et porte plutôt sur des questions très techniques. »

Les réponses des sondés confirment l'opinion des interviewés sur ces deux motifs – l'« *urgence impérieuse* » et les prestations similaires. S'agissant du premier – l'« *urgence impérieuse* » –, vingt sondés¹¹⁷⁷ sur trente-quatre¹¹⁷⁸ indiquent que la définition de ce motif n'est pas assez précise ou qu'ils la mobilisent peu en pratique. Cinq sondés¹¹⁷⁹ ne se prononcent pas¹¹⁸⁰, et seuls neuf¹¹⁸¹ répondent positivement à la question de savoir si la définition est précise et s'ils utilisent fréquemment ce motif. Les deux – la définition et la fréquence d'utilisation – sont d'ailleurs liés dans les précisions apportées par certains sondés. Ainsi, deux autorités contractantes soulignent que les difficultés de définition opérationnelle expliquent la rareté de son utilisation¹¹⁸², alors que deux autres autorités contractantes indiquent l'inverse¹¹⁸³. L'ambiguïté de ce motif mise en exergue par certains interviewés est donc majoritairement confirmée par les sondés. Il en est de même du motif portant sur les prestations similaires. Les trente-deux participants à l'enquête quantitative¹¹⁸⁴ étaient interrogés sur l'identification – aisée ou non – des marchés concernés par ce motif et, corrélativement, sur la notion de préciser les notions contenues dans ce motif. Les deux tiers des participants – soit vingt-deux sondés¹¹⁸⁵ – répondent positivement, trois¹¹⁸⁶ ajoutant expressément que des précisions devraient être apportées. Seuls trois sondés¹¹⁸⁷ répondent négativement, les sept autres ne se prononçant pas¹¹⁸⁸.

Une troisième autorité contractante ainsi qu'un opérateur économique interviewés semblent abonder en ce sens, en soulignant qu'il serait opportun de préciser ces deux motifs dans les textes. Ceci permettrait, selon cette troisième autorité contractante, de mettre fin « à

¹¹⁷⁷ 2 OE et 18 AC.

¹¹⁷⁸ 3 AU, 2 OE, et 29 AC.

¹¹⁷⁹ 5 AC.

¹¹⁸⁰ Ils indiquent ne pas savoir (1 AC) ou répondent « *Mitigé* » (4 AC).

¹¹⁸¹ 3 AU et 6 AC.

¹¹⁸² 1) « *Pas de définition claire, donc frilosité des acheteurs à employer ce motif. Pour ma part je ne l'ai jamais utilisée en 18 ans de pratique* » ;

2) « *En pratique nous n'utilisons pas ce cas de recours qui paraît trop risqué du fait de son imprécision* ».

¹¹⁸³ 1) « *Bien définie et c'est précisément la raison pour laquelle je ne la mets pas en pratique* » ;

2) « *Oui il est suffisamment défini. Et comme l'interprétation est stricte j'y recours très rarement* ».

¹¹⁸⁴ 3 AU, 2 OE, et 27 AC.

¹¹⁸⁵ 3 AU et 19 AC.

¹¹⁸⁶ 3 AC.

¹¹⁸⁷ 1 OE et 2 AC.

¹¹⁸⁸ 3 autorités contractantes répondent qu'elles ne savent pas, tandis qu'un opérateur économique et trois autres autorités contractantes répondent « *mitigé* » sans davantage d'explication.

une forme d'auto-censure » des autorités contractantes, l'interviewé soulignant qu'au sein de sa structure *« ils n'utilisent jamais le motif [de répétition de travaux ou de services similaires] faute d'en percevoir les contours »* et affirmant dans le même sens que l'« *urgence impérieuse* » constitue une « *notion très interprétative* ». Un opérateur économique souligne également que le motif de « *répétition de travaux ou de services similaires* » est fréquemment présent dans les documents du marché, mais qu'il n'a jamais eu connaissance de son activation. Il plaide pourtant en faveur d'une précision de ce motif, *« pour déterminer aisément si cela constitue une réelle voie d'obtention de nouveaux marchés sans soumission aux procédures de passation qui sont très lourdes »*.

Aucun interviewé n'émet toutefois de suggestion plus précise pour mettre fin à l'incertitude des motifs de recours aux marchés « de gré à gré » ou, tout du moins, pour limiter leur ambiguïté.

Seul un opérateur économique interviewé a une perception positive du motif reposant sur la « *répétition de travaux ou de services similaires* » : *« cette catégorie de marchés est opportune et suffisamment encadrée, car elle doit être prévue dans le marché initial et la définition du besoin »*. Il propose une seule modification : la suppression ou l'allongement du délai de trois ans entre le marché initial et le marché de prestations similaires, délai qu'il juge *« trop conservateur »*. En ce qui concerne le motif d'« *urgence impérieuse* », il n'émet pas de critique relative à son éventuelle imprécision, faute de pratique suffisante en la matière. En effet, ce motif est rarement mobilisé dans son domaine d'activité, d'où le fait *« qu'il n'a jamais été convaincu par ce motif dans son secteur »*.

Une autorité contractante interviewée évoque un autre motif de recours aux marchés « de gré à gré » qui lui semble problématique : les marchés de fournitures complémentaires. Procédant à une comparaison entre ce motif et celui de la « *répétition de travaux ou de services similaires* », cet interviewé estime que *« [l]es différences de mobilisation des deux types de contrats sont difficilement justifiables »*. Il met en exergue deux différences essentielles :

« D'abord, le marché à prestations similaires doit être indiqué dans l'avis de publicité, ce qui n'est pas le cas du marché de fournitures complémentaires. De même, le marché à prestations similaire doit être conclu dans un délai de trois années à compter de la passation de l'accord-cadre alors que le marché de fournitures complémentaires peut être conclu sans contrainte de temps ».

Inadéquation des motifs de recours aux marchés de gré à gré. Deux interviewés – un opérateur économique et une autorité contractante – soulignent rencontrer des difficultés étrangères à l’incertitude des motifs de recours. Ils soulignent que les motifs actuels de recours aux marchés « de gré à gré » ne sont pas opérants pour l’ensemble des situations où l’absence de publicité et de mise en concurrence serait justifiée, ce qui est susceptible de nuire à l’efficacité de la commande publique.

Un opérateur économique affirme que même si « *plusieurs motifs actuels sont adaptés, comme les raisons techniques ou les droits de propriété intellectuelle* », une adéquation insuffisante apparaît pour les nouvelles technologies. Il estime qu’il est important, pour ce cas de figure, de « *pérenniser les investissements passés pour mieux gérer les deniers publics sur le long terme* ». Il en conclut qu’il faudrait modifier les motifs actuels de recours aux marchés « de gré à gré », afin de mieux prendre en compte les nouvelles technologies et de permettre plus aisément de recourir à cette procédure dans l’objectif d’optimisation des investissements.

Une autorité contractante dresse le même constat, mais pour une situation plus générale et non propre aux nouvelles technologies : celle de circonstances particulières où l’absence de publicité et de mise en concurrence permettrait d’optimiser tant les ressources que la rapidité de réalisation de prestations urgentes.

Volonté d’assouplissement conditionné. Dans la continuité de l’inadéquation de l’encadrement actuel du recours aux marchés « de gré à gré », trois interviewés sur six – deux autorités contractantes et un opérateur économique – appellent de leurs vœux un assouplissement de cet encadrement tout en alertant sur les risques d’une telle opération. Les réponses des trente-trois sondés¹¹⁸⁹ confortent ce constat. À la question de savoir s’il faudrait élargir les motifs de recours aux marchés « de gré à gré », la moitié – soit dix-sept sondés¹¹⁹⁰ sur trente-trois – répond positivement, et cinq¹¹⁹¹ sondés répondent « *peut-être* ». Une partie de ces vingt-deux sondés restreint toutefois cet élargissement¹¹⁹², semblant ainsi estimer qu’un

¹¹⁸⁹ 2 AU, 2 OE, et 29 AC.

¹¹⁹⁰ 1 OE et 16 AC.

¹¹⁹¹ 1 AU et 4 AC.

¹¹⁹² Certaines autorités contractantes sondées évoquent « [l]es situations de monopole de fait », « les fournitures et services notamment et ne pas limiter le cas des fournitures et livraisons complémentaires à 3 ans », « de manière sectorielle (denrées alimentaires par exemple) », les situations techniques qui ne concordent pas nécessairement avec les motifs actuels d’ouverture, ou « en cas de défaillance du titulaire non fautive (redressement, liquidation, décès, incapacité permanente) ».

Dans le même sens, une autorité contractante suggère qu’un élargissement semble nécessaire de manière générale, et qu’il pourrait être appliqué aux achats alimentaires (« Les exceptions finissent par se multiplier : travaux et innovation à moins de 100K, livres à moins de 90K... C’est sans doute qu’il y a une raison ou des raisons

encadrement doit demeurer pour éviter d'éventuels abus. Huit sondés¹¹⁹³ répondent en revanche négativement, dont l'un mettant en exergue les dévoiements actuels des motifs de recours aux marchés « de gré à gré »¹¹⁹⁴, et les trois derniers sondés indiquent ne pas savoir¹¹⁹⁵.

Deux des interviewés sont favorables à l'élargissement des motifs de recours aux marchés « de gré à gré ». Les deux suggestions semblent convergentes, même si le degré de précision de celles-ci diffère. Un opérateur économique émet une proposition générale, consistant à « *revoir l'équilibre entre égalité d'accès et performance / efficacité* », notamment en assouplissant la négociation ou les marchés de gré à gré. Une autorité contractante suggère plus précisément de créer « *une hypothèse de marché de gré à gré "par opportunité"* », même si elle reconnaît que le terme d'« *opportunité* » « *est certainement problématique* ». Cet interviewé complète en indiquant qu'il s'agirait de permettre les marchés « de gré à gré » justifiés par l'« *intérêt général* », « *l'intérêt commun (efficacité de la commande publique, bonne utilisation des deniers publics)* ». Il s'agit des cas dans lesquels la publicité et la mise en concurrence généreraient notamment une perte de temps et de ressources, voire perturberaient un service public. Cette autorité contractante accompagne cette proposition de conditions à réunir pour que ce nouveau motif soit applicable : « *le caractère exceptionnel de cette situation* », le fait « *que la mise en œuvre des procédures de mise en concurrence ne permet[te] pas de profiter de l'opportunité* », « *la réalité du gain opéré, à la fois en terme financier et en termes de service public* », ainsi que « *l'impossibilité de réaliser le même gain dans une situation normale* ».

Le troisième interviewé – une autorité contractante – ayant émis des propositions de modification évoque non pas les motifs de recours aux marchés « de gré à gré », mais les seuils de ces marchés. Il souligne qu'« *il y a une demande politique d'ouverture de cette procédure avec des seuils importants* », mais alerte sur « *le risque de nombreuses dérives* ». Il propose à cet égard un encadrement : « *il faudrait rendre obligatoires avec sanction les données essentielles pour ce type de marchés afin de pouvoir réaliser un contrôle a posteriori* ».

Synthèse. La nature perfectible des conditions de recours aux marchés « de gré à gré » fait consensus au sein des opérateurs économiques et autorités contractantes interrogés sur ce sujet. Une grande partie des enquêtés souligne également les risques de dévoiement en cas

entendables. Il faut donc s'interroger sur cette pression à parfois vouloir sortir du droit commun. Voir le sujet des achats alimentaires... »).

¹¹⁹³ 1 AU, 1 OE, et 6 AC.

¹¹⁹⁴ « *Les motifs sont déjà déformés et mal employés. Inutile d'en rajouter...* » (1 OE).

¹¹⁹⁵ 3 AC.

d'assouplissement des conditions de recours aux marchés « de gré à gré », assouplissement appelé de leurs vœux par certains. Le consensus est toutefois limité, aucune proposition précise d'amélioration n'étant commune à l'ensemble des enquêtés.

THÉMATIQUE N° 5 : LE CHOIX DU COCONTRACTANT

Déroulement des enquêtes. Les nombreux enquêtés¹¹⁹⁶ ayant sélectionné cette thématique pouvaient être interrogés à propos du *sourcing* (§I.), de la sélection des candidats (§II.) et / ou de l'attribution et de l'analyse des offres (§III.).

§I. L'intérêt prédominant pour le *sourcing*

Intérêt majeur du sujet. Le *sourcing* se présente comme un sujet de préoccupation majeure des enquêtés puisque sur les 20 interviewés au total, 11 ont choisi de l'évoquer, soit plus de 50% d'entre eux. Les sondés sont également nombreux – environ 30 – à avoir répondu aux différents questionnaires relatifs au *sourcing*. Il ressort de ces enquêtes une perception ambivalente du *sourcing* : bien que plébiscitée par les praticiens (A.), cette pratique n'en suscite pas moins une certaine crainte pour l'ensemble des parties prenantes (B.).

A. Une pratique plébiscitée par les praticiens

Identification malaisée du *sourcing*. Dans leur grande majorité, les interviewés, qu'ils soient autorités contractantes, opérateurs économiques ou avocats, éprouvent des difficultés à identifier précisément les contours du *sourcing*, compte tenu des pratiques très hétérogènes des acheteurs publics. À cet égard, 2 autorités contractantes concèdent elles-mêmes développer « *leur propre doctrine d'utilisation* » ou organiser le *sourcing* tantôt de façon informelle, par exemple au moyen de webinaires, tantôt de façon plus formelle et ponctuelle à travers une préconsultation. L'une d'elles met en exergue une évolution dans le temps de la pratique du *sourcing* : « [l]e *sourcing* a évolué d'une logique de dialogue souple à un dialogue encadré, anonymisé et limité ».

¹¹⁹⁶ 17 interviewés et environ 30 sondés.

Un avocat interviewé constate, pour sa part, que si certaines collectivités publiques recourent au *sourcing* depuis longtemps et de manière systématique, d'autres sont plus rétives malgré la forte attente des opérateurs économiques. Dans le même sens, 1 autorité contractante sondée souligne que le « *sourcing a toujours existé, mais via les services prescripteurs* » de sorte que sa promotion « *a juste permis la reconnaissance du métier d'acheteur et permis son repositionnement au sein des services chargés de la passation des marchés publics* ».

Bénéfices incontestés du *sourcing*. Les enquêtés ont cependant une perception extrêmement positive du *sourcing*, ainsi que le résume parfaitement un opérateur économique interviewé :

« Le sourcing, lorsqu'il est organisé de manière intelligente et dans le respect des principes fondamentaux, ne présente que des avantages. Il s'agit d'un outil d'amélioration de l'achat public qui permet à l'acheteur de rendre son besoin adhérent au marché, de bien penser en amont son dossier de consultation des entreprises et ses critères d'attribution. Le dispositif est d'autant plus intéressant en l'absence de négociation ».

Les interviewés saluent ainsi à l'unanimité la promotion du *sourcing* par le législateur européen, qui représente, selon 1 avocat, une véritable « *révolution copernicienne* » permettant d'appréhender l'achat public non plus comme un « *acte unilatéral de l'administration* », mais comme un « *acte de co-construction du besoin* ». Ces résultats sont confortés par les épithètes mélioratives employées par certains sondés pour évoquer le *sourcing* ; celui-ci étant tantôt qualifié de « *primordial* »¹¹⁹⁷, tantôt envisagé comme une « *bonne pratique* »¹¹⁹⁸ ou comme un « *préalable quasi-obligatoire* »¹¹⁹⁹ à l'achat.

Dans le détail, les enquêtés mettent en exergue de nombreux bénéfices du *sourcing*, spécialement dans les domaines techniques comme l'informatique¹²⁰⁰ ou le développement durable¹²⁰¹. Selon 1 opérateur économique interviewé, cette pratique « *essentielle* » offre à l'acheteur public la faculté de mieux définir son besoin, et ce en adéquation avec le marché économique¹²⁰². Dans le même sens, 1 autorité contractante sondée souligne qu'en l'absence de *sourcing*, « *la définition du besoin serait [...] totalement abstraite* », c'est-à-dire

¹¹⁹⁷ 1 AC.

¹¹⁹⁸ 1 AC.

¹¹⁹⁹ 1 AC.

¹²⁰⁰ 1 AV.

¹²⁰¹ 1 OE.

¹²⁰² 1 AC et 1 AV.

déconnectée des « *capacités réelles et les solutions techniques des entreprises du secteur* ». En contrepartie, cette technique permet aux opérateurs économiques de mieux adapter leur réponse et, ce faisant d'éviter des procédures infructueuses¹²⁰³. Selon 1 avocat interviewé, le *sourcing* présente, de surcroît, l'avantage d'introduire une forme d'*intuitu personae* dans la passation des marchés publics, c'est-à-dire qu'il permet d'instaurer une relation commerciale forte entre l'acheteur et ses fournisseurs, laquelle a des retombées positives au stade de l'exécution notamment dans des domaines comme la fourniture de matériel médical. Les avantages mis en avant par les enquêtés, en particulier par 1 opérateur économique interviewé, sont également d'ordre financier puisque le *sourcing* est présenté comme un moyen « *propre à stimuler la concurrence* » et, ce faisant, à favoriser la maîtrise des coûts.

En dépit des avantages qui lui sont associés, le *sourcing* suscite une indéniable crainte des praticiens, tant chez les autorités contractantes que chez les opérateurs économiques.

B. Une pratique risquée

Risques indiscutables du *sourcing*. Les enquêtés mettent en avant les risques inhérents au *sourcing*, identifiés à l'unanimité par les interviewés et par une partie des sondés, cependant plus nuancés. En effet, ces derniers apparaissent partagés autour de la question de savoir s'il existe une contradiction entre la promotion du *sourcing* par le législateur européen et les risques juridiques que cette pratique fait courir aux acheteurs. Si pour 13¹²⁰⁴ des 29 sondés (soit 44,82 %) ces tendances n'ont rien de contradictoire, pour 7¹²⁰⁵ d'entre eux (soit 24,13 %) elles sont difficilement conciliables et pour les 9¹²⁰⁶ restants (soit 31,03 %), il est difficile d'être catégorique.

Lorsqu'ils jugent cette pratique problématique, les enquêtés identifient des risques de plusieurs ordres. Un risque pénal d'abord, lié au délit de favoritisme et au recel de délit de favoritisme, soulevé par 1 autorité contractante et 2 opérateurs économiques interviewés. Le deuxième risque est contentieux¹²⁰⁷, il vise l'hypothèse d'une annulation de la procédure de passation au moyen d'un référé précontractuel ou d'un recours au fond, au motif d'une rupture

¹²⁰³ 1 AC.

¹²⁰⁴ 12 AC et 1 AV.

¹²⁰⁵ 7 AC.

¹²⁰⁶ 6 AC et 1 OE.

¹²⁰⁷ 2 AC et 2 OE.

d'égalité de traitement¹²⁰⁸ ou de l'absence d'exclusion d'un candidat dont la participation au *sourcing* aurait induit une distorsion de la concurrence à laquelle il ne peut être remédié¹²⁰⁹. Plus précisément, 1 autorité contractante interviewée fait part de son malaise quant à l'organisation concrète du *sourcing* : elle se demande si elle doit consulter toutes les entreprises d'un secteur déterminé, selon quelles modalités doit-elle organiser cette consultation et, *in fine*, comment se prémunir d'une rupture d'égalité de traitement entre les opérateurs économiques lorsque certains sont plus prolixes que d'autres. L'ensemble de ces questionnements conduit 2 autorités contractantes à s'autocensurer en refusant de faire du *sourcing* ou, à tout le moins, à l'organiser dans un cadre très contraint qui n'est pourtant pas imposé par le droit positif. Une autre autorité contractante souligne à cet égard :

« La pire hypothèse est celle dans laquelle le sourcing permet de réaliser que le secteur ne répond pas, ou du moins, pas complètement au besoin sans qu'il soit possible de savoir s'il est légal de contracter avec d'autres entreprises ou comment procéder le cas échéant ».

Pour leur part, les opérateurs économiques évoquent une certaine frilosité des opérationnels à participer au *sourcing* eu égard aux risques, notamment financiers en cas d'annulation de la procédure, que cette pratique fait courir aux entreprises. L'un d'eux va jusqu'à affirmer qu'il n'a « rien à y gagner », d'autant moins compte tenu du dernier risque identifié : est celui d'une divulgation d'informations sensibles, particulièrement critique pour les opérateurs économiques¹²¹⁰.

Diversité des remèdes. Les enquêtés, qui s'accordent généralement sur le diagnostic, sont en revanche plus divisés en ce qui concerne les remèdes. Sur ce point, deux grandes tendances se dessinent parmi les interviewés. La première consiste à imputer ces difficultés à « un manque de clarté juridique »¹²¹¹, au caractère « lacunaire des règles »,¹²¹² perçues comme insuffisamment sécurisantes. Pour ces 2 autorités contractantes et ces 3 opérateurs économiques, le législateur européen serait bien avisé d'édicter des lignes directrices propres à sécuriser la mise en œuvre du *sourcing*, lesquelles pourraient trouver leur place dans le préambule de la prochaine *directive*. Un autre opérateur économique va plus loin en affirmant

¹²⁰⁸ En ce sens, 3 AC sondées évoquent ce risque de « rupture d'égalité de traitement ».

¹²⁰⁹ Dir. 2014/24/UE, art. 57 §4 f).

¹²¹⁰ 3 OE et 1 AV.

¹²¹¹ 1 AC.

¹²¹² 1 AC.

que le *sourcing* devrait être rendu obligatoire au-delà de certains seuils ou d'un certain degré de complexité de l'achat.

La seconde tendance, partagée par 3 autorités contractantes, 3 opérateurs économiques et 1 avocat, consiste à affirmer que les problématiques liées au *sourcing* sont moins dues au cadre juridique qu'à des causes matérielles, qu'il s'agisse des moyens financiers, du temps qu'il demande, de la complexité de sa mise en œuvre ou encore de la « *sensibilisation et de la formation insuffisantes des acheteurs publics* ». La plupart des interviewés qui s'inscrivent dans cette logique estiment l'état du droit satisfaisant et ne souhaitent pas de modification du cadre juridique du *sourcing*¹²¹³, ou seulement par des instruments de droit souple tels qu'un modèle d'accord de confidentialité établi par la DAJ de Bercy¹²¹⁴. Un opérateur économique suggère également d'encourager le *sourcing* en reconnaissant qu'il s'agit d'une « *prestation à part entière dument rémunérée* ». Les sondées s'inscrivent plutôt dans cette dernière tendance, sans qu'une majorité se dégage véritablement de l'enquête quantitative. En effet, à la question de savoir s'il faudrait davantage encadrer juridiquement le *sourcing*, 4¹²¹⁵ des 28 sondés sont mitigés, 11¹²¹⁶ répondent par la positive et 13¹²¹⁷ par la négative. Pour s'en justifier, ces derniers expliquent que le *sourcing* effectué par un « *acheteur bien formé* » présente des risques limités¹²¹⁸, que les difficultés posées par ce dispositif seraient davantage imputables à une « *mauvaise compréhension* » des acheteurs¹²¹⁹, mais encore qu'un encadrement juridique supplémentaire alourdirait la procédure¹²²⁰, lorsqu'il ne serait pas tout simplement « *inopérant et improductif* »¹²²¹.

Après avoir évoqué le *sourcing*, les enquêtés étaient invités à s'exprimer sur la phase de sélection des candidats.

¹²¹³ 1 AC, 1 OE et 1 AV.

¹²¹⁴ 1 AC, 1 OE.

¹²¹⁵ 4 AC.

¹²¹⁶ 9 AC et 2 OE.

¹²¹⁷ 12 AC et 1 AV.

¹²¹⁸ 2 AC.

¹²¹⁹ 1 AC.

¹²²⁰ 1 AC

¹²²¹ 1 AC.

§II. La complexité de la sélection des candidats

Intérêt incontestable pour cette thématique. La sélection des candidats a suscité un indéniable intérêt des enquêtés puisque 50% (soit 10 sur 20) des interviewés et entre 20 et 30 des sondés ont choisi de répondre aux questionnaires relatifs à ce sujet. Après avoir formulé des critiques générales relatives au système d'exclusion (A.) et les difficultés relatives à la sélection des candidats, ces derniers ont soulevé plusieurs pistes d'amélioration (B.) et ont mis en lumière les difficultés relatives à la sélection des candidats (C.).

A. Les critiques fondamentales du système d'exclusion

Système jugé inefficace. Une majorité des sondés, soit 51,61 % (16 sur 31), estime que les motifs d'exclusion ne sont pas des dispositifs efficaces pour garantir l'intégrité dans la commande publique, tandis que seulement 22,58 % (7 sur 31) soutiennent la position contraire et que 25,80 % (8 sur 31) sont mitigés. Une première explication pourrait résider dans le nombre des motifs d'exclusion. Cette hypothèse n'est confirmée ni par l'enquête qualitative ni par les sondages. En effet, la plupart des interviewés ne jugent pas excessif le nombre de motifs d'exclusion¹²²², tout en concédant cependant que leur multiplication au niveau interne accentue les difficultés de mise en œuvre, sinon la confusion, et qu'elle n'est évidemment pas dans l'intérêt des opérateurs économiques. Aussi, 2 opérateurs économiques interviewés souhaiteraient que la liste des motifs d'exclusion arrêtée par le législateur européen soit strictement limitative de sorte que les États membres ne pourraient pas la compléter. Pour leur part, les sondés sont extrêmement divisés puisque sur les 25 sondés, 10¹²²³ jugent excessif le nombre de motifs d'exclusion, 8 n'estiment pas ces motifs trop nombreux¹²²⁴, tandis que les 7 autres sont partagés¹²²⁵.

En réalité, les interviews et les commentaires des sondages mettent au jour deux causes explicatives à ce désaveu majoritaire du système : le défaut d'information et le caractère discrétionnaire du système.

Défaut d'accès à l'information. Les 10 interviewés interrogés sur les motifs d'exclusion et l'auto-réhabilitation des candidats mettent en exergue une problématique

¹²²² 1 AC et 3 OE.

¹²²³ 10 AC.

¹²²⁴ 6 AC, 1 OE et 1 AV.

¹²²⁵ 7 AC.

commune : celle de l'accès à l'information pour les autorités contractantes¹²²⁶ et celle de la constitution des dossiers de candidatures pour les opérateurs économiques¹²²⁷. Les commentaires des autorités contractantes sondées confortent cette impression. Elles sont nombreuses à évoquer un « *contrôle impossible* »¹²²⁸, la difficulté d'obtenir les « *justificatifs nécessaires* »¹²²⁹, l'impossibilité de procéder à des « *vérifications effectives* »¹²³⁰ ou de s'assurer « *que le candidat ne ment pas* »¹²³¹ faute d'information en amont de l'administration¹²³². Un sondé résume parfaitement :

*Le système n'est pas efficace « car l'acheteur se contente d'attestations sur l'honneur pour admettre la candidature. Il ne peut pas contrôler réellement la multitude des motifs d'exclusions de l'entreprise. Il n'en a ni le temps ni les moyens. Il semble que l'on demande aux acheteurs de s'assurer du respect des procédures qui concernent d'autres administrations (fisc, sécurité sociale, institutions judiciaires...) »*¹²³³.

Sur ce point, les enquêtes constatent presque unanimement que le DUME se présente comme un outil de simplification qui a manqué sa cible, tant pour les acheteurs publics que pour les opérateurs économiques. En ce sens, 1 autorité contractante interviewée explique qu'elle n'utilise pas le DUME eu égard à sa grande complexité et sa lourdeur. C'est pour cette même raison, ainsi que son manque de souplesse, qu'un avocat confesse ne pas savoir l'employer. Dans le même sens, 1 opérateur économique se montre particulièrement critique :

« Personne ne comprend le DUME qui est trop complexe. Il est surréaliste de constater que des personnes ayant suivi des formations pour remplir le DUME ne sachent pas l'utiliser ou le remplir dans son intégralité. Le DUME est un échec, un exemple de l'inadéquation entre le besoin identifié à l'échelle européenne et la pratique des entreprises. Il faudrait en supprimer l'usage ».

Ce consensus est confirmé par les résultats de l'enquête quantitative. À la question de savoir si le DUME a simplifié la procédure de passation des marchés publics, une écrasante

¹²²⁶ 2 AC.

¹²²⁷ 1 OE et 1 AV.

¹²²⁸ 2 AC.

¹²²⁹ 1 AC.

¹²³⁰ 1 AC.

¹²³¹ 1 AC.

¹²³² 1 AC.

¹²³³ 1 AC.

majorité des sondés, soit 13 sur 18 ¹²³⁴, répond négativement, contre seulement 1 ¹²³⁵ qui répond positivement et 4 ¹²³⁶ qui sont partagés. Dans leurs commentaires, les sondés expliquent la mauvaise diffusion de ce fascicule à l'aune des mêmes arguments que les interviewés, à savoir la longueur, la lourdeur et la grande complexité de ce document ¹²³⁷, qualifié d'« *illisible* » par 1 autorité contractante ¹²³⁸.

Caractère discrétionnaire du système. Les enquêtés ont une perception très variable de la marge d'appréciation laissée par les directives européennes à l'autorité contractante dans la mise en œuvre des motifs d'exclusion facultatifs et l'appréciation des mesures d'auto-réhabilitation, ce dont témoignent parfaitement les résultats de l'enquête quantitative. En effet, 38,46 % des sondés (soit 10 sur 26) ¹²³⁹ – appartenant tous à la catégorie des autorités contractantes – estiment que ces motifs laissent une marge d'appréciation trop étendue aux autorités contractantes, contre 42,30 % (soit 11 sur 26) ¹²⁴⁰ qui soutiennent la position contraire et 19,23 % qui sont mitigés (soit 5 sur 24) ¹²⁴¹. À rebours, les interviewés, soit 2 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques, se montrent majoritairement inquiets de cette latitude laissée à l'autorité contractante s'agissant des motifs d'exclusion facultatifs et de l'appréciation des mesures d'auto-réhabilitation. Ce caractère discrétionnaire aurait un « *effet dissuasif* » pour les entreprises, selon les termes employés par 1 opérateur économique, tout en suscitant de nombreuses interrogations pratiques d'une autorité contractante. En ce sens également, 1 opérateur économique interviewé souligne que, selon lui, la problématique principale réside dans la différence de régimes entre les motifs d'exclusion facultatifs et obligatoires. Plus précisément, s'il est évident que l'appel d'une décision de justice non définitive permet d'échapper à un motif obligatoire d'exclusion, rien n'est moins sûr en ce qui concerne les motifs facultatifs d'exclusion. Aussi, le législateur européen pourrait préciser si la saisine d'un juge aux fins de contester la décision d'une autorité contractante, par exemple celle de résilier le contrat aux torts du cocontractant, permet d'être exempté d'exclusion.

Motifs les plus discutés. Certains motifs facultatifs prêtent particulièrement le flanc à la critique, à l'image du conflit d'intérêts ¹²⁴². Une autorité contractante interviewée exprime

¹²³⁴ 12 AC et 1 OE.

¹²³⁵ 1 AC.

¹²³⁶ 4 AC.

¹²³⁷ 4 AC.

¹²³⁸ 1 AC.

¹²³⁹ 10 AC.

¹²⁴⁰ 10 AC et 1 AV.

¹²⁴¹ 4 AC et 1 OE.

¹²⁴² Dir. 2014/24, art. 57, §4 e).

son malaise dans la mise en œuvre de ce motif d'exclusion facultatif. Elle souligne qu'en pratique la solution consistant à ne pas exclure un candidat suspecté d'être dans une situation de risque de conflits d'intérêts est moins risquée sur le plan contentieux que celle qui consiste à l'exclure. Dans le même ordre d'idées, 1 autorité contractante sondée appelle de ses vœux une codification de la jurisprudence relative à ce motif, tandis qu'une autre interviewée constate :

« L'exclusion du candidat n'est pas prononcée lorsque le conflit d'intérêts n'est pas avéré. Le système actuel est troublant pour l'acheteur public qui a le sentiment de pouvoir s'appuyer sur un grand nombre de règles, mais qui dispose, en réalité, d'une marge de manœuvre très faible ».

Un autre motif concentre les critiques des opérateurs économiques interviewés : celui tiré d'« *une faute professionnelle grave* » de l'opérateur économique remettant en cause son « *intégrité* »¹²⁴³. Selon 1 opérateur économique, ce motif laisse une latitude trop importante aux acheteurs qui sont tentés d'en « *abuser afin de se prémunir de reproches d'un concurrent évincé, par exemple dans l'hypothèse de retards d'exécution qui ne sont pas forcément imputables à une faute du titulaire, mais donnent lieu à des pénalités* ». Cet opérateur économique suggère que le législateur européen rédige, par exemple dans le préambule des directives, des conseils relatifs à l'utilisation de cette exclusion pour permettre aux autorités contractantes de déterminer dans quels cas « *limitatifs* » elle doit être mise en œuvre.

Enfin, 4 enquêtés se divisent à propos du motif tiré « *des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique* » dans l'exécution d'un précédent contrat¹²⁴⁴. En effet, 1 opérateur économique interviewé estime que la transposition française de ce motif pêche par sa « *trop grande sévérité* », tandis qu'un autre qualifie ce motif de « *légitime* » tout en reconnaissant néanmoins que cette donnée est « *subjective et potentiellement dangereuse* ». Pour sa part, 1 autorité contractante interviewée souhaiterait qu'une réflexion soit menée au niveau européen sur l'extension de ce motif aux hypothèses dans lesquelles l'opérateur économique n'a pas donné satisfaction dans l'exécution d'un précédent contrat, et ce même en l'absence de résiliation, soit sous forme d'un motif d'exclusion, soit en tant que critère d'attribution. Elle est rejointe, en cela, par 1 avocat sondé qui appelle de ses vœux un assouplissement dans la mise en œuvre de ce motif.

¹²⁴³ *Ibid.*, art. 57 §4 c).

¹²⁴⁴ *Ibid.*, art. 57 §4, g).

Ce bilan, plutôt sévère, de l'efficacité du système d'exclusion des candidats, est cependant complété par diverses propositions des enquêtés.

B. Les pistes d'amélioration du système

Objectivation du système. Pour remédier au caractère discrétionnaire du système, 4 interviewés¹²⁴⁵ appellent de leurs vœux un système « *objectif* » d'exclusion facultative. Dans le prolongement de cette idée, plusieurs d'entre eux émettent le vœu d'une objectivation du système d'auto-réhabilitation qui consisterait à faire constater par un juge ou une autorité administrative que les mesures prises sont suffisantes, spécialement en matière de conflit d'intérêts¹²⁴⁶.

Centralisation souhaitée des informations. Une manière d'objectiver le système serait d'investir un organe du pouvoir de constater et / ou de centraliser, au niveau européen, les informations relatives aux opérateurs économiques (motifs d'exclusion et mesures d'auto-réhabilitation). Interrogés sur le caractère opportun d'une telle proposition, de nombreux interviewés, soit 3 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques, l'accueillent positivement, à l'exception d'un avocat qui souligne le caractère infamant d'un tel système, le risque d'une confusion entre la maison-mère et ses filiales ou encore le danger de fausser l'analyse des offres.

Au-delà de cet apparent consensus, le système privilégié diffère selon la qualité de l'enquêté. En effet, 2 autorités contractantes suggèrent de s'inspirer du modèle italien dans lequel les services centraux de l'État¹²⁴⁷ établissent un registre – une sorte de « *liste blanche* » – répertoriant les opérateurs économiques qui ne sont pas visés par un motif d'exclusion ou qui ont pris des mesures suffisantes d'auto-réhabilitation. En ce sens également, 1 autorité contractante sondée appelle spontanément de ses vœux la mise en place d'une « *base de données permettant de vérifier l'information* », tandis qu'une autre invite, de manière plus radicale, le législateur européen à supprimer les motifs d'exclusion. À rebours, 2 opérateurs économiques interviewés plaident plutôt pour le retour de la règle du « *dites-le-nous une fois* »

¹²⁴⁵ 2 AC et 2 OE.

¹²⁴⁶ 1 AC et 1 OE.

¹²⁴⁷ En Italie, les entreprises sont tenues de transmettre aux préfectures, puis au ministère de la Justice, de nombreuses informations (numéros fiscaux, cotisations sociales, informations personnelles relatives aux dirigeants etc.) afin de figurer sur une « liste blanche ».

qui présenterait l'avantage d'alléger les lourdeurs administratives inhérentes à la constitution des dossiers de candidatures.

Au-delà de la sélection « *négative* » des candidats, à savoir leur exclusion, celle-ci passe également par une phase d'analyse de leurs capacités qui n'est pas sans susciter certaines difficultés pour les enquêtés interrogés.

C) La délicate sélection des candidats

Difficultés posées par l'analyse des capacités des candidats. La question de savoir si l'analyse des capacités des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique pose des problématiques particulières divise manifestement les sondés. En effet, sur les 31 réponses obtenues, 13 sont positives¹²⁴⁸, 13 sont négatives¹²⁴⁹ et 5 sont mitigées¹²⁵⁰. Les seuls interviewés à avoir évoqué ce sujet, en l'occurrence 2 autorités contractantes soulignent, quant à elles, la grande difficulté qu'elles éprouvent à trouver l'« *équilibre* » entre le risque encouru par l'acheteur public et l'analyse concrète des candidatures.

Pourtant, au-delà de cet apparent dissensus, les commentaires des sondés et des interviewés vont dans le même sens : l'analyse des capacités des candidats, spécialement financières, pose des problèmes de plusieurs ordres. Ces difficultés sont d'abord matérielles tant cet exercice demande du temps, des moyens et une véritable expertise, ainsi que le fait valoir une autorité contractante interviewée¹²⁵¹. Ces difficultés sont également d'ordre méthodologique en ce que le droit positif ne prévoit pas de lignes claires pour fixer les bons niveaux de capacités, conduisant ainsi certaines autorités contractantes à transposer les mêmes modèles sans adaptation d'un contrat à l'autre. Selon 1 opérateur économique sondé, cette analyse pêche également parce qu'elle se base sur « *des éléments financiers obsolètes* ». Enfin, ces difficultés sont parfois strictement juridiques. Selon 1 autorité contractante sondée la fixation, par le droit positif, des moyens de preuve « *limite l'analyse de leurs capacités* »¹²⁵² de sorte qu'il est malaisé, selon 1 autre sondé relevant de la même catégorie, de trouver « *la base juridique* » pour exiger certains documents dans l'arrêté candidature de 2019¹²⁵³ qui transpose

¹²⁴⁸ 12 AC et 1 OE.

¹²⁴⁹ 12 AC et 1 OE.

¹²⁵⁰ 4 AC et 1 AU.

¹²⁵¹ 1 AC.

¹²⁵² 1 AC

¹²⁵³ Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

la liste des renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats à un marché public fixée par l'annexe XII de la *directive 2014/24*. Enfin, plusieurs autorités contractantes mettent en avant le caractère problématique de l'interdiction de rejet pour défaut de références similaires. En ce sens, 1 autorité contractante sondée résume ces difficultés :

« L'analyse des capacités des candidats pose des difficultés réelles puisqu'il n'est pas possible, fort logiquement, d'écarter une jeune entreprise sur le seul motif que l'on ne dispose pas de son chiffre d'affaires sur trois ans ou d'une liste de références. Les moyens généraux des grandes entreprises analysés au stade de la candidature sont également trompeurs puisqu'ils ne reflètent pas ceux qui concernent directement l'acheteur par leur activité précise ou leur secteur géographique. De fait il est rare d'écarter la candidature d'une entreprise dans les procédures ouvertes ».

L'attribution d'un contrat de la commande publique se déroule, on le sait, en deux phases. Aussi, pour avoir un aperçu fidèle de la pratique, il était nécessaire d'interroger les enquêtés sur la phase d'attribution.

§III. L'intérêt variable pour les critères d'attribution et les offres

Intérêt variable des enquêtés. Les enquêtés ont manifesté un intérêt plus variable pour les critères d'attribution (A.) et l'analyse des offres (B.), puisqu'ils sont respectivement 5 interviewés et environ 20 sondés à avoir répondu aux questions relatives à ces sujets.

A. La transparence des critères d'attribution

Publicité discutée de la méthode de notation. Les sondés, invités à se prononcer sur l'opportunité d'étendre l'obligation de publication des critères d'attribution à la méthode de notation employée par les autorités contractantes, apparaissent une nouvelle fois particulièrement divisés. En effet, on observe une proportion égale de réponses positives (11 sur 26)¹²⁵⁴ que de réponses négatives (11 sur 26)¹²⁵⁵ et, une petite minorité de réponses mitigées (4 sur 26)¹²⁵⁶. Parmi les sondés favorables à cette publicité se trouvent 1 opérateur économique

¹²⁵⁴ 9 AC, 1 OE et 1 AV.

¹²⁵⁵ 11 AC.

¹²⁵⁶ 4 AC.

et 1 avocat ainsi que 9 autorités contractantes, dont 1 qui estime que cela permettrait une « *totale transparence* ». Au sein des 11 sondés défavorables à cette mesure, certains s'appuient sur la « *marge de manœuvre* » nécessaire aux autorités contractantes, tandis qu'une position de compromis est envisagée par 1 autorité contractante mitigée : imposer l'élaboration de la méthode en amont, sans nécessairement la soumettre à publication.

Rapprochement consensuel des régimes d'attribution. Dans leur grande majorité, les enquêtés ont une perception positive du rapprochement opéré par le législateur européen en ce qui concerne le régime d'attribution des concessions et des marchés publics, ce dont témoignent parfaitement les résultats de l'enquête quantitative. En effet, interrogés sur le caractère opportun de ce rapprochement – tant en ce qui concerne la sélection que l'attribution –, aucun sondé n'a répondu par la négative tandis qu'une écrasante majorité (14 sur 25)¹²⁵⁷ a répondu par la positive et une minorité (11 sur 25)¹²⁵⁸ s'est dit mitigée. Ces résultats sont éclairés par les quelques commentaires des sondés qui perçoivent dans ce rapprochement, qualifié par certains d' « *harmonisation* », un facteur de « *sécurité juridique* »¹²⁵⁹ ou de « *simplification* »¹²⁶⁰. Plus précisément, les sondés voient d'un bon œil l'obligation de publicité des critères d'attribution des concessions puisqu'ils sont 16¹²⁶¹ sur 23 à considérer qu'elle limite l'arbitraire des autorités concédantes, 2¹²⁶² – parmi lesquels 1 opérateur économique – à adopter la position inverse et 5¹²⁶³ à ne pas trancher. Dans le prolongement de cette idée, sur les 10 sondés à se prononcer sur le point de savoir si l'obligation de hiérarchisation des critères d'attribution des concessions constitue une limite excessive à l'*intuitu personae*, 8 répondent¹²⁶⁴ par la négative, 1 n'est pas concerné et 1 seul – relevant de la catégorie autorité contractante – répond par la positive, tout en précisant immédiatement que cela permet néanmoins de « *sécuriser la procédure* ». Enfin, une écrasante majorité des sondés, soit 18¹²⁶⁵ sur 23, estime que ces critères ne devraient pas pouvoir être négociés comme ils l'étaient auparavant, tandis qu'un¹²⁶⁶ seul est d'avis contraire et 4 sont mitigés¹²⁶⁷.

¹²⁵⁷ 13 AC et 1 AV.

¹²⁵⁸ 10 AC et 1 OE.

¹²⁵⁹ 2 AC.

¹²⁶⁰ 1 AV.

¹²⁶¹ 15 AC et 1 AV.

¹²⁶² 1 AC et 1 OE.

¹²⁶³ 5 AC.

¹²⁶⁴ 6 AC, 1 OE et 1 AV.

¹²⁶⁵ 16 AC, 1 OE et 1 AV.

¹²⁶⁶ 1 AC.

¹²⁶⁷ 4 AC.

Les interviewés ont également une perception positive de cette évolution du droit européen. En ce sens, ils estiment que les obligations de publicité et de hiérarchisation des critères d'attribution des concessions sont une bonne chose, tant pour la bonne utilisation des deniers publics que pour la transparence de la gestion publique¹²⁶⁸, mais encore qu'elles permettent aux soumissionnaires de mieux orienter son offre pour correspondre aux attentes du concédant¹²⁶⁹. De manière plus nuancée, 1 opérateur économique expose :

« L'obligation de publicité des critères d'attribution est un gage de transparence qui permet d'adapter les offres afin qu'elles soient conformes aux attentes du concédant. Il faut cependant veiller à préserver l'intuitu personae inhérent aux concessions. Une part d'arbitraire assumée est préférable à un arbitraire artificiellement dissimulé derrière des critères faussement scientifiques ».

Unification clivante des régimes. Les enquêtés sont particulièrement divisés sur l'opportunité de pousser la logique à son paroxysme en unifiant les régimes d'attribution des marchés publics et des concessions, ainsi qu'en témoignent les prises de position de 3 interviewés. En effet, 1 opérateur économique considère que cette proposition permettrait de « simplifier le travail des praticiens », tandis qu'une autorité contractante souhaiterait, au contraire, le maintien du *statu quo* propre à préserver l'*intuitu personae* qui gouverne l'attribution des concessions et d'un opérateur économique défavorable à la pondération impérative des critères. À rebours, les sondés témoignent d'un certain scepticisme quant à la hiérarchisation des critères d'attribution des concessions. Pour 11 d'entre eux¹²⁷⁰, cette hiérarchisation ne saurait être respectée sans pondération. On peut en déduire qu'il serait opportun, pour ces enquêtés, de procéder à une harmonisation des régimes en imposant, comme en marchés publics, la règle de la pondération des critères d'attribution des concessions. Toutefois, 7¹²⁷¹ des 24 sondés n'éprouvent pas de difficulté à respecter la hiérarchisation, même sans pondération, tandis que 6¹²⁷² autres sont mitigés.

Critères d'attribution des marchés publics. Les enquêtés n'ont formulé aucune observation s'agissant des critères d'attribution des marchés publics, à l'exception d'un avocat interviewé. Ce dernier a en effet souligné que le sens donné par l'acheteur à certains de ces

¹²⁶⁸ 1 AC.

¹²⁶⁹ 1 AV.

¹²⁷⁰ 10 AC et 1 AV.

¹²⁷¹ 7 AC.

¹²⁷² 6 AC.

critères était parfois sibyllin, lorsque ceux-ci ne font pas « *doublon* ». L'enquête serait favorable à l'établissement, par le législateur européen, d'une liste non limitative de critères ou de sous-critères d'attribution, voire qu'il éclaire le sens de certains d'entre eux dans le préambule de la future directive Marchés.

Si la transparence des critères d'attribution des marchés publics comme des concessions ne suscite pas beaucoup de contestation parmi les enquêtés, ces derniers sont en revanche plus critiques en ce qui concerne l'analyse des offres.

B. Les difficultés propres à l'analyse des offres

Ambivalence des variantes. Les remarques des interviewés à propos des variantes sont tout aussi ambivalentes qu'en matière de *sourcing* : elles présentent de nombreux avantages, mais sont insuffisamment encadrées pour déployer leur plein potentiel. En effet, les variantes sont majoritairement perçues comme un « *bon outil* » pour reprendre l'expression employée par 1 avocat et 1 opérateur économique lorsqu'elles ne sont pas considérées comme un « *axe d'amélioration important, quelle que soit la catégorie de marchés* » par 1 autorité contractante. À ce sujet, 1 opérateur économique développe :

« Les variantes permettent une marge de créativité pour les opérateurs économiques. Par exemple, en matière hospitalière, la variante permet de proposer la géolocalisation pour le contrôle des rondes des soignants. Leur absence au sein du cahier des charges entrave la proposition de solutions optimales ».

En revanche, les enquêtés s'accordent à dire que le régime juridique des variantes n'est pas optimal et n'en facilite pas le recours. D'abord, 1 avocat interviewé souligne que la variante ne doit pas excuser un certain laxisme de l'acheteur dans la définition de son besoin. Ensuite et surtout, la problématique principale tient à la notation et la comparaison de ces offres par les acheteurs publics, ce que confirme l'enquête quantitative. Interrogés sur la méthode d'appréciation des variantes, une majorité des sondés, soit 48,27 % (14 sur 29) plaident pour une formule adaptée, 34,48 % (10 sur 29) pour un classement unique et 17,24 % (5 sur 29) sont mitigés.

Dans l'ensemble, ces résultats témoignent du malaise que suscite la méthode d'analyse des variantes chez les praticiens. Sur ce point, 2 autorités contractantes interviewées soulignent

que le système de classement unique « *entrave la comparaison* » des variantes avec les offres de base et constitue une contrainte trop importante pour l'acheteur. En conséquence, ces autorités contractantes acceptent seulement des variantes « *semi imposées* », lorsqu'elles ne les refusent pas catégoriquement. Un opérateur économique exprime pour sa part le souhait que les « *autorités contractantes établissent des exigences minimales et accordent davantage de liberté concernant les propositions et l'innovation des opérateurs économiques* ». Partant de ce constat, une majorité d'interviewés, soit 1 avocat et 2 autorités contractantes, appelle de ses vœux un meilleur encadrement des variantes propre à lever l'insécurité juridique qui raréfie leur recours. Une autorité contractante interviewée formule un autre souhait qui serait, selon elle, parfaitement cohérent avec « *l'esprit de mutualisation souhaité par le législateur européen* » : consacrer la pratique des scénarios alternatifs¹²⁷³ afin de l'encadrer juridiquement. Cette pratique permet à l'acheteur public d'imposer aux candidats de lui proposer deux solutions alternatives à même de répondre à son besoin, qui peuvent différer sur le plan technique ou financier et font l'objet d'une appréciation séparée. Au soutien de cette proposition, elle expose les nombreux atouts des scénarios alternatifs :

« L'appréhension des scénarios alternatifs constituerait un gain de temps pour l'acheteur public en ce qu'ils permettent de ne mener qu'une seule procédure, plutôt qu'une procédure avec une solution qui n'aboutit pas, puis le lancement d'une autre procédure, avec une autre solution. Les scénarios alternatifs reposent, en outre, sur une logique de variable d'ajustement, sans cependant renoncer à la définition précise du besoin par l'acheteur. Ils permettent également, contrairement à la variante, de ne pas laisser aux opérateurs économiques la main libre sur le sujet ».

Interdiction souhaitée des « tapis de bombes ». Une autorité contractante évoque également la pratique, très fréquente, des « *tapis de bombes* » qui consiste, pour un même soumissionnaire, à présenter plusieurs offres sous des dénominations ou des identifications différentes en employant les artifices du droit des sociétés, afin de multiplier artificiellement ses chances de remporter le marché¹²⁷⁴. L'enquête relève à ce sujet :

¹²⁷³ Cette pratique est déjà ratifiée par la jurisprudence du Conseil d'État français : CE, 21 oct. 2015, *Communauté urbaine du Grand Dijon*, n° 391311.

¹²⁷⁴ CE, 8 déc. 2020, *Métropole Aix-Marseille*, n° 436532 : le juge des référés constate que « *si deux personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un*

« Cette pratique nuit à l'égalité de traitement et aux principes de la commande publique, tout en générant de fortes incertitudes pour les acheteurs qui se demandent comment sauver la procédure et qui exclure ? »

Si la jurisprudence du Conseil d'État se fonde sur les obligations de publicité et de mise en concurrence pour imposer à l'acheteur d'identifier et de rejeter les offres concernées, l'autorité contractante concernée souhaiterait que le législateur européen consacre à son tour cette obligation de rejet et en précise l'étendue pour ne laisser *« aucune place à la subjectivité »*.

Offres anormalement basses. Parmi les interviewés, seuls 2 opérateurs économiques ont choisi d'évoquer le sujet des offres anormalement basses. L'un d'eux souhaiterait que le législateur européen apporte des précisions aussi bien sur la définition de cette notion que sur le dispositif de rejet. L'autre opérateur économique exprime, au contraire, sa crainte que la lutte contre les offres anormalement basses conduise les instances européennes à créer un système rigide :

« Il faut se garder de rentrer dans un schéma qui viserait à créer des formules arithmétiques pures et simples permettant d'exclure telle ou telle offre ce qui reviendrait à créer de véritables freins à l'innovation (offre anormalement haute). Il faut être très vigilant sur l'idée préconçue et un peu dogmatique de penser que des formules arithmétiques et un mode de calcul permettront d'exclure ou de faire obstacle à certaines offres considérées anormalement basses ».

Les sondés apparaissent tout aussi partagés que les interviewés. En effet, à la question de savoir si le régime juridique des offres anormalement basses est suffisamment précis, 11¹²⁷⁵ des 29 sondés répondent *« oui »*, 13¹²⁷⁶ répondent *« non »* et 5¹²⁷⁷ sont mitigés.

Utilisation future de l'IA. Une autorité contractante souligne l'opportunité, sinon l'urgence, qu'il y a d'encadrer l'utilisation de l'intelligence artificielle dans le cadre de l'analyse des offres. Selon elle, le législateur européen devrait se saisir de cette question à la faveur de la prochaine réforme des directives Marchés et Concessions au risque d'être rapidement dépassé,

même lot ». Et le Conseil d'État d'en déduire que le pouvoir adjudicateur doit, le cas échéant, écarter l'ensemble des offres présentées par le même opérateur comme irrégulières, et qu'elle avait ainsi manqué à ses obligations de mise en concurrence.

¹²⁷⁵ 10 AC et 1 OE.

¹²⁷⁶ 11 AC, 1 OE et 1 AV.

¹²⁷⁷ 5 AC.

compte tenu de la nature évolutive de ces technologies qui pourraient, demain, se substituer en partie à l'acheteur public dans l'analyse des offres.

AXE 3 : LES OBJECTIFS HORIZONTAUX

Objectif des enquêtes. Pour procéder au bilan de la multiplication des objectifs stratégiques assignés à la commande publique à la faveur de la réforme des *directives* de 2014, les enquêtés pouvaient être interrogés sur les considérations sociales (**thématique 6**), l'accès des PME (**thématique 7**) et/ ou l'innovation (**thématique 8**).

THÉMATIQUE N° 6 : LES CONSIDÉRATIONS SOCIALES

Déroulement des enquêtes. Lors des enquêtes, les personnes interrogées¹²⁷⁸ ont mis en exergue des problématiques générales soulevées par les considérations sociales (§I.), avant d'évoquer les mesures spécifiquement envisagées par le législateur européen pour incorporer ces aspects dans les contrats de la commande publique (§II.).

§I. Les problématiques générales révélées par la pratique

Caractère clivant du sujet. Les considérations sociales divisent les enquêtés qui ne s'accordent ni sur la conciliation des nombreux objectifs assignés au droit de la commande publique (A.), ni sur les limites inhérentes à leur prise en compte dans les marchés publics et les concessions (B.).

A. La conciliation des objectifs de la commande publique

Multiplication des objectifs. La multiplication des objectifs « stratégiques » assignés à la commande publique par le législateur européen en 2014 ne manque pas de diviser les praticiens. À cet égard, les deux grandes tendances qui se dessinent parmi les enquêtés

¹²⁷⁸ 9 interviewés et environ 20 sondés.

témoignent du caractère clivant de cette question, étant cependant entendu qu'une partie majoritaire des sondés, soit 12¹²⁷⁹ sur 23, n'est pas catégorique.

Une première partie des enquêtés estime que la conciliation entre les principes fondamentaux et les objectifs stratégiques de la commande publique est malaisée. Il en va ainsi de 5¹²⁸⁰ des 23 sondés et de 3 interviewés¹²⁸¹ qui voient dans la « *superposition des exigences européennes et françaises* » une contrainte propre à complexifier les procédures de passation¹²⁸². À cet égard, 1 autorité contractante interviewée souligne que l'injonction de développer les emplois locaux ou d'insérer des considérations sociales dans les contrats de la commande publique qu'il conclut constitue un véritable « *défi* » pour l'acheteur public qui veut se conformer au droit de la commande publique. Selon 1 opérateur économique, dont la position est partagée par 1 autorité contractante sondée, il faudrait même « *balayer cet effet de mode et revenir aux principes fondamentaux* », tandis qu'une autorité contractante interviewée souhaiterait que le législateur européen hiérarchise les objectifs horizontaux.

La thèse contraire, partagée par un nombre équivalent d'enquêtés, soit 6¹²⁸³ sondés et 3 interviewés¹²⁸⁴, consiste à soutenir qu'il n'existe pas de difficulté d'articulation entre les objectifs de développement durable et les principes fondamentaux de la commande publique. À ce sujet, 1 avocat interviewé expose :

« Les objectifs "horizontaux" sont conciliables avec les principes fondamentaux de la commande publique. En réalité, la commande publique ne vise pas à exclure toute discrimination des opérateurs économiques, mais tend seulement à ce que les autorités contractantes ne soient pas discriminantes artificiellement. Le fait que le législateur [européen] utilise la commande publique comme levier pour le développement durable et que les entreprises fassent ou non le choix de s'engager dans cette voie n'apparaît pas problématique de ce point de vue ».

Opportunité discutée des contraintes chiffrées. Les enquêtés sont tout aussi partagés autour de la question de savoir si le législateur européen devrait instaurer des obligations de résultat ou des quotas pour promouvoir davantage les considérations sociales

¹²⁷⁹ 10 AC, 1 AV et 1 AU.

¹²⁸⁰ 5 AC.

¹²⁸¹ 2 AC et 1 OE.

¹²⁸² 1 AC.

¹²⁸³ 5 AC.

¹²⁸⁴ 1 AC, 1 OE et 1 AV.

dans le droit de la commande publique. Les premiers – 3 interviewés et 7¹²⁸⁵ des 22 sondés – répondent logiquement par la négative, tandis que les seconds, soit 3 interviewés et 7¹²⁸⁶ sondés – sont quant à eux plutôt réservés, à l’instar des 8 sondés¹²⁸⁷ qui se disent « *mitigés* ». Sur ce point, 1 avocat interviewé adopte une position de compromis : quoique favorable à la proposition de quotas, il ne la juge cependant pas très réaliste :

« Il n’est pas certain que tous les États européens puissent opérer une telle transition de manière brutale. En outre, rendre obligatoire l’attribution au "mieux-disant" social accroîtrait l’inégalité entre les petits et les grands acheteurs publics ».

Un opérateur économique n’y est pour sa part pas très favorable, sauf si l’objet du marché s’y prête. Un autre souligne quant à lui que les dispositifs, tels que les clauses d’insertion sociale, doivent conserver leur souplesse de sorte l’on pourrait songer à élargir leur champ d’application, à la condition toutefois de veiller à ne pas complexifier les méthodes de comptabilisation.

Promotion ambitieuse des aspects environnementaux. Ces résultats font écho à la remarque d’un avocat interviewé qui observe un décalage entre les considérations environnementales qui font d’ores et déjà l’objet d’exigences chiffrées et les considérations sociales qui s’imposent avec davantage de souplesse. Ce constat est conforté par l’enquête quantitative. Ainsi, à la question de savoir si elles privilégient l’aspect environnemental ou social dans les contrats qu’elles concluent, 13 des 19 autorités contractantes sondées répondent « *les 2* », 5 d’entre elles mettent l’accent sur les considérations environnementales et seulement 1 sur les préoccupations sociales.

Pour s’en expliquer, certaines expliquent que le « *le volet environnemental est plus concret et objectivable* », lorsqu’elles ne font pas valoir les difficultés et limites de l’aspect social.

¹²⁸⁵ 6 AC et 1 AV.

¹²⁸⁶ 6 AC et 1 AU.

¹²⁸⁷ 8 AC.

B. Les limites juridico-pratiques des considérations sociales

Rares bénéfiques associés aux aspects sociaux. Les avantages des considérations sociales mis en avant par les interviewés sont assez peu nombreux. Un opérateur économique souligne néanmoins :

« Les considérations sociales ont un effet vertueux, elles permettent le développement de tout un écosystème. Tel est le cas notamment en matière de clauses sociales qui conduisent à la conclusion de partenariats particuliers permettant de sous-traiter un certain nombre de prestations à des organismes spécialisés dans la réinsertion de publics éloignés de l'emploi ».

Un autre opérateur économique évoque quant à lui les « *répercussions positives sur l'image* » de l'autorité contractante, comme celle du titulaire du contrat. Dans le prolongement de cette idée, 1 autorité contractante observe une « *vraie acculturation* » des acheteurs publics autour de la question de l'insertion sociale, qui présente pour eux un véritable « *intérêt stratégique trans-partisan* » en ce sens que les heures d'insertion sont autant d'aides sociales en moins à payer pour les collectivités territoriales qui en ont la charge.

Limites des considérations sociales. À rebours, les interviewés identifient des limites de plusieurs ordres à l'intégration des considérations sociales dans les contrats de la commande publique, au premier rang desquelles l'exigence juridique d'un lien avec l'objet du contrat¹²⁸⁸. Un avocat systématise, à cet égard, deux attitudes des autorités contractantes : certaines, généralement des petites collectivités, n'ont pas connaissance de cette exigence ou assument parfaitement leur volonté de favoriser les petites entreprises locales ; d'autres, mieux armées juridiquement, ont parfaitement conscience qu'un lien est exigé, mais savent parfaitement « *naviguer* » pour se conformer aux principes du droit de la commande publique tout en favorisant le développement économique du territoire. La deuxième limite mise en lumière par les interviewés est contractuelle, elle réside dans la traduction juridique et la quantification des enjeux sociaux, et plus spécifiquement « *sociétaux* », dans les contrats de la commande publique¹²⁸⁹. À ce propos 1 autorité contractante met en exergue que :

« Le droit n'est pas fondamentalement problématique, car il offre des outils comme les pénalités pour intégrer des considérations sociales dans les

¹²⁸⁸ 1 AC et 1 OE, ainsi qu'1 AC sondée.

¹²⁸⁹ 1 AC et 1 AV, ainsi qu'1 AC sondée.

contrats. Le principal frein réside davantage dans l'approche intellectuelle que supposent leur traduction contractuelle et leur quantification ».

Sur ce point, 1 avocat souligne également que le « *moins-disant reste encore favorisé au détriment du mieux-disant social* ». La troisième limite¹²⁹⁰ est d'ordre matériel, elle vise le coût financier et humain des considérations sociales. En effet, la prise en compte des considérations sociales porte en elle le risque de « *surenchérir* » le prix des prestations objet du contrat, tant elle suppose des investissements financiers et des ressources humaines supplémentaires propres à assurer le suivi des objectifs fixés par le contrat. Ce constat est nuancé par 1 autorité contractante et 1 opérateur économique qui soutiennent que l'investissement est certes conséquent au démarrage, mais que le « *système est [ensuite] très efficace et même efficient* ». Dans le prolongement de cette idée, 1 opérateur économique met en avant une difficulté très concrète dans la mise en œuvre des clauses d'insertion sociale, liée à la tension du marché de l'emploi dans certaines zones géographiques ou certains secteurs. Pour éclairer son propos, il livre un exemple : sur une équipe de 10 personnes, il faut au moins 1 salarié en insertion sociale. Or si celui-ci démissionne, il peut être difficile de recruter une personne présentant un profil similaire afin de respecter la clause.

Les résultats de l'enquête quantitative tendent à nuancer les observations des interviewés. En effet, une majorité de sondés (11¹²⁹¹ sur 23) n'estime pas que la mise en concurrence constitue un frein à l'intégration des considérations sociales dans les contrats de la commande publique, tandis qu'une minorité soutient soit la position contraire (7¹²⁹² sur 23), soit se dit mitigée (5¹²⁹³ sur 23). Dans le prolongement de ce questionnaire, les sondés sont peu nombreux à considérer que l'intégration des aspects sociaux dans les contrats de la commande publique comporte des risques juridiques particuliers (4¹²⁹⁴ sur 19) ou à se montrer hésitants (4¹²⁹⁵ sur 19). À rebours, la majorité d'entre eux (11¹²⁹⁶ sur 19) ne perçoit pas de risque particulier à intégrer des considérations sociales.

¹²⁹⁰ 1 AC et 3 OE.

¹²⁹¹ 9 AC, 1 AV et 1 AU.

¹²⁹² 7 AC.

¹²⁹³ 5 AC.

¹²⁹⁴ 3 AC et 1 AV.

¹²⁹⁵ 4 AC.

¹²⁹⁶ 10 AC et 1 AU.

Objets « perméables » aux considérations sociales. Les enquêtés soulignent à l'unanimité – soit 4 interviewés¹²⁹⁷ et 23 sondés¹²⁹⁸ – que certains objets contractuels sont plus propices à l'intégration de considérations sociales que d'autres, au premier rang desquels les travaux, selon 4 autorités contractantes sondées, ce que nuance cependant 1 opérateur économique interviewé qui souligne que les clauses d'insertion sociale, qui supposent la formation du personnel sur le temps long, sont difficiles à mettre en œuvre dans les contrats de courte durée. Les contrats de fourniture ont également été évoqués à plusieurs reprises, par 2 autorités contractantes (l'une sondée, l'autre interviewée). À rebours, plusieurs enquêtés¹²⁹⁹ soulignent que les considérations sociales sont inadaptées à certains objets contractuels, à l'image des prestations intellectuelles ou des domaines techniques comme l'informatique. Une autorité contractante sondée nuance cependant cet apparent consensus en expliquant que la mise en place d'un système progressif avec différents niveaux d'exigences est supposée permettre la prise en compte des aspects sociaux dans l'ensemble des contrats de la commande publique, peu importe leur objet.

Ce faisant, cette autorité contractante soulève la question des leviers pertinents pour intégrer les considérations sociales dans les contrats de la commande publique.

§II. Les moyens propres à promouvoir les aspects sociaux

Recherche du dispositif idoine. À la question de savoir quelle est la technique optimale pour intégrer des considérations sociales dans la commande publique, les enquêtés se montrent particulièrement hésitants, mettant en lumière la difficulté à prévoir des dispositifs généraux détachés des circonstances concrètes propres à chaque contrat. À cet égard, 15 des 22 autorités contractantes sondées mobilisent des clauses sociales dans leur contrat et 12 sur 22 des critères sociaux. En revanche, elles sont seulement 4 sur 22 à employer des spécifications techniques sociales et 11 sur 17 à considérer que l'utilisation des labels est rendue trop complexe par la *directive Marchés*. Enfin, sur les 20 sondés, 6 seulement se disent favorables à l'extension des dispositifs de réservation des contrats, 5 ne le sont pas et 9 sont mitigées.

Les interviewés vont dans le même sens : 1 opérateur économique se montre si favorable aux dispositifs de réservation qu'il souhaiterait que les clauses d'insertion sociale ne s'imposent

¹²⁹⁷ 1 AC, 3 OE et 1 AV.

¹²⁹⁸ 21 AC, 1 AV et 1 AU.

¹²⁹⁹ 2 OE interviewés et 1 AC sondée.

qu'à ces contrats. Un avocat, à l'inverse, fustige l'ouverture par le législateur européen de 2014 des dispositifs de réservation aux entités employant des personnes éloignées de l'emploi, eu égard à la distorsion de concurrence que cette évolution induit pour les structures employant des personnes en situation de handicap. Enfin, si 1 autorité contractante perçoit une progression dans la prise en compte des considérations sociales par des clauses plutôt que par des critères de sélection ou d'attribution, un opérateur économique estime, *a contrario*, que les critères sociaux représentent une « *étape supplémentaire* » par rapport aux clauses sociales.

Efficiencia des clauses d'insertion sociale. Les clauses d'insertion sociale sont des dispositifs globalement bien maîtrisés par les praticiens, ainsi que le soulignent 1 autorité contractante et 4 opérateurs économiques interviewés. Un avocat, qui conseille à la fois les uns et les autres, confirme cette intuition en affirmant que ces clauses, facilement quantifiées (objectifs en heures d'insertion) et sanctionnées (pénalités), sont les « *plus pratiquées et les plus simples* ». Ces clauses sont d'autant plus mobilisées que leur mise en œuvre peut être facilitée par des structures d'appui, telles que des groupements d'intérêt public (GIP), chargées d'assurer le suivi de ces heures. À cet égard, parmi les points devant faire l'objet d'une attention particulière lors de la rédaction de ces clauses d'insertion sociale, le suivi¹³⁰⁰ est le plus fréquemment évoqué par les sondés, avant même la sanction de leur non-exécution¹³⁰¹ et le lien avec l'objet du contrat¹³⁰². Un opérateur économique nuance cependant cet engouement en soulignant que « *les clauses sociales d'exécution fonctionnent bien sous réserve d'être liées et adaptées à l'objet du marché, au risque de devenir impraticables* », tandis qu'un autre expose, de manière plus radicale :

« L'obligation d'insertion sociale fait peser sur les entreprises une contrainte très lourde sans être nécessairement la plus efficace. Il y aurait des moyens plus pertinents que le droit de la commande publique pour favoriser l'insertion sociale ».

Dans cet ordre d'idées, 1 opérateur économique interviewé appelle de ses vœux l'aménagement d'une exception qui consisterait à permettre à une entreprise de justifier d'une politique sociale efficace lorsqu'elle n'est pas en mesure, compte tenu de l'objet du

¹³⁰⁰ 6 AC et 1 AV.

¹³⁰¹ 2 AC et 1 AV.

¹³⁰² 3 AC et 1 AV.

marché – par exemple lorsqu’il s’agit d’un marché de prestations intellectuelles –, de respecter les exigences prévues par une clause d’insertion sociale.

Difficile traduction contractuelle des aspects « sociétaux ». Si l’insertion sociale semble être entrée dans les « mœurs » de la commande publique, les aspects « sociétaux », comme l’égalité femme-homme, le commerce équitable, le handicap ou le respect des droits de l’Homme, semblent quant à eux plus rétifs à toute contractualisation, spécialement au regard de l’exigence d’un lien entre la clause et l’objet du marché qui s’oppose à toute prise en compte de la politique générale de l’entreprise dans ces domaines. En ce sens, l’autorité contractante interviewée détaille :

« Le volet "sociétal" est plus difficile à intégrer dans les marchés publics. Il en va ainsi de l’égalité femme-homme, car tous les secteurs ne se sont pas forcément beaucoup féminisés, ou encore du handicap pour lequel il est compliqué d’adopter une action proactive dans les clauses et les critères sans tomber dans la binarité marchés réservés /marchés non réservés. S’agissant du commerce équitable, l’intégration est également complexe faute de structure d’appui et eu égard à un manque de "maturité technique" ».

Dans le même sens, l’autorité contractante sondée estime que les clauses sociales, hormis les clauses d’insertion « sont un ensemble de mesures fourre-tout qui ne peuvent pas être contrôlées de façon objective, tant en passation qu’en exécution », tandis qu’un avocat interviewé souligne que la prise en compte de l’égalité femme-homme n’est « pas une préoccupation fondamentale de l’acheteur public », cet aspect étant toutefois indirectement intégré dans les motifs d’exclusion. Il est plus nuancé en ce qui concerne le commerce équitable, considération sociale et environnementale qui fait, selon lui, l’objet d’une prise en compte accrue spécialement dans les marchés de fournitures de denrées alimentaires, par exemple en matière de restauration collective.

Une autorité contractante met en lumière certaines pistes pour améliorer la prise en compte de ces aspects dans les contrats de la commande publique, en soulignant que les acheteurs ou les autorités concédantes conservent la possibilité de mesurer des performances en matière sociétale en s’appuyant non pas sur des données chiffrées, mais sur des actes concrets comme des campagnes de sensibilisation ou de formation des salariés des entreprises. Elle évoque également, pour s’assurer du respect des droits de l’Homme dans certains secteurs déterminés comme l’équipement informatique, l’adhésion à des labels, ou en s’appuyant sur des

structures telles que certaines organisations non gouvernementales (ONG) chargées de contrôler des points de vigilance, d'établir des banques de données, mais encore de se fier à des lanceurs d'alerte dans les pays concernés.

Opportunité discutée des clauses de rémunération minimale. Parmi les 19 sondés qui ont répondu à la question de savoir si le droit de l'Union européen devrait imposer l'insertion de clauses de rémunération minimale dans les contrats de la commande publique, 9 sont défavorables aux motifs qu'un tel dispositif serait « *incontrôlable* »¹³⁰³, contraire à la liberté de formalisation du prix et qu'il ne présenterait aucun intérêt en termes d'achat¹³⁰⁴. Ils sont néanmoins 7 à avoir répondu par la positive, en faisant valoir pour l'un d'eux que « *cela serait cohérent avec les nouveaux motifs d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur et permettrait de garantir une concurrence plus saine et équilibrée encore les différents opérateurs économiques* »¹³⁰⁵. Enfin, 3 sondés se disent mitigés, sans s'en expliquer davantage. Ces résultats mettent en lumière que ces mesures ne sauraient faire consensus au sein des praticiens et, très probablement, parmi les États membres. En revanche, l'opportunité de durcir les exigences sociales qui s'imposent aux opérateurs économiques issus de pays tiers apparaît moins clivante. Si, 50 % des sondés (10 sur 20) sont mitigés, ils sont près de 45 % (9 sur 20) à y être favorables contre seulement 5 % (1 sur 20) à estimer les outils actuels suffisants.

THÉMATIQUE N° 7 : L'ACCÈS DES PME À LA COMMANDE PUBLIQUE

Déroulement des enquêtes. Les enquêtés – soit 7 interviewés et 18 sondés – interrogés sur la thématique de l'accès des PME à la commande publique ont d'abord tiré un bilan général de la réforme de 2014 (§I.), avant de se pencher sur les mesures spécifiquement destinées à accroître leur participation à la commande publique (§II.).

§I. Le bilan général de la réforme sur l'accès des PME

Hausse discutée de la participation des PME depuis 2014. Pour tirer le bilan de l'incidence de la réforme des *directives de 2014*, les sondés étaient invités à indiquer s'ils observaient une hausse de la participation des PME à la commande publique depuis 2014. Cette

¹³⁰³ 1 AC.

¹³⁰⁴ 1 AC.

¹³⁰⁵ 1 AC.

question divise puisque sur les 18 sondés, 7 se disent « *mitigés* »¹³⁰⁶, 5¹³⁰⁷ répondent négativement et 6¹³⁰⁸ répondent positivement. Pour être parfaitement compris, ces résultats doivent être lus à la lumière des obstacles à l'accès des PME identifiés par les enquêtés et de l'efficacité supposée des mesures de facilitation envisagées par le législateur européen.

Trois catégories d'obstacles à l'accès des PME. Les enquêtés ont identifié trois catégories d'obstacles à la participation des PME à la commande publique. Les premiers sont d'ordre juridique : ils renvoient aux lourdeurs et au formalisme – ou « *tracasseries administratives* » pour reprendre l'expression d'une autorité contractante – liés à la constitution des dossiers de candidatures¹³⁰⁹ et, plus généralement, à la complexité des procédures de passation¹³¹⁰ qui crée une véritable « *aversion* » des PME pour la commande publique¹³¹¹. D'autres enquêtés soulèvent également la question du « *mauvais allotissement* » de la part des autorités contractantes¹³¹².

Les deuxièmes, plus nombreuses, sont des limites *ratione materiae*, au premier rang desquelles l'insécurité financière que suscite la participation des PME à un contrat de la commande publique, eu égard au risque de pénalités¹³¹³ et aux délais de paiement¹³¹⁴, d'autant plus que, comme l'indique 1 avocat interviewé « *la procédure est difficile à déclencher et suppose une réactivité de l'acheteur public* ». Parmi ces obstacles matériels, plusieurs sondés identifient également les capacités financières¹³¹⁵ et / ou techniques¹³¹⁶ élevées souvent exigées par les autorités contractantes. Cette observation rejoint à la fois l'idée d'une « *inadaptabilité* » des compétences des PME aux besoins variés des autorités contractantes¹³¹⁷, notamment en matière de développement durable¹³¹⁸ ou de RSE¹³¹⁹ et celle d'un défaut de « *prévisibilité* » des marchés publics ou des concessions¹³²⁰. Dans le prolongement de cette idée, certains enquêtés citent un « *manque de connaissance du process* » de la commande publique¹³²¹ ou une

¹³⁰⁶ 7 AC.

¹³⁰⁷ 5 AC.

¹³⁰⁸ 5 AC et 1 OE.

¹³⁰⁹ Cette limite est identifiée par l'ensemble des interviewés (2 AC, 2 OE et 2 AV) et de nombreux sondés (8 AC).

¹³¹⁰ 1 AC sondée.

¹³¹¹ 1 AC interviewée.

¹³¹² 2 AC et 1 OE sondés.

¹³¹³ 1 AC sondée.

¹³¹⁴ Cette limite est identifiée par certains interviewés (1 OE et 1 AV) ainsi que certains sondés (1 AC).

¹³¹⁵ 3 AC.

¹³¹⁶ 1 AC.

¹³¹⁷ 1 AC.

¹³¹⁸ 1 AC.

¹³¹⁹ 1 AC.

¹³²⁰ 1 AC.

¹³²¹ 1 AC sondée.

insuffisante sensibilisation des acheteurs publics à la question de l'accès des PME à la commande publique¹³²². Une dernière limite relevant de cette catégorie réside dans la « *pression des gros candidats* »¹³²³ ou, pour le dire autrement, dans la domination de secteurs spécifiques par certaines grandes entreprises¹³²⁴ qui dissuadent les PME de candidater.

Enfin, les sondés ont identifié deux limites *ratione temporis* qui sont les délais trop succincts laissés aux candidats pour établir leurs offres¹³²⁵ et la durée excessive de la procédure de passation¹³²⁶.

Intérêt inégal des mesures existantes de facilitation. Les enquêtés apparaissent très partagés sur la pertinence des différentes mesures envisagées par les *directives de 2014* pour accroître l'accès des PME à la commande publique. Parmi ces mesures, l'allotissement, cité par 8 autorités contractantes sondées, figure en bonne place, devançant la diminution des délais de paiement et les avances¹³²⁷, l'autorisation de constituer des groupements d'entreprises¹³²⁸, ainsi que les « *quotas PME* » dans les marchés de partenariat¹³²⁹. D'autres mesures sont également évoquées par les enquêtés, quoique moins fréquemment, à l'instar du *sourcing*¹³³⁰ ou des MAPA¹³³¹.

À rebours, certaines mesures, pourtant conçues par le législateur européen comme des mesures supposées favoriser l'accès des PME à la commande publique, prêtent le flanc à la critique, qu'il s'agisse du DUME¹³³² ou du plafonnement du chiffre d'affaires maximal exigé¹³³³ qui, selon 1 autorité contractante interviewée, « *n'accroît pas l'accès des PME, bien au contraire, car ces dernières sont dépassées par l'ampleur des marchés conclus par les grosses autorités contractantes* ». Dans le même sens, la question de savoir si ce plafonnement du chiffre d'affaires par la *directive Marchés* est de nature à encourager la participation des

¹³²² 1 AC interviewée.

¹³²³ 1 OE.

¹³²⁴ 1 AC.

¹³²⁵ 2 AC et 1 OE.

¹³²⁶ 1 AC.

¹³²⁷ 2 AC sondées et 1 OE interviewé.

¹³²⁸ 1 AC sondée et 1 OE interviewé.

¹³²⁹ 2 AC sondées.

¹³³⁰ 1 AC interviewée.

¹³³¹ 1 AC sondée.

¹³³² Dir. 2014/24, art. 59.

¹³³³ Dir. 2014/24, art. 58 §3.

PME, divise les sondés qui sont 5¹³³⁴ à répondre « oui », 5¹³³⁵ à répondre « non » et 4¹³³⁶ à se dire mitigés. Dans le prolongement de cette idée, 1 opérateur économique souligne que :

« C'est plutôt l'expression d'une relative sécurité financière pour le travail fait qui inciterait davantage les PME à se positionner pour les contrats de la commande publique. Il n'est pas certain qu'il faille plus d'outils que ceux qui existent déjà, mais il est impératif de les sécuriser, notamment la partie financière ».

Cette réflexion conduit donc à questionner l'efficacité de certaines des mesures de facilitation envisagées par le législateur européen en 2014.

§II. L'évaluation des mesures favorables aux PME

Principales mesures en faveur des PME. Les enquêtés étaient invités à évoquer les effets de deux mesures envisagées par le législateur européen comme étant destinées à accroître la participation des PME à la commande publique, à savoir l'allotissement (A.) et la sous-traitance (B.).

A. Les bénéfices majoritairement associés à l'allotissement

Bénéfices de l'allotissement. Il apparaissait nécessaire d'évoquer avec les enquêtés les effets de l'allotissement, envisagé en 2014 comme la mesure « pro-PME » par excellence. Ici deux indicateurs ont été mobilisés : un constat objectif de la pratique et l'impression subjective des enquêtés quant à l'incidence positive ou non de l'allotissement sur la participation des PME. Sur le premier point, 77,77 % des sondés (soit 14¹³³⁷ sur 18) indiquent que l'allotissement est fréquemment mobilisé dans la pratique tandis qu'ils sont 11,11% (2¹³³⁸ sur 18) à soutenir la position contraire et 11,11 % (2¹³³⁹ sur 18) à être « mitigés ». Sur le second point, une écrasante majorité d'enquêtés, en l'occurrence 14¹³⁴⁰ des 18 sondés et 3 interviewés¹³⁴¹, considère que cette mesure accroît effectivement la participation des PME à la commande publique, étant

¹³³⁴ 5 AC.

¹³³⁵ 4 AC et 1 OE.

¹³³⁶ 4 AC.

¹³³⁷ 14 AC.

¹³³⁸ 1 AC et 1 OE.

¹³³⁹ 2 AC.

¹³⁴⁰ 14 AC.

¹³⁴¹ 1 AC, 1 OE et 1 AV.

cependant entendu que ce résultat dépend des modalités de la division par lots. Sur ce point, 1 avocat interviewé observe :

« Dans certaines hypothèses l'obligation d'allotir est respectée, mais faute d'obligation de cohérence ou de taille des lots, les PME sont exclues soit parce que les lots sont trop conséquents, soit parce qu'elles ne remplissent pas les qualifications. Ainsi, sous le couvert d'accroître l'accès aux PME, on ne les handicape pas, mais on ne les aide pas non plus ».

En ce sens également, 1 opérateur économique sondé évoque la pratique des « lots à la carte » ou des « macro-lots », bien souvent tolérée sans pour autant être justifiée, tandis qu'une autorité contractante sondée se dit « mitigée » au motif que cela dépend de l'objet des contrats.

À rebours, une minorité d'enquêtés, soit 3¹³⁴² sondés et 2¹³⁴³ interviewés, tendent à démentir l'idée selon laquelle l'allotissement accroît, *per se*, la participation des PME, allant jusqu'à la qualifier de « mythe »¹³⁴⁴. Les risques et les difficultés suscités par la division des marchés en lots ne sont probablement pas étrangers à ce constat.

Risques et difficultés. Les enquêtés, et plus spécifiquement les sondés, ont fait part d'un certain nombre de risques et de difficultés inhérents à la division des marchés par lots. Au regard des résultats de l'enquête quantitative, trois problématiques principales peuvent être identifiées, en l'occurrence un suivi de l'exécution des contrats rendu plus complexe du fait de la coordination de multiples interlocuteurs¹³⁴⁵, une augmentation du nombre de contrats et, ce faisant, des charges de passation¹³⁴⁶, ainsi qu'une hausse des coûts financiers¹³⁴⁷. D'autres problématiques ont plus rarement été évoquées par les sondés, à l'image d'une augmentation du risque contentieux¹³⁴⁸, des difficultés liées à l'imputabilité des responsabilités¹³⁴⁹, d'une restriction de la concurrence¹³⁵⁰, mais encore de la santé et de la sécurité des employés sur les chantiers¹³⁵¹.

¹³⁴² 2 AC et 1 OE.

¹³⁴³ 1 AC et 1 AV.

¹³⁴⁴ Expression employée par 1 AC.

¹³⁴⁵ 8 AC.

¹³⁴⁶ 3 AC.

¹³⁴⁷ 2 AC.

¹³⁴⁸ 1 AC.

¹³⁴⁹ 1 AC.

¹³⁵⁰ 1 AC.

¹³⁵¹ 1 AC.

Opportunité discutée de l'allotissement obligatoire. À la question de savoir si l'allotissement devrait être rendu obligatoire par le législateur européen comme il l'est en France, les interviewés y sont majoritairement défavorables¹³⁵², ainsi qu'en témoigne la réponse d'un avocat :

« Dans la plupart des marchés publics allotis, il serait toujours possible de multiplier des lots très fins pour chaque type de métiers et de prestations, au risque cependant de devenir ingérable pour l'acheteur public. Dans cette perspective, rendre l'allotissement obligatoire accroîtrait l'inégalité entre les acheteurs publics selon qu'ils ont ou non les capacités d'atteindre ces objectifs ».

Une autorité contractante va plus loin en appelant de ses vœux une suppression de l'obligation d'allotir au niveau interne ou, à tout le moins, une extension des motifs dérogatoires. Un avocat estime, *a contrario*, qu'il pourrait être judicieux de rendre l'allotissement obligatoire au niveau européen, sans cependant imposer un découpage précis des lots. Les résultats des sondages invitent à nuancer cet apparent consensus. En effet, 50 % des sondés (soit 9¹³⁵³ des 18) – parmi lesquels 1 opérateur économique – se disent favorables à l'allotissement obligatoire, 38,88 % (soit 7¹³⁵⁴ sur 18) sont contre et les 11,11 % restants (soit 2 sur 18) sont mitigés.

Au regard de ces résultats, l'allotissement semble bien constituer la mesure de facilitation de l'accès direct des PME la plus efficace, cependant que leur participation peut également être indirecte.

B. Les bénéfices incontestés de la sous-traitance

Effet positif de la sous-traitance pour les PME. La sous-traitance est considérée comme un important levier de l'accès des PME à la commande publique. En ce sens, 3 des 6 sondés qui avaient répondu positivement à la question de savoir si la réforme de 2014 avait entraîné une hausse de la participation des PME n'ont pas manqué de préciser que celle-ci était principalement indirecte, c'est-à-dire qu'elle passait par la sous-traitance. Dans le même sens,

¹³⁵² 1 AC, 2 AV.

¹³⁵³ 8 AC et 1 OE.

¹³⁵⁴ 7 AC.

les interviewés interrogés sur le sujet, à savoir 1 autorité contractante et 2 opérateurs économiques, estiment à l'unanimité que la participation des PME à la commande publique passe principalement par la sous-traitance. C'est la raison pour laquelle 1 opérateur économique met en garde contre la tentation de limiter excessivement la sous-traitance. Une autorité contractante apporte cependant de la nuance, en mettant en évidence les difficultés que pose la sous-traitance aux autorités contractantes comme aux opérateurs économiques :

« Lorsqu'on descend trop dans la sous-traitance, on s'aperçoit que les PME sont mises en difficulté avec la chaîne de paiement, car il n'existe pas de voie d'action directe du sous-traitant envers le maître d'ouvrage. En tout état de cause, cette situation n'est pas complètement sereine pour les entreprises et les maîtres d'ouvrage qui préfèrent avoir un nombre limité d'interlocuteurs sur les gros chantiers. La sous-traitance pose d'autres difficultés plutôt organisationnelles et opérationnelles relatives aux temps ainsi qu'aux coûts ».

Limite imprécise à la sous-traitance : les « tâches essentielles ». C'est pour prévenir en partie ces difficultés opérationnelles que le législateur européen permet à l'autorité contractante de s'opposer à la sous-traitance de certaines « tâches essentielles ». Cette exception à la sous-traitance destinée à préserver une marge de manœuvre pour les autorités contractantes n'en constitue pas moins une limite à l'accès des PME, d'autant plus qu'elle n'est pas facilement appréhendée par les praticiens, ce que confirment les résultats de l'enquête quantitative. En effet, 56,25 % des sondés (soit 9¹³⁵⁵ sur 16) jugent cette notion imprécise, contre seulement 25 % (soit 4¹³⁵⁶ sur 16) qui l'appréhendent facilement et 18,75 % (soit 3¹³⁵⁷ sur 16) qui se disent mitigés.

Deux alternatives peuvent être proposées pour remédier à cette insécurité juridique qui pèse tant sur les autorités contractantes que les opérateurs économiques : une définition quantitative (un taux) ou textuelle de la notion de « tâches essentielles » dans les directives européennes. La première proposition (taux) emporte la conviction de 7¹³⁵⁸ des 17 sondés, tandis que 4¹³⁵⁹ d'entre eux – dont 1 opérateur économique – se disent défavorables et 6 sont

¹³⁵⁵ 9 AC.

¹³⁵⁶ 4 AC.

¹³⁵⁷ 2 AC et 1 OE.

¹³⁵⁸ 7 AC.

¹³⁵⁹ 3 AC et 1 OE.

mitigés¹³⁶⁰. La seconde proposition (définition textuelle) semble plus convaincante puisque 10¹³⁶¹ des 16 sondés se disent favorables à une définition textuelle, contre seulement 2¹³⁶² qui ne la jugent pas plus pertinente et 4¹³⁶³ qui sont mitigés.

Bilan en demi-teinte du paiement direct. Le paiement direct du sous-traitant par l'autorité contractante, prévu par la *directive Marchés*¹³⁶⁴, paraît être la mesure la plus pertinente pour surmonter les difficultés de trésorerie rencontrée par les PME lorsqu'elles sont sous-traitantes dans un contrat de la commande publique. Pour autant, les enquêtés, soit 2 interviewés et 18 sondés, tirent un bilan plutôt mitigé de cette mesure sur la participation des PME. En ce sens, 5¹³⁶⁵ sondés n'apportent pas de réponse catégorique à cette question, 4¹³⁶⁶ – dont 1 opérateur économique – sont d'avis que cette mesure n'est pas efficace. Cependant, 9¹³⁶⁷ sondés, soit 50 % d'entre eux, jugent que le paiement direct est de nature à encourager la participation des PME à la commande publique. Pour autant, à la question de savoir si les retards de paiement sont fréquents en pratique, aucun sondé n'a répondu négativement, 6¹³⁶⁸ des 18 sondés, dont 1 opérateur économique, ont répondu positivement et 12¹³⁶⁹ sont mitigés. Ces résultats, qui tendent à fortement relativiser l'efficacité générale du paiement direct, sont d'ailleurs confortés par l'enquête qualitative.

À cet égard, 1 avocat observe que la complexité des dispositions internes en matière de paiement direct ne facilite pas l'appréhension de ce dispositif par les sous-traitants, spécialement lorsqu'il s'agit de PME. Un opérateur économique critique plus sévèrement encore l'effet contreproductif du paiement direct en s'appuyant sur son expérience :

« Le paiement direct n'est pas un outil favorable aux PME, car les maîtres d'ouvrage les laissent dans des difficultés financières sérieuses eu égard aux travaux exécutés et à la temporalité des réclamations (délai très long jusqu'au décompte final). L'entrepreneur principal, qui est plus solvable, en vient souvent à se substituer au maître d'ouvrage. Le problème c'est qu'il n'a

¹³⁶⁰ 6 AC.

¹³⁶¹ 10 AC.

¹³⁶² 2 AC.

¹³⁶³ 3 AC et 1 OE.

¹³⁶⁴ Dir. 2014/24, art. 71.

¹³⁶⁵ 5 AC.

¹³⁶⁶ 3 AC et 1 OE.

¹³⁶⁷ 9 AC.

¹³⁶⁸ 5 AC et 1 OE.

¹³⁶⁹ 12 AC.

aucune visibilité sur les sommes payées au sous-traitant par le maître d'ouvrage ».

Les enquêtés ayant dressé un bilan plutôt mitigé de la réforme des directives, il paraissait intéressant de les inviter à envisager des mesures qu'ils jugeraient pertinentes pour accroître la participation des PME à la commande publique.

C. Les pistes d'amélioration

Simplification. Les enquêtés sont nombreux à suggérer des mesures de simplification, à commencer par la constitution des dossiers de candidatures¹³⁷⁰. Pour cela, plusieurs sondés appellent de leurs vœux une centralisation des attestations et documents à fournir dans les dossiers de candidature, qui pourrait prendre la forme d'une base de données¹³⁷¹ ou d'un fichier unique basé sur le numéro SIREN¹³⁷². Ces mesures ne sont pas sans rappeler la proposition d'une « *liste blanche* » émise par certains enquêtés sur la thématique relative à la sélection des candidats. Au-delà, ce sont également les procédures de passation¹³⁷³ et les dossiers de consultation des entreprises (DCE)¹³⁷⁴ qui mériteraient d'être simplifiées selon plusieurs enquêtés. Dans cette catégorie de mesures, d'autres répondants souhaitent une clarification du recours à l'entité tierce en ce qui concerne tant la nature des liens qui l'unissent au soumissionnaire principal que les modes de preuve permettant d'en attester¹³⁷⁵. Dans le même ordre d'idées, 1 avocat interviewé préconise l'élaboration de formulaires types pour la constitution de groupements d'entreprises¹³⁷⁶.

Accompagnement. Les enquêtés appellent également de leurs vœux des mesures d'accompagnement, allant de la mise en place de structures d'appui chargées d'aider les PME dans la constitution des dossiers de candidatures¹³⁷⁷ – par exemple les chambres de commerce et d'industrie¹³⁷⁸ –, en passant par l'allocation de ressources supplémentaires pour les

¹³⁷⁰ 3 AC sondées.

¹³⁷¹ 2 AC sondées.

¹³⁷² 1 AC et 1 OE sondés.

¹³⁷³ 2 AC sondées.

¹³⁷⁴ 2 AC sondées.

¹³⁷⁵ 1 OE interviewé.

¹³⁷⁶ 1 AV interviewé.

¹³⁷⁷ 1 AC sondée.

¹³⁷⁸ 1 AV interviewé.

« petites » autorités contractantes¹³⁷⁹, jusqu'à des mesures de formation à la commande publique à destination des dirigeants ou salariés des PME¹³⁸⁰.

Action positive (ou discrimination positive). Enfin, certains enquêtés ont proposé des mesures plus ambitieuses de « *discrimination positive* » en faveur des PME, à l'image de l'assouplissement ou de l'élargissement du champ de la théorie des « *petits lots* »¹³⁸¹ qui, selon le *Code de la commande publique*, peuvent être conclus au terme d'une procédure adaptée¹³⁸². Dans le même ordre d'idées, 1 autorité contractante sondée suggère d'autoriser la conclusion de « *lots de gré à gré* » sur le modèle de cette théorie¹³⁸³. D'autres enquêtés souhaiteraient que le législateur européen autorise le localisme¹³⁸⁴ ou qu'il fixe une part impérativement réservée aux PME (par exemple de l'ordre de 20%) dans chaque marché public¹³⁸⁵. Enfin, plusieurs d'entre eux invitent le législateur européen à adopter un authentique « *Small business act* »¹³⁸⁶ qui consisterait à prévoir des « *quotas PME* » ou à créer un dispositif de « *marchés réservés* » aux PME¹³⁸⁷.

THÉMATIQUE N° 8 : L'INNOVATION

Déroulement des enquêtes. Les huit interviewés¹³⁸⁸ et les seize autorités contractantes sondées ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur le bilan de l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique (§I.), ou sur les potentielles solutions qui pourraient être adoptées à cet égard (§II.).

§I. Le bilan majoritairement négatif de l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique

Insuffisance manifeste de l'intégration de l'innovation. Si certains estiment que certains outils liés à l'innovation sont plutôt satisfaisants (A.), la majorité des enquêtés

¹³⁷⁹ 1 AV interviewé.

¹³⁸⁰ 1 AC sondée.

¹³⁸¹ 1 AC sondée.

¹³⁸² Code de la commande publique, art. R. 2123-1.

¹³⁸³ 1 AC sondée.

¹³⁸⁴ 2 AC sondées.

¹³⁸⁵ 1 OE interviewé.

¹³⁸⁶ 1 AC sondée.

¹³⁸⁷ 2 AC sondées.

¹³⁸⁸ 1 AV, 4 AC, et 3 OE.

souligne à l'inverse l'existence d'un nombre important de freins à l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique (B.).

A. La perception minoritaire : l'efficacité de certains outils

Procédures de passation généralement adaptées. Trois interviewés émettent un avis positif quant aux procédures de passation susceptibles d'être mobilisées dans le cadre de l'innovation. Ainsi, une autorité contractante indique ne pas avoir « *identifié de difficulté sur le plan juridique* » pour la mobilisation de l'innovation au sein de la commande publique, et souligne à l'inverse l'existence de dispositifs disponibles, comme les « *dispenses de mise en concurrence ou les marchés négociés [...] [et] le dialogue compétitif* ». Un avocat estime également que « *[l]e mécanisme intéressant [...] est l'exception technique à une mise en concurrence*¹³⁸⁹ [qu'i]l a déjà mis en œuvre notamment avec les sociétés d'accélération du transfert de technologies ». Un opérateur économique émet un avis un peu plus nuancé sur un dispositif (le marché de recherche et de développement), tout en mettant un exergue deux autres procédures dédiées à l'innovation (le partenariat d'innovation et une procédure non issue des directives européennes – le marché d'innovation à moins de 100 000 €) :

« -Le marché de recherche et développement (R&D) de gré à gré qui donne lieu à une remise en concurrence en aval : [...] ce marché est peu adapté, dans la mesure où il y a la possibilité de captation par un opérateur économique du développement d'un produit d'un autre opérateur, et donc la possibilité de bénéficier de la recherche et du développement réalisés par un autre opérateur. Il y a ainsi une insécurité juridique trop importante et des questions essentielles liées au partage de la propriété intellectuelle. Ceci explique que ce marché soit en perte de vitesse.

- Le marché de partenariat d'innovation : il s'agit de mettre en pratique l'innovation codéterminée avec l'autorité contractante. [...] ce dispositif est plus pertinent que le marché de R&D, car il donne à l'opérateur économique l'assurance de développer ce qu'il a brainstormé. Le marché d'innovation à moins de 100 000 € avait toute sa raison d'être. »

¹³⁸⁹ Ceci désigne un motif de recours aux marchés « de gré à gré » et, plus précisément, l'article 32 §2 b) de la directive 2014/24 : « lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier, pour l'une quelconque des raisons suivantes :

i) l'objet du marché est la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;
 ii) il y a absence de concurrence pour des raisons techniques ;
 iii) la protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle [nous soulignons] ».

Cadre juridique satisfaisant des droits de la propriété intellectuelle liés à l'innovation. Seul un interviewé – un opérateur économique – affirme « *a[voir] le sentiment que le cadre juridique est suffisamment clair* » concernant la sauvegarde et la répartition des droits de propriété intellectuelle liés à l'innovation.

Synthèse. La perception positive de l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique est isolée au sein du nombre d'interviewés et semble limitée à certains dispositifs ou outils juridiques.

B. La perception majoritaire : de multiples freins à l'intégration de l'innovation

Définition inopérante de l'innovation. Interrogés sur la définition de l'innovation, cinq des huit interviewés¹³⁹⁰ et deux¹³⁹¹ des huit sondés¹³⁹² sur cette question affirment que la définition de l'innovation n'est pas opérationnelle et constitue un frein à l'intégration de l'innovation. Or, cette question « *se pose de manière systématique lorsqu'il est question d'achat innovant* »¹³⁹³. Par exemple, un avocat interviewé souligne :

« Le principal frein [à la mobilisation de l'innovation] réside dans l'absence de clarté de la notion [...]. La question qui revient sans cesse est celle d'identifier ce qui est innovant. Il faudrait faire du sourcing. Or, le but du mécanisme de l'achat innovant [marché « de gré à gré » français en dessous de 100 000 €] est d'aller vite, sans publicité et sans mise en concurrence. »

Une autorité contractante interviewée affirme dans le même sens que « *[l]e périmètre de l'innovation n'est pas suffisamment défini : se pose la question de savoir ce qu'est l'innovation. Jusqu'alors, il n'existe aucune jurisprudence dans laquelle le caractère innovant d'un produit est contesté* ». Un opérateur économique interviewé partage cet avis et indique ne pas être convaincu de la nature claire et explicite de l'innovation, pour en déduire qu'« *[i]l y a un effort de clarification à faire* ».

¹³⁹⁰ Les 8 interviewés sont 1 AV, 3 OE, et 4 AC.

¹³⁹¹ 2 AC.

¹³⁹² 8 AC.

¹³⁹³ 1 AC.

Deux autres autorités contractantes participant à l'enquête qualitative mettent en exergue le fait que seul un outil soit utile pour cerner la définition de l'innovation, bien que cet outil ne soit pas suffisant : le *guide pratique français de la DAJ sur l'achat public innovant*.

Ainsi, une autorité contractante et un opérateur économique, interviewés sur la manière dont ils définissent l'innovation, reprennent simplement la définition des directives européennes, c'est-à-dire « *le processus de développement de produits ou de service nouveaux* »¹³⁹⁴ et « *l'innovation de processus ou organisationnelle* »¹³⁹⁵. Sept participants à l'enquête quantitative¹³⁹⁶ étaient également interrogés sur la définition qu'ils donnent à l'innovation. Si l'un d'entre eux se contente de mentionner l'existence d'un guide de la DAJ en la matière, les autres sondés reproduisent la définition européenne de l'innovation¹³⁹⁷ ou mettent en exergue certains aspects essentiels de la définition européenne¹³⁹⁸.

Insécurité juridique généralisée. Les limites relatives à la définition de l'innovation au sein du droit de la commande publique participent d'un frein plus général : celui de l'insécurité juridique innervant la mobilisation de l'innovation. Trois des huit interviewés font expressément référence à l'insécurité juridique, et les trois quarts des sondés (soit douze autorités contractantes sur seize) répondent négativement à la question de savoir si l'encadrement juridique de l'innovation est suffisant ou opérationnel.¹³⁹⁹ Parmi les difficultés juridiques plus précises identifiées par certains sondés figurent le « *devenir des données*

¹³⁹⁴ 1 AC.

¹³⁹⁵ 1 OE.

¹³⁹⁶ 7 AC.

¹³⁹⁷ L'une des autorités contractantes répond en indiquant : « [m]ise en œuvre d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé (de production) nouveau ou sensiblement amélioré, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques d'une entreprise, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures ».

Une autre affirme qu'il s'agit d'une « [s]olution qui n'existe pas actuellement sur le marché ou qui nécessite des améliorations », tandis qu'une troisième indique que l'innovation renvoie aux « évolutions techniques apportées à une solution existante ou l'émergence d'une nouvelle solution ».

¹³⁹⁸ Ainsi, l'un des sondés affirme qu'« [i]l s'agit d'une solution qui ne répond pas à un besoin standard ».

Un autre sondé souligne que l'innovation recouvre « [u]ne nouveauté, une invention, corroborée par un titre de propriété industrielle comme un brevet ».

Un autre participant à l'enquête quantitative répond que l'innovation renvoie à un « procédé qui n'existe pas sur le marché ».

Un huitième sondé a répondu à la question de savoir comment il définit l'innovation, mais a fourni une réponse inexploitable : « Je ne sais pas ce qui est un problème en soi ».

¹³⁹⁹ Seules deux autorités contractantes répondent positivement, estimant ainsi que l'encadrement juridique actuel est opportun pour intégrer l'innovation au sein de la commande publique.

Les deux autres autorités contractantes sondées sur cette question ne se prononcent pas, en répondant « ne sais pas » ou « mitigé ».

collectées »¹⁴⁰⁰, les difficultés pour assurer l'égalité de traitement des candidats, ou la répartition des droits de propriété intellectuelle¹⁴⁰¹.

Une autorité contractante interviewée évoque même une « *insécurité juridique permanente* ». Ceci résulte selon cet interviewé de la nature à la fois technique et évolutive de l'innovation, qui est difficilement appréhensible par le droit :

« [...] le principe même de l'innovation emporte un débat technique. [...] exemple : dernier marché de [m]a structure concernant les équipements technologiques, qui suscite des questions liées à l'innovation sur les 20 ou 30 prochaines années. Or, l'innovation est évolutive : ce qui est innovant aujourd'hui ne le sera peut-être plus quand la procédure de passation sera achevée. [...] exemple de l'intelligence artificielle : certains opérateurs se prétendent innovants alors qu'ils ne le sont pas nécessairement, ce qui donne systématiquement lieu à un débat technique (même en présence de 30 ingénieurs, qui ne partagent pas le même avis sur la nature innovante ou non).

[...] en définitive, le juriste tranche actuellement des questions techniques, alors même que la définition technique ne relève pas du rôle du juriste à [m]on sens.

Il existe donc un risque juridique de requalification, en raison même de cette définition, de la qualification, de l'innovation. Ceci est renforcé par la nature "désastreuse" de la jurisprudence sur le sujet, d'autant que le juge administratif ne dispose pas de l'expertise nécessaire pour qualifier lui-même l'innovation ».

Cette incertitude juridique se manifeste également à l'égard des procédures disponibles dans le cadre de l'innovation. Une autorité contractante interviewée estime à cet égard que l'identification de la procédure la plus adéquate pour l'innovation n'est pas aisée, et que le partenariat d'innovation suscite d'importantes difficultés. D'où sa préférence en pratique pour

¹⁴⁰⁰ 1 AC.

¹⁴⁰¹ Ces deux dernières difficultés sont mises en exergue par une même autorité contractante : « [L]es clauses relatives à la propriété intellectuelle posent des difficultés [...] [L]es échanges en cours de dialogue également pour garantir une égalité de traitement dans le respect du secret des affaires. Nous avons plusieurs fois frein[é] des projets car les opérationnels avaient échangé avec des opérateurs économiques préalablement à consultation. Remettre les opérateurs économiques sur un même pied d'égalité n'était pas possible ».

les « *procédures négociées qui ne sont pourtant pas les plus adaptées à l'innovation* ». Un opérateur économique interviewé affirme même que l'acheteur « *court [...] un risque juridique à recourir* » au partenariat d'innovation : « *dans la mesure où la procédure du partenariat d'innovation est dérogatoire, l'acheteur doit le justifier* ». Les résultats de l'enquête quantitative confortent les difficultés liées aux procédures utilisées pour des marchés innovants. En effet, sur quinze autorités contractantes interrogées sur la question de savoir si elles concluent fréquemment des contrats liés à l'innovation et, le cas échéant, des partenariats d'innovation, plus de la moitié (huit) répondent négativement¹⁴⁰². L'une de ces autorités contractantes sondées développe davantage en indiquant : « *[n]ous utilisons les procédures sans mise en concurrence d'innovation, mais le partenariat d'innovation est une procédure lourde qui nécessite des moyens d'ingénierie importants qui ne sont pas à la portée de tous. Nous préférons donc miser sur une phase de sourcing/marchés innovants de faibles montants puis un marché à tranche avec des phases de tests/développement final de la solution* ». Une autre affirme « *utilis[er] le dialogue compétitif en priorité* ».

L'un¹⁴⁰³ des huit sondés¹⁴⁰⁴ concernant les freins à l'innovation et la possibilité de créer une structure d'appui pour lever ces freins estime en revanche que « *[l]es freins ne sont à mon sens pas juridiques, mais pratiques* » en donnant des éléments relatifs au BTP¹⁴⁰⁵. Un autre¹⁴⁰⁶ des participants à l'enquête quantitative ayant répondu à cette même question souligne également un frein non juridique : le coût. Ceci fait écho aux moyens et caractéristiques nécessaires à l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique.

Prérequis exigeants à la mobilisation de l'innovation. La rareté de la mobilisation de l'innovation, voire la réticence à conclure des contrats qui y sont dédiés, peut également s'expliquer par les caractéristiques ou qualités dont les parties doivent disposer pour promouvoir l'innovation. Cinq¹⁴⁰⁷ des huit interviewés et cinq sondés font état de telles limites, qui peuvent être regroupées en quatre catégories.

¹⁴⁰² Seules trois autorités contractantes répondent positivement, les sondés restants répondant qu'ils ne savent pas (2 AC) ou « *plus ou moins* » (2 AC).

¹⁴⁰³ 1 AC.

¹⁴⁰⁴ 8 AC.

¹⁴⁰⁵ « *Dans le bâtiment cela pose des questions relatives à la prise en charge par les assurances en cas de défaut. Ensuite la modification des pratiques que cela induit parfois chez l'acheteur induit une réticence naturelle plutôt difficile à combattre* ».

¹⁴⁰⁶ 1 AC.

¹⁴⁰⁷ 3 AC, 1 AV et 1 OE.

La première catégorie repose sur le niveau d'expertise exigé de l'autorité contractante. Deux autorités contractantes et un avocat interviewés soulignent à cet égard l'importance de connaître le domaine. « [L]a *mauvaise connaissance du domaine* »¹⁴⁰⁸ constituant le principal frein à l'innovation, il est essentiel de connaître le secteur économique visé « *pour déterminer si l'innovation proposée répond bien au besoin* »¹⁴⁰⁹. Ceci implique « *un niveau d'expertise très élevé* »¹⁴¹⁰. Deux¹⁴¹¹ des cinq sondés¹⁴¹² sur les caractéristiques ou qualités dont doivent disposer les parties à un contrat lié à l'innovation mettent également en exergue l'importance de connaître le secteur, en sus – pour l'un d'entre eux – de l'« *analyse fine du besoin* ». Dans la continuité de l'expertise et des connaissances de l'autorité contractantes requises, l'un des sondés¹⁴¹³ estime de manière générale que l'autorité doit disposer « *de vraies compétences d'acheteur (au sens du secteur privé)* », ce qui est davantage développé par un autre sondé¹⁴¹⁴ selon lequel « *[l]'acheteur doit avoir une grande maturité technique et juridique sur le sujet. Les règles liées à la propriété intellectuelle, le régime des résultats ainsi que la confidentialité doivent être appréciés au cas par cas et sont complexes* ».

La deuxième catégorie repose sur l'ampleur des « *moyens humains et financiers* »¹⁴¹⁵, c'est-à-dire « *des ressources en interne importantes* »¹⁴¹⁶, dont doivent disposer les deux parties, comme le mettent en lumière trois interviewés – deux autorités contractantes et un opérateur économique. Si l'opérateur économique souligne qu'« *il suffit d'une personnalité volontaire et qualifiée qui souhaite s'engager dans l'innovation* », il reconnaît également qu'en pratique « *[c]e sont souvent les grandes entreprises qui sont à même de porter des projets innovants* ». Il complète en soulignant qu'il y a parfois « *une absence de moyens, de volonté, ou les deux* ».

Une troisième catégorie repose sur le temps nécessaire à la conclusion et à l'exécution de contrats liés à l'innovation, « *notamment du côté des acheteurs qui agissent souvent dans la précipitation* » comme le souligne un avocat interviewé. Le temps nécessaire pour les contrats liés à l'innovation est également mis en exergue par l'une des cinq autorités contractantes sondées à ce sujet.

¹⁴⁰⁸ 1 AC.

¹⁴⁰⁹ 1 AV.

¹⁴¹⁰ 1 AC.

¹⁴¹¹ 2 AC.

¹⁴¹² 5 AC.

¹⁴¹³ 1 AC.

¹⁴¹⁴ 1 AC.

¹⁴¹⁵ 1 AC.

¹⁴¹⁶ 1 AC.

La quatrième et dernière catégorie est également mise en lumière par cet avocat interviewé, qui souligne l'importance de la « *co-construction du besoin* » dans le cadre de l'innovation. Il affirme que cela implique notamment que « [l]es *opérateurs économiques* [jouent] *le jeu pour aider l'acheteur et non pas tirer la couverture à eux* ». L'un des cinq participants à l'enquête quantitative interrogés sur les caractéristiques ou qualités nécessaires pour le succès d'un contrat lié à l'innovation relève également l'importance des échanges.

Synthèse. Les différentes limites mises en lumière par les enquêtés semblent converger et se renforcer mutuellement. Elles sont en outre de différentes natures et non exclusivement juridiques, comme le démontrent les prérequis à la mobilisation de l'innovation.

§II. Les solutions potentielles pour renforcer l'intégration de l'innovation

Diversité des améliorations possibles. Les solutions proposées par les enquêtés, ou proposées à ceux-ci afin de recueillir leur opinion, peuvent être classées en deux catégories, selon qu'il s'agit de nouveaux outils propres à l'innovation (A.) ou du perfectionnement de dispositifs existant déjà au sein de la commande publique (B.).

A. Les nouveaux dispositifs dédiés à l'innovation

Sécurisation et accompagnement. Cinq interviewés¹⁴¹⁷ et huit sondés¹⁴¹⁸ soit ont spontanément proposé des solutions pour accompagner les acheteurs et ainsi limiter l'insécurité juridique entourant l'innovation, soit ont été interrogés sur des solutions émanant de la Chaire de droit des contrats publics.

Un avocat interviewé souligne spontanément la nécessité d'« *une doctrine gouvernementale ou [d']un texte qui permette de sécuriser la prise de décision* » concernant l'innovation, en particulier compte tenu du manque de clarté de la définition de l'innovation.

Parmi les interviewés, deux autorités contractantes et un opérateur économique se prononcent en faveur de la création d'une structure d'appui aux autorités contractantes pour les accompagner dans la recherche de l'innovation proposée par la Chaire de droit des contrats publics. Les participants à l'enquête quantitative étaient également amenés à se prononcer sur

¹⁴¹⁷ 1 AV, 3 AC, et 1 OE.

¹⁴¹⁸ 8 AC.

l'identification des freins à l'innovation et sur la pertinence de la création d'une structure d'appui. Trois des huit autorités contractantes sondées en la matière déclarent être favorables à une telle structure¹⁴¹⁹, une quatrième estime que l'accompagnement est nécessaire – sans répondre précisément sur la question d'une structure d'appui –¹⁴²⁰ et les quatre autres se contentent d'énoncer les freins à l'innovation sans se prononcer sur la création d'une structure d'appui. L'une des autorités contractantes interviewées propose par ailleurs un outil ayant sensiblement le même objectif : « *créer une forme de label ou une certification délivrée par un organisme externe* ». Cet outil pourrait faire écho à une limite identifiée par un opérateur économique interviewé en l'état actuel du droit :

« [...] le Guide sur l'achat public innovant est excellent, mais [...] il est arrivé un peu tard et [...] il reste encore trop théorique. [...] [I]l faudrait une boîte à outils contractuels et pratiques pour les autorités contractantes avec un accent sur les clauses de propriété intellectuelle (ex : trame type en la matière, clausiers type LexisNexis). L'explication pédagogique est très bien, mais il [y a] un manque de "livrable" pratique ».

Le cinquième et dernier interviewé sur le sujet – une autorité contractante – émet un avis plus réservé concernant la création d'une structure d'appui :

« [...] cela permettrait effectivement de sécuriser l'achat innovant, mais poserait différentes difficultés. La première problématique serait celle du périmètre du label (le principe même de l'innovation étant qu'il s'agit d'idées nouvelles et propres à chaque secteur). L'autre difficulté concernerait les pouvoirs qu'on conférerait à telle ou telle autorité chargée de délivrer les labels ».

Renforcement de l'inclusion de l'innovation à tous les stades de la procédure. Une autorité contractante interviewée n'émet pas de suggestion précise, mais indique qu'« [i]l serait judicieux de regarder ce qui peut être changé à tous les stades de la procédure pour inclure l'innovation, notamment pour la sélection des candidats ».

¹⁴¹⁹ L'une des trois autorités contractantes alerte toutefois quant aux potentiels inconvénients d'une telle structure : « [I]a création de structure dédiée peut être une solution mais avec une crainte de charge administrative et lenteur ».

¹⁴²⁰ « L'accompagnement est nécessaire pour permettre aux acheteurs publics d'avoir un cadre de référence clair pour aller plus loin dans la démarche d'approche de la solution (caractérisation) et, in fine, concrétisation par les outils contractuels adéquats. La frilosité est peut-être synonyme de risque juridique. Le but étant de satisfaire le besoin en nature et en étendue et de choisir l'offre la plus pertinente à la fois économiquement et contractuellement aux vues des solutions présentes sur le marché ».

Retour aux marchés de définition. Faisant écho aux critiques émises par deux autorités contractantes concernant spécifiquement le partenariat d'innovation dans le cadre de l'enquête qualitative¹⁴²¹, un opérateur économique interviewé indique que « *le partenariat d'innovation n'est pas opérationnel* ». Il souhaite ainsi le remplacer par un ancien outil français : le marché de définition.

Synthèse. Les solutions relatives à la sécurisation et à l'accompagnement dans le cadre de l'innovation sont celles ayant recueilli le plus grand nombre d'avis positifs. D'autres solutions proposées par les interviewés semblent plus isolées, mais pourraient lever certaines limites à l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique.

B. L'amélioration des outils préexistants non réservés à l'innovation

Sécurisation des variantes. Un avocat, une autorité contractante et deux opérateurs économiques interviewés ainsi que quinze autorités contractantes sondées se sont prononcés sur la possibilité que les variantes puissent être mobilisées dans le cadre de l'innovation.

Deux des interviewés – un avocat et un opérateur économique – estiment qu'il s'agit d'un outil efficace pour promouvoir l'innovation, mais que le cadre juridique actuel des variantes est insuffisamment sécurisant. Ainsi, un avocat « *souhaite un meilleur encadrement juridique des variantes* » afin de limiter les risques de « *laxisme côté acheteur ou [d']une définition insuffisante du besoin* » tout en encourageant l'innovation. Un opérateur économique souligne les avantages des variantes (« *marge de créativité pour les opérateurs économiques* » et « *proposition de solutions optimales* »), mais reconnaît la réticence des autorités contractantes concernant les variantes, car ces dernières « *entravent la comparaison des offres* ». Il propose ainsi « *que les autorités contractantes établissent des exigences minimales et accordent davantage de liberté concernant les propositions et l'innovation des opérateurs économiques* ». Dans le même sens, presque la moitié des sondés¹⁴²² répond favorablement à la question de savoir si les variantes constituent un outil potentiel de promotion de l'innovation

¹⁴²¹ Une autorité contractante interviewée estime que « [l]a procédure du partenariat d'innovation est aussi compliquée qu'inutile ».

Une autre autorité contractante interviewée affirme dans le même sens que « les conditions à réunir pour mobiliser ces outils [la conception-réalisation ou le marché global de performance, qu'elle compare au partenariat d'innovation] semblent trop exigeantes, ce qui suscite la peur. Le partenariat d'innovation exige une forte ambition et de la témérité, ce qui explique [le recours] en pratique à d'autres procédures pour éviter le partenariat d'innovation ».

¹⁴²² 7 AC sur 15 AC.

et, le cas échéant, si leur encadrement juridique devrait être renforcé ou amélioré. Trois autorités contractantes ayant répondu positivement à cette question proposent à ce titre des modifications du cadre juridique des variantes. La première estime que les variantes devraient toujours être autorisées, la deuxième suggère de « *permett[re] de faire des critères dédiés par exemple* », et la troisième – sensiblement dans le même sens – indique qu’il faudrait « *faciliter leur analyse par un cadre clair et la possibilité de critère permettant leur valorisation* ». Seuls deux sondés¹⁴²³ sur quinze répondent négativement à la question de savoir si les variantes pourraient promouvoir l’innovation et si leur cadre juridique devrait être modifié pour ce faire. Six répondent « *mitigé* » tout en indiquant, pour l’un d’entre eux, que le cadre juridique est « *à améliorer* », semblant ainsi indiquer que les variantes pourraient faciliter l’intégration de l’innovation si son cadre juridique était perfectionné.

Les deux autres interviewés ont répondu sur la qualité du cadre juridique applicable aux variables (même hors innovation). Ils ont émis des avis similaires aux autres interviewés. Ainsi, un opérateur économique affirme que « *le régime juridique non harmonisé entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ne facilite pas le recours à ces dernières* ». Une autorité contractante souligne plus généralement « *qu’il faudrait lever l’insécurité juridique relative aux variantes, car cette insécurité freine le recours aux variantes par les acheteurs* », alors même qu’il s’agit d’un « *axe d’amélioration important, quelle que soit la catégorie de marchés* ».

Généralisation du sourcing. Un opérateur économique interviewé a spontanément souligné que le *sourcing* « *permet de faciliter la réponse à une expression de besoins des acheteurs publics notamment en matière d’innovation et de développement durable (exemple : questions d’évacuation des déchets, utilisation de l’eau)* ». Cet interviewé estime qu’il faudrait généraliser le *sourcing*, actuellement « *mal connu des acheteurs et sous-utilisé* ».

Adaptation des procédures. Seuls les participants à l’enquête quantitative ont répondu à deux questions connexes liées aux procédures susceptibles d’être mobilisées pour des marchés innovants. La première question portait sur la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif. Bien que nuancées, les réponses d’un peu plus de la moitié des sondés révèlent que ces deux procédures sont susceptibles de constituer un outil d’intégration de l’innovation, même si certains changements de ces procédures seraient nécessaires pour améliorer leur mobilisation en la matière. Ainsi, sur onze autorités

¹⁴²³ 2 AC.

contractantes sondées ayant donné une réponse « tranchée »¹⁴²⁴, seules trois ont réfuté l'efficacité de la procédure concurrentielle avec négociation et du dialogue compétitif pour répondre aux besoins innovants des acheteurs. Cinq autorités contractantes – soit presque la moitié des sondés s'étant réellement prononcés sur cette question – répondent en revanche par la positive, et trois répondent « *mitigé* ». Parmi ces trois dernières (autorités contractantes n'étant pas pleinement convaincues de l'efficacité actuelle de ces deux procédures pour mettre en œuvre l'innovation), deux apportent des précisions importantes mettant en lumière les modifications qui leur semblent nécessaires. Ainsi, la première propose d'élargir la notion de prix provisoire, et la seconde de permettre « *[d]es échanges préalables à la sélection de candidatures [...] sans risque[...] de rompre l'égalité de traitement* ». La deuxième question posée aux sondés portait sur l'opportunité de simplifier, à l'échelle européenne, les procédures applicables aux marchés innovants, par exemple en allégeant les procédures formalisées. Parmi les réponses « claires » des sondés – soit parmi neuf¹⁴²⁵ réponses sur quatorze¹⁴²⁶ – la majorité¹⁴²⁷ se déclare favorable à la simplification des procédures mobilisables pour les marchés innovants, faisant ainsi écho aux critiques précédemment citées et adressées par exemple au partenariat d'innovation. Seules deux autorités contractantes sondées n'y sont pas favorables.

Renforcement de l'adéquation entre les outils de modification et l'innovation. Six interviewés¹⁴²⁸ et quatorze autorités contractantes sondées étaient interrogés sur la modification d'un contrat au titre de l'innovation. Ils se sont prononcés sur l'opportunité d'adapter davantage les règles actuelles de modification, pour faciliter la prise en considération de l'innovation.

Concernant l'éventuelle création d'un motif de modification dédié à l'innovation, seule une autorité contractante interviewée a déclaré y être « *extrêmement favorable* » sans réserve. Elle propose toutefois des modalités ou, du moins, indique des contrats pour lesquels un tel motif serait approprié :

« [...] en particulier pour des marchés longs (de huit, neuf, ou dix ans par exemple), compte tenu de la nature fortement évolutive du monde industriel.

¹⁴²⁴ 15 autorités contractantes ont répondu à cette question, mais quatre ont indiqué ne pas savoir.

¹⁴²⁵ 9 AC.

¹⁴²⁶ 14 AC.

Cinq autorités contractantes déclarent qu'elles ne savent pas (2 AC) ou répondent « *plus ou moins* » (3 AC).

¹⁴²⁷ 7 AC sur 9 AC.

¹⁴²⁸ 1 AV, 3 AC, et 2 OE.

[...] cela devrait être mis en perspective avec les durées des procédures de passation extrêmement longues (en tout cas pour ce qui concerne [m]a structure) et [...] un tel dispositif permettrait de pallier l'obsolescence. »

Cette perception positive de la création d'un nouveau motif de modification est davantage prégnante parmi les sondés. Ainsi, la moitié des participants à l'enquête quantitative – soit sept autorités contractantes sur quatorze – répond positivement à la question de savoir si l'innovation devrait constituer un nouveau motif de modification du contrat¹⁴²⁹. L'une de ces sept autorités contractantes sondées apporte toutefois des précisions relativisant les effets d'un tel motif de modification, en ajoutant qu'« [i]l est déjà possible de le prévoir dans la clause de réexamen, mais il serait louable que ce soit intégré dans les directives ».

Les autres interviewés émettent un avis légèrement plus nuancé. Quatre d'entre eux affirment être favorables à la création d'un motif de modification lié à l'innovation, mais alertent sur l'importance d'un encadrement pour éviter de potentielles dérives. Ainsi, un opérateur économique met en avant l'opportunité d'un tel outil compte tenu des limites de la clause réexamen (qui « doit avoir été prévue dès la consultation »), mais uniquement « à condition de bien encadrer cette modification ». Il ajoute qu'« il faudrait que le maître d'ouvrage juge opportun de la prévoir et d'en organiser les modalités d'activation (avec les travaux supplémentaires ou les surcoûts que cela peut engendrer) ». Un autre opérateur économique souscrit également à la proposition d'un nouveau motif de modification (notamment pour « compléter les dispositifs actuels », et « en raison de l'obsolescence rapide » en ce qui concerne les marchés de nouvelles technologies), en suggérant des modalités plus précises. Il émet ainsi l'idée « de s'inspirer des clauses de réexamen actuelles en la matière et de rendre obligatoires les clauses de révision des prix pour la parité dollar-euro dans les marchés technologiques », ainsi que « de faire évoluer le contrat à l'intérieur d'un pourcentage ». Dans le même sens, une autorité contractante lie l'opportunité d'un motif de modification dédié à l'innovation à « un encadrement financier pour la bonne utilisation des deniers publics ». Un avocat souligne l'importance de garde-fous et reprend la même idée de « corrélér la clause à un pourcentage par rapport au montant initial du marché ». Cet avocat est toutefois plus réservé sur l'opportunité de ce nouvel outil, en estimant que seul « un marché [...] pourrait s'y prêter : la location ou l'achat de véhicules ». Pour les autres marchés, il souligne le risque de création d'une insécurité juridique importante et d'« une mauvaise

¹⁴²⁹ Les sept autres autorités contractantes sondées sur cette question répondent négativement pour une partie d'entre elles (4 AC) ou qu'elles ne savent pas (3 AC).

définition du besoin qui laisserait carte blanche aux opérateurs économiques ». Une autorité contractante souligne qu'il s'agit d'« [u]n point d'amélioration à creuser », mais alerte sur le fait que la modification constitue « un nid à contentieux de manière générale, pas seulement sous l'angle de la modification ».

En revanche, quatre des quatorze autorités contractantes sondées sur cette question indiquent être défavorables à la création d'un motif de modification dédié à l'innovation, dont l'une alertant sur le risque de « *requalification en modification substantielle* ». Les trois sondés restants ne se prononcent pas¹⁴³⁰.

La réception majoritairement positive d'un éventuel nouveau motif de modification est susceptible de résulter de l'inadéquation des dispositifs actuels pour prendre en compte l'innovation. Une autorité contractante met ainsi en exergue la nature irréconciliable des exigences de la clause de réexamen et de l'innovation : « *la clause de réexamen est privée de tout effet utile dans ce cas de figure, car elle doit être précise, mais cela est impossible dans le cas de l'innovation* ». Cet interviewé suggère en conséquence d'établir « *un cadre juridique plus balisé* » de la prise en compte de l'innovation au sein de la clause de réexamen, et propose par ailleurs « *d'élargir les prix provisoires en matière d'innovation* ».

Renforcement de la lisibilité et de la cohérence des règles applicables.

Une autorité contractante interviewée propose la création d'« *un titre unique dans le Code de la commande publique relatif à l'innovation (exemple : “marchés faisant appel à l'innovation”) et une mise en cohérence des règles* ».

Synthèse. Une pluralité de mesures est envisageable pour améliorer l'intégration de l'innovation, bien qu'il ne soit pas certain qu'elles fassent toutes consensus. Une partie non négligeable des interviewés et des sondés semblent favorables à la fois à de nouveaux dispositifs propres à l'innovation et à l'amélioration de dispositifs communs à l'ensemble du droit de la commande publique.

¹⁴³⁰ Trois autorités contractantes ont indiqué ne pas savoir si l'innovation devrait constituer un nouveau motif de modification du contrat.

AXE 4 : LES TECHNIQUES D'ACHAT

Objectif des enquêtes. Pour appréhender les difficultés relatives aux techniques d'achat, les enquêtés pouvaient être interrogés sur l'accord-cadre (**thématique 9**) et/ou sur le système d'acquisition dynamique (**thématique 10**).

THÉMATIQUE N° 9 : L'ACCORD-CADRE

Déroulement des enquêtes. Les huit interviewés¹⁴³¹ et les dix-neuf sondés¹⁴³² ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur les caractéristiques propres à l'accord-cadre (§I.), ou le recours à l'accord-cadre (§II.), ou son exécution (§III.).

§I. La caractéristique principale de l'accord-cadre : l'incertitude

Adaptabilité apparente de l'accord-cadre. Parmi les enquêtés, quatre interviewés¹⁴³³ et onze sondés¹⁴³⁴ étaient interrogés sur les atouts et faiblesses de l'accord-cadre. Deux interviewés – des autorités contractantes – et quatre sondés – soit un total de six autorités contractantes – ont explicitement mis en exergue la flexibilité, la souplesse, de cet outil. Selon l'une des autorités contractantes interviewées, cette flexibilité résulte de « *la double typologie (bons de commande / marchés subséquents) [...] [qui] permet aux acheteurs publics de mieux répondre à l'incertitude qui gouverne la définition de leur besoin* ». La nature protéiforme de l'accord-cadre est également mise en exergue, par la seconde autorité contractante interviewée, comme participant de la souplesse de cet outil. Un cinquième sondé¹⁴³⁵ relève implicitement cette flexibilité en qualifiant l'accord-cadre de « *montage*

¹⁴³¹ 2 AV, 3 AC, et 3 OE.

¹⁴³² 1 AV et 18 AC.

¹⁴³³ 1 AV, 2 AC, et 1 OE.

¹⁴³⁴ 1 AV et 10 AC.

¹⁴³⁵ 1 AC.

juridique intéressant auprès des services prescripteurs puisqu'il permet d'amener en interne des réflexion[s] sur la planification des achats ».

Dans le même sens, bien que plus nuancé, un opérateur économique interviewé affirme que « *l'absence de définition précise du besoin de l'acheteur* » constitue à la fois un atout et une faiblesse de l'accord-cadre.

Seul un des quatre interviewés met en exergue un atout différent : « *l'existence d'une seule mise en concurrence, même si elle est un peu "lourde"* »¹⁴³⁶.

Certains sondés font en revanche état soit d'une souplesse excessive, soit – à l'inverse – de certains aspects trop restrictifs de l'accord-cadre. Ainsi, l'un¹⁴³⁷ des sondés interrogés sur les atouts et faiblesses de la réglementation actuelle de l'accord-cadre estime que celle-ci est « *[t]rop permissive [et génère un] [d]éséquilibre économique de la relation contractuelle* ». Un autre sondé¹⁴³⁸ estime également que la réglementation devrait être plus restrictive concernant la mobilisation de l'accord-cadre pour certaines prestations : « *[c]ertaines natures de prestations devraient en être exclu[es], au moins s'agissant des accords-cadres à bons de commande (MOE, travaux)* ». À l'inverse, trois sondés¹⁴³⁹ estiment que certaines règles actuelles pourraient être assouplies, en soulignant – pour deux d'entre eux – que l'obligation d'indiquer le montant maximum constitue une faiblesse – et – pour le troisième – que la durée maximale (de quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs) pourrait être améliorée ou constitue une faiblesse.

Nature indéterminée de l'accord-cadre. Trois interviewés¹⁴⁴⁰ mettent en exergue des interrogations quant à la nature de l'accord-cadre, c'est-à-dire quant à la question de savoir s'il s'agit d'une technique d'achat ou d'un contrat. Un avocat se réfère en ce sens à la précédente qualification en droit français à l'origine de cette incertitude : « *les marchés à bons de commande, qui constituaient une typologie de contrats, sont devenus en France les accords-cadres qui sont des techniques d'achat* ». Une autorité contractante identifie également cette difficulté et recommande en conséquence une modification des directives européennes sur ce sujet :

¹⁴³⁶ 1 AV.

¹⁴³⁷ 1 AV.

¹⁴³⁸ 1 AC.

¹⁴³⁹ 3 AC.

¹⁴⁴⁰ 2 AV et 1 AC.

« Une autre difficulté repose sur l’assimilation trompeuse juridiquement entre accord-cadre et technique d’achat. Il y a derrière cette question un vrai débat doctrinal : l’accord-cadre doit-il être assimilé à un contrat (qui peut être modifié comme tel) ou, au contraire, à une simple technique d’achat qui laisse ensuite sa place à un contrat ? ».

Un autre avocat émet également une proposition en ce sens : *« il faudrait préciser qu’il s’agit d’une technique d’achat qui aboutit à un contrat ».*

Synthèse. Les réponses des interviewés et d’une grande partie des sondés mettent en lumière le fait que l’accord-cadre constitue une réponse à l’incertitude du besoin de l’acheteur, mais est lui-même empreint d’incertitude, ne serait-ce que concernant sa nature.

§II. Le cadre juridique insatisfaisant du recours à l’accord-cadre

Interdiction abstraite de l’usage abusif de l’accord-cadre. Quatre interviewés¹⁴⁴¹ et neuf sondés¹⁴⁴² se sont prononcés quant à l’interdiction de l’usage abusif ou la seule exigence qui lui soit expressément reliée – à savoir, l’obligation d’indication d’un montant maximum au sein de l’accord-cadre.

Un avocat interviewé souligne n’avoir *« jamais été confronté »* à l’interdiction de l’usage abusif des accords-cadres. L’exigence d’un montant maximum ne constitue pas à son sens *« un réel handicap »*, mais il affirme qu’elle suscite des difficultés liées à *« l’appréciation du montant maximum (qui est parfois sous-évalué) »*.

Deux autres interviewés et huit des neufs sondés¹⁴⁴³ proposent des formes d’usage abusif de l’accord-cadre. Un avocat interviewé *« perçoit un usage abusif dans la conclusion de marchés de gré à gré en matière de prestations de conseil lorsque le service est répétitif (car [cela] revient à dire qu’il s’agit d’un accord-cadre) et dépasse les seuils »*. Il n’est toutefois pas favorable aux propositions françaises récentes, issues de l’Observatoire de l’éthique publique, d’encadrer le recours à l’accord-cadre pour les prestations de conseil¹⁴⁴⁴, alors que les sondés

¹⁴⁴¹ 2 AV et 2 AC.

¹⁴⁴² 1 AV et 8 AC.

¹⁴⁴³ Le neuvième sondé sur la question (1 AC) indique simplement qu’*« [i]l est difficile actuellement de faire une telle identification [c’est-à-dire d’identifier un usage abusif de l’accord-cadre] »*.

¹⁴⁴⁴ Dans sa note 33 du 20 juillet 2023, l’Observatoire de l’éthique publique a fait trois propositions alternatives : *« [i]nterdire la technique de l’accord-cadre (option 1) », « [c]entraliser les accords-cadres au sein de la Direction*

sont davantage divisés sur cette question¹⁴⁴⁵. Une autorité contractante interviewée reconnaît la difficulté d'identification de l'usage abusif de l'accord-cadre. Elle estime cependant pouvoir « *émettre quelques hypothèses au regard notamment de l'arrêt Simonsen*¹⁴⁴⁶ » et propose des modifications à cet égard :

« - Lorsque l'accord-cadre ne prévoit pas de valeur maximale. Sur ce point, les directives devraient expliciter les effets qui s'imposent lorsque l'accord-cadre a atteint sa valeur maximale (selon Simonsen : il est épuisé).

- Lorsque le montant maximum est déconnecté de la définition du besoin. [...] l'exigence d'une certaine précision dans la fixation du montant maximal de l'accord-cadre entre en contradiction avec "l'essence" même de cet instrument, supposé pallier les incertitudes des acheteurs quant à la définition de leur besoin. La jurisprudence Simonsen fait donc peser sur les acheteurs un risque juridique de censure pour mauvaise définition du besoin lorsque le montant maximum est trop élevé. La question se pose notamment aux centrales d'achats. Sur ce point, les directives pourraient prévoir des exceptions dument justifiées à l'obligation de fixer un montant maximum (par exemple lorsque cela est "manifestement impossible"). Elles pourraient également préciser les modalités selon lesquelles ce montant maximum pourrait être revu en cours d'exécution de l'accord-cadre ».

La deuxième autorité contractante interviewée souscrit également à ces propos en mettant en exergue les difficultés que l'exigence d'un montant maximum génère pour les centrales d'achat. Elle affirme qu'« *il est possible, particulièrement pour les centrales d'achat (en fonction des demandes des autorités contractantes), qu'il y ait une hausse exceptionnelle des achats selon une nouvelle politique gouvernementale par exemple* ». Cet interviewé s'interroge plus généralement « *sur la pertinence du maintien de cette obligation de montant maximum qui résulte d'une interprétation de la CJUE, mais qui n'était pas celle initialement*

des achats de l'État (option 2) », et « [i]mposer le recours aux marchés subséquents pour les accords-cadres conclus (option 3) ».

¹⁴⁴⁵ 9 sondés (1 AV et 8 AC) ont donné leur avis sur les propositions de l'Observatoire de l'éthique publique. 6 ont émis un avis favorable (6 AC), tout en alertant pour certains sur des risques ou potentiels inconvénients, et 3 s'y sont opposés (1 AV et 2 AC).

¹⁴⁴⁶ CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen et Weel*, aff. C-23/20.

*du Conseil d'État*¹⁴⁴⁷ », d'autant plus que cette obligation constitue l'un des freins de l'accord-cadre selon cet interviewé.

Cette deuxième autorité contractante interviewée estime qu'un usage abusif de l'accord-cadre peut résulter, du point de vue du fournisseur, d'une différence très importante entre le montant estimé et le montant réel à la fin de l'accord-cadre, assortie de « *pénalités si le fournisseur n'est pas capable de fournir rapidement les prestations* ». Elle affirme que « *[d]ans un tel cas de figure, le fournisseur a subi un préjudice, car il a mis en œuvre des moyens pour pouvoir assurer la prestation s'il était sollicité, mais il n'y a pas de sanction par la jurisprudence qui ne retient comme engagement contractuel que le montant minimum* ».

Les formes d'usage abusif identifiées par les sondés¹⁴⁴⁸ se distinguent légèrement de celles des interviewés et peuvent être classées en trois catégories. La première tient au montant et/ou à la durée excessifs¹⁴⁴⁹. La deuxième renvoie à la définition des besoins, c'est-à-dire au recours à l'accord-cadre « *lorsque le besoin est connu* »¹⁴⁵⁰, quand il « *est mal défini par fainéantise* »¹⁴⁵¹, ou lorsque la « *définition des besoins [est] trop large* »¹⁴⁵². La troisième catégorie, mise en exergue par deux sondés¹⁴⁵³, repose sur les modalités d'exécution de l'accord-cadre : l'usage abusif est caractérisé, selon un sondé, en présence d'un « *[m]arché subséquent à bon[s] de commande renouvelable[s]* » et, pour un autre sondé, en cas d'exécution exclusivement « *par bons de commande en dehors de tout contrôle a priori de l'assemblée délibérante et a posteriori de la direction des achats et des instances de contrôle* ».

Maintien de dévoiements potentiels du recours à l'accord-cadre. Deux interviewés¹⁴⁵⁴ ainsi que deux sondés¹⁴⁵⁵ soulignent l'existence de dévoiements ou, du moins, de recours non pleinement appropriés à l'accord-cadre malgré l'interdiction de l'usage abusif de celui-ci.

Une autorité contractante interviewée met en lumière la différence entre deux formes d'accord-cadre – les bons de commande et les marchés subséquents – et souligne que la distinction entre les deux constitue une difficulté en pratique. Or, cette difficulté est susceptible

¹⁴⁴⁷ CE, 24 octobre 2008, *UGAP*, n° 314499.

¹⁴⁴⁸ 1 AV et 8 AC.

¹⁴⁴⁹ 2 AC.

¹⁴⁵⁰ 1 AV.

¹⁴⁵¹ 1 AC.

¹⁴⁵² 1 AC.

¹⁴⁵³ 2 AC.

¹⁴⁵⁴ 1 AC et 1 OE.

¹⁴⁵⁵ 2 AC.

de conduire à la mobilisation inadéquate d'une forme d'accord-cadre. En effet, de nombreux accords-cadres à bons de commande sont conclus, *« alors que l'imprécision dans la définition du besoin aurait dû [...] conduire à recourir aux marchés subséquents qui sont cependant trop "lourds" »*. Sensiblement dans le même sens, une autorité contractante sondée concernant les difficultés rencontrées en pratique en présence d'un accord-cadre affirme que *« [t]rop d'Ac à BDC [accords-cadres à bons de commande] [sont] conclu[s] de manière précipitée, sans appréhender la rigidité du dispositif »*.

Un opérateur économique interviewé adopte une position similaire en ce qui concerne la définition insuffisante du besoin lors de la mobilisation de l'accord-cadre, faisant écho à certains usages abusifs précédemment identifiés par les sondés :

« [...] les acheteurs se servent de l'accord-cadre à bons de commande et de leur incapacité à définir techniquement la réalisation des travaux ainsi qu'à finaliser la conception des travaux, alors même qu'ils connaissent leur besoin. Il est difficile pour le(s) attributaire(s) de l'accord-cadre de se substituer à l'acheteur afin de réaliser la conception. [Il existe] également la difficulté tenant au fait qu'ils sont contraints de répondre à l'exécution des travaux sans une mise en concurrence suffisante et sans avoir une appréciation réelle des travaux qui seront réalisés, alors même qu'un marché public serait suffisant ».

Cet opérateur économique met également en exergue deux autres dévoiements portant davantage sur l'objet et les motifs de recours à l'accord-cadre. Le premier est le recours à l'accord-cadre *« pour confier des constructions plus "lourdes" »* par contraste avec *« l'objet habituel »* de cet outil. Le second repose sur la mobilisation de l'accord-cadre en lieu et place d'un marché de gré à gré reposant sur une *« urgence impérieuse »* *« par crainte de recourir aux marchés de gré à gré »*. Cet interviewé affirme que ceci n'est pas conforme aux directives et génère d'importantes difficultés pour l'attributaire de l'accord-cadre (qui est *« contraint de réaliser ces travaux s'il en reçoit la demande, alors même que l'accord-cadre ne permet pas d'évaluer le prix ou les prestations à réaliser au moment de sa conclusion »*). Il recommande en conséquence de *« limiter la possibilité pour le maître d'ouvrage de mobiliser les accords-cadres. Le recours aux accords-cadres devrait être restreint aux marchés d'entretien récurrent pour lesquels le maître d'ouvrage est dans l'incapacité de définir son besoin sur une année »*.

(exemples : assainissement, voirie) ». L'un des sondés¹⁴⁵⁶ estime de manière plus générale que « certaines contraintes réglementaires par ailleurs ont conduit à dévoyer la pratique des accords-cadres d'autant que cette technique d'achat conduit à une inflation des prix ».

Synthèse. L'encadrement du recours à l'accord-cadre pour éviter des dérives ne semble pas opérationnel, la seule obligation expressément dédiée à l'interdiction de l'usage abusif demeurant en grande partie théorique et ne permettant pas de mettre fin aux dévoiements constatés par certains enquêtés en pratique.

§III. Les modalités incertaines d'exécution de l'accord-cadre

Imprévisibilité du montant de l'accord-cadre. Quatre interviewés¹⁴⁵⁷ ainsi que dix-neuf sondés¹⁴⁵⁸ étaient interrogés sur l'opportunité d'exiger un montant minimum de l'accord-cadre (par mimétisme avec l'obligation d'indication d'un montant maximum) ou d'établir une différence (en pourcentages) entre le montant minimum et le montant maximum.

Trois interviewés – une autorité contractante et deux opérateurs économiques – se déclarent favorables à l'une des deux mesures. Une autorité contractante donne l'exemple d'une « règle d'un facteur de 5 entre le montant estimé et le montant maximum », qui permet à son sens de « maintenir la souplesse des accords-cadres » tout en limitant l'imprévisibilité du montant pour les opérateurs économiques. Un opérateur économique estime que « [l]'instauration d'une obligation d'un montant minimum serait une bonne chose assortie de conséquences indemnitaires pour les opérateurs économiques ». Un autre opérateur économique déclare « être favorable au rétablissement de l'obligation d'indication du montant minimum même [en ce qui concerne les accords-cadres multi-attributaires, pour lesquels il semble plus difficile de se prévaloir du montant minimum], en précisant les modalités d'indemnisation si ce montant n'est pas atteint ». Cet opérateur économique estime en complément qu'« il faudrait limiter le montant maximum des accords-cadres », qui peut être très élevé en pratique dans le but de permettre à l'autorité contractante « de choisir son prix avec deux mises en concurrence (une lors de l'attribution de l'accord-cadre, une lors de l'attribution du marché subséquent) ».

¹⁴⁵⁶ 1 AC.

¹⁴⁵⁷ 1 AV, 1 AC, et 2 OE.

¹⁴⁵⁸ 1 AV et 18 AC.

Le quatrième interviewé sur ce sujet – un avocat – a en revanche un avis plus réservé sur de tels dispositifs. Il indique ne pas être certain des avantages et des bénéficiaires de telles mesures. L'interviewé souligne toutefois que « [l]e montant minimum permet de sécuriser le titulaire de l'accord-cadre, car il permet l'indemnisation en cas de non-exécution, même si les titulaires ne font pas tous les démarches (puisque cela fait perdre du temps et qu'il faut justifier le montant perdu sur sa marge nette) ». Il souligne en conséquence « qu'il faudrait approfondir pour s'assurer que cette mesure produise les effets escomptés ».

Les propos de ce quatrième interviewé rejoignent les réponses de la majorité des sondés. Parmi les dix-neuf participants à l'enquête quantitative¹⁴⁵⁹, quatorze¹⁴⁶⁰ sont opposés à la fixation d'une différence maximale entre les montants minimum et maximum. Seuls trois¹⁴⁶¹ s'y déclarent favorables, et deux¹⁴⁶² répondent « mitigé ». Deux de ces dix-neuf sondés mettent d'ailleurs en exergue les risques d'une telle mesure. Pour l'un, « [l]e risque induit est d'atteindre le maximum trop rapidement avant la fin du contrat, impliquant de le renouveler plus souvent ». Pour l'autre, il existe des risques pour les autorités contractantes, à l'inverse des opérateurs économiques : « [i]dée intéressante pour les opérateur[s] économique[s] qui auront une plus grande visibilité sur les volumes garanties par l'accord-cadre. Pour les acheteur[s], cette idée est plus hasardeuse notamment pour les services qui ont du mal parfois [à] estimer sur 4 ans les volumes en jeu ».

Exclusivité controversée du/des attributaire(s) de l'accord-cadre. Cinq interviewés – un avocat, trois autorités contractantes, et un opérateur économique – se sont prononcés sur l'exclusivité du ou des attributaire(s) de l'accord-cadre ainsi que, corrélativement, sur la faculté de cumul d'un accord-cadre et d'un marché pour le même besoin. Leurs réponses témoignent de l'absence de réponse claire en droit.

Deux interviewés font expressément état d'une incertitude et estiment que l'existence ou non d'une exclusivité est variable. Ainsi, un avocat indique ne pas être « certain[...] de l'existence d'une exclusivité, et estime que sa réponse peut dépendre [du destinataire] ». Il se réfère en ce sens à la suppression dans les textes français de l'exclusivité des accords-cadres, et au fait qu'« en principe, on ne doit pas contracter un nouveau marché pour un besoin faisant déjà l'objet d'un marché, mais un marché ne signifie pas exclusivité et cela vaut également

¹⁴⁵⁹ 1 AV et 18 AC.

¹⁴⁶⁰ 14 AC.

¹⁴⁶¹ 3 AC.

¹⁴⁶² 1 AV et 1 AC.

pour les accords-cadres ». Une autorité contractante *« pense qu'il n'existe pas d'exclusivité, mais [...] estime que la question n'est pas clairement tranchée en droit »*. Cet interviewé souligne que le facteur influençant l'existence de l'exclusivité *« repose sur l'économie : la question de l'exclusivité suppose de trouver deux fournisseurs avec deux prestations analogues en même temps »*.

Une autre autorité contractante interviewée adopte une position plus tranchée, en estimant que le droit établit une exclusivité. Elle s'appuie pour ce faire sur l'ordonnance française de 2015 transposant la directive *Marchés*, qui instaure à son sens une exclusivité en l'absence de clause. Cette autorité contractante explique qu'en conséquence une clause de non-exclusivité est insérée dans les accords-cadres qu'elle conclut. Elle propose toutefois deux modifications des directives européennes sur le sujet pour davantage de clarté, dont une intéressant également la nature fermée de l'accord-cadre :

« [...] les directives devraient également prévoir des guidelines relatives aux conditions de validité des clauses de non-exclusivité, par exemple dans son préambule.

[...]

Les directives pourraient instaurer comme règle par défaut (sans clause supplémentaire) [la] possibilité d'ouvrir les accords-cadres, par exemple à d'autres entités d'un même groupe, afin de renforcer la souplesse qu'offre les accords-cadres ».

Les deux autres interviewés sur le sujet – une autorité contractante et un opérateur économique – sont également favorables à l'existence d'une exclusivité, mais n'indiquent pas pour autant que cette exclusivité est expressément prévue par les textes. Ils estiment simplement que l'absence d'exclusivité serait excessive. En effet, *« l'absence d'exclusivité paraît contredire l'essence de l'accord-cadre ainsi que les principes de la commande publique »*¹⁴⁶³. Cet interviewé se réfère à une ordonnance récente du tribunal de Grenoble rejetant l'exclusivité¹⁴⁶⁴, mais indique généralement inclure une clause de non-exclusivité dans les accords-cadres qu'il conclut – clause qui délimite la possibilité de mobiliser un autre opérateur économique que celui ou ceux attributaire(s) de l'accord-cadre (*« exemple : défaillance du titulaire »*). Un opérateur économique souligne que l'absence d'exclusivité créerait un

¹⁴⁶³ 1 AC.

¹⁴⁶⁴ TA Grenoble, 26 mars 2024, n° 210475.

déséquilibre trop important entre les autorités contractantes et les opérateurs économiques : « [l]es entreprises sont favorables à une exclusivité, faute de quoi l'acheteur dispose d'un pouvoir trop étendu ».

Les réponses des participants à l'enquête quantitative sont moins contrastées. Ainsi, sur les dix-huit sondés¹⁴⁶⁵, quatorze¹⁴⁶⁶ estiment que le(s) attributaire(s) d'un accord-cadre dispose(nt) d'une exclusivité, et trois¹⁴⁶⁷ répondent « *mitigé* » à cette question. Seul un sondé¹⁴⁶⁸ estime qu'il n'y a pas d'exclusivité, mais que « *les acheteurs devraient pouvoir imposer un % de non-exclusivité dans certaines situations annoncées dans les documents de la consultation pour limiter les effets d'aubaine* ». Toutefois, trois sondés¹⁴⁶⁹ nuancent leur réponse (mitigée ou positive) par des précisions supplémentaires. Ainsi, deux d'entre eux estiment que le droit n'accorde pas, en principe, d'exclusivité, mais que le périmètre du contrat peut conduire à reconnaître l'exclusivité ou, qu'en pratique, ils accordent l'exclusivité. Le troisième indique simplement qu'il est possible de prévoir une non-exclusivité au sein de l'accord-cadre.

En ce qui concerne le cumul d'un accord-cadre avec un marché pour le même besoin, en particulier un marché « de gré à gré » reposant sur une « *urgence impérieuse* », un opérateur économique et un avocat interviewés estiment que ce cumul n'est pas interdit. L'opérateur économique affirme ainsi que « [c]'est une affaire d'opportunité au regard, notamment, des accords-cadres en cours d'exécution ». L'avocat adopte une position plus précise, en estimant que « *ce cumul est admis* » dans certaines circonstances : « *l'urgence doit permettre de faire des choses qui ne sont pas exactement prévues dans le marché, notamment en raison des délais d'exécution. L'accord-cadre n'est pas toujours adapté à de telles situations (exemples : prestations, engagements du titulaire, délais...)* ». Également interrogés sur la possibilité de conclure un autre marché, comme un marché fondé sur une « *urgence impérieuse* », les participants à l'enquête quantitative donnent des réponses nuancées. Ainsi, presque la moitié des sondés – soit neuf¹⁴⁷⁰ sondés sur dix-neuf¹⁴⁷¹ – répond à cette question que cela dépend, dont trois identifiant des cas de figure particuliers dans lesquels ce « cumul » entre l'accord-

¹⁴⁶⁵ 1 AV et 17 AC.

¹⁴⁶⁶ 1 AV et 13 AC.

¹⁴⁶⁷ 3 AC.

¹⁴⁶⁸ 1 AC.

¹⁴⁶⁹ 3 AC.

¹⁴⁷⁰ 9 AC.

¹⁴⁷¹ 1 AV et 18 AC.

cadre et un marché serait possible¹⁴⁷². Pami les autres sondés, presque autant de sondés répondent négativement que positivement¹⁴⁷³.

Encadrement insuffisant de l'accord-cadre multi-attributaire. Une autorité contractante et deux opérateurs économiques participant à l'enquête qualitative soulignent l'existence de difficultés, voire de risques, en présence d'un accord-cadre multi-attributaire.

Ainsi, une autorité contractante affirme rencontrer des difficultés en raison du silence du droit concernant les modalités concrètes de passation avec les titulaires de marchés subséquents à un accord-cadre pour les entités adjudicatrices : *« il n'y a rien dans le droit qui permette de guider les acheteurs sur les règles objectives et non discriminatoires qui trouvent à s'appliquer dans ce cas de figure »*. Cette autorité contractante propose en conséquence une modification des directives : *« l'émission de guidelines souples et pas trop prescriptives destinées à préserver l'équilibre entre contraintes écrites et liberté contractuelle. Ces dernières pourraient par exemple trouver leur place dans les considérants des directives »*.

Deux opérateurs économiques semblent partager cet avis, en mettant en exergue la liberté excessive dont dispose l'autorité contractante pour l'exécution d'un accord-cadre multi-attributaire. Ainsi, l'un d'entre eux souligne l'absence d'encadrement du choix des attributaires dans l'exécution de l'accord-cadre :

« [...] les conditions et modalités de [la] répartition [des prestations entre les attributaires] ne sont pas définies, ce qui permet au maître d'ouvrage d'attribuer des bons de commande en fonction de ses préférences (exemple : accorder un bon de commande à l'entreprise la moins chère sur les travaux concernés) sans visibilité pour les attributaires ».

Dans le même sens, l'autre opérateur économique interrogé sur le sujet souligne qu'un pouvoir discrétionnaire trop étendu est reconnu à l'acheteur pour un accord-cadre multi-attributaire notamment, d'autant que de tels accords-cadres *« apparaissent plus souvent comme*

¹⁴⁷² Une autorité contractante estime que cela est possible *« [s]i les montants sont conséquents »*, une autre seulement si cela est *« prévu dans l'accord-cadre »*, et une troisième *« si le titulaire n'est pas en capacité de répondre dans les délais courts imposés par l'urgence »*.

¹⁴⁷³ 4 AC et 1 AV répondent positivement pour la possibilité de cumul, et 4 AC répondent négativement. Une autorité contractante répondant positivement complète sa réponse en indiquant que cela est possible quand *« le titulaire ne formule pas une réponse satisfaisante à un MS [marché subséquent] »*. Le dernier sondé (1 AC) répond qu'il ne sait pas.

un moyen de faire baisser les prix (plutôt que de permettre de pallier les insuffisances de l'attributaire) ».

Malléabilité sous-jacente de la durée de l'accord-cadre. Alors que la limitation de la durée de l'accord-cadre est présentée comme l'un des freins de cet outil par une autorité contractante interviewée, quatre autres interviewés¹⁴⁷⁴ sur ce sujet soulignent que la durée des bons de commande et des marchés subséquents peut excéder celle de l'accord-cadre. Trois d'entre eux¹⁴⁷⁵ soulignent toutefois que ceci n'est possible que si le bon de commande est émis ou le marché subséquent conclu avant la fin de l'accord-cadre. En revanche, les onze sondés¹⁴⁷⁶ identifient, pour la majorité d'entre eux, d'autres hypothèses dans lesquelles les bons de commande et marchés subséquents disposent d'une durée plus longue que celle des accords-cadres¹⁴⁷⁷, sauf un indiquant que ceci est impossible¹⁴⁷⁸. L'un des interviewés – un avocat – estime que ceci est bénéfique, car *« la durée maximale de 4 ans des accords-cadres (pour ceux conclus par des pouvoirs adjudicateurs) est un peu courte »*, et que cela *« permet également d'assurer la transition en attendant la conclusion d'un nouvel accord-cadre »*. Dans

¹⁴⁷⁴ 1 AV, 2 AC, et 1 OE.

¹⁴⁷⁵ 1 AV et 2 AC.

¹⁴⁷⁶ 11 AC.

Un douzième sondé a répondu à cette question, mais sa réponse n'est pas exploitable : *« Cela pose une difficulté ? »* (1 AV).

¹⁴⁷⁷ À la question de savoir *« [...] dans quelle(s) hypothèse(s) un bon de commande ou un marché subséquent peut-il disposer d'une durée excédant celle de l'accord-cadre ? »*, voici les réponses de dix autorités contractantes :

- 1) *« S'il répond à un besoin "naturel et sincère" qui ne permet pas d'attendre sa passation sur le futur AC » ;*
- 2) *« En cas de besoin lié à l'objet du marché ou ses conditions d'exécution » ;*
- 3) *« jamais on finit les BC et MS conclu pdt l'AC [les bons de commande et marchés subséquents conclus pendant l'accord-cadre] mais avec une limite de X mois (obligation mise en concurrence périodique) » ;*
- 4) *« quand on est en fin d'accord cadre, et en cours de relance/attribution du marché ...cela permet ainsi de ne pas avoir de rupture d'approvisionnement et donc de faire du hors marché » ;*
- 5) *« Quand sa durée prévoit un délai d'exécution qui dépasse la fin de la durée de l'AC » ;*
- 6) *« Un marché subséquent peut continuer à produire ses effets après l'accord cadre sans limitation de durée, sous réserve que cette durée soit conforme aux pratiques couramment observée[s] pour la nature de la prestation concernée. En revanche, le recours aux AC à BDC devrait être réservé aux achats n'entraînant pas de dépassement ou un dépassement très court. Conclure un AC pour une durée inférieure à la durée d'exécution des BDC (comme en MOE) est un non sens » ;*
- 7) *« bon de commande à la fin du marché, incident de procédure à la relance mais doit être encadré et prévu dans le marché initial »*
- 8) *« pour éviter la rupture du service public et le temps de relancer une procédure de marché pour renouveler un contrat » ;*
- 9) *« Lorsque l'on a un besoin qui à vocation à s'exécuter dans le temps. En pratique, cela se fait surtout [quand] on est en retard sur la publication ou notification du nouveau marché. En outre, cet[te] technique est utile également sur les gros marchés de fourniture, puisque cela laisse le temps lors des renouvellements aux agents de rentrer dans les SI Achat ou SI de gestion, les codes produits, fournisseurs et nouveaux marchés » ;*
- 10) *« bon de commande passé avant le terme de l'accord-cadre, mais cela ne doit pas être abusif et cela doit rester dans le cadre du maximum » ;*
- 11) *« Les marchés de concession de droits sur les logiciels ».*

¹⁴⁷⁸ À la question de savoir *« [...] dans quelle(s) hypothèse(s) un bon de commande ou un marché subséquent peut-il disposer d'une durée excédant celle de l'accord-cadre ? »*, une autorité contractante a répondu : *« jamais on finit les BC et MS conclu pdt l'AC mais avec une limite de X mois (obligation mise en concurrence périodique) ».*

le même sens, une autorité contractante affirme que cela est nécessaire, voire indispensable, pour certains marchés, comme les marchés de maîtrise d'œuvre *« qui sont toujours exécutés alors que l'accord-cadre est terminé »*.

Cette opinion est toutefois nuancée par les propos des mêmes interviewés ou d'autres interviewés, qui mettent en lumière un encadrement juridique insuffisant. Ainsi, un opérateur économique souligne qu'il rencontre des difficultés quant à la durée d'exécution des bons de commande et la notification de ces bons. Il est possible qu'aucun calendrier de notification des bons de commande ne soit émis et que la notification de ces bons soit retardée, ce qui dévie fortement du calendrier initial prévu par l'accord-cadre. Or, *« il n'y a aucune jurisprudence sur le sujet, et seulement quelques indications de durée raisonnable de la DAJ, mais [...] ces indications ne s'appliquent pas [aux] marché[s] [de grande] ampleur »*. Une autorité contractante met en lumière une autre incertitude : *« peut-on modifier un bon de commande ou un marché subséquent alors même que l'accord-cadre a expiré ? »*. Ceci est confirmé par une autre autorité contractante, qui souligne des incertitudes et potentielles incohérences après la fin de l'accord-cadre :

« [Il faudrait que] les directives précisent que l'accord-cadre continue à produire des effets sur les marchés subséquents en cours même une fois sa durée terminée.

L'exigence de montant maximum a créé de la confusion, car ce montant est déterminé par les contrats conclus en application de l'accord-cadre, ses actes d'exécution et ses avenants. Il faut donc une adéquation entre le montant maximum de l'accord-cadre et les marchés passés en application. Or, lorsque l'accord-cadre n'existe plus, on disposerait d'une "totale liberté" ? Autrement dit, il y a une dichotomie entre l'encadrement strict de la durée de l'accord-cadre et la liberté qui pourrait être laissée aux acheteurs lorsque l'accord-cadre a pris fin (durée ou montant maximal atteint) ».

Cette autorité contractante propose en conséquence de préciser au sein des directives la possibilité et, le cas échéant, les hypothèses de *« recours à l'accord-cadre échu »*.

Un cinquième interviewé – une autorité contractante – met en lumière le silence des directives sur une situation connexe, mais plus précise : celle des effets de la résiliation (amiable ou judiciaire) de l'accord-cadre à l'égard des bons de commande. Ceci soulève la question de

savoir si les bons de commande émis avant cette résiliation peuvent être exécutés jusqu'à leur terme malgré ladite résiliation.

Clarté insuffisante de la modification de l'accord-cadre. Les propos précédents mettent en lumière la possibilité que l'accord-cadre soit implicitement modifié par les bons de commande ou marchés subséquents sans réel(le) régulation ou contrôle en la matière.

Sur les cinq interviewés sur ce sujet – un avocat, trois autorités contractantes, et un opérateur économique –, quatre¹⁴⁷⁹ indiquent pourtant que les règles de modification des contrats de la commande publique semblent applicables aux accords-cadres. Il en est de même de la majorité des sondés qui estime, pour douze¹⁴⁸⁰ d'entre eux sur dix-neuf¹⁴⁸¹, que les règles applicables à la modification de l'accord-cadre ne sont pas différentes de celles régissant l'ensemble des contrats de la commande publique¹⁴⁸². Deux des interviewés soulignent à cet égard l'importance de la clause de réexamen¹⁴⁸³, hypothèse de modification d'ailleurs envisagée par la CJUE dans l'arrêt *Simonsen*¹⁴⁸⁴.

Les interviewés mettent néanmoins en exergue certaines difficultés rencontrées en pratique. Il en est ainsi de « *la prévisibilité des prix. Si la durée de l'accord-cadre est trop longue, cela peut mettre l'entreprise dans de grandes difficultés financières, notamment en l'absence de clause de variation des prix pertinente* »¹⁴⁸⁵. Une autorité contractante appelle de ses vœux une modification plus générale des directives, afin de clarifier les facultés de modification de l'accord-cadre. Une autre autorité contractante propose une modification plus précise, afin de déterminer s'il est possible « *d'augmenter le montant maximal de 10 %* » et afin d'identifier dans quelle mesure une modification étrangère au montant maximum peut avoir une incidence financière et constituer une modification substantielle. L'interviewé propose à cet égard des « *guidelines* » qui pourraient être insérées dans les directives « *pour sécuriser ces modifications et unifier les pratiques* ».

¹⁴⁷⁹ 1 AV, 2 AC et 1 OE.

¹⁴⁸⁰ 1 AV et 11 AC.

¹⁴⁸¹ 1 AV et 18 AC.

¹⁴⁸² 2 autorités contractantes indiquent ne pas savoir, 1 répond « *mitigé* », et 4 répondent positivement – indiquant ainsi que la modification des accords-cadres est régie par d'autres règles.

¹⁴⁸³ 2 AC.

¹⁴⁸⁴ CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen et Weel*, aff. C-23/20.

1 AC fait expressément référence à cette jurisprudence pour l'application à l'accord-cadre de la clause de réexamen.

¹⁴⁸⁵ 1 OE.

Synthèse. Les enquêtés font état d'un mutisme problématique et généralisé concernant l'exécution de l'accord-cadre au sein des directives européennes. Il apparaît que soit ces textes sont complètement silencieux sur certains droits des parties ou certaines modalités d'exécution, soit les quelques règles établies, comme celles relatives à la durée maximale de cet outil, ne règlent pas l'intégralité des interrogations apparaissant en pratique.

THÉMATIQUE N° 10 : LE SYSTÈME D'ACQUISITION DYNAMIQUE

Déroulement des enquêtes. Le seul enquêté (une autorité contractante) et les seize sondés¹⁴⁸⁶ ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur différents aspects du système d'acquisition dynamique (SAD), notamment la comparaison avec l'autre technique d'achat analysée au sein du présent rapport et les éventuelles modifications à apporter au sein des futures directives.

Bilan positif des règles applicables au SAD. Les participants à l'enquête quantitative ont répondu à quatre questions relevant de l'efficacité du système d'acquisition dynamique ou de l'évolution des règles qui lui sont applicables. Ces questions peuvent être regroupées, car relevant du bilan de l'encadrement juridique de cette technique d'achat.

La première question était très générale et portait sur l'identification des atouts et faiblesses du système d'acquisition dynamique. Si seulement trois autorités contractantes ont fourni des réponses exploitables pour cette question¹⁴⁸⁷, elles ont identifié des atouts importants. Ainsi, l'une estime qu'il s'agit d'un « *atout dans le cadre des achats issus de la réutilisation et du réemploi* ». Une autre souligne que cet outil « *permet une grande réactivité en cas de nouveau besoin* », mais est limité par les prérequis à son utilisation¹⁴⁸⁸. La troisième regrette les limites, aussi bien pratiques que juridiques, de cet outil, tout en reconnaissant implicitement que le système d'acquisition pourrait être bénéfique pour l'accès des PME¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁶ 1 AV et 15 AC.

¹⁴⁸⁷ 3 autres autorités contractantes ont également répondu à cette question, mais ont simplement indiqué ne pas utiliser, dans leur pratique, le système d'acquisition dynamique.

¹⁴⁸⁸ « *Par contre, c'est un mécanisme qui demande en interne des compétences fortes puisqu'ils sont lourd à mettre en place* ».

¹⁴⁸⁹ Selon cette autorité contractante, les systèmes d'acquisition dynamiques sont « *peu connus et limité à certains types d'achat. ils devraient pouvoir être étendus à tous les marchés de façon à faciliter justement l'accès des PME aux marchés et souvent pas informées au bon moment* ».

Cette dernière opinion n'est toutefois pas partagée par l'ensemble des sondés. En effet, à la question de savoir si le système d'acquisition dynamique encourage la participation des PME, plus de la moitié des sondés – soit neuf¹⁴⁹⁰ sondés sur seize¹⁴⁹¹ – répond ne pas savoir¹⁴⁹². Deux des sondés restants mettent en exergue des freins à la participation des PME via le SAD : la première tient aux conditions de recours à cet outil¹⁴⁹³, la seconde à l'un des prérequis de cet outil – à savoir, la maîtrise des outils informatiques. La troisième question a donné peu de réponses exploitables. Quinze sondés¹⁴⁹⁴ étaient interrogés sur l'apport des *directives de 2014* et, plus précisément, sur la question de savoir si elles ont simplifié les règles applicables au SAD. Quatre seulement ont donné une réponse « tranchée », un¹⁴⁹⁵ répondant positivement et trois¹⁴⁹⁶ négativement. Les onze autres sondés¹⁴⁹⁷ ont répondu, dans leur majorité, ne pas savoir¹⁴⁹⁸.

La quatrième question impliquait, pour les trois autorités contractantes sondées, d'identifier les règles ou notions qui semblent perfectibles. Une d'entre elles répond ne pas savoir, une autre indique la « [p]ossibilité de négocier », et la dernière indique que la notion d'« achats d'usage courant » pourrait être améliorée. Ceci fait écho à d'autres questions portant spécifiquement sur les conditions de recours au SAD.

Délimitation satisfaisante des hypothèses de recours au SAD. Interrogée sur la définition des motifs de recours au système d'acquisition dynamique, l'autorité contractante interviewée souligne que cette technique d'achat « recouvre [...] des achats qui sont simples et qui demeurent stables sur la durée ». Les trois autorités contractantes sondées sur la définition de ces motifs soit indiquent ne pas savoir, soit affirment que les notions devraient être précisées, soit donnent deux significations possibles¹⁴⁹⁹. Sur les domaines pour lesquels cet outil est le plus approprié ou le plus souvent mobilisé, l'interviewé affirme qu'il s'agit principalement de fournitures, en donnant les exemples d'ordinateurs ou d'éprouvettes

¹⁴⁹⁰ 1 AV et 8 AC.

¹⁴⁹¹ 1 AV et 15 AC.

¹⁴⁹² 1 seule autorité contractante répond positivement, 5 négativement, et 1 « mitigé ».

¹⁴⁹³ Une autorité contractante répond négativement en indiquant : « car limité à certains achats aujourd'hui ». Une autre autorité contractante répond « mitigé » en développant : « [d]un côté oui puisque l'on peut davantage cibler les besoins et donc ouvrir à plus de concurrence. De l'autre côté, le SAD demande au[x] opérateur[s] économique[s] d'être à l'aise avec les outils informatiques ».

¹⁴⁹⁴ 1 AV et 14 AC.

¹⁴⁹⁵ 1 AC.

¹⁴⁹⁶ 3 AC.

¹⁴⁹⁷ 1 AV et 10 AC.

¹⁴⁹⁸ Sur ces 11 sondés, 1 a répondu « mitigé » (1 AC) et les 10 autres ont répondu qu'ils ne savaient pas (1 AV et 9 AC).

¹⁴⁹⁹ « Deux interprétations possibles : ACHAT courant de l'acheteur ou achat courant pa[r] l'ensemble des acheteurs ».

pour des laboratoires. Ceci rejoint en partie les réponses des sondés. Si l'un¹⁵⁰⁰ des seize¹⁵⁰¹ sondés estime que « *tous les domaines peuvent être concernés* », trois autres¹⁵⁰² mettent en avant des domaines dans lesquels le SAD est plus adapté – « *[l]es prestations standardisées* », ou l' « *[i]nformatique* », ou « *location de voitures, etc.* ». Près de la moitié des sondés¹⁵⁰³ indique toutefois ne pas savoir si certains domaines sont plus adaptés au SAD que d'autres.

L'autorité contractante interviewée met également en exergue la possibilité de « *combinaison un [système d'acquisition dynamique] avec des enchères électroniques inversées* » et l'opportunité de choisir cet outil plutôt que l'accord-cadre. Sur ce dernier point, l'interviewé estime qu' « *il serait tout à fait possible de mobiliser des SAD et des accords-cadres sur les mêmes typologies de produits. La réelle question est celle de l'obsolescence des produits qui suppose ou non une nouvelle définition du besoin à la place de l'évolution des spécifications techniques* ». L'un¹⁵⁰⁴ des treize¹⁵⁰⁵ sondés sur l'opportunité de mobiliser un SAD plutôt qu'un accord-cadre répond dans le même sens que l'interviewé, en indiquant que le SAD est plus approprié en cas de « *besoins vraiment imprévisibles* ». Deux autres participants à l'enquête quantitative indiquent en revanche des cas de figure différents : pour l'un, c'est en cas de « *faible concurrence* » ; pour l'autre – à l'inverse – le SAD peut être mobilisé en présence d'un grand nombre d'acteurs ou en cas de potentielles solutions innovantes¹⁵⁰⁶.

Complémentarité du SAD avec l'accord-cadre. Ce dernier élément souligne l'opportunité de la comparaison du SAD et de l'accord-cadre. Le seul interviewé met en exergue deux différences principales entre ces deux outils. La première tient à la flexibilité de la durée du SAD – la durée maximale ayant été supprimée¹⁵⁰⁷ – par contraste avec l'accord-cadre. La seconde repose sur « *la nature hybride du SAD [...] : il constitue à la fois une technique de passation (comme un appel d'offres) et se rapproche d'un contrat ou du moins de l'accord-cadre* ». Cette seconde différence constitue en effet, selon l'intégralité des sondés

¹⁵⁰⁰ 1 AC.

¹⁵⁰¹ 1 AV et 15 AC.

¹⁵⁰² 3 AC.

¹⁵⁰³ À la question de savoir si certains domaines sont plus adaptés au SAD, 7 AC répondent positivement et 2 AC répondent négativement (sur un ensemble de 16 sondés composés de 15 AC et 1 AV). Les 7 sondés restants indiquent ne pas savoir (1 AV et 6 AC).

¹⁵⁰⁴ 1 AC.

¹⁵⁰⁵ 1 AV et 12 AC.

¹⁵⁰⁶ Les sondés restants n'ont pas indiqué d'hypothèses dans lesquelles le SAD est plus opportun que l'accord-cadre.

¹⁵⁰⁷ Sur 5 autorités contractantes sondées concernant la suppression de la durée maximale du SAD, 4 indiquent en avoir une perception positive – la cinquième indique ne pas savoir.

ayant donné une réponse « tranchée »¹⁵⁰⁸, le principal élément de distinction entre le SAD et l'accord-cadre.

Limites potentielles du SAD. L'autorité contractante interviewée était amenée à se prononcer tout d'abord sur les effets de la nature intégralement électronique du SAD. Elle répond que *« cela ne constitue pas nécessairement un frein, et que l'on tend plutôt vers la fluidification de ces systèmes avec même un ajout de l'intelligence artificielle »*. Ceci est en partie confirmé par les résultats de l'enquête quantitative : si huit¹⁵⁰⁹ des quinze¹⁵¹⁰ sondés indiquent ne pas savoir si la nature intégralement électronique du SAD constitue un frein, cinq¹⁵¹¹ réfutent la qualification de frein et seulement deux¹⁵¹² estiment que ceci constitue effectivement une limite du SAD. Concernant cette fois la place accordée au *sourcing* dans le cadre du SAD, les réponses données par les sondés ne permettent pas de déterminer si cette place est opportune¹⁵¹³. L'interviewé met, pour sa part, en exergue la nécessaire conciliation avec l'égalité de traitement : *« il faut arrêter le sourcing suffisamment en amont de la mise en concurrence, pour éviter le risque d'être accusé d'une rupture d'égalité de traitement »*. Il suggère à ce titre de *« fournir une orientation générique sur le sujet (plutôt qu'un délai précis), concernant un délai entre ces deux étapes (entre le sourcing et la mise en concurrence) »*. Au regard de l'opportunité d'ouvrir le SAD à la négociation, les réponses des sondés sont très nuancées, entravant tout bilan clair en la matière¹⁵¹⁴. Concernant cette fois l'exécution et, plus précisément, le cumul avec *« un marché spécifique (qui est comme un accord-cadre) »*, l'interviewé fait état d'une incertitude : *« faut-il appliquer l'obligation d'un montant maximum ? La réponse n'est pas évidente »*.

Synthèse. Le seul entretien réalisé concernant le SAD et les réponses des quelques sondés en la matière révèlent aussi bien une complémentarité qu'un contraste avec l'accord-

¹⁵⁰⁸ 1 AV et 6 AC ont répondu ne pas savoir si cela constituait la principale différence entre les deux techniques d'achat.

Les 6 derniers sondés (6 AC) ont en revanche répondu positivement à cette question.

¹⁵⁰⁹ 1 AV et 7 AC.

¹⁵¹⁰ 1 AV et 14 AC.

¹⁵¹¹ 5 AC.

¹⁵¹² 2 AC.

¹⁵¹³ Sur 15 sondés (1 AV et 14 AC), 10 indiquent ne pas savoir (1 AV et 9 AC), 1 autorité contractante répond *« mitigé »*, 2 répondent positivement (2 AC), et 2 autres négativement (2 AC).

¹⁵¹⁴ À la question de savoir s'il faudrait ouvrir le SAD à la négociation, sur 15 sondés (1 AV et 14 AC), 7 indiquent ne pas savoir (1 AV et 6 AC), 1 AC répond *« mitigé »*, 5 AC répondent positivement, et 2 AC répondent négativement. Certains des sondés développent leur réponse. Ainsi, une autorité contractante favorable à l'ouverture à la négociation souligne que cela pourrait être opportun *« [p]our les achats où la concurrence est faible »*. Une autorité contractante y est en revanche défavorable, car cela nuirait à la *« réactivité »*.

cadre, les règles applicables au SAD semblent bien moins incertaines que celles relatives à l'accord-cadre.

AXE 5 : LA DURÉE ET LA FIN DES CONTRATS

Intérêt inégal des enquêtés. Les enquêtés – soit 6 interviewés¹⁵¹⁵ et environ 30 sondés – ont manifesté un intérêt inégal pour les questions relatives à l'exécution des contrats. En effet, l'encadrement de la durée des contrats (§I.) semble avoir suscité un moins grand intérêt que celui de leur résiliation (§II.), étant précisé que certains enquêtés auraient souhaité aborder la question de la modification des contrats déjà traitée dans un précédent rapport de la Chaire.

§I. L'encadrement partiel de la durée des contrats

Nouvelle réglementation majoritairement rejetée. À la question de savoir si les directives européennes devraient prévoir un encadrement supplémentaire de la durée des marchés publics et des concessions, une écrasante majorité des sondés, en l'occurrence 82,75 % (soit 24 sur 29)¹⁵¹⁶ ont répondu par la négative, contre seulement 17,24 % (soit 5 sur 29)¹⁵¹⁷ par la positive. Ces résultats font clairement apparaître que les sondés sont majoritairement défavorables à l'édiction de nouvelles dispositions européennes relatives à la durée des contrats de la commande publique. Dans le détail pourtant, la réponse à cette question est loin d'être monolithique.

Encadrement indirect de la durée des marchés publics. L'absence d'encadrement direct, par la *directive 2014/24*, de la durée des marchés publics divise manifestement les enquêtés. En effet, à la question de savoir si la législation européenne devrait explicitement réglementer la durée des marchés publics, sur les 24 sondés, 10¹⁵¹⁸ répondent « non », 8¹⁵¹⁹ répondent « oui » et 6¹⁵²⁰ se disent mitigés. Les sondés qui ont répondu positivement s'en justifient en soulignant le caractère « flou » de la notion de durée en matière

¹⁵¹⁵ 4 OE, 2 AV.

¹⁵¹⁶ 23 AC et 1 AU.

¹⁵¹⁷ 3 AC, 1 OE et 1 AV.

¹⁵¹⁸ 8 AC et 2 AV.

¹⁵¹⁹ 7 AC et 1 AV.

¹⁵²⁰ 4 AC, 1 OE et 1 AU.

de marchés publics¹⁵²¹. À cet égard, 1 autorité contractante se demande si la durée inclut « *les garanties contractuelles et autres engagements post-réception* ». D'autres soulignent que le caractère implicitement limité de la durée des marchés publics mériterait d'être formellement affirmé¹⁵²², lorsqu'ils n'appellent pas de leurs vœux son augmentation¹⁵²³.

À rebours, le caractère implicite de la limitation de durée des marchés publics ne semble pas susciter de difficulté particulière chez les interviewés, d'autant moins que celle-ci est limitée par l'exigence d'une remise en concurrence périodique, parfaitement comprise des acteurs de la commande publique. Sur ce point, 1 opérateur économique interviewé observe peu d'abus en pratique de sorte qu'il n'estime pas utile d'encadrer davantage cette durée. Il serait plutôt d'avis de laisser aux acheteurs publics toute la souplesse nécessaire pour adapter cette durée à leur besoin et à l'objet du marché. Dans le même sens, 1 autre interviewé relevant de la même catégorie constate que cette durée n'est pas problématique : indiquée dans chaque contrat, c'est une « *donnée d'entrée* » bien maîtrisée par les parties prenantes.

En revanche, il met en lumière une autre problématique :

« Une difficulté sérieuse tient à la sacralisation de la date théorique d'exécution des travaux qui ne laisse pas la place à l'aléa alors même que les travaux sont très sensibles à la saison. La faiblesse dans les marchés publics de travaux tient à la trop grande latitude accordée au pouvoir adjudicateur pour la phase d'exécution des travaux. Il faudrait systématiser la date théorique d'exécution des travaux comme étant la référence contractuelle : cette date peut naturellement changer, mais il faut admettre que l'économie du contrat (le prix) en soit impactée ».

Encadrement équivoque de la durée des concessions. De manière générale, les sondés sont plus nombreux à s'être exprimés sur la durée des concessions tout en apportant des réponses pour le moins nuancées. Si 9 des 21 sondés¹⁵²⁴ estiment « *opportun* » que la *directive 2014/23* réglemente la durée des contrats de concessions, 8¹⁵²⁵ ne savent pas et 4¹⁵²⁶ y sont défavorables. Les commentaires permettent d'éclairer ces résultats mitigés. En effet, 1 autorité contractante estime que « *la prolongation des concessions devrait être mieux*

¹⁵²¹ 2 AC.

¹⁵²² 1 AV.

¹⁵²³ 2 AC.

¹⁵²⁴ 7 AC, 1 OE et 1 AU.

¹⁵²⁵ 8 AC.

¹⁵²⁶ 3 AC et 1 AV.

encadrée » afin de faire obstacle à des « *concessions cinquantenaires...* » comme il en existe encore, tandis qu’une autre souligne, au contraire, qu’« *une concession doit pouvoir se prolonger après amortissement sous réserve que le bénéfice ne soit pas excessif* ». Sur ce point, 1 avocat interviewé appelle également de ses vœux davantage de souplesse en ce qui concerne la prolongation des contrats, notamment des contrats de concessions. Il s’appuie sur la possibilité qui existait auparavant de prolonger les délégations de service public d’un an en cas de diligence insuffisante pour prévoir le « *tuilage* » entre deux contrats. Parmi les interviewés, seul 1 avocat s’est exprimé au sujet de la durée de concessions pour faire part de divergences d’interprétation de la disposition concernée dans la *directive 2014/23*. La difficulté porte sur l’article 18 §2 aux termes duquel « *pour les concessions d’une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n’excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu’il recouvre les investissements réalisés pour l’exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques* »¹⁵²⁷. L’enquête considère, contrairement à certains de ses confrères, que cette durée est limitée à 5 ans et qu’au-delà, la durée maximale est celle nécessaire à l’amortissement des investissements réalisés par le concessionnaire. Il expose également que cette durée n’est pas claire dans certaines hypothèses. Par exemple, dans le cas des affermages sans investissement, il éprouve de grandes difficultés à faire comprendre à ses clients que la durée du contrat ne doit pas excéder 5 ans. L’enquête appelle donc de ses vœux une clarification voire un arbitrage par le législateur européen entre une durée de 5 ans ou la durée d’amortissement des investissements afin d’harmoniser les pratiques.

Il souhaiterait également que la directive précise la méthode de calcul de la durée d’amortissement à travers des indications qui pourraient figurer dans le préambule. Il est rejoint, en cela, par 1 autorité contractante sondée qui souligne que « *le sujet de l’amortissement n’est pas une notion juridique commune, mais fait intervenir des notions de comptabilité et de normes qui nécessitent une définition commune* ». À cet égard, une majorité des sondés, soit 11 des 22¹⁵²⁸, souhaiterait que la *directive Concessions* fixe le point de départ de la durée normale d’amortissement (par exemple à la signature du contrat ou à l’achèvement des travaux de premier établissement) contre seulement 4¹⁵²⁹ en défaveur de cette proposition et 7¹⁵³⁰ mitigés.

¹⁵²⁷ Dir. 2014/23, art. 18 §2.

¹⁵²⁸ 9 AC, 1 AV et 1 AU.

¹⁵²⁹ 2 AC, 1 OE et 1 AV.

¹⁵³⁰ 6 AC et 1 AV.

Contrairement à la question de la durée des contrats, celle de la résiliation a suscité un plus grand intérêt chez les enquêtés, en particulier les interviewés.

§II. La timide réglementation de la résiliation des contrats

Réglementation jugée suffisante. Les sondés étaient d'emblée interrogés sur le point de savoir si les directives devraient davantage encadrer la résiliation des contrats de la commande publique. À ce sujet, 65,51 % des sondés (soit 19 sur 29)¹⁵³¹ ont répondu par la négative contre 34,48 % par la positive (soit 10 sur 29)¹⁵³². Ces résultats, qui permettent de conclure provisoirement que le cadre posé par les *directives Marchés* et *Concessions* en matière de résiliation est considéré comme suffisant par les praticiens, doivent être nuancés. En effet, une majorité des sondés – soit 11 sur 21¹⁵³³ – considère, dans le même temps, que la liste des motifs de résiliation prévus par le droit européen devrait être étendue à des fins d'harmonisation. Ils sont seulement 4 sur 21 à répondre « non » et 6 à se dire mitigés.

Motifs discutés de la résiliation. Les interviewés n'ont formulé aucune observation s'agissant des trois motifs de résiliation prévus par les *directives de 2014*¹⁵³⁴. En revanche, 2 opérateurs économiques ont sévèrement critiqué un motif purement interne : la résiliation pour motif d'intérêt général. À cet égard, l'un d'eux fait part de son inquiétude s'agissant d'un « *motif que les entreprises ne maîtrisent pas et qui peut les placer dans une situation très difficile* », faute de parvenir à retrouver un marché public dans un laps de temps restreint. Un autre explique :

« *La résiliation pour motif d'intérêt général conduit à ce que le fait politique, par exemple un changement de majorité, devienne un motif d'intérêt général, ce qui n'est pas admissible et constitue un dévoiement* ».

Parmi les remèdes envisageables au niveau européen pour remédier à cette situation, les enquêtés, relevant tous de la catégorie des opérateurs économiques, sont divisés : l'un d'eux propose que le législateur prévoie un cas de résiliation à l'initiative de l'opérateur économique

¹⁵³¹ 15 AC, 1 OE, 2 AV et 1 AU.

¹⁵³² 7 AC, 2 OE et 1 AV.

¹⁵³³ 8 AC, 1 OE, 1 AV et 1 AU.

¹⁵³⁴ Ces motifs visent l'hypothèse d'une modification substantielle illicite, celle de la découverte *a posteriori* d'un motif d'exclusion obligatoire visant l'attributaire ou un recours en manquement devant la Cour de justice de l'Union européenne.

afin de « *tordre le cou à la jurisprudence restrictive¹⁵³⁵ qui permet aux pouvoirs adjudicateurs d'invoquer l'intérêt général pour refuser la résiliation même si une clause le prévoit* » ; un autre l'invite à faire mieux connaître la résiliation amiable qui constitue une voie de sortie « *adaptée* » à certains marchés, mal connue des acheteurs publics. Un autre opérateur économique serait d'avis que le législateur européen propose une définition de l'intérêt général, ne serait-ce que par ses composantes tandis que le dernier interviewé adhère quant à lui à la proposition d'une liste strictement limitative de motifs fixée par le législateur européen qui n'emporte pourtant pas la conviction des sondés. En effet, sur les 24 sondés à ce sujet, 16¹⁵³⁶ sont défavorables à une liste européenne strictement limitative des motifs de résiliation, 7¹⁵³⁷ sont mitigés et 1¹⁵³⁸ seul accueille positivement cette proposition.

Conséquences de la résiliation. À la question de savoir si les directives sont suffisamment précises en ce qui concerne les conséquences de la résiliation des marchés publics et des concessions, les 3 opérateurs économiques interviewés répondent majoritairement par la positive. L'un d'eux détaille son point de vue :

« Il n'est pas nécessaire d'encadrer davantage la résiliation, car il faut conserver une part d'intuitu personae au stade de l'exécution. En effet, la relation commerciale et professionnelle qui se noue entre maître d'ouvrage et le titulaire du marché est gage de confiance sur des activités techniques et complexe. Ainsi, ajouter de la réglementation pourrait conduire à une perte d'efficacité technique ».

Pour autant, ces derniers ne s'opposent pas à ce que le législateur européen clarifie à la marge certains points, au premier rang desquels le sort de l'avenant lorsque la résiliation est motivée par une modification substantielle illicite. Ainsi, un opérateur économique estime qu'il serait opportun que les directives précisent que seul l'avenant peut être résilié si cela permet un retour à la légalité du contrat, non seulement parce que cela offrirait une souplesse propre à assurer la continuité des contrats en évitant une remise en concurrence et des frais pour l'ensemble des parties prenantes, mais aussi pour inciter les maîtres d'ouvrage public à signer des avenants plus facilement. Les sondés vont majoritairement dans le même sens, puisque 40,90 % d'entre eux (soit 9 sur 22) souhaiteraient que les directives contiennent des dispositions

¹⁵³⁵ CE, 8 oct. 2014, *Société Grenke Location*, n° 370644.

¹⁵³⁶ 12 AC, 1 OE, 2 AV et 1 AU.

¹⁵³⁷ 6 AC et 1 AV.

¹⁵³⁸ 1 AC.

sur ce point, contre 22,72 % (soit 5 sur 22) se disant contre et 36,36 % (soit 8 sur 22) restant mitigés. Un autre opérateur économique interviewé souhaiterait que le législateur européen apporte des précisions concernant les modalités d'indemnisation du cocontractant en cas de rupture pour motif d'intérêt général¹⁵³⁹, si tant est que cela puisse être fait au niveau européen.

¹⁵³⁹ En vertu du CCAG travaux, cette résiliation est indemnisée à hauteur de 5% du montant du marché, ce qui ne couvre pas les frais généraux engagés par l'opérateur économique (art. 50.4).

LIBRES PROPOS

Libres propos des enquêtés. Dans le cadre de l'enquête qualitative, chaque entretien se concluait par des libres propos de l'interviewé dans lesquels il pouvait partager ses observations et ses attentes vis-à-vis de la future réforme des directives européennes. Sur les vingt enquêtés, huit ont formulé des propositions, l'une très détaillée sur l'accès des opérateurs économiques issus de pays tiers (§I.), les autres, très variées, portant sur des domaines qui étaient soit exclus du champ d'application du rapport, soit déjà envisagés dans les précédents rapports de la Chaire de droit des contrats publics, mais susceptibles de présenter un intérêt pour le présent rapport (§II.).

§I. L'accès des opérateurs économiques issus de pays tiers

Enjeu de la question. Un enquêté, universitaire, souhaiterait attirer l'attention du législateur européen sur la question de l'accès des opérateurs économiques issus de pays tiers à l'Union européenne, et ce d'autant plus au regard du non-aboutissement des négociations consistant à faire intégrer les pays émergents comme la Chine à l'*Accord sur les marchés publics* de 1994, témoin d'un essoufflement du multilatéralisme au niveau international. Il signale à cet égard :

« Cette question constitue un enjeu tant pour la "souveraineté européenne" ou, à tout le moins, son indépendance stratégique, ainsi que pour les États membres dont certains regrettent l'ouverture du marché européen à des États tiers qui développent pour leur part une véritable politique protectionniste. Elle constitue également un enjeu eu égard aux velléités de localisme qui se font entendre çà et là ».

Selon lui, ce problème devait figurer à l'agenda des nouvelles directives en ce sens que les textes actuels contiennent une ambivalence sur question.

État du droit applicable. En principe, tout opérateur issu d'un pays tiers qui peut se prévaloir d'un accord international conclu par l'UE a droit à un traitement équivalent aux opérateurs issus de l'UE, c'est-à-dire qu'il peut invoquer les *directives Marchés ou Concessions*. Par ailleurs, la *directive 2014/25* permet aux entités adjudicatrices, pour leurs marchés de fournitures, d'écarter des offres qui contiennent plus de 50% de produits extérieurs à l'UE et venant d'un pays non-signataire à un accord international. La question – qui fait d'ailleurs l'objet de deux affaires pendantes devant la Cour de justice – est donc de savoir qui est compétent, entre la Commission européenne, les législateurs nationaux ou les autorités contractantes, pour exclure un opérateur économique issu d'un État tiers non signataire d'un accord international, voire un opérateur économique issu d'un État signataire d'un accord international qui n'est pas applicable.

Pour y répondre, on peut raisonner de deux façons. Il est possible d'adopter, à l'image du législateur français, une lecture *a contrario* qui consiste à soutenir qu'un opérateur économique d'un pays tiers qui ne peut pas se prévaloir d'un accord international peut être exclu. À rebours, on peut affirmer qu'en vertu du *règlement IMPI*¹⁵⁴⁰ qui habilite la Commission européenne à mener des enquêtes sur les États tiers ne pouvant pas se prévaloir d'un accord international, seule cette dernière est en mesure de prononcer des restrictions à l'encontre des opérateurs économiques venant de ces États. Ces deux interprétations n'étant pas conciliables, il appartient au législateur européen de procéder à un arbitrage propre à lever ces ambiguïtés.

Une autorité contractante souligne également les difficultés qu'entraîne la mobilisation simultanée « *du règlement européen relatif aux subventions étrangères et du règlement IMPI avec le pourcentage de pièces originales de pays tiers à l'UE* ».

§II. Les autres difficultés ou propositions

Réalisation d'enquêtes de terrain à l'échelle européenne. Une autorité contractante souhaiterait la mise en œuvre d'« *enquêtes de terrain au niveau européen* ».

Interdiction des évolutions de groupements d'entreprises en cours d'exécution. Un enquêteur met en lumière le sujet de l'évolution des groupements d'entreprises

¹⁵⁴⁰ Règlement (UE) 2022/1031 concernant l'instrument relatif aux marchés publics internationaux.

en cours d'exécution qui constitue un sujet central tant pour les autorités contractantes que pour les opérateurs économiques. La situation qui consiste, pour une entreprise, à se désengager d'un marché avant son terme, n'est, en effet, pas sereine ni pour l'acheteur public ni pour les autres membres du groupement. C'est ce qui conduit cette autorité contractante à appeler de ses vœux un encadrement plus strict voire une interdiction de cette pratique au niveau européen.

Dispositions françaises relatives aux marchés de gré à gré. Trois interviewés – un avocat, un opérateur économique et une autorité contractante – soulignent des difficultés ou suggèrent des mesures concernant les règles exclusivement françaises applicables aux marchés « de gré à gré ».

Une autorité contractante souligne la difficulté tenant à l'anticipation et à la gestion de « *la pression des élus* », « *certain d'entre eux transmettant un projet qui doit être conclu en gré à gré en 24 heures et transmettant même un devis à cet effet* ». Cet interviewé souligne que cette difficulté pourrait être accrue par la *proposition de loi Terlier sur la confidentialité des consultations des juristes d'entreprise*. Ceci générera probablement « *des questions quant à la confidentialité des procédures des marchés de gré à gré, face au comportement de certains opérationnels ou élus susceptibles de rechercher l'avis d'avocats potentiellement contraire à ceux rendus par les juristes en interne* ».

Un avocat fait également état de deux difficultés concernant un seuil français des marchés « de gré à gré » – à savoir, les marchés de prestations de conseils en deçà de 40 000 € :

- « - *Le calcul du seuil de 40 000 € pour des prestations récurrentes et un contrat d'une longue durée ;*
- *Un risque d'abus dans l'utilisation de la procédure (absence de mise en concurrence alors qu'on ne devrait pas toujours faire appel au même opérateur économique). »*

Un opérateur économique propose par ailleurs de pérenniser la dispense de procédure de publicité et de mise en concurrence pour les marchés publics de travaux en deçà de 100 000 €.

Système de qualification. Une autorité contractante indique que le système de qualification « *mériterait d'être intégré au sein du [présent] rapport* », en raison de son utilisation fréquente par les entités adjudicatrices et des interrogations qui l'entourent. Elle met en exergue quatre difficultés principales (mais non exhaustives), qui sont « *issues de la*

transposition directe des directives dans le droit interne ». En premier lieu, il faudrait clarifier l'expression « *parmi les opérateurs qualifiés* », pour déterminer si le choix est réalisé à partir d'une liste ou entre tous les opérateurs qualifiés. En deuxième lieu, il s'agirait de faciliter l'identification des procédures applicables, dont la procédure adaptée. En troisième lieu, il serait nécessaire d'encadrer davantage le « *risque de dévoiement* » consistant en « *la mutualisation du système de qualification avec d'autres panels* ». En quatrième lieu, il faudrait indiquer plus précisément les règles applicables à la procédure, c'est-à-dire la question de savoir si cette technique d'achat « *neutralise la phase de candidature* ». « *[S]oit c'est un panel qui permet ensuite une candidature restreinte et rapide pour passer en phase d'offres, soit cela neutralise la phase de candidatures* ».

Propositions diverses. Un opérateur économique formule, pour sa part, plusieurs propositions de réforme de la *directive Marché*. En premier lieu, il appelle de ses vœux une révision de la rédaction de l'article 22 de la *directive 2014/24* relative au « BIM » selon lequel « *pour les marchés publics de travaux et les concours, les États membres peuvent exiger l'utilisation d'outils électroniques particuliers tels que des outils de modélisation électronique des données du bâtiment ou des outils similaires (...)* »¹⁵⁴¹. Il exprime également le souhait que le législateur européen inscrive dans les directives plusieurs avancées des CCAG, à savoir le plafonnement des pénalités de retard et le respect du contradictoire, mais encore l'interdiction pour les autorités contractantes d'émettre des ordres de service à 0 € dans les marchés autres que les marchés de travaux. Enfin, il estimerait judicieux que le législateur européen encadre la rémunération du maître d'œuvre en cas d'augmentation du prix des travaux.

¹⁵⁴¹ Dir. 2014/24, art. 22 §4.

PARTIE 3

SYNTHÈSE DES ENTRETIENS DE LA DEUXIÈME PHASE D'ENQUÊTE

Recension et analyse des retours d'expériences
des praticiens sur les directives de 2014



PARTIE 3 : SYNTHÈSE DES ENTRETIENS DE LA DEUXIÈME PHASE D'ENQUÊTE

INTRODUCTION

Première phase d'enquêtes. Les enquêtes menées entre mai et juin 2024 par la Chaire ont permis de constater plusieurs difficultés rencontrées par les praticiens concernant le champ d'application des directives 2014/23/UE (ci-après « *directive Concessions* »), 2014/24/UE et 2014/25/UE (ci-après « *directives Marchés* »), la mise en concurrence des contrats de la commande publique (notamment la distinction des régimes des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, la limitation du recours à la négociation, ou encore la mise en œuvre des motifs d'exclusions), les objectifs horizontaux (en particulier les considérations sociales et environnementales, l'accès des TPE et PME, ainsi que les problématiques liées à l'innovation dans les contrats de la commande publique), les techniques d'achat (principalement l'insatisfaction tenant au cadre juridique des accords-cadres), l'encadrement de la durée des marchés publics et des contrats de concession, et l'accès des opérateurs économiques issus de pays tiers à l'Union européenne. À l'issue de ces retours d'expériences, des recommandations provisoires ont été formulées en septembre 2024¹⁵⁴².

Justification d'une deuxième phase d'enquêtes. Seulement, à la suite de l'annonce par la Commission européenne de sa volonté de réviser les directives Marchés (et éventuellement de la directive Concessions), et de la publication de rapports nationaux et européens, les travaux de recherche ont été relancés. La finalité poursuivie avec cette deuxième phase d'enquêtes est l'évaluation du taux d'adhésion des praticiens aux diverses pistes de réflexion d'évolution des directives proposées par la Chaire (dans le cadre des premiers travaux

¹⁵⁴² Voir : Annexe 1 recensant les recommandations initialement formulées par la Chaire de droit des contrats publics.

sur le sujet)¹⁵⁴³, le Sénat français (dit « *Rapport Uzenat* »)¹⁵⁴⁴, le Parlement européen (dit « *Rapport Müller* »)¹⁵⁴⁵ et la Commission européenne (à travers quatre rapports)¹⁵⁴⁶. Dans ces travaux, seules les recommandations ayant un lien direct avec les directives ont été sélectionnées, laissant de côté les propositions ne relevant pas du domaine des directives européennes (notamment en raison de l'existence d'un règlement européen, ou du fait de la volonté de résoudre des difficultés de manière opérationnelle, ou encore lorsque les évolutions concernent des droits nationaux). La liste des recommandations servant de support aux entretiens et au sondage en ligne est annexée au présent rapport¹⁵⁴⁷.

Objectif des entretiens. Cette synthèse recense l'ensemble des données relatives aux attentes des praticiens dans le cadre de la réforme des directives Marchés et Concessions actuellement engagée par la Commission européenne. L'objectif des entretiens est double.

Premièrement, cette étape de la recherche est l'occasion de récolter spontanément, à travers les libres propos des interviewés, des pistes de réflexion pour d'éventuelles modifications des directives. Ces échanges révèlent ainsi les préoccupations centrales des participants, au regard de leur secteur d'activité, des contrats dont ils ont la charge ou encore de leurs expériences respectives. Ils témoignent des priorités qui, selon les praticiens, devraient être poursuivies par la réforme des directives Marchés et Concessions.

Secondement, les entretiens permettent de confronter les diverses propositions d'évolution des directives Marchés et Concessions, provenant des travaux susmentionnés, à la pratique des enquêtés et aux problématiques juridiques ou opérationnelles qu'ils rencontrent. Les réponses offrent un aperçu des recommandations sélectionnées qui suscitent véritablement des réactions (positives ou négatives) auprès des avocats, des autorités contractantes et des opérateurs économiques. Celles-ci feront l'objet, dans un deuxième temps, d'une évaluation du

¹⁵⁴³ *Idem.*

¹⁵⁴⁴ Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon UZENAT, *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique*, Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, déposé le 8 juillet 2025.

¹⁵⁴⁵ P. MÜLLER, *Rapport sur la passation des marchés publics*, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, 2024/2103(INI), 18 juillet 2025.

¹⁵⁴⁶ S. BOUSSETA, *Evaluation Study of Relevance and EU added value of the Public Procurement legislation*, Commission européenne, juillet 2025 ; R. CARANTA, *Coherence in the EU Public Procurement Directives*, Commission européenne, août 2025 ; W. A. JANSSEN, *The coherence of public procurement legislation in the European union*, Commission européenne, juillet 2025 ; I. DA ROSA, T. TATRAI, D. TRESO, *Evaluation of Transparency and Integrity. 2014 Public Procurement Directives*, Commission européenne, août 2025.

¹⁵⁴⁷ Voir : Annexe 2.

taux d'adhésion auprès d'un panel plus important d'enquêtés dans le cadre d'un sondage en ligne, en février et mars 2026¹⁵⁴⁸.

Panel des interviewés. Dans le cadre de cette enquête qualitative, 16 structures ont participé¹⁵⁴⁹, à savoir 6 cabinets d'avocats spécialisés en droit de la commande publique¹⁵⁵⁰, ainsi que les services juridiques de 5 autorités contractantes¹⁵⁵¹ et de 5 opérateurs économiques¹⁵⁵², tous interviewés entre novembre 2025 et janvier 2026.

La figure ci-après (**Figure 3.01**) précise les dates de chaque entretien.

Figure 3.01 : Dates des entretiens¹⁵⁵³

	AC 1	AC 2	AV 1	OE 1	AC 3	OE 2	AV 2
Date de l'entretien	26/11	28/11	09/12	10/12	11/12	18/12	29/12
	AV 3	AC 4	OE 3	AC 5	AV 4	OE 4	AV 5
Date de l'entretien	05/01	06/01	07/01	07/01	08/01	13/01	13/01
	AV 6	OE 5					
Date de l'entretien	14/01	14/01					

Modalités. Les entretiens débutaient par une phase de libres propos durant laquelle les enquêtés étaient invités à expliquer leurs principales attentes en matière de réforme des directives Marchés et Concessions, au regard des difficultés opérationnelles et juridiques auxquelles ils sont régulièrement confrontés. Par la suite, les chercheurs de la Chaire soumettaient les recommandations sélectionnées¹⁵⁵⁴ aux interviewés afin de déterminer leur adhésion. Les recommandations soumises à l'évaluation des praticiens dépendaient de la qualité de l'interlocuteur, de son expérience et de son secteur d'activité.

¹⁵⁴⁸ Des propositions non présentes dans l'Annexe 2 pourront y être intégrées si elles ressortent des attentes spontanées de plusieurs interviewées ou si, après échanges au sein de la Chaire, elles sont considérées comme pouvant intéresser une partie des praticiens.

¹⁵⁴⁹ Pour information, une trentaine de structures ont été initialement sollicitées afin de diversifier le panel d'enquête.

¹⁵⁵⁰ Parmi les avocats interviewés, 4 conseillent tant les autorités contractantes que les opérateurs économiques, 1 principalement les autorités contractantes et 1 les opérateurs économiques.

¹⁵⁵¹ Parmi les autorités contractantes interviewées, 4 agissent en tant qu'entités adjudicatrices, 1 en tant que pouvoir adjudicateur. Pour des raisons d'anonymisation des résultats, la nature des organismes participant à l'enquête n'est pas communiquée.

¹⁵⁵² Parmi les opérateurs économiques interviewés, 2 sont principalement des concessionnaires et 3 des titulaires de marchés publics. Pour des raisons d'anonymisation des résultats, les secteurs d'activités ne sont pas communiqués.

¹⁵⁵³ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique.

¹⁵⁵⁴ Voir : Annexe 2.

Plan de la synthèse. Les différentes pistes de réflexion d'évolution des directives européennes ont été regroupées selon 6 axes thématiques s'inscrivant dans la continuité de ceux de la première phase d'enquêtes, à savoir : le champ d'application des directives (**Axe 1**), la concurrence (**Axe 2**), les objectifs horizontaux (**Axe 3**), les techniques d'achat (**Axe 4**), l'exécution et la fin des contrats (**Axe 5**), ainsi que la simplification des procédures (**Axe 6**).

AXE 1 : LE CHAMP D'APPLICATION DES DIRECTIVES

Éléments évoqués. Dans le cadre des entretiens, les participants ont focalisé leur attention sur la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice (§I.), la coopération public-public (§II.), les groupements de commandes avec une entité adjudicatrice (§III.) et les spécificités propres à certains secteurs d'activité nécessitant une exclusion des directives ou un régime spécifique (§IV.)¹⁵⁵⁵.

§I. LA DISTINCTION ENTRE POUVOIR ADJUDICATEUR ET ENTITÉ ADJUDICATRICE

Propos spontanés. Initialement, ce point avait été volontairement écarté par la Chaire, eu égard aux données recensées lors de la première phase d'enquêtes. La liste soumise aux enquêtés ne mentionnait pas l'hypothèse un temps évoquée par la Chaire d'une suppression de la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice, en faveur d'une notion commune d'autorité contractante (A.). Toutefois, le sujet a été spontanément soulevé par 8 des 16 interviewés¹⁵⁵⁶. Il ressort des discussions l'absence de consensus sur la pertinence d'une suppression de cette distinction (B.).

¹⁵⁵⁵ Aucun enquêté n'a formulé de remarques sur les recommandations 3 et 4 de la liste soumise aux enquêtés. Voir : Annexe 2. Par ailleurs, une autorité contractante a évoqué, de son propre chef, l'extension du champ d'application de la directive Concessions en permettant aux centrales d'achats de procéder à la passation des contrats de concessions des autorités concédantes :

« Nous pouvons le faire sous forme de mandat, et cela aurait un intérêt au regard de la professionnalisation des fonctions d'acheteurs publics. Il faut que tout ce qui relève de la passation reviennent aux centrales d'achats pour que les personnes publiques se recentrent sur les relations avec les fournisseurs et prestataires. L'acheteur devra bien définir son mandat avec la centrale d'achats. Les centrales d'achats feraient part de leur expertise aux autres. »

¹⁵⁵⁶ À savoir : 1 avocat (sur 6), 5 autorités contractantes (sur 5) et 2 opérateurs économiques (sur 5).

A. L'hypothèse de suppression de la distinction

Distinction suscitant la confusion. À la suite de la première phase d'enquêtes, la Chaire s'est questionnée sur l'opportunité de conserver ou non la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice. L'hypothèse de sa suppression a pu être envisagée au regard de plusieurs constats, en particulier :

- Les difficultés de qualification de certaines structures, principalement celles dont la qualification dépend de l'activité concernée (elles constituent ainsi des pouvoirs adjudicateurs dans certains cas de figure, et des entités adjudicatrices dans d'autres hypothèses) : l'application de la distinction entre ces deux catégories d'autorités n'est pas nécessairement aisée¹⁵⁵⁷ ;
- L'ampleur des conséquences de la distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, surtout au regard de l'absence de conditions de recours à la procédure négociée avec mise en concurrence pour les entités adjudicatrices, à l'inverse des pouvoirs adjudicateurs : cette procédure est insuffisamment mobilisée en pratique par les pouvoirs adjudicateurs, et n'est pas pleinement exploitée (aussi bien par les autorités contractantes que par les opérateurs économiques) même lorsqu'elle est mobilisée¹⁵⁵⁸. La faible mobilisation en pratique de cette procédure par les pouvoirs adjudicateurs s'explique par les difficultés d'appréciation des conditions de recours à ladite procédure et le périmètre variable de la négociation¹⁵⁵⁹. Ceci génère légitimement des craintes de violation des limites de la négociation ou de l'égalité de traitement des candidats, ainsi qu'une autolimitation dans l'exercice des négociations¹⁵⁶⁰.

Démarche de simplification. La suppression évoquée de la distinction au profit de la notion unique d'autorités contractantes était destinée à simplifier la qualification des organismes concernés et à renforcer la lisibilité du droit applicable. Il en ressortirait une uniformisation des règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices¹⁵⁶¹, à l'exception de celles uniquement dictées par la singularité des secteurs spéciaux (et dont l'extension aux pouvoirs adjudicateurs pourrait en conséquence être préjudiciable ou peu

¹⁵⁵⁷ Voir : Partie 2, Axe 1.

¹⁵⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁵⁹ *Idem.*

¹⁵⁶⁰ *Idem.*

¹⁵⁶¹ Précisément, un alignement du régime des pouvoirs adjudicateurs sur celui des entités adjudicatrices était préconisé.

opportune). En effet, cette simplification ne devrait pas remettre en cause le postulat européen selon lequel « *le degré d'ouverture à la concurrence justifie qu'elles [les activités d'opérateur de réseaux] puissent être soumises à un droit de la mise en concurrence moins contraignant que celui des pouvoirs adjudicateurs* »¹⁵⁶². Certaines spécificités des secteurs spéciaux seraient ainsi conservées, comme le montant des seuils ou le système de qualification, pour maintenir cette souplesse. Dans le même temps, une souplesse aurait été accordée aux pouvoirs adjudicateurs, notamment grâce à la suppression des conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation, ou l'allongement de la durée maximale des accords-cadres passés par les pouvoirs adjudicateurs de 4 à 8 ans.

Solution alternative privilégiée. Cependant, au regard du maintien de certaines spécificités propres aux entités adjudicatrices, la distinction perdurerait. Or, la principale attente exprimée par les praticiens lors de la première phase d'enquêtes tenait à la nécessité d'assouplir les restrictions imposées aux pouvoirs adjudicateurs. Si la suppression de la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice participait à cet allègement, d'autres solutions sont envisageables. En effet, il est possible d'agir directement sur les conséquences qu'aurait emportées cette unification de régime sur les pouvoirs adjudicateurs et favorablement accueillie par les enquêtés. Tel serait le cas, par exemple, d'une suppression des conditions de recours pour les pouvoirs adjudicateurs à la procédure concurrentielle avec négociation¹⁵⁶³.

C'est pourquoi la Chaire a retiré de ses projets de recommandations la suppression de la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice. Il n'était donc pas, lors de la préparation de la seconde phase d'enquêtes, prévu de traiter de cette question.

B. L'absence de consensus sur la suppression de la distinction

Objectif de simplification. La suppression de la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice lors de la future réforme des directives est accueillie par 6 enquêtés sur les 8 s'étant spontanément exprimés sur ce point, à savoir 1 avocat, 3 autorités contractantes, avocats et 2 opérateurs économiques. La principale justification tient à une démarche de simplification pour les acheteurs pouvant agir alternativement comme pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice. Un avocat confie que certains de ses clients éprouvent des

¹⁵⁶² M. UBAUD-BERGERON, « Entités adjudicatrices », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 28/03/2023, §1.2.

¹⁵⁶³ Voir *infra* : Axe 2, §II.

difficultés à « jongler entre les différents régimes ». En outre, une entité adjudicatrice partage ce constat :

« Si nous voulons vraiment parler de simplification, la première des choses à faire est d'arrêter de parler d'entité adjudicatrice et de pouvoir adjudicateur. La dichotomie est incompréhensible. Il serait plus pertinent de parler d'acheteur public. En tant qu'entité adjudicatrice, nous avons la chance d'avoir accès, sans condition, à la procédure avec négociation. Cependant, je m'interroge sur les raisons qui empêchent les pouvoirs adjudicateurs d'en bénéficier. Nous sommes dans un mécanisme de bureaucratie en matière de commande publique qui est totalement contre-productif. »

Elle insiste, ensuite, sur le biais que peuvent avoir certaines structures agissant en qualité d'entité adjudicatrice :

« Je pense toujours à l'intégrité des acheteurs publics, de tous les acheteurs publics. Nous avons parfois tendance, entre experts et sociétés qui bénéficient de ressources juridiques importantes, d'oublier la majorité des acheteurs qui eux n'en disposent pas, ou très peu. »¹⁵⁶⁴

Simplification terminologique. Ce biais est également compris par une autre autorité contractante agissant, elle aussi, en qualité d'entité adjudicatrice. Elle constate régulièrement une incompréhension des deux notions par les services prescripteurs. Cette autorité contractante propose le remplacement de cette terminologie par les notions « acheteur classique » et « acheteur opérateur de réseau » :

« Nous sommes favorables à un texte unique avec la distinction de deux parties : une partie pour les acheteurs classiques et une autre pour les acheteurs opérateurs spéciaux. Il faut, certes, aligner les règles des pouvoirs adjudicateurs sur celles actuelles des entités adjudicatrices. Mais, il convient de prévoir des spécificités pour les acheteurs opérateurs de réseau non transposables aux acheteurs classiques. »

¹⁵⁶⁴ Un opérateur économique abonde en ce sens : « Si en tant que juristes, nous arrivons à faire la différence entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice, cela est loin d'être le cas, même pour certains maitres d'ouvrage. Il faut donc rapprocher leurs régimes. »

Distinction « quotidien-souveraineté ». En somme, la distinction perdurerait pour cet enquête, contrairement à la position portée par la première entité adjudicatrice qui considère que, aujourd’hui, la distinction ne structure plus la commande publique :

« À mon sens, le débat devrait être tout autre, aujourd’hui. Il devrait porter sur une autre distinction : ce qui relève de l’intérêt général quotidien et ce qui relève de la souveraineté. La souveraineté doit nous permettre d’avoir des procédures d’achat simplifiées et adaptées, notamment dans les domaines du numérique, de la biochimie et de la défense. Les directives actuelles limitent nos possibilités à développer, par exemple, des projets en recherche et développement portant des technologies algorithmiques comme l’intelligence artificielle. »

Rejet de la suppression. En revanche, 2 autorités contractantes, agissant en tant qu’entités adjudicatrices, s’opposent à la disparition de la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice. L’une d’elles défend son utilité au regard du milieu fortement concurrentiel dans lequel évolue l’entreprise interrogée. À ce titre, la recherche de bénéfices rend nécessaire la conservation d’un régime spécifique aux entités adjudicatrices, moins restrictif que celui des pouvoirs adjudicateurs qui n’ont pas, de leur côté, de but lucratif.

Pour autant, ces 2 autorités contractantes sont favorables à ce que des assouplissements soient accordés aux pouvoirs adjudicateurs, à l’image de ce qui peut être autorisé pour les entités adjudicatrices en matière de recours à la procédure avec négociation ou de modification en cours d’exécution¹⁵⁶⁵. Dans le même temps, elles demandent, toutes deux, le renforcement de la flexibilité des entités adjudicatrices, notamment en leur permettant de bénéficier de l’exception pour les marchés passés entre entités adjudicatrices, et non pas uniquement entre pouvoirs adjudicateurs¹⁵⁶⁶. Pour reprendre les mots de l’une de ces autorités contractantes, « *les entités adjudicatrices ne doivent pas être les parents pauvres de la réforme en étant maintenues dans un statu quo par rapport à la directive 2014/25/UE* ». Une autorité contractante, qui indique être favorable à la suppression de la distinction terminologique actuelle tout en conservant certaines spécificités pour les entités adjudicatrices, suit cet argument. Elle reconnaît que certaines entreprises du secteur marchand ont besoin de leviers, notamment en leur

¹⁵⁶⁵ Est concernée, ici, la limitation à 50 % du montant initial du marché : Dir. 2014/24/UE, art. 72, 1, b) et c).

¹⁵⁶⁶ Dir. 2014/25/UE, art. 28.

permettant, lorsqu'elles sont titulaires de contrats de la commande publique, d'être exemptées des règles de passation prévues par les directives pour désigner leurs sous-traitants.

Allègement pour les pouvoirs adjudicateurs. Finalement, la suppression de la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice n'emporte pas l'adhésion de l'ensemble des enquêtés. En revanche, un consensus¹⁵⁶⁷ se confirme autour d'un allègement de certaines restrictions propres aux pouvoirs adjudicateurs, dans le sens d'un rapprochement avec le régime des entités adjudicatrices¹⁵⁶⁸.

§II. LES RELATIONS *IN HOUSE*

Suppression ou clarification des critères. Lors des entretiens, 6 participants (sur 16)¹⁵⁶⁹ se sont exprimés sur les relations *in house*¹⁵⁷⁰. Deux recommandations leur étaient soumises : l'une portant la suppression de toutes les conditions de recours à l'exception *in house* pour coopération entre deux pouvoirs adjudicateurs¹⁵⁷¹, l'autre proposant une clarification du critère du contrôle analogue et des cas de *in house* ascendant¹⁵⁷².

Recommandation 1 :

Exclure du champ d'application des directives sur les marchés publics la coopération entre les autorités publiques.

[Rapport
Müller]

Recommandation 2 :

Simplifier le *in house*, en particulier le *in house* ascendant et le critère du contrôle analogue.

[Rapport
Chaire DCP]

Rapport Müller. La première recommandation provient du rapport sur la passation des marchés publics du Parlement européen porté par Piotr Müller. Afin d'exclure du champ d'application des directives Marchés et Concessions les relations *in house*, ce rapport préconise,

¹⁵⁶⁷ Les 8 interviewés sont favorables à un alignement partiel du régime des pouvoirs adjudicateurs sur celui des entités adjudicatrices.

¹⁵⁶⁸ Voir, par exemple, les développements *infra* sur le recours à la négociation (Axe 2) et la durée accords-cadres (Axe 4).

¹⁵⁶⁹ À savoir : 3 avocats (sur 6), 2 autorités contractantes (sur 5) et 1 opérateur économique (sur 5).

¹⁵⁷⁰ Les autres interviewés ont indiqué ne pas être concernés ou ne pas avoir une expertise suffisante sur cette question pour y répondre.

¹⁵⁷¹ P. MÜLLER, *op. cit.*, pt. 60, p. 25.

¹⁵⁷² Cette recommandation provient des travaux menés par la Chaire en 2024.

au nom de l'efficacité de la coopération entre les autorités publiques, de supprimer toutes les conditions de recours à l'exception *in house* concernant la coopération entre pouvoirs adjudicateurs¹⁵⁷³ :

« [Le Parlement européen] soutient une plus grande flexibilité dans les partenariats public-public afin de permettre aux autorités publiques de collaborer plus efficacement pour améliorer la prestation de services et réduire les coûts ; [il] invite les États membres à envisager la mise en place d'un partenariat public-privé et d'un dialogue dans le domaine des marchés publics afin d'améliorer l'efficacité des procédures et la coopération entre les autorités publiques et les entreprises ; [il] recommande de réviser la définition de la coopération public-public figurant dans la directive actuelle afin de reconnaître cette coopération comme tout contrat ou arrangement conclu entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ; [il] invite la Commission à envisager d'exclure du champ d'application des directives sur les marchés publics la coopération entre les autorités publiques (coopération public-public) en vue d'une exécution efficace des tâches, sans autres conditions restrictives. »¹⁵⁷⁴

Une telle proposition élargirait l'exception *in house* dans le cadre d'une coopération entre pouvoirs adjudicateurs.

Travaux de la Chaire. La doctrine comme les enquêtés ont une perception positive de la codification du *in house* au sein des directives de 2014¹⁵⁷⁵. Ce constat est toutefois nuancé par certaines critiques de praticiens, au premier rang desquelles la complexification de l'exception *in house*. Elle résulte principalement de la reconnaissance de nouvelles formes de *in house* : le *in house* ascendant et le *in house* résultant du contrôle conjoint, c'est-à-dire exercé

¹⁵⁷³ Dir. 2014/24/UE, art. 12, 4. ; Dir. 2014/25/UE, art. 28, 4. Ces deux dispositions prévoient :

« 4. Un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :
a) le marché établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ;
b) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; et
c) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération ; »

¹⁵⁷⁴ P. MÜLLER, *op. cit.*, pt. 60, p. 25.

¹⁵⁷⁵ Voir : Partie 1, Axe 1 ; Partie 2, Axe 1, Thématique 3, §II.

par plusieurs autorités contractantes. Les cas de *in house* se multiplient donc naturellement, engendrant des variables dans l'appréciation de l'existence du *in house* selon les formes concernées. Un autre frein à la compréhension et à la mise en œuvre du *in house* a été également mis en exergue par la majorité des enquêtés, lors de la première phase d'enquête : les difficultés d'interprétation du critère du contrôle analogue. Le degré de contrôle exigé et, corrélativement, l'appréciation de la dépendance de l'entité à l'égard de l'autorité contractante manquent de clarté¹⁵⁷⁶. C'est pourquoi une clarification du critère du contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services¹⁵⁷⁷ serait bienvenue auprès des praticiens, ainsi qu'une simplification du recours au *in house* ascendant.

Coopération public-public. La seconde phase d'enquêtes témoigne d'un intérêt de 4 interviewés¹⁵⁷⁸ vis-à-vis de la proposition du rapport Müller en matière de coopération public-public. Une première autorité contractante constate qu'en pratique les conditions d'intérêt public et de la réalisation de moins de 20 % des activités sur le marché concurrentiel sont aisément remplies, justifiant leur retrait. En revanche, elle relève une limite :

« Cette proposition a une approche restrictive des relations du secteur public. Des organismes de droit privé, ayant un statut de société anonyme, devraient être concernés dès lors qu'ils agissent en tant que pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices. La coopération public-public ne se résume pas à des relations entre des personnes morales de droit public. »

Ce point est confirmé par la seconde autorité contractante. Elle élargit même le propos en l'étendant aux associations à but non lucratif. La réduction de la coopération public-public aux seuls pouvoirs adjudicateurs empêche le recours, sur le fondement du point 4 de l'article 12 de la directive 2014/24/UE (ou de l'article 28 de la directive 2014/25/UE), à des associations chargées d'une mission de service public.

En outre, un interviewé questionne la situation des transferts de compétences accompagnés de flux économiques. Pour cette autorité contractante, il conviendrait que « *les directives soient claires sur ce point en indiquant qu'un tel transfert de compétences présentant*

¹⁵⁷⁶ Voir : Partie 2, Axe 1, Thématique 3, §II.

¹⁵⁷⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 12, 1 et 3 ; Dir. 2014/25/UE, art. 28, 1 et 3.

¹⁵⁷⁸ À savoir : 1 avocat, 2 autorités contractantes et 1 opérateur économique.

un caractère onéreux n'est pas un marché public afin d'éviter toute requalification par les juridictions ».

Contrôle analogue. Par ailleurs, 6 enquêtés¹⁵⁷⁹ se sont prononcés sur la clarification de la condition du contrôle analogue. Ils accueillent la recommandation 2 à la condition que la révision n'altère pas la concurrence. L'un d'eux, opérateur économique, confie que *« les entreprises privées pourraient avoir de moins en moins de place à cause de l'extension du in house où un volume important échappe à la concurrence : le in house doit rester restreint, d'autant plus qu'il n'y a pas de certitude d'avoir une meilleure prestation en mobilisant le in house »*.

Il convient de préciser que ce point n'a été abordé que rarement dans le cadre des entretiens de la seconde phase d'enquêtes. En effet, les données recensées lors de la première phase étant suffisantes, seuls certains interviewés ont été interrogés en fonction de l'intérêt qu'ils portaient à l'axe relatif au champ d'application des directives. Les résultats convergent avec ceux de la première phase d'enquêtes¹⁵⁸⁰ avec une volonté affichée de préciser la condition du contrôle analogue en matière de *in house* descendant ou ascendant, notamment en présence de sociétés d'économie mixte.

Résultats. Finalement, il ressort de cette seconde phase d'enquêtes, si ce n'est une adhésion marquée, du moins un intérêt des acteurs de la commande publique à une clarification des relations *in house*. D'une part, ils accueillent la recommandation 1, provenant du rapport Müller, sur la suppression des conditions de la coopération public-public. D'autre part, ils confirment les attentes précédemment énoncées par les participants aux enquêtes menées par la Chaire en 2024.

§III. LES GROUPEMENTS DE COMMANDES AVEC UNE ENTITÉ ADJUDICATRICE

Marchés conjoints occasionnels. Les dispositions de la directive relatives aux marchés conjoints occasionnels nécessitent des éclaircissements, selon 2 autorités

¹⁵⁷⁹ À savoir : 2 avocats, 2 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques.

¹⁵⁸⁰ Voir : Partie 2, Axe 1, Thématique 3, §II.

contractantes. Les marchés conjoints occasionnels consistent pour des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices à procéder ensemble, et de manière occasionnelle, à un achat groupé¹⁵⁸¹. Deux problèmes sont soulevés par ces autorités contractantes.

Régime applicable. Premièrement, une entité adjudicatrice s'interroge sur la pertinence de la doctrine administrative selon laquelle, en cas de groupement de commandes entre un pouvoir adjudicateur et une entité adjudicatrice, le régime le plus contraignant s'applique. Pour elle, cette position s'oppose à l'intérêt de l'acheteur public :

« Sur les groupements de commandes, dans le cadre de marchés conjoints occasionnels conclus entre une entité adjudicatrice et un pouvoir adjudicateur, où l'entité gère la procédure de passation et d'exécution (assurant le rôle de coordinateur), et qu'elle gère cette procédure de passation et d'exécution pour son propre compte et/ou pour le compte du pouvoir adjudicateur, il conviendrait d'appliquer les règles qui lui sont propres. Autrement dit, le régime des entités adjudicatrices.

À l'heure actuelle, en fait, il n'y a aucune disposition spécifique qui précise que c'est la réglementation la plus contraignante qui s'applique. C'est juste une doctrine de l'administration qui entend éviter les détournements de procédures. Maintenant pour des entités adjudicatrices qui possèdent des filiales, il arrive des cas dans lesquels c'est la maison-mère, entité adjudicatrice, qui coordonne les groupements de commandes internes. C'est elle qui a les moyens matériels. En fait, il arrive que le besoin soit presque entièrement pour l'entité adjudicatrice (à hauteur de 90 %) et minoritairement pour le pouvoir adjudicateur (à hauteur de 10 %). Si la doctrine de l'application du régime le plus contraignant est appliquée, il faut alors appliquer les règles du pouvoir adjudicateur. Et là, nous perdons des leviers importants comme la négociation, puisque nous pouvons y recourir que sous conditions. Ceci n'est plus audible dans un contexte de bonne gestion des deniers publics. »

¹⁵⁸¹ Dir. 2014/24/UE, cons. 71 à 73, et art. 38. Dir. 2014/25/UE, art. 56.

Achats groupés avec le secteur privé. Secondement, l'autre autorité contractante observe un manque d'optimisation de l'achat public par la limitation, prévue par les directives, des marchés conjoints occasionnels entre acheteurs publics uniquement :

« L'achat mutualisé est une bonne chose en faisant des achats avec une force de frappe plus importante. Seulement, les règles du groupement de commandes laissent penser que le dispositif est réservé aux marchés conjoints avec des pouvoirs adjudicateurs. Les acheteurs privés semblent exclus. Pourtant, dans tous les grands groupes, il y a des filiales non soumises à la commande publique. Il ne s'agit pas d'échapper à l'achat public, mais de l'optimiser. »

Précaution. Une remarque doit être émise à la suite d'une telle proposition. Si une telle situation était reprise à l'occasion d'une réforme des directives, il conviendrait alors de préciser le régime applicable à cet achat groupé dans lequel intervient un pouvoir adjudicateur (ou une entité adjudicatrice). Pour éviter tout contournement des directives, la doctrine du régime juridique le plus contraignant serait pertinente.

§IV. LES SPÉCIFICITÉS PROPRES À CERTAINS SECTEURS D'ACTIVITÉ

Secteurs concernés. À l'occasion des échanges lors des entretiens, 2 avocats et 4 autorités contractantes ont spontanément envisagé de prévoir un régime spécifique pour les marchés d'assurances, les marchés répondant à des besoins médicaux et les marchés d'achat d'électricité.

Assurances. Concernant les marchés publics d'assurances, 2 avocats et 2 autorités contractantes constatent des difficultés pour les pouvoirs adjudicateurs à s'assurer, les procédures concurrentielles n'étant pas adaptées au secteur assurantiel¹⁵⁸². En effet, une autorité contractante souligne :

¹⁵⁸² Sur ce point, le constat avait déjà été établi lors des précédents travaux de la Chaire : F. Lichère, F. Melleray et L. Richer (dir.), *Répartition et traitement des risques dans la commande publique*, Chaire DCP, 2024, p. 75-82 et p. 266-276, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-repartition-et-traitement-des-risques-dans-la-commande-publique>. Voir également : Commission des finances, Jean-François HUSSON (rapporteur), *Les problèmes assurantiels des collectivités territoriales*, Sénat, 28 mars 2024, disponible en ligne sur le site du

« Tant que les opérateurs économiques ne sont pas suffisamment nombreux dans le secteur des assurances, il faudrait un régime assoupli ou spécifique. Comme il n'y a pas suffisamment d'offres, ils ne veulent pas se soumettre à la commande publique. Il faudrait donc assouplir, le temps que le marché se consolide. Les sociétés veulent une mise en concurrence, c'est juste que les règles ne sont pas adaptées à ce type de marchés techniques et complexes. »

Ainsi, la mise en place de procédures spécifiques ou assouplies serait bénéfique à la constitution d'un marché consolidé des assurances pour les acheteurs publics. En tout état de cause, bien qu'une autorité contractante ait pu estimer plus aisé d'exclure ces contrats des directives, les 3 enquêtés s'accordent sur la nécessité de conserver des mesures de publicité et de mise en concurrence. L'inverse enverrait, selon l'un des avocats interrogés, un message politique discutable.

Besoins médicaux. S'agissant des marchés publics répondant à des besoins médicaux, une autorité contractante propose de créer un régime sectoriel dédié, à l'image des marchés de défense et de sécurité. Pour elle, un tel régime dérogatoire se justifie en raison d'enjeux de souveraineté sanitaire et de sécurisation des chaînes logistiques. Effectivement, des problèmes de logistique peuvent intervenir lors de la fermeture de certains axes marchands tels que le canal de Suez. Une souplesse procédurale serait pertinente également pour certains besoins médicaux spécifiques comme les biotechnologies, l'imagerie médicale ou encore les thérapies ciblées, qui peuvent relever d'un intérêt stratégique et technologique national : *« Il y a de vrais enjeux stratégiques européens en matière d'innovation médicale, et l'Union européenne ne doit pas perdre en compétitivité, d'où la nécessité d'avoir des outils adaptés, en particulier en cas de situations d'urgence sanitaire »*. L'urgence sanitaire devrait alors, selon cette autorité contractante, motiver la mise en place de *« dispositifs d'achat agiles, adaptés à un environnement incertain et contraint »*. Un dispositif spécifique pour les besoins médicaux, enfin, participerait à garantir la continuité du service public hospitalier et, partant, la sécurité des soins.

Fourniture d'électricité. Quant à l'achat d'électricité, les règles de passation sont considérées comme inadaptées pour une autorité contractante. La principale difficulté est

Sénat: <https://www.senat.fr/travauxparlementaires/commissions/commission-des-finances/les-problemes-assurantiels-des-collectivitesterritoriales.html>.

temporelle : « *L'attribution d'un marché d'électricité doit se faire en 24 heures pour conserver le prix, et quand il s'agit de déclarer les subventions étrangères à la Commission européenne, cela peut prendre 110 jours avant d'obtenir une réponse* ». La fluctuation des prix de la fourniture de l'électricité « *rend ces marchés incompatibles avec les délais de passation de la commande publique* ».

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 1

Dans le cadre de la seconde phase d'enquêtes, les entretiens ont été focalisés, s'agissant du champ d'application des directives Marchés et Concessions sur quatre thématiques, à savoir : la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice, les relations in house, les groupements de commandes associant une entité adjudicatrice, ainsi que la prise en compte de spécificités sectorielles justifiant des régimes adaptés.

S'agissant de la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice, il avait pu être proposé sa suppression en vue de simplifier le droit de la commande publique. Il avait pu être partagé des interrogations, lors de la première phase d'enquêtes, sur le fait que les pouvoirs adjudicateurs ne puissent aucunement recourir librement à la procédure concurrentielle avec négociation, à conclure un accord-cadre d'une durée supérieure à 4 ans, ou encore à modifier un contrat en cours d'exécution au-delà de 50 % du montant initial du marché. Toutefois, les entités adjudicatrices s'inquiétaient d'un risque de gel de la flexibilité qu'ils connaissent et d'empêcher toute souplesse à venir. La Chaire avait donc, finalement, décidé de ne pas conserver une telle proposition, d'autant que les conséquences principales (négociation, durée des accords-cadres et suppression de la limite financière des modifications) pouvaient être obtenues sans remettre en cause la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice. Dès lors, il n'était pas prévu d'interroger les enquêtés sur ce point. Pour autant, plusieurs interviewés ont spontanément soulevé la question de la conservation ou non de cette distinction. Les échanges révèlent une absence de consensus. Une majorité des intervenants favorables à la suppression y voient un levier de simplification et de lisibilité du droit, notamment pour les acheteurs alternant entre les deux qualités, et un moyen d'assouplir l'accès des pouvoirs adjudicateurs à la procédure avec négociation. D'autres acteurs, en particulier certaines entités adjudicatrices évoluant dans des secteurs concurrentiels,

défendent le maintien d'un régime spécifique justifié par leurs contraintes économiques. En définitive, si la disparition de la distinction ne fait pas l'unanimité, un accord se dégage sur la nécessité d'alléger certaines restrictions pesant sur les pouvoirs adjudicateurs, dans un sens de rapprochement avec le régime des entités adjudicatrices.

Concernant les relations *in house*, les participants expriment un intérêt marqué pour une clarification et une simplification du régime des contrats *in house*. La proposition du rapport Müller, visant à exclure la coopération entre autorités publiques du champ des directives sans condition restrictive, est globalement bien accueillie, bien que certains soulignent son caractère limité aux seules personnes morales de droit public. Parallèlement, la complexité croissante des relations *in house*, liée notamment au contrôle analogue et aux formes ascendantes ou conjointes, suscite des difficultés pratiques. Les acteurs se montrent favorables à une clarification de ces critères, sous réserve de préserver l'équilibre concurrentiel et d'éviter une extension excessive des exceptions à la mise en concurrence.

Sur les groupements de commandes, deux difficultés principales sont relevées. D'une part, l'application systématique du régime le plus contraignant en cas de groupement entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice est contestée, en particulier lorsque l'entité adjudicatrice assure la coordination et supporte l'essentiel du besoin. D'autre part, la limitation des groupements aux seuls acheteurs publics est perçue comme un frein à l'optimisation des achats, notamment dans les groupes intégrant des filiales non soumises à la commande publique. Ces évolutions appellent toutefois des garde-fous afin d'éviter tout contournement des règles de mise en concurrence.

Enfin, plusieurs intervenants plaident pour des régimes adaptés à certains secteurs. Les marchés d'assurances sont jugés difficilement compatibles avec les procédures classiques en raison d'un marché insuffisamment concurrentiel, justifiant des procédures assouplies sans exclusion totale des directives. Les besoins médicaux soulèvent des enjeux de souveraineté sanitaire et de sécurité des approvisionnements, appelant un régime sectoriel spécifique inspiré de celui

de la défense et de la sécurité. S'agissant de la fourniture d'électricité, la volatilité des prix et les contraintes de délais rendent les règles actuelles de passation largement inadaptées, justifiant une plus grande flexibilité procédurale.

AXE 2 : LA CONCURRENCE

Éléments évoqués. Dans le cadre des entretiens, les participants ont focalisé leur attention sur les exceptions à la mise en concurrence et à la publicité (§I.), la négociation (§II.), les variantes (§III.), les motifs d'exclusions (§IV.), et la capacité des candidats (§V.)¹⁵⁸³.

À noter, d'autres points ont pu être abordés par une minorité de participants. Toutefois, les résultats ne sont pas suffisamment représentatifs et détaillés pour tirer la moindre conclusion. Tel est le cas des recommandations suivantes :

- **L'attribution des marchés publics en se fondant sur le meilleur rapport qualité-prix et non le critère unique du prix (recommandation 6)**¹⁵⁸⁴ : uniquement deux opérateurs économiques se sont prononcés défavorablement sur ce point, indiquant qu'il existe des produits où il n'est soit pas possible, soit pas pertinent d'évaluer la qualité ;
- **La limitation du recours aux critères linguistiques afin de favoriser la participation des opérateurs économiques des États membres aux marchés publics transfrontaliers (recommandation 12)**¹⁵⁸⁵ : un opérateur économique a indiqué y être défavorable, pour des questions pratiques lors de l'exécution d'un contrat¹⁵⁸⁶ ;
- **L'encadrement de l'intelligence artificielle dans la commande publique (recommandation 20)**¹⁵⁸⁷ : si un avocat¹⁵⁸⁸ et un opérateur économique¹⁵⁸⁹ y sont favorables, il en va différemment pour une autorité contractante et un autre opérateur

¹⁵⁸³ Aucun enquêté n'a formulé de remarques particulières sur les recommandations 13, 19 et 22 (les rares remarques formulées ne concernent pas les directives sur cette recommandation) de la liste soumise aux enquêtés.

¹⁵⁸⁴ P. MÜLLER, *op. cit.*, pt. 37, p. 20. Voir : Annexe 2.

¹⁵⁸⁵ *Ibidem*, pt. 46, p. 22. Voir : Annexe 2.

¹⁵⁸⁶ Il confie : « *Nous sommes contre la limitation de critère, car toute notre documentation est en français. Les candidats se débrouillent. De plus, la réalité économique fait que les entreprises voisines ne candidatent pas en France, hormis sur leurs frontières.* »

¹⁵⁸⁷ Voir : Annexe 2.

¹⁵⁸⁸ Cet avocat reconnaît un besoin d'encadrement. Il insiste, cependant, sur les moyens à mettre en œuvre pour que se développent rapidement des solutions d'intelligence artificielle spécialisées en droit de la commande publique.

¹⁵⁸⁹ Pour cet enquêté, il convient d'assurer l'absence de dérives dans l'analyse des offres.

économique. Selon eux, cet encadrement doit être prévu par le règlement de la consultation, et non pas par les directives elles-mêmes. Enfin, il convient de préciser qu'un doute subsiste quant à la possibilité pour une directive sur les marchés publics d'encadrer l'utilisation d'un système d'intelligence artificielle dès lors qu'un règlement européen, l'*AI Act*¹⁵⁹⁰, a été adopté. C'est pourquoi la Chaire n'a pas insisté, lors des entretiens, sur cette thématique, d'autant qu'un rapport a déjà été consacré à la digitalisation de la commande publique, traitant notamment de l'intelligence artificielle¹⁵⁹¹.

§I. LES EXCEPTIONS À LA MISE EN CONCURRENCE ET À LA PUBLICITÉ

Évaluation des motifs actuels. Les interviewés ont été interrogés sur deux potentiels nouveaux motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable – l'un lié à la défaillance du titulaire résultant de certaines procédures (A.), l'autre lié à des circonstances particulières mettent en cause à la fois la continuité du service public et l'efficacité (B.). En complément, l'opportunité de clarifier certains motifs existants de recours à la dispense de publication préalable a été soumise à l'avis de rares interviewés (C.). Dans le cadre de réponses à ces questions ou de propos libres, quelques interviewés ont spontanément proposé des modifications des motifs actuels de recours à la procédure négociée sans publication préalable (D.).

A. La défaillance du titulaire liée à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire

Rapport du Sénat. La Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon Uzenat observe de véritables difficultés en pratique pour remplacer un titulaire défaillant à la suite d'une procédure de sauvegarde. En effet, il est impossible « [...] *de remplacer rapidement l'attributaire d'un marché ou d'un lot en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire du titulaire, le pouvoir adjudicateur étant contraint, dans ces circonstances, de*

¹⁵⁹⁰ Règl. (UE) 2024/1689 du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle.

¹⁵⁹¹ F. LICHERE (dir.), *Digitalisation de la commande publique*, Chaire DCP, 2023, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-digitalisation-de-la-commande-publique>.

*repasser un marché selon la même procédure que le marché initial, ce qui peut s'avérer particulièrement pénalisant dans le cadre d'une opération de travaux »*¹⁵⁹². Les dispositifs actuellement prévus dans le Code de la commande publique (et dans les directives européennes) ne permettent pas de résoudre efficacement de telles situations :

« En tout état de cause, le code de la commande dispose que, pour les marchés de travaux - qui sont concernés au premier chef par ce type de situation -, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.

Dès lors, en cas de défaillance du titulaire du marché, la passation du nouveau marché doit être effectuée selon la même procédure que celle qui a été suivie pour le premier marché. Si ce dernier était alloti et s'il s'agit de remplacer le titulaire d'un lot ayant été attribué selon une procédure adaptée, le lot en question doit ainsi être réattribué dans le cadre d'un MAPA.

*L'acheteur peut toutefois justifier le recours à une procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence préalables s'il est en mesure de démontrer, par exemple, qu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et imprévisibles ne lui permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées ou que les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, notamment pour des raisons techniques. »*¹⁵⁹³

Par conséquent, la commission sénatoriale recommande *« pour éviter que la crainte d'une défaillance ne contribue à limiter l'accès des petites entreprises à la commande publique et comme contrepartie à une accentuation de l'allotissement par les pouvoirs adjudicateurs, de dispenser les acheteurs se trouvant confrontés à une telle situation de leurs obligations de*

¹⁵⁹² Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon UZENAT, *op. cit.* : <https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-116.html>.

¹⁵⁹³ *Idem.*

*publicité et de mise en concurrence, sans condition, pour le remplacement du titulaire du marché ou du lot concerné »*¹⁵⁹⁴.

Recommandation 5 :

Autoriser le remplacement sans publicité ni mise en concurrence préalables du titulaire d'un marché ou d'un lot en cas de défaillance liée à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

[Rapport
Sénat]

Accueil favorable de la recommandation. Sept interviewés¹⁵⁹⁵ (sur 16 interviewés durant cette seconde phase d'entretiens) se sont prononcés sur cette recommandation. Tous s'y déclarent favorables, bien qu'un le fasse de manière implicite, en soulignant simplement que le droit actuel est « *un peu flou* » sur le sujet et qu'« *il faudrait donc clarifier la situation en cas de défaillance, notamment liée à une procédure de sauvegarde ou de liquidation judiciaire* ». Cette unanimité doit toutefois être analysée avec prudence, compte tenu du nombre peu élevé d'interviewés et de l'absence, au sein de ces interviewés, d'opérateurs économiques (alors même que ces derniers seraient les plus à même d'évaluer les conséquences d'une telle procédure sur la capacité d'un titulaire à exécuter le marché, ou d'indiquer les conditions les plus opportunes qui devraient accompagner ce nouveau motif de dispense).

Deux avocats parmi ces 7 interviewés se déclarent favorables à ce nouveau motif de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables sans aucune réserve. L'un indique être fréquemment confronté à une défaillance liée à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, ce qui suscite « *la difficulté du maintien du chantier et de terminer le projet* ». Cet avocat regrette en conséquence la rigidité du droit positif et appelle, à défaut de la mise en œuvre de cette recommandation, « *au minimum* [à la possibilité de mobiliser] *une procédure accélérée* » dans un tel cas de figure. L'autre avocat indique, au soutien de son avis favorable à la proposition, que la recommandation proposée serait cohérente avec l'évolution du droit français, en soulignant que « *le dernier décret du 29 décembre 2025 va dans ce sens* »¹⁵⁹⁶.

¹⁵⁹⁴ *Idem.*

¹⁵⁹⁵ À savoir : 4 avocats, 2 autorités contractantes et 1 opérateur économique.

¹⁵⁹⁶ Le décret n° 2025-1383 du 29 décembre 2025 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique assouplit effectivement les règles en cas d'impossibilité de l'attributaire d'exécuter le marché, mais uniquement au stade de la procédure de passation. Plus précisément, l'acheteur peut, en cas d'impossibilité d'exécution résultant d'un cas fortuit ou d'un cas de force majeure, et seulement entre le choix de l'attributaire et la notification des candidats évincés, « *solliciter le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement*

Souhait de clarification de la recommandation. Trois interviewés¹⁵⁹⁷

s'interrogent sur les modalités de la recommandation proposée ou suggèrent d'en restreindre le champ d'application. Ainsi, un avocat estime que « *c'est une bonne idée, si cela encadre les conditions* » et se demande à ce sujet si les conditions seraient les mêmes qu'en droit français : « *est-ce qu'on part sur un principe similaire à nos CCAG avec frais et risques ou pas de procédure spécifique ?* ». Un deuxième avocat et une autorité contractante alertent, pour leur part, quant au fait qu'une telle recommandation ne serait pas nécessairement appropriée pour des cas où la société continue d'exister ou serait recrée. Pour l'autorité contractante :

« C'est une très bonne idée, mais il faut faire attention, car une société qui est en redressement continue d'exister. Ça peut être une double peine. La solution est moins grave pour les sociétés liquidées. Néanmoins, il faut l'encadrer de sorte que les gérants de sociétés liquidées ne puissent pas recréer une structure dernière pour se voir réattribuer le marché. Une société unipersonnelle liquidée dans le BTP qui réapparaît est assez récurrente ».

Dans le même sens, le deuxième avocat estime que la recommandation est adéquate face à une liquidation, « *mais [qu']en cas de redressement judiciaire où il y a la poursuite des activités de l'opérateur économique, c'est plus compliqué, sauf si le titulaire a de lui-même arrêté ses missions* ».

Résultats. La recommandation 5 tendant à créer un nouveau motif de recours à la procédure négociée sans publication préalable dans des cas restreints de défaillance du titulaire fait ainsi consensus sur le principe, mais devrait être précisée ou restreinte dans son champ d'application selon la moitié des interviewés sur le sujet. Ces résultats ne peuvent être comparés à ceux de la première phase d'enquêtes du présent rapport, puisque cette recommandation n'est pas issue des travaux de la Chaire et n'avait pas été soumise aux enquêtés lors de la première phase.

après » (décret n° 2025-1383 du 29 décembre 2025 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, art. 2, 2°).

¹⁵⁹⁷ À savoir : 2 avocats et 1 autorité contractante.

B. Le gain significatif d'efficacité en cas de mise en cause de la continuité du service public

Première phase d'enquête. La recommandation 7 tendant à créer un nouveau motif pour recourir à la procédure négociée sans publication préalable¹⁵⁹⁸ est fondée sur l'expérience d'un interviewé (au stade de la première phase d'enquêtes du présent rapport¹⁵⁹⁹), qui ne pouvait mobiliser aucun des motifs actuels de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables, alors même que le recours à cette procédure aurait présenté de nombreux bénéfices et aurait permis d'atteindre les objectifs du droit de la commande publique.

Les résultats de la première phase d'enquêtes du présent rapport démontrent à la fois que les motifs actuels ne sont pas nécessairement adaptés, mais que tout nouveau motif devrait être strictement encadré pour éviter des dévoiements.

Idée de la recommandation. La recommandée fondée sur la situation mise en exergue par l'un des interviewés semble être suffisamment délimitée et encadrée pour être conforme aux attentes des praticiens. En effet, ce nouveau motif vise l'hypothèse dans laquelle de nouveaux travaux imprévisibles seraient nécessaires et dont l'attribution par la procédure négociée sans publication préalable générerait un gain financier tout en garantissant la continuité du service public. L'idée sous-jacente est de réaliser ces travaux simultanément à d'autres travaux, afin de limiter à la fois la durée de perturbation du service public et les coûts générés par l'arrêt dudit service.

Plusieurs conditions cumulatives seraient exigées pour instaurer un cadre suffisamment clair et limiter les recours abusifs à ce motif. En premier lieu, il faudrait être en présence de circonstances particulières imprévisibles, comme des dégâts causés par des catastrophes naturelles et générant la nécessité de réaliser des travaux. L'expression de « *circonstances exceptionnelles* », qui pourrait sembler plus adéquate de prime abord, n'est pas privilégiée dans le présent rapport, car susceptible d'entraîner une confusion avec la théorie des circonstances exceptionnelles. En deuxième lieu, les travaux faisant l'objet du marché attribué « *de gré à gré* » devraient être réalisés simultanément à d'autres travaux. Corrélativement, et en troisième lieu, l'attribution du marché de travaux concerné sans publication préalable devrait permettre l'obtention d'un gain financier et de temps significatif ainsi que réduire l'atteinte à la continuité d'un service public (dont le fonctionnement serait, dans tous les cas, perturbé par la réalisation

¹⁵⁹⁸ Voir : Annexe 2.

¹⁵⁹⁹ Voir : Partie 2, Axe 2, Thématique 4.

des autres travaux). Plus précisément, il faudrait pouvoir démontrer que ces bénéfices – gain significatif de temps et financier, et réduction de l’atteinte à la continuité d’un service public – ne pourraient être obtenus si le marché de travaux était attribué par une procédure formalisée. La recommandation est ainsi formulée :

« Il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans chacun des cas suivants :

[...]

d) lorsque cette procédure génère un gain significatif d’efficacité et réduit l’atteinte à la continuité du service public.

La mobilisation de la procédure négociée sans publication préalable permet d’éviter certains coûts et réduit la durée de perturbation du fonctionnement du service public, car les travaux concernés sont réalisés simultanément ou successivement à d’autres travaux prévus.

Ces gains ne pourraient être obtenus si le marché était attribué à l’issue d’une procédure formalisée.

Les circonstances invoquées, à l’origine de la nécessité de travaux supplémentaires, sont imprévisibles. »

Recommandation 7 :

Créer un nouveau motif de recours à la procédure négociée sans publication préalable pour les prestations permettant un gain significatif d’efficacité en cas de circonstances particulières mettant en cause la continuité du service public.

*[Rapport
Chaire DCP]*

Accueil défavorable de la recommandation. Quatre interviewés¹⁶⁰⁰ se sont prononcés sur cette recommandation. Seule une autorité contractante émet un avis favorable tout en soulignant les difficultés pour justifier de la réunion des conditions : *« il faudrait avoir la capacité de qualifier cela, de document. Si cela est fait, je ne vois pas de problème »*. Les 3 autres interviewés ont en revanche un avis bien plus négatif. Pour un avocat, ce nouveau motif est superflu : *« quand la continuité du service public est menacée, il y a déjà la possibilité de passer un marché en urgence, donc je ne vois pas l’utilité »*. Pour un opérateur économique, émettant un avis plus pondéré, ce nouveau motif devrait être davantage encadré :

¹⁶⁰⁰ À savoir : 1 avocat, 1 autorité contractante et 2 opérateurs économiques.

« La notion de continuité du service public ne me semble pas toujours évidente. On pourrait plutôt procéder ainsi lorsque les intérêts vitaux sont en jeu comme ce fut le cas à Mayotte pour des problèmes d'eau. En revanche, il faut faire un usage très circonstancié de la mesure. C'est comme quand on a changé le CCAG et qu'on a mis des articles post-Covid. Il faut y recourir seulement lorsque la vie des personnes est en jeu ».

Résultats. Les réactions suscitées par la proposition de création d'un nouveau motif de recours à la procédure négociée sans publication préalable, fondé sur des circonstances ne permettant pas d'assurer la continuité du service public et générant une perte d'efficacité, confortent une partie des résultats des enquêtes de la première phase du présent rapport. En effet, les réponses des rares interviewés sur cette recommandation (au stade de la seconde phase d'enquête qualitative) confirment les craintes de dévoiement des motifs de dispense de publication préalable. La recommandation proposée ne semble pas suffire, dans sa rédaction actuelle, pour dissiper de telles craintes. Le nombre peu élevé d'interviewés sur cette recommandation au stade de la seconde phase d'enquête qualitative impose toutefois de tempérer l'accueil majoritairement négatif qui lui a été réservé.

C. La clarification de certains motifs de dispense de publication préalable

Première phase d'enquêtes. La première phase du présent rapport démontrait l'existence d'un consensus entre la doctrine et les praticiens interrogés à ce sujet s'agissant du manque de clarté de certains motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable. Deux motifs étaient particulièrement mis en cause : l'urgence impérieuse, et la répétition de travaux ou services similaires. Le consensus était toutefois limité à l'incertitude de ces motifs, et se dissipait concernant les moyens adéquats pour procéder à une clarification. Ceci avait conduit à recommander de clarifier les motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable, en particulier l'urgence impérieuse et la répétition de travaux ou services similaires, sans indiquer de moyen précis pour ce faire.

Recommandation 11 :

Clarifier les motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable, en particulier celui tenant à l'urgence impérieuse et celui relatif à la répétition de travaux ou services similaires.

[Rapport
Chaire DCP]

Réponses insuffisamment représentatives. Au stade de cette seconde phase d'enquête qualitative, seuls 2 opérateurs économiques interviewés se sont prononcés sur cette recommandation. En outre, l'un d'entre eux ne se prononce pas sur la pertinence de cette recommandation, puisque sa réponse contient uniquement un rappel des conséquences, en droit français, de l'existence d'une urgence impérieuse (notamment s'agissant des possibilités de réquisition)¹⁶⁰¹. Ainsi, cet opérateur économique ne donne pas son avis sur la nécessité de clarification et, le cas échéant, les moyens pour clarifier le motif tenant à l'urgence impérieuse ou celui portant sur la répétition de travaux ou services similaires. L'autre opérateur économique interviewé à ce sujet s'interroge sur l'utilité d'une telle recommandation, mais s'y déclare favorable : « *la question liée aux travaux et services similaires ne pose pas de difficulté. Je ne sais pas s'il est vraiment utile de le préciser, mais c'est une bonne idée* ».

Absence de conclusion. Le nombre peu élevé des réponses des interviewés sur cette recommandation et le contenu de ces réponses ne permettent pas de conforter, de nuancer ou de développer la recommandation émise à l'issue de la première phase s'agissant de la clarification de certains motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable.

D. Les propositions spontanées des interviewés tendant à modifier les motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable.

Diversité des propositions spontanées. À l'occasion de questions portant sur les exceptions à la mise en concurrence et à la publicité ou dans le cadre de propos libres, 2 autorités contractantes ont proposé des modifications des motifs actuels de recours à la procédure négociée sans publication préalable. Compte tenu de la diversité de ces propositions, il apparaît préférable de les traiter séparément.

¹⁶⁰¹ Pour un opérateur économique : « *On a eu plusieurs cas d'urgences impérieuses en France (cas des pollutions des plages en Vendée). Les préfets peuvent réquisitionner les entreprises. Il existe un registre tenu par les préfetures. En cas d'évènement d'envergure, le préfet contracte les dirigeants des sociétés pour les réquisitionner (prévu par le code de la sécurité publique). Si on est dans des circonstances imprévisibles, pourquoi bloquer sur 50 %. En urgence impérieuse, les entreprises quand elles sont réquisitionnées doivent être payées. Même si tous les États européens n'ont pas de système de réquisition* ».

Remplacement de l'urgence impérieuse par l'urgence. Une autorité contractante – qui ne s'est pas prononcée sur la recommandation précédente relative à la clarification de certains motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable, dont l'urgence impérieuse – confirme l'ambiguïté de ce motif. La cause de cette ambiguïté converge en outre avec les résultats de la première phase du présent rapport, puisque l'autorité contractante met en cause l'adjectif « *impérieuse* » adjoint à l'urgence : « *on ne sait pas ce que cela veut dire* ». Cet interviewé propose en conséquence de supprimer cet adjectif et de conserver uniquement l'urgence. Ceci aurait pour intérêt, selon cette autorité contractante, de ne pas restreindre excessivement le recours à la procédure négociée sans publication préalable et de prendre en compte, par comparaison avec des crises récentes comme celles liées à l'Ukraine ou à la Covid-19, « *d'autres urgences liées à l'intérêt général et à la continuité du service public* ».

Adaptation des motifs aux achats d'occasion. Les 2 autorités contractantes ayant spontanément proposé des modifications des motifs actuels de recours à la procédure négociée sans publication préalable tiennent des propos convergents s'agissant des achats d'occasion. L'une propose de créer un nouveau motif pour ce cas de figure¹⁶⁰², et l'autre d'adapter un motif existant (mais applicable uniquement aux marchés des secteurs spéciaux) aux achats d'occasion. Ce motif est celui des achats d'opportunité, permettant de recourir à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable (selon les termes de la *directive Secteurs spéciaux*) à certaines conditions : « *lorsqu'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché* »¹⁶⁰³. L'autorité contractante met en cause le manque de clarté de cette disposition et, surtout, son inadéquation avec les achats d'occasion :

« Cette disposition est inopérante notamment lorsqu'on veut acquérir du matériel d'occasion qui n'est plus fabriqué. On ne peut pas comparer avec le prix du marché, car le matériel n'est plus vendu et est obsolète. Comment appliquer cette disposition ? Il faut donc enlever la référence aux prix normalement pratiqués par le marché et la mention

¹⁶⁰² L'autorité contractante rappelle que ceci existait dans le droit antérieur français, qu'il y a précisément une question parlementaire à ce sujet (question écrite n° 14696 : Adaptation du marché de l'occasion aux acheteurs publics, publiée au JO du 30 janvier 2024, p. 583), et que ce nouveau motif serait opportun, « *car il faut aller très vite pour ces achats* ».

¹⁶⁰³ Dir. 2014/25/UE, art. 50, h).

de “période de temps très courte” (retirer le très) de la disposition ».

Difficultés. La nature même des propositions spontanées rend difficile la déduction de conclusions générales, faute de les avoir soumises à l’avis des praticiens autres que ceux les ayant émises. La possibilité de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour les achats d’occasion semble présenter un intérêt certain, mais le retour de seulement 2 interviewés (dont un traitant de la directive Secteurs spéciaux) s’avère insuffisant pour émettre une recommandation précise à ce sujet.

§II. LA NÉGOCIATION

Pluralité de recommandations. Les interviewés ont pu être interrogés sur trois recommandations relatives à la procédure concurrentielle avec négociation ou à une procédure de passation similaire – le dialogue compétitif. Les interviewés se sont majoritairement prononcés en faveur de la recommandation, conduisant à supprimer les conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs (A.). Les avis sont plus rares et nuancés s’agissant de la recommandation 10 tendant à encourager l’identification, par l’autorité contractante, des objets prioritaires de la négociation (B.), et seul un interviewé s’est exprimé sur la recommandation 14 relative à la sécurisation de la mise en œuvre du dialogue compétitif (C.).

A. La suppression des conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs

Rapport du Sénat. Dans son rapport publié en juillet 2025, la Commission d’enquête du Sénat présidée par Simon Uzenat constatait la faible mobilisation de la procédure concurrentielle avec négociation par les pouvoirs adjudicateurs, en raison des conditions restrictives pour y recourir¹⁶⁰⁴. Cet encadrement juridique affecte l’efficacité de l’achat public :

« Il est en effet difficilement compréhensible que les marchés les plus importants en valeur soient les seuls à ne pas pouvoir faire l’objet d’une

¹⁶⁰⁴ Commission d’enquête du Sénat présidée par Simon UZENAT, *op. cit.* : <https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-116.html>.

négociation, en dehors de quelques cas limitativement énumérés.

La négociation constitue pourtant l'un des leviers les plus adaptés d'optimisation de l'offre. Certes plus chronophage et requérant une grande technicité, elle offre une meilleure adéquation entre l'offre et le besoin de l'acheteur, permet de réduire les risques d'exécution liés aux imprécisions ou incompréhensions du cahier des charges et contribue à limiter les écarts entre le budget prévisionnel et les coûts réels.

C'est la raison pour laquelle un très grand nombre d'acheteurs publics entendus par la commission d'enquête ont formé le vœu d'un assouplissement du recours à la négociation dans les procédures formalisées. »¹⁶⁰⁵

Entendant ces remarques, et prenant acte de la position favorable de la Direction des achats de l'État, la commission sénatoriale préconise « *d'aligner les dispositions relatives au choix de la procédure de passation applicables aux pouvoirs adjudicateurs sur celles qui s'appliquent aux entités adjudicatrices* »¹⁶⁰⁶.

Travaux de la Chaire. Cette proposition s'inscrit dans la continuité des travaux de la Chaire¹⁶⁰⁷. En effet, il ressort de la première phase d'enquête que les conséquences attachées à la distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ne sont pas nécessairement judicieuses ou justifiées aujourd'hui. La souplesse importante dont bénéficient les entités adjudicatrices au titre de cette distinction est ainsi mise en cause, et la majorité des enquêtés regrette que les pouvoirs adjudicateurs ne puissent bénéficier, au moins, dans une certaine mesure, d'une flexibilité similaire.

La principale conséquence de cette distinction – et ainsi l'une des manifestations essentielles de la flexibilité des règles applicables aux entités adjudicatrices – tient au statut de la procédure négociée avec mise en concurrence, qui constitue la procédure de droit commun pour les entités adjudicatrices, mais une procédure dérogatoire pour les pouvoirs adjudicateurs. Les enquêtes de terrain soulignent pourtant que la négociation est un outil efficace au service de l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics. La négociation contribue également à limiter les difficultés d'exécution, comme le soulignait déjà

¹⁶⁰⁵ *Idem.*

¹⁶⁰⁶ *Idem.*

¹⁶⁰⁷ Outre les différents rapports précédents de la Chaire, les recherches menées dans le cadre des présents travaux concluent à la même proposition.

la Chaire dans son rapport 2 dédié aux liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics. Or, cette procédure est insuffisamment mobilisée en pratique par les pouvoirs adjudicateurs, et n'est pas pleinement exploitée (aussi bien par les autorités contractantes que par les opérateurs économiques) même lorsqu'elle est mobilisée.

Recommandation 9 :

Supprimer les conditions de recours à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable en procédure de droit commun pour les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs, par mimétisme avec les entités adjudicatrices.

[Rapport
Chaire DCP]
[Rapport
Sénat]

L'exploitation insuffisante de la négociation résulte notamment des difficultés d'appréciation des conditions à réunir pour mobiliser cette procédure, mais également du périmètre variable de la négociation. Ceci génère légitimement des craintes de violation des limites de la négociation ou de l'égalité de traitement des candidats, ainsi qu'une autolimitation dans l'exercice des négociations.

Si la recommandation proposée ne met pas directement fin à cette incertitude, elle supprime en revanche le frein tenant aux conditions à réunir pour mobiliser cette procédure de passation (puisque aucune condition ne serait exigée). Elle pourrait également favoriser à long terme le développement de l'expertise nécessaire à la bonne conduite des négociations. En effet, la pratique actuelle insuffisante des négociations participe des craintes – et donc de la réticence – de se saisir pleinement de la procédure négociée. L'absence de conduite fréquente de négociations – ou la conduite de négociations dans une forme d'autolimitation par crainte de non-respect du droit – ne permet pas de cerner davantage le contenu des obligations en la matière ni, par conséquent, de développer de « *bonnes* » pratiques permettant de se conformer à ces obligations. Cette recommandation pourrait ainsi contribuer à la promotion de la procédure négociée, mais devrait être complétée par une clarification du cadre juridique de la négociation afin de sécuriser son utilisation.

Consensus favorable. Lors des entretiens, 12 interviewés sur 16 (comprenant à part presque égale des autorités contractantes, des avocats et des opérateurs économiques)¹⁶⁰⁸ se sont prononcés sur une recommandation émise durant la première phase, tendant à supprimer les conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs

¹⁶⁰⁸ À savoir : 5 avocats, 3 autorités contractantes et 4 opérateurs économiques.

adjudicateurs. La recommandation soumise à l'avis des interviewés est ainsi formulée :

« Transformer la procédure négociée avec mise en concurrence préalable en procédure de droit commun pour les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs, par mimétisme avec les entités adjudicatrices.

À l'instar de ce qui est autorisé pour les entités adjudicatrices, permettre aux pouvoirs adjudicateurs de recourir librement à une procédure formalisée avec négociation, sans justification. »

Cette recommandation est motivée par la perception majoritairement positive des enquêtés à l'égard de la négociation dans le cadre de la première phase d'enquêtes. Les propos des interviewés durant cette seconde phase du rapport confortent ces résultats, puisqu'ils souhaitent également l'assouplissement du recours par les pouvoirs adjudicateurs à la procédure concurrentielle avec négociation.

Ainsi, sur les 12 interviewés interrogés sur cette recommandation, 10 se sont expressément déclarés favorables¹⁶⁰⁹. Un interviewé déclare simplement être favorable à la généralisation de la négociation (qui est l'objectif poursuivi par la recommandation)¹⁶¹⁰ et le dernier interviewé ne se prononce pas, faute d'être confronté à ce cas de figure¹⁶¹¹. Cette recommandation n'a ainsi recueilli aucun avis négatif parmi les 12 interviewés sur le sujet.

Motifs soulevés. Certains interviewés ont complété leur perception de cette recommandation par la mise en exergue de l'utilité ou des avantages de l'assouplissement du recours à la négociation. Ainsi, une autorité contractante met en cause l'inutilité de la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice s'agissant du recours à la négociation, puisqu'il est conditionné pour le premier, mais libre pour la seconde. Or, la justification du recours à la négociation pour les pouvoirs adjudicateurs n'est pas toujours aisée, l'autorité contractante concernée donnant l'exemple du *« motif financier qui est difficile à justifier et personne ne sait vraiment faire une analyse financière »*. Dans le même sens, un avocat souligne que *« la distinction sur ce point entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice n'est pas objectivement justifiée »* (rejoignant en ce sens les propos d'un opérateur économique¹⁶¹²), d'autant que la négociation est également nécessaire et utile pour les pouvoirs adjudicateurs.

¹⁶⁰⁹ À savoir : 4 avocats, 2 autorités contractantes et 4 opérateurs économiques.

¹⁶¹⁰ Pour 1 autorité contractante.

¹⁶¹¹ Pour 1 avocat.

¹⁶¹² Selon un opérateur économique : *« En tant qu'opérationnel, je pense que la différence entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice se justifie de moins en moins. Il n'y a pas de raison que les pouvoirs adjudicateurs ne puissent pas bénéficier des souplesses accordées aux entités adjudicatrices. C'est notamment le cas de la procédure négociée. »*

Un autre avocat souligne également la « *revendication forte [des praticiens] de laisser une place plus importante à la négociation* », ce qui peut s'expliquer, selon un opérateur économique, par les vertus de la négociation : « *le recours à la négociation de manière plus automatique permet de limiter le risque financier dans les marchés publics* ».

Précisions éclectiques relatives à la promotion de la négociation. L'accueil favorable de la recommandation est spontanément précisé ou nuancé par une partie significative des 12 interviewés. Ces commentaires font d'ailleurs écho aux limites actuelles de la négociation soulevées dans le cadre de la première phase d'enquêtes du présent rapport. Il est en effet principalement fait état des craintes des acheteurs publics (faute d'encadrement juridique approfondi de la négociation ou d'expérience suffisante en la matière) ainsi que des entraves à l'effectivité de la négociation en l'absence de certitude des opérateurs économiques quant à sa mobilisation réelle par les acheteurs publics ou aux éléments susceptibles d'être négociés.

Ainsi, 2 interviewés¹⁶¹³ soulignent l'importance d'un accompagnement accru des acheteurs s'agissant de la négociation, afin de sécuriser sa mobilisation et de dissiper les craintes des acheteurs. Pour ce faire, une autorité contractante propose à la fois des outils de droit souple (« *via des guides européens par exemple, ou des communications* ») ainsi que la mise au point d'un accompagnement plus opérationnel et « *personnalisé* » : « *une sorte de task force nationale avec des experts du terrain, des juristes notamment, pour venir au soutien de ces acheteurs* ». L'autre interviewé, un avocat, ne propose pas d'outils d'accompagnement, mais souligne le but poursuivi par un accompagnement : lever les craintes des acheteurs s'agissant des « *risques contentieux des candidats évincés en raison d'une rupture d'égalité de traitement des candidats* ».

Les moyens de dissiper les craintes ainsi identifiées des acheteurs publics ne font toutefois pas consensus au sein des interviewés. Certains sont favorables au maintien d'une souplesse juridique, notamment quant à la faculté de l'acheteur de se réserver le droit de ne pas négocier, tandis que d'autres soulignent les limites d'une telle faculté ou plaident en faveur d'un encadrement juridique plus contraignant de la négociation. Ainsi, un avocat estime que la possibilité de ne pas négocier est opportune dans certains marchés, « *comme pour l'achat de stylos* », et que l'encadrement de la négociation doit être laissé à la libre appréciation des acheteurs, car « *réduire cette souplesse ne va pas permettre de s'adapter à tous les cas et cela*

¹⁶¹³ À savoir : 1 avocat et 1 autorité contractante.

va complexifier l'achat public. Il faut rappeler aux acheteurs de déterminer cela dans leur règlement, mais les laisser libres sur le fond ». À l'inverse, 2 interviewés souhaitent une modification du cadre juridique. En ce sens, un opérateur économique met en exergue les conséquences de l'incertitude quant à la réelle mobilisation de la négociation par l'acheteur : *« la clause selon laquelle "l'acheteur se réserve le droit de négocier" suscite des interrogations parce que les opérateurs économiques ne savent pas ce qui va se passer »*. Pour un avocat, qui adopte une approche plus générale, *« il faut encadrer la négociation »* en raison de la crainte des pouvoirs adjudicateurs de ne pas respecter les limites légales. D'où l'idée de cet avocat de *« préciser comment on négocie, car quand l'acheteur ne sait pas, il n'y va pas »*. Cet avocat n'indique toutefois pas l'objet exact ou les modalités concrètes d'une telle précision du cadre juridique de la négociation, bien que l'on puisse imaginer qu'il s'agisse par exemple d'assurer l'égalité de traitement des candidats en prévoyant la conservation des échanges avec les candidats.

Confirmation des premières enquêtes. Les résultats confortent ceux de la première phase d'enquêtes du présent rapport, qu'il s'agisse de la suppression des conditions de recours (approuvée par la très grande majorité des enquêtés) ou des dissensus quant aux modalités de sécurisation de la mise en œuvre de la négociation, alors même que les interviewés semblent s'accorder pour constater la frilosité et la crainte des pouvoirs adjudicateurs à recourir à la négociation. De telles dissensions sont confirmées par les avis donnés à la recommandation suivante, portant sur certains outils destinés à augmenter la mobilisation efficace de la négociation.

B. Le renforcement controversé de la pleine exploitation de la négociation

Lever les limites à l'efficacité de la négociation. Pour lever les limites mises en exergue par les interviewés dès la première phase du présent rapport a été envisagée l'uniformisation des règles applicables à la mise en œuvre de la négociation au sein des directives *Marchés* et *Secteurs spéciaux*, ainsi que l'incitation à identifier les éléments devant être négociés en priorité. Ces éléments ont été regroupés au sein d'une même recommandation destinée à renforcer l'efficacité de la négociation : *« [r]enforcer la pleine exploitation de la négociation en appliquant aux secteurs spéciaux les règles plus précises de la directive Marchés et en encourageant l'identification par l'autorité contractante des aspects du marché devant être négociés en priorité »*.

Recommandation 10 :

Renforcer la pleine exploitation de la négociation en appliquant aux secteurs spéciaux les règles plus précises de la directive Marchés et en encourageant l'identification par l'autorité contractante des aspects du marché devant être négociés en priorité.

[Rapport
Chaire DCP]

L'idée poursuivie par cette recommandation est double. Il s'agit, d'une part, de sécuriser le cadre juridique de la négociation pour rassurer les acheteurs publics, en étendant les règles de la *directive Marchés* à la *directive Secteurs spéciaux*. En effet, la *directive Marchés* est plus précise et contraignante s'agissant des limites de la négociation, en excluant certains éléments de la procédure de négociation (exigences minimales et critères d'attribution du marché), en établissant une liste minimale d'éléments déterminés par l'autorité contractante dès les documents de marché, et en prévoyant l'obligation d'informer, en cours de procédure, les soumissionnaires encore en lice des modifications apportées aux caractéristiques du marché. D'autre part et en complément, les autorités contractantes seraient encouragées à identifier, dès le lancement de la procédure, les aspects du marché devant être négociés en priorité. Ceci permettrait d'éviter que la négociation porte principalement – sinon exclusivement – sur le prix, en sus d'améliorer l'efficacité des échanges entre opérateurs économiques et autorités contractantes – en évitant des propositions des opérateurs économiques sur des éléments non prioritaires dans le cadre de la négociation, voire exclus de celle-ci.

Accueil mitigé de la recommandation. Seulement 2 opérateurs économiques ont expressément été interrogés sur cette recommandation¹⁶¹⁴ et leurs avis sont divergents. L'un d'entre eux semble favorable au développement de règles relatives aux modalités de la négociation, mais estime que l'identification des éléments devant être négociés en priorité pourrait être contre-productive : « *s'il [si l'acheteur] établit une règle, les points devant être négociés en priorité, il s'enferme sur les sujets, car ces points sont déterminés en amont, sans consultation des opérateurs économiques, et ne pourront plus être remis en cause. Le sourcing sert justement à prévenir cela* ». À l'inverse, l'autre opérateur économique expressément interrogé à ce sujet est favorable à une telle identification en amont, et propose même une recommandation plus contraignante, tendant non pas à *encourager* mais à *exiger* une identification par l'autorité contractante des aspects du marché devant être négociés en priorité.

¹⁶¹⁴ À savoir : 2 opérateurs économiques.

Propositions spontanées. Trois interviewés¹⁶¹⁵ se sont spontanément prononcés, dans le cadre de la recommandation précédente (suppression des conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs), sur l'identification des éléments pouvant être négociés. Sans se prononcer expressément sur l'obligation ou l'incitation de l'autorité contractante à procéder à une telle identification en amont, ces 3 interviewés ont mis en exergue l'importance d'ouvrir la négociation aux clauses administratives ou aux aspects techniques des marchés. Pour un avocat, s'« *il est important que l'acheteur précise sur quoi il va négocier et avec qui (pas forcément tous les candidats ayant remis une offre)* », la négociation ne doit pas être limitée au prix et il est essentiel d'ouvrir la négociation aux éléments techniques : « *si on négocie sur le volet technique en général et non pas sur certains aspects techniques, cela peut donner de l'intérêt à postuler pour certains opérateurs économiques* ». Dans le même sens, un autre avocat regrette que la négociation soit concentrée sur le prix, et estime que le CCTP pourrait, par exemple, faire l'objet de négociations : « *sur de grands montages de constructions pour des centres de tri, la négociation sur les solutions techniques à mettre en œuvre est très appréciée. Vous voulez ceci à tel prix, nous pouvons vous proposer une solution moins invasive et parfois moins cher* ». Cet avocat évoque également la négociation du CCAP, rejoint en ce sens par un opérateur économique soulignant que l'absence d'identification des éléments exclus ou inclus au sein de la négociation (comme le CCAP) entrave les échanges efficaces entre les candidats et l'autorité contractante.

Résultats. La recommandation 10 tendant à améliorer l'efficacité de la négociation ne fait pas consensus. Tout d'abord, aucun interviewé, durant cette seconde phase d'entretiens, ne s'est expressément prononcé sur le premier pan de cette recommandation : l'uniformisation des règles de mise en œuvre de la négociation entre la *directive Marchés* et la *directive Secteurs spéciaux*. Ensuite, les rares interviewés s'étant prononcés (spontanément ou non) sur l'identification des éléments ouverts à la négociation s'accordent uniquement pour dire que la négociation ne doit pas porter exclusivement sur le prix, contrairement à ce qui semble être constaté en pratique. Les modalités pour élargir en conséquence la négociation ne font toutefois pas consensus, qu'il s'agisse d'une incitation ou d'une obligation d'identification en amont des éléments devant être négociés en priorité, ou des éléments précis qui devraient systématiquement être ouverts à la négociation. En outre, aucune autorité contractante (sur les 5 autorités contractantes interviewées durant cette seconde phase d'enquête qualitative) ne s'est prononcée sur cette recommandation, alors même que les autorités contractantes sont les

¹⁶¹⁵ À savoir : 2 avocats et 1 opérateur économique.

premières concernées quant aux éventuelles difficultés de sa mise en œuvre.

C. La sécurisation de la mise en œuvre du dialogue compétitif

Modalités de sécurisation du dialogue compétitif. La doctrine comme les enquêtés (au stade de la première phase du présent rapport) ont mis en exergue plusieurs incertitudes relatives aux modalités de mise en œuvre du dialogue compétitif, qui font écho à celles adressées à la procédure concurrentielle avec négociation. Une recommandation a ainsi été proposée : *« sécuriser la mise en œuvre du dialogue compétitif, notamment en appliquant à cette procédure les règles relatives à la protection des informations confidentielles et à l'égalité de traitement des candidats applicables à la procédure négociée jusqu'à présent »*.

Recommandation 14 :

Sécuriser la mise en œuvre du dialogue compétitif, notamment en appliquant à cette procédure les règles relatives à la protection des informations confidentielles et à l'égalité de traitement des candidats applicables à la procédure négociée jusqu'à présent.

[Rapport
Chaire DCP]

À l'instar de la recommandation précédente, celle-ci comporte deux pans. Le premier est d'une importance relative, car consistant simplement à réintroduire une condition à l'une des hypothèses de mobilisation du dialogue compétitif : l'absence de modification substantielle entre la procédure préalable infructueuse et le dialogue compétitif. Le second pan est doté d'une ampleur plus significative, en proposant d'étendre au dialogue compétitif une règle régissant la procédure concurrentielle avec négociation – à savoir, l'obligation d'informer, en cours de procédure, les soumissionnaires encore en lice des modifications apportées aux caractéristiques du marché – et en proposant d'édicter des règles concrètes et destinées à assurer la protection des informations confidentielles tout en assurant l'égalité de traitement des candidats. Faute de consensus entre les doctrines et les enquêtés au sujet du contenu de telles règles, la recommandation ne contient pas de proposition précise à ce sujet.

Confirmation de l'absence de consensus. Seuls deux opérateurs économiques se sont prononcés, durant cette seconde phase d'enquête qualitative, sur cette recommandation. Le premier souligne, à l'instar des rares interviewés s'étant prononcés sur le dialogue compétitif durant la première phase d'enquête qualitative du présent rapport, le potentiel inexploité de cette procédure, cet interviewé ne se prononce pas réellement sur la recommandation proposée.

Il se contente de souligner les inconvénients actuels de cette procédure, qui « *est longue, coûteuse (l'acheteur demande des notes explicatives aux opérateurs économiques)* », et présente des risques : « *le sujet bloquant reste évidemment le fait de voir son idée reprise par un autre* ». En revanche, le second opérateur économique craint qu'une révision du dialogue compétitif n'augmente les risques juridiques et n'altère la flexibilité qu'offre cette procédure aux acheteurs : « *vouloir la contraindre n'est pas une bonne idée* ».

Relativité des résultats. La seconde phase d'enquêtes qualitative n'apporte pas davantage de réponses que la première phase. Les résultats ne permettent donc pas de conforter la recommandation proposée ni de l'étoffer par un éventuel consensus quant aux modalités concrètes pour assurer à la fois l'égalité de traitement des candidats et la protection des informations confidentielles dans le cadre du dialogue compétitif.

Des approfondissements seraient bienvenus à travers un futur sondage en ligne pour évaluer le taux d'adhésion à cette recommandation.

§III. LES VARIANTES

Rapport du Sénat. Considérant les variantes comme permettant aux acheteurs d'obtenir de meilleures propositions pour satisfaire leur besoin et de participer à une dynamique d'innovation, la Commission d'enquête du Sénat propose, dans son rapport publié en 2025, de généraliser l'autorisation des variantes dans les procédures formalisées, sauf mention contraire dans l'avis de marché ou l'invitation à confirmer l'intérêt¹⁶¹⁶.

Recommandation 8 :

Autoriser par principe les variantes dans le cadre des marchés passés selon une procédure formalisée, sauf mention contraire dans l'avis de marché ou l'invitation à confirmer l'intérêt.

[Rapport
Sénat]

Données. Sur les 16 interviewés au total, 10¹⁶¹⁷ ont exprimé un avis sur la recommandation tendant à autoriser par principe les variantes dans le cadre des marchés passés

¹⁶¹⁶ Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon UZENAT, *op. cit.* : <https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-116.html>.

¹⁶¹⁷ À savoir : 5 avocats, 1 autorité contractante et 4 opérateurs économiques.

selon une procédure formalisée, sauf mention contraire dans l’avis de marché ou l’invitation à confirmer l’intérêt. Parmi ces 10 interviewés, 6 sont favorables¹⁶¹⁸ et 4 sont défavorables¹⁶¹⁹.

Analyse. La recommandation, qui a emporté l’adhésion des deux tiers des personnes interrogées sur ce point, peut être regardée comme relativement consensuelle. Il est cependant intéressant de relever que si les interviewés constatent, dans l’ensemble, que les variantes soulèvent des difficultés dans l’analyse des offres, ils n’en tirent pas tous les mêmes conséquences. Ces résultats viennent ainsi confirmer les enseignements de la première phase d’enquêtes, laquelle mettait en évidence un certain malaise des praticiens face aux variantes¹⁶²⁰.

Constat consensuel : la difficulté dans l’analyse des offres. La majorité des interviewés¹⁶²¹ s’accorde à constater que les variantes complexifient le travail d’analyse ou de comparaison des offres pour les acheteurs. Logiquement, l’argument n’est pas mobilisé de la même façon par les personnes interrogées selon qu’elles sont favorables ou non à la recommandation projetée.

Sans surprise, les seconds s’appuient sur cet argument pour plaider contre la mesure, en soulignant, par exemple, que les variantes représentent une « *charge d’analyse non négligeable* » pour les autorités contractantes¹⁶²². Dans le prolongement de cette idée, un avocat interviewé expose les inconvénients que présenterait, selon lui, cette réforme :

« Si c’est implicite, plusieurs acheteurs ne vont pas savoir. Alors qu’une variante ça se prépare, et ils ne seront pas prêts pour analyser les variantes. Il faut dire que les acheteurs se positionnent : variante ou pas variante. En plus, il faut que l’acheteur indique le nombre de variante et le contenu de la variante. »

Les premiers, bien que favorables à la mesure, reconnaissent toutefois les « *difficultés* »¹⁶²³ ou les « *soucis* » rencontrés par les autorités contractantes dans la

¹⁶¹⁸ À savoir : 3 avocats, 1 autorité contractante et 2 opérateurs économiques.

¹⁶¹⁹ À savoir : 2 avocats et 2 opérateurs économiques.

¹⁶²⁰ Pour preuve la division observée entre les 29 sondés interrogés sur la méthode d’appréciation des variantes : 14 plaident pour une formule adaptée, 10 pour un classement unique et 5 se disaient mitigés.

¹⁶²¹ À savoir : 4 avocats, 1 autorité contractante et 1 opérateur économique.

¹⁶²² À savoir : 1 opérateur économique.

¹⁶²³ Selon 1 avocat.

comparaison ou la notation des offres, spécialement lorsque « *certaines candidats répondent à la variante et que d'autres n'y répondent pas* »¹⁶²⁴.

Bénéfices discutés des variantes. Les interviewés sont plus divisés s'agissant des bénéfices potentiels des variantes, en particulier pour l'innovation et les PME.

À ce sujet, un opérateur économique particulièrement favorable à la recommandation fait valoir que « *les variantes sont un levier en faveur de l'innovation et permettent aux TPE, PME de se démarquer sur certains marchés parce qu'elles préconisent des solutions alternatives* ». De la même manière, un avocat, pourtant défavorable à la mesure, reconnaît que refuser les variantes « *c'est s'interdire de bénéficier d'une innovation ou d'une technique envisagée* ». En contrepoint, son confrère estime que le recours aux variantes « *n'est pas un levier indispensable pour l'innovation* ».

Dans un autre registre, un autre interviewé estime que les variantes sont utilisées comme une « *béquille* » par les acheteurs « *quand ils ne savent pas définir leur besoin* » de sorte qu'il serait inopportun d'en faire le principe dans le cadre des procédures formalisées¹⁶²⁵. Partant du même constat, un avocat interviewé en tire une conclusion différente. Selon lui, autoriser par principe les variantes dans le cadre des marchés à procédures adaptées est « *contradictoire [...] avec la définition des besoins et des caractéristiques attendues* », tandis que le principe serait bienvenu dans les procédures formalisées¹⁶²⁶.

Mesures alternatives ou complémentaires. Les interviewés proposent trois séries de mesures alternatives ou complémentaires à la recommandation projetée.

La première consiste en un encadrement juridique renforcé des variantes, rejoignant ainsi le constat formulé par plusieurs interviewés lors de la première phase d'enquêtes¹⁶²⁷. Sur ce point, un opérateur économique favorable à la mesure invite à rester vigilant :

« Il faut l'encadrer pour éviter de basculer dans le marché de conception-réalisation ; l'acheteur doit rester le maître d'ouvrage, il faut que la variante devienne un élément contractuel. Il y a un article dans le code de la commande

¹⁶²⁴ Selon 1 autorité contractante.

¹⁶²⁵ Selon 1 avocat.

¹⁶²⁶ Selon 1 avocat.

¹⁶²⁷ Lors de cette phase, 1 avocat et 2 autorités contractantes constataient que l'insécurité juridique entourant le recours aux variantes en raréfiait le recours avant de recommander un meilleur encadrement juridique.

publique qui dit que lorsque l'acheteur retient une offre variante, le maître d'œuvre met à jour l'offre et intègre la variante ».

Dans cet ordre d'idées, 2 interviewés¹⁶²⁸ souhaitent que l'autorisation par principe des variantes dans le cadre des procédures formalisées soit assortie d'un plus strict encadrement de leur nombre. À rebours, un avocat estime qu'il faudrait uniquement fixer le nombre de variantes (et non en faire le principe) dès lors que son augmentation complexifie l'analyse des offres.

La deuxième série de mesures concerne le renforcement de la formation des acheteurs. La majorité des interviewés évoque un manque de formation des acheteurs dans l'analyse des offres comportant des variantes, sans pour autant en tirer des conclusions identiques. Pour les uns, mieux « *outiller les petits acheteurs* »¹⁶²⁹ ou, selon, « *accompagner et rassurer les collectivités* »¹⁶³⁰ suffirait à encourager le recours aux variantes. Pour les autres, la recommandation envisagée serait pertinente à la condition d'être assortie de mesures complémentaires, telles qu'un renforcement de la formation des acheteurs, l'apport de « *précisions intéressantes* »¹⁶³¹, ou encore la mise en place d'exceptions dans les situations où elle se révélerait inutile, « *par exemple pour l'achat d'un stylo de type "BIC"* »¹⁶³².

Une troisième mesure complémentaire est envisagée par une autorité contractante interviewée. En effet, cette dernière préconise que le législateur européen consacre les *scenarii* alternatifs¹⁶³³, comme la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des finances l'avait fait avec les prestations supplémentaires éventuelles (PSE). Cette autorité contractante précise les avantages de cette technique en comparaison avec les variantes :

« On peut se demander quelle va être la différence de traitement entre un contrat qui sera sur 3 années ferme ou sur 7 années ferme. Les acheteurs demandent des scénarios alternatifs, c'est-à-dire une offre ferme basée sur les 3 années et une offre alternative basée sur 7 années. On prévoit comment on va choisir un scénario ou l'autre. Ensuite, on informe les candidats et on attribue le marché au scénario le

¹⁶²⁸ À savoir : 1 avocat et 1 autorité contractante.

¹⁶²⁹ Selon 1 avocat.

¹⁶³⁰ Selon 1 avocat.

¹⁶³¹ Selon 1 avocat.

¹⁶³² Selon 1 avocat.

¹⁶³³ Cette pratique est déjà ratifiée par la jurisprudence du Conseil d'État français : CE, 21 oct. 2015, *Communauté urbaine du Grand Dijon*, n° 391311.

plus avantageux. [...] C'est un outil qui manque puisque la variante ne nous permet pas d'avoir ce choix, car elle est fondée sur un classement unique. »

Résultats. En définitive, ce n'est pas tant l'instauration d'un principe d'autorisation des variantes, ou de leur interdiction, qui intéresse les acteurs de la commande publique, mais plutôt l'encadrement des variantes dans leur nombre et leur contenu.

§IV. LES MOTIFS D'EXCLUSIONS

Points abordés. Dans le cadre des entretiens, les enquêtés ont abordé les questions de la création d'un registre européen des opérateurs économiques (**A.**), de la clarification du motif d'exclusion lié à des défaillances persistantes de l'opérateur économique (**B.**) et du rejet des offres identiques présentées par des personnes morales distinctes, mais dénuées d'autonomie commerciale (**C.**). Enfin, les interviewés ont spontanément évoqué des attentes liées aux motifs d'exclusions (**D.**).

A. La création d'un registre européen

Travaux de la Chaire. Les systèmes d'exclusion et de remédiation prévus par les *directives 2014/23*¹⁶³⁴ et *2014/24*¹⁶³⁵ posent deux problématiques fondamentales, qui sont intrinsèquement liées, et que révèle la première phase de recherches de la Chaire¹⁶³⁶.

D'un côté, ces dispositifs font peser sur les autorités contractantes un véritable devoir de vigilance, sans toutefois leur donner les moyens adéquats pour accéder aux informations relatives aux opérateurs économiques (numéros fiscaux, cotisations sociales et fiscales, casier judiciaire, etc.), spécialement lorsqu'ils sont issus d'autres États membres de l'Union européenne. Les autorités contractantes, qui n'ont ni le temps ni les moyens de procéder à des vérifications substantielles, se bornent ainsi généralement à admettre des attestations sur l'honneur, rendant le système largement inefficace à prévenir la corruption, les conflits d'intérêts ou à satisfaire les autres objectifs au service desquels il est mis. Les autorités

¹⁶³⁴ Dir. 2014/23, art. 38.

¹⁶³⁵ *Ibid.*, art. 57.

¹⁶³⁶ Voir : Partie 2, Axe 2, Thématique 5.

contractantes interrogées lors des enquêtes soulignent également que l'appréciation des mesures de *self-cleaning* adoptées par les opérateurs économiques présente un caractère délicat, sinon un véritable risque juridique de contestation.

De l'autre côté, les opérateurs économiques souffrent de la lourdeur administrative et financière que suppose la constitution de chaque dossier de candidature et n'appréhendent pas facilement les mesures de remédiation pertinentes lorsqu'ils sont visés par un motif d'exclusion. Ces problématiques constituent un frein, voire un obstacle parfois dirimant à l'accès de la commande publique pour les opérateurs économiques, en particulier pour les PME.

Les praticiens français, qu'ils soient autorités contractantes ou opérateurs économiques, appellent de leurs vœux un système plus objectif. S'inspirant des expériences allemande et italienne, le législateur européen pourrait prévoir la création d'un registre européen qui serait alimenté par les autorités nationales chargées d'instruire et de délivrer une autorisation temporaire (dont la validité pourrait être, par exemple, de 3 ans) de conclure un contrat de la commande publique aux opérateurs économiques¹⁶³⁷.

La proposition de la Chaire s'inscrit dans un contexte européen favorable à l'émergence d'un partage d'informations, facilité par les technologies disponibles, permettant l'allègement des charges administratives des pouvoirs adjudicateurs, comme en témoignent les rapports Müller et Caranta.

Recommandation 16 :

Créer un registre européen des opérateurs économiques des États membres recensant les condamnations prononcées par un jugement définitif pour les motifs d'exclusion obligatoires.

[Rapport
Chaire DCP]

Permettre le partage d'informations entre les États membres en ce qui concerne les opérateurs économiques exclus des marchés publics.

[Rapport
Müller]

Utiliser davantage la technologie de manière proactive afin de fournir des informations plus fiables et plus facilement accessibles sur les opérateurs économiques.

[Rapport
Caranta]

Données. La recommandation tendant à créer un registre européen des opérateurs économiques des États membres qui recenserait les condamnations prononcées par un jugement

¹⁶³⁷ Voir : Partie 4, Axe 2.

définitif pour les motifs d'exclusion obligatoires a recueilli l'avis de 10¹⁶³⁸ des 16 interviewés. Parmi eux, 8 sont favorables à la mesure proposée¹⁶³⁹ et 2 y sont défavorables¹⁶⁴⁰.

Analyse. La recommandation peut être perçue comme largement consensuelle. Dans le détail, on remarque qu'elle fait l'unanimité chez les autorités contractantes et les avocats interviewés, tandis qu'elle divise les opérateurs économiques. Ce constat se comprend parfaitement au regard des arguments avancés par les interviewés.

Optimisation du travail des autorités contractantes. Pour la grande majorité des personnes interrogées, la recommandation permettrait d'optimiser le temps de travail consacré à l'analyse des dossiers de candidature par les autorités contractantes. À cet égard, l'une d'elles fait le parallèle avec le *Passe Marché* avant d'en louer les mérites : « *cela évite de passer notre temps à faire de l'administratif et à nous poser des questions sur la validité d'une déclaration* ». Dans le même ordre d'idées, un avocat interviewé envisage cette mesure comme une « *source de simplification pour les acheteurs publics* », tandis qu'un confrère appelle à une centralisation des informations dans la mesure où :

« Les acheteurs n'ont pas les moyens de faire les vérifications demandées. Aujourd'hui, la phase de candidature est considérée comme une phase administrative chronophage et complexe qui consiste pour l'heure à juste vérifier dans un tableur Excel qui vérifie que les pièces demandées ont été transmises. »

Abondant dans ce sens, un autre interviewé invite non seulement à réduire les « *formalités administratives* » qui pèsent sur l'acheteur public, mais aussi à le décharger de la responsabilité de vérifier les motifs d'exclusion¹⁶⁴¹. À rebours, un opérateur économique, plutôt convaincu par la mesure, n'en exprime pas moins la crainte que ce registre européen ne devienne une « *nouvelle source de bureaucratie* » sinon de « *complexité* ».

Amélioration de l'efficacité du système. Dans le prolongement de l'argument précédent, plusieurs avocats interviewés font valoir que la recommandation améliorerait l'efficacité du système des exclusions. L'un d'eux remarque que les acheteurs, d'ailleurs encouragés par un contrôle assez lâche du juge administratif, sont « *peu regardant lors de l'analyse des candidatures* » puisqu'ils se bornent à vérifier si tous les documents ont été transmis. L'autre constate que le système actuel est « *assez lourd et peu efficace* », avant

¹⁶³⁸ À savoir : 4 avocats, 2 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques.

¹⁶³⁹ À savoir : 4 avocats, 2 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques.

¹⁶⁴⁰ À savoir 2 opérateurs économiques.

¹⁶⁴¹ Selon 1 avocat.

d'appeler à une « *simplification du rôle donné aux acheteurs en ce qui concerne la vérification des aptitudes à être candidat et des exclusions à participer aux procédures* ». Là encore, un opérateur économique nuance ce gain d'efficacité escompté en soulignant que « *la mise en place du registre ne peut pas dire qu'on va y recourir forcément* ».

Accès facilité aux marchés d'autres États membres. Un autre argument invoqué en faveur de ce registre européen tient au fait qu'il faciliterait l'accès des opérateurs économiques aux marchés publics des autres États membres de l'Union européenne. Sur ce point, un avocat interviewé souligne que cette mesure répond à une attente des opérateurs économiques nationaux, en particulier « *les grands groupes ou les structures intervenant dans des domaines de niche* », au sens où ce registre « *permettrait de pénétrer plus facilement sur des marchés d'autres États membres* ». Confirmant cette intuition, un opérateur économique interviewé envisage ce registre européen « *comme une espèce de levier pour avoir un accès plus large à certains marchés* », tandis qu'un autre souligne la pertinence du partage d'informations tant pour faciliter les candidatures d'un État membre à l'autre, que pour améliorer l'analyse des dossiers concernés.

Crainte du caractère infamant. La principale critique émise à l'encontre de cette recommandation tient au caractère potentiellement infamant du registre européen pour les entreprises condamnées. En ce sens, un avocat, pourtant favorable à la mesure, souligne que l'opérateur économique condamnée risque d'être regardé, pendant plusieurs années, « *comme un mouton noir ou un mouton blanc* ». Plus explicitement encore, un opérateur économique craint que le système s'assimile à du « *name and shame* », quand bien même le registre ne recenserait que les opérateurs économiques frappés par une condamnation définitive. Il s'en explique :

« Il y a quand même beaucoup de débats sur certaines condamnations qui ne sont pas définitives, et les informations circulent vite dès qu'il y a un doute sur la procédure. En outre, l'entreprise peut être liquidée et prendre une autre forme [...]. Ça ne va pas dans le sens de la simplification. »

B. La clarification du motif d'exclusion lié à des défaillances persistantes

Travaux de la Chaire. Le motif facultatif d'exclusion lié à des défaillances persistantes permet à l'autorité contractante d'exclure un opérateur économique qui n'aurait pas donné satisfaction lors de l'exécution d'un précédent contrat, si tant est que cela ait donné lieu à résiliation ou à des dommages et intérêts. Il ressort de la première phase d'enquêtes¹⁶⁴² que cette imprécision rédactionnelle fait craindre aux opérateurs économiques une surtransposition de ce motif d'exclusion par les États membres¹⁶⁴³, ainsi qu'un excès de zèle des autorités contractantes. La souplesse du dispositif tient autant au caractère discrétionnaire de la décision de l'autorité contractante de résilier aux torts le contrat, ainsi qu'à la formulation très imprécise des directives qui visent une résiliation, des dommages et intérêts ou toute autre « *sanction comparable* ». En outre, ces opérateurs économiques se demandent si la saisine d'une juridiction ou d'une autorité administrative aux fins de contestation de ladite sanction conduit à suspendre ce motif. C'est pourquoi la Chaire suggère une clarification de ce motif d'exclusion. Il conviendrait également, dans un considérant des directives, de préciser que la saisine d'une juridiction ou d'une autorité administrative aux fins de contestation de la décision de l'autorité contractante est suspensive.

Recommandation 18 :

Clarifier l'utilisation du motif d'exclusion lié à des « défaillances persistantes de l'opérateur économique », lors d'un précédent contrat, qui ont donné lieu à une « résiliation ou une sanction comparable » en : supprimant cette dernière mention, et en précisant que la saisine d'une juridiction ou d'une autorité administrative aux fins de contestation est suspensive de la décision.

[Rapport
Chaire DCP]

Données. La clarification du motif d'exclusion lié à des « *défaillances persistantes de l'opérateur économique* » dans l'exécution d'un précédent contrat – préconisée par un opérateur économique interviewé lors de la première phase – soulève peu de remarques des interviewés. En effet, seuls 3 opérateurs économiques se sont exprimés favorablement sur cette mesure.

¹⁶⁴² Voir : Partie 2, Axe 2, Thématique 5.

¹⁶⁴³ Il convient cependant de relever que le *Code de la commande publique* français est plus précis que la disposition de la directive 2014/24. Son article L. 2141-7 dispose, en effet, que :

« L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur. »

Analyse. La recommandation fait l'unanimité, cependant qu'il convient de fortement nuancer ces résultats. Sur le plan quantitatif d'abord, ces 3 interviewés représentent une minorité de l'ensemble des personnes interrogées dans le cadre des entretiens. Sur le plan qualitatif, ensuite, les résultats apparaissent peu représentatifs de la diversité des personnes interrogées, en ce qu'ils émanent exclusivement d'opérateurs économiques, à l'exclusion des avocats et, surtout, des autorités contractantes, pourtant directement concernées par la mesure. On remarquera, sur ce point, que la mesure divisait les enquêtés lors de la première phase du rapport. Si 2 opérateurs économiques jugeaient ce motif d'exclusion trop sévère, 2 autres interviewés (1 autorité contractante et 1 avocat) appelaient au contraire à un assouplissement des conditions de sa mise en œuvre.

Entre clarification et suppression. Dans l'ensemble, les opérateurs économiques interrogés sur cette recommandation y sont favorables, cependant que 2 d'entre eux appellent implicitement à la suppression pure et simple de ce motif d'exclusion.

Le premier ne discute pas du bien-fondé de ce motif d'exclusion, il exprime un simple « *besoin de clarification* » de ses conditions de mise en œuvre. Il souligne principalement l'incertitude qui entoure la saisine du juge pour contester la décision de résiliation ou toute autre sanction comparable entérinant la mauvaise exécution du contrat par l'entreprise. Il se demande si cette saisine suspend la mise en œuvre du motif d'exclusion.

Les 2 autres opérateurs économiques interviewés sont plus tranchants, à l'instar des enquêtés lors de la première phase¹⁶⁴⁴. L'un d'eux estime que ce motif d'exclusion parfaitement « *discrétionnaire* » confère à l'acheteur un « *pouvoir exorbitant* », sinon un véritable « *pouvoir de vie ou de mort sur l'entreprise* ». L'autre qualifie ce motif d'exclusion de « *double peine* » et s'en explique plus longuement :

« On a une résiliation pour faute et derrière n'importe quel autre acheteur pourrait nous exclure sans tenir compte du contexte. On ne sait pas si c'est le même acheteur à chaque fois ou si ce sont tous les acheteurs. Je trouve cela un peu dur. Car il y a eu résiliation pour faute, des indemnités, des manquements graves, mais il y a aussi un contexte qui est lié à ça et faire fi de ce contexte dans le cadre d'une procédure de passation et du jugement constitue un vrai problème d'équité. Surtout qu'une exclusion de 3 ans est

¹⁶⁴⁴ Sur ce point, 1 opérateur économique qualifiait la transposition française de ce motif de trop sévère et 1 autre estimait que sa mise en œuvre pouvait être « *subjective et potentiellement dangereuse* ».

longue dans la vie d'une entreprise. On peut avoir une équipe dirigeante qui s'est complètement renouvelée. »

C. Les offres identiques présentées par des personnes morales distinctes dépourvues d'autonomie commerciale

Travaux de la Chaire. La présentation de deux offres identiques par deux personnes morales différentes qui, faute d'autonomie commerciale « *résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot* »¹⁶⁴⁵, doivent être regardées comme un seul soumissionnaire est une pratique parfois dénommée « *tapis de bombes* ». Cette technique destinée à optimiser artificiellement les chances de l'opérateur économique de se voir attribuer une concession, un marché public ou un lot « *biaise la concurrence* »¹⁶⁴⁶. En ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, aux vises des « *principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination qui découlent des articles 49 et 56 du TFUE* », que la signature de deux offres par deux « *syndicats* » relevant d'une même entité permettait à l'autorité contractante « *de les exclure s'il apparai[ssai]t, sur la base d'éléments incontestables, que leurs offres n'ont pas été formulées de manière indépendante* »¹⁶⁴⁷. Fort de ce précédent, le Conseil d'État a considéré que l'autorité contractante était tenue d'écarter ces offres « *irrégulières* », sauf à se rendre coupable d'une méconnaissance de ses « *obligations de mise en concurrence* »¹⁶⁴⁸.

Dès lors que cette pratique contrarie manifestement les principes fondamentaux du droit de la commande publique, son interdiction trouverait toute sa place dans le droit européen de la commande publique.

Recommandation 19 :

Codifier dans les directives *Marchés* et *Concessions* l'obligation qui pèse sur l'autorité contractante d'identifier et de rejeter les offres identiques présentées par deux personnes morales différentes néanmoins dépourvues d'autonomie commerciale.

[Rapport
Chaire DCP]

¹⁶⁴⁵ CE, 8 déc. 2020, *Métropole Aix-Marseille*, n° 436532.

¹⁶⁴⁶ M. PICHON DE VENDEUIL, concl. sur CE, 8 déc. 2020, *Métropole Aix-Marseille*, n° 436532.

¹⁶⁴⁷ CJUE, 8 févr. 2018, *Lloyd's of London contre Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, aff. C-144/17.

¹⁶⁴⁸ CE, 8 déc. 2020, *Métropole Aix-Marseille*, n° 436532.

Données. Seulement 3 interviewés¹⁶⁴⁹ ont émis des avis, d’ailleurs contradictoires, sur la recommandation visant à inscrire dans le droit européen l’obligation pour l’autorité contractante de rejeter les offres identiques présentées par deux personnes morales différentes, néanmoins dépourvues d’autonomie commerciale¹⁶⁵⁰.

Analyse. La mesure projetée ne convainc manifestement pas les interviewés. Ces résultats confortent le bilan de la première phase d’enquête. En effet, si cette préconisation émanait d’une autorité contractante interviewée, elle n’avait pas suscité l’adhésion dans le cadre de discussions menées au sein de la Chaire.

Dissensions sur le rôle de l’autorité contractante. Les interviewés s’accordent à reconnaître que la pratique dite des « *tapis de bombe* » porte en germe une distorsion de la concurrence, qu’ils qualifient soit de « *concertation* »¹⁶⁵¹, soit d’ « *entente* »¹⁶⁵².

Ils divergent cependant quant au rôle que devrait assumer l’autorité contractante dans cette hypothèse. Pour l’opérateur économique interviewé, l’autorité contractante doit identifier et rejeter non seulement ces offres identiques, mais aussi deux offres distinctes, présentées par deux entreprises différentes, faisant toutefois appel au même sous-traitant – situation qui peut conduire à attribuer la même note. *A contrario*, l’avocat interviewé s’interroge sur les capacités des autorités contractantes à détecter, seules, des infractions au droit de la concurrence :

« Comment un acheteur peut-il, lui seul, détecter une entente ? Il faut un appui technique par des gens qui ont la compétence en matière de détection des pratiques non concurrentielles. La DAJ devrait avoir une check-list pour accompagner les acheteurs. L’Autorité de la concurrence pourrait aussi aiguiller. Il y a des entités, dont c’est la spécialité, qui devraient pouvoir aider les acheteurs. C’est donc au niveau national que cela se joue. »

¹⁶⁴⁹ À savoir : 1 avocat et 2 opérateurs économiques.

¹⁶⁵⁰ CE, 8 déc. 2020, *Métropole Aix-Marseille*, n° 436532 : le juge des référés constate que « si deux personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d’autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l’absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot ». Et le Conseil d’État d’en déduire que le pouvoir adjudicateur doit, le cas échéant, écarter l’ensemble des offres présentées par le même opérateur comme irrégulières, et qu’elle avait ainsi manqué à ses obligations de mise en concurrence.

¹⁶⁵¹ Pour reprendre le mot d’un opérateur économique.

¹⁶⁵² Pour reprendre le mot d’un avocat.

D. Les retours spontanés des enquêtés sur les motifs d'exclusions

Données. Parmi les 16 interviewés, 7 ont formulé spontanément des recommandations relatives aux motifs d'exclusion¹⁶⁵³.

Analyse. La thématique des motifs d'exclusion se présente comme un important sujet de préoccupation puisqu'il est soulevé par 40 % des personnes interrogées, principalement des autorités contractantes et des avocats. Ce constat est logique dans la mesure où les autorités contractantes sont les premiers maillons du système des exclusions. Cette analyse est confirmée par le détail des recommandations formulées, qui visent soit à limiter le nombre de motifs, soit à en clarifier le caractère facultatif.

Limitation du nombre de motifs. Plusieurs interviewés¹⁶⁵⁴ déplorent la multiplication des motifs d'exclusion à l'échelle nationale – par exemple l'exclusion liée au BEGES ou à l'absence de publication du plan de vigilance – et européenne, aussi bien dans les *directives Marchés et Concessions* que dans des textes tels que le *Règlement IMPI*. Les conséquences mises en évidence par les interviewés sont de plusieurs ordres : un risque plus élevé d'infructuosité de la procédure de passation¹⁶⁵⁵ et le caractère chronophage des vérifications à effectuer pour les autorités contractantes ; l'une d'elles estimant passer son temps à former ses « *acheteurs qui deviennent des administratifs et ne font plus leur métier* ».

Ce constat majoritaire mérite toutefois d'être nuancé à la lumière des sondages réalisés lors de la première phase du rapport. En effet, les 25 sondés étaient alors particulièrement divisés, 10 d'entre eux jugeant le nombre de motifs d'exclusion excessif¹⁶⁵⁶, 8 adoptant la position contraire¹⁶⁵⁷, les 7 autres se déclarant partagés¹⁶⁵⁸.

Pour remédier à ces difficultés, plusieurs interviewés ont plaidé, tant lors de la première¹⁶⁵⁹ que de la deuxième phase d'enquêtes¹⁶⁶⁰, pour que la liste européenne des motifs d'exclusion soit exhaustive, retirant ainsi aux États membres la faculté d'en prévoir de

¹⁶⁵³ À savoir : 3 avocats, 3 autorités contractantes et 1 opérateur économique.

¹⁶⁵⁴ À savoir : 1 avocat, 2 autorités contractantes et 1 opérateur économique.

¹⁶⁵⁵ Selon 1 avocat.

¹⁶⁵⁶ À savoir : 10 autorités contractantes.

¹⁶⁵⁷ À savoir : 1 avocat, 6 autorités contractantes et 1 opérateur économique.

¹⁶⁵⁸ À savoir : 7 autorités contractantes.

¹⁶⁵⁹ À savoir : 2 opérateurs économiques.

¹⁶⁶⁰ À savoir : 1 autorité contractante et 1 opérateur économique.

nouveaux. Il convient toutefois de remarquer qu'un avocat interviewé lors de la deuxième phase s'oppose à cette mesure au motif que *« ceci relève de la souveraineté et [que] chaque État doit pouvoir mettre en œuvre certains axes politiques comme le respect de l'égalité homme-femme »*.

Précisions sur le caractère facultatif des motifs d'exclusion. Le caractère facultatif de certains motifs d'exclusion facultatifs soulève un véritable *« problème philosophique »*¹⁶⁶¹ pour 3 interviewés¹⁶⁶². L'une des autorités contractantes interviewées égraine certaines des interrogations soulevées en pratique par ce caractère facultatif :

« Faut-il annoncer les motifs facultatifs qu'on applique dès le départ ? Les motifs annoncés doivent-ils être impérativement appliqués [...] Le côté facultatif serait-il de pouvoir ne pas les appliquer à la fin ? Si le premier ne convient pas, l'acheteur pourrait-il de soulever le motif par opportunité ? »

Dans le prolongement de cette idée, un avocat interviewé constate que la marge laissée aux autorités contractantes nuit à l'efficacité du système au sens où *« certains motifs sont difficiles à appliquer, car les acheteurs ont peur. Si c'est une grosse boîte avec les moyens, on ne peut pas facilement exclure l'opérateur économique pour résiliation antérieure pour faute, car il peut fournir des audits difficilement contestables »*.

Pour réduire cette incertitude, les 2 autorités contractantes interviewées suggèrent de préciser le caractère facultatif, sans apporter davantage de précision. L'une d'elles estimant toutefois que la rédaction d'un guide serait insuffisante *« car cela n'apporte pas de solution concrète et ne simplifie pas la vie des acheteurs »*. Pour sa part, l'avocat interviewé propose une *« simple clarification »* formelle de la *« distinction facultative et obligatoire »* qui pourrait consister à revenir à l'ancienne appellation des motifs *« laissés à l'appréciation de l'acheteur »* manifestement mieux comprise des praticiens.

Ces résultats sont à nuancer au regard du bilan de la première phase de l'enquête. Certes, 5 interviewés¹⁶⁶³ s'inquiétaient de la latitude laissée à l'autorité contractante s'agissant des motifs d'exclusion facultatifs. Pour autant, la question divisait davantage les sondés : la marge d'appréciation laissée aux autorités contractantes, jugée trop étendue par 46 % des sondés¹⁶⁶⁴,

¹⁶⁶¹ Selon 1 autorité contractante.

¹⁶⁶² À savoir : 1 avocat et 2 autorités contractantes.

¹⁶⁶³ À savoir : 2 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques.

¹⁶⁶⁴ À savoir 10 autorités contractantes.

était cependant perçue comme satisfaisante par 42,3 % d'entre eux¹⁶⁶⁵ tandis que 19,2 % se déclareraient mitigés¹⁶⁶⁶.

§V. LA CAPACITÉ DES CANDIDATS

Aperçus des attentes des praticiens. Bien que peu d'interviewés se sont exprimés sur la capacité des candidats, en particulier sur la limitation des conditions relatives à la capacité technique et opérationnelle des candidats (A.) et le recours à une entité tierce (B.), les résultats laissent entrevoir des pistes de réflexion complémentaires qu'un futur sondage pourrait explorer.

A. La limitation des conditions relatives à la capacité technique et opérationnelle des candidats

Rapport du Sénat. Le rapport du Sénat entend assouplir certaines modalités procédurales perçues comme des freins à l'accès des opérateurs économiques à la commande publique, en particulier des *start-ups*¹⁶⁶⁷. Parmi ses propositions, l'une concerne la capacité des candidats. En vertu de l'article 58 de la directive *Marchés* (classiques), les acheteurs publics peuvent imposer aux opérateurs économiques des conditions relatives à leurs capacités économiques, financières, techniques et opérationnelles.

Ainsi, le droit actuel permet d'établir « *des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié* »¹⁶⁶⁸. À ce titre, un niveau d'expérience suffisant peut être exigé, « *démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement, étant précisé que l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat* »¹⁶⁶⁹. Ceci peut empêcher la candidature de jeunes entreprises. Partant, la commission

¹⁶⁶⁵ À savoir : 1 avocat et 10 autorités contractantes.

¹⁶⁶⁶ À savoir : 4 autorités contractantes et 1 opérateur économique.

¹⁶⁶⁷ Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon UZENAT, *op. cit.* : <https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-115.html>.

¹⁶⁶⁸ *Idem.*

¹⁶⁶⁹ *Idem.*

sénatoriale suggère que les conditions tenant à la capacité technique et opérationnelle d'un opérateur économique soient justifiées par l'objet ou les conditions d'exécution du marché, proportionnellement à l'objectif poursuivi¹⁶⁷⁰.

Recommandation 21 :

Limiter la possibilité, pour les acheteurs publics, d'imposer aux entreprises candidates à un marché public des conditions relatives à leurs capacités techniques et opérationnelles aux seuls cas où de telles exigences sont justifiées par l'objet ou les conditions d'exécution du marché et proportionnées à l'objectif poursuivi.

[Rapport
Sénat]

Appréciation des interviewés. Uniquement 2 enquêtés (sur 16) ont réagi à cette proposition. Il s'agit d'opérateurs économiques. Le premier opérateur économique, agissant parfois en qualité d'autorité contractante, s'oppose, par principe, à toute limitation de la liberté laissée aux acheteurs dans la détermination des conditions de capacité. Pour le second, cette restriction est une question de bon sens. Il lui est arrivé de rencontrer des conditions déconnectées du marché. L'établissement d'un lien entre la capacité (technique et opérationnelle) et l'objet du marché ou ses conditions d'exécution permettrait d'éviter certaines dérives et d'accroître la concurrence. Pour lui, cette recommandation s'inscrit également dans une démarche de simplification.

Insuffisance des résultats. Ces résultats ne peuvent être comparés à ceux de la première phase d'enquêtes du présent rapport, puisque cette recommandation n'est pas issue des travaux de la Chaire et n'avait pas été soumise aux enquêtés lors de la première phase. Par ailleurs, le faible taux de réponse nécessite, sur ce point, des approfondissements dans le cadre d'un futur sondage afin d'évaluer, avec une marge d'erreur plus réduite, le taux d'adhésion des acteurs de la commande publique à cette recommandation.

¹⁶⁷⁰ *Idem.*

B. La clarification du cadre juridique relatif au recours à une entité tierce

Travaux de la Chaire. Lors de la première phase d'enquêtes, un interviewé partageait des difficultés à identifier les preuves permettant d'attester le recours à une entité tierce, en ce qui concerne la nature des liens qui l'unissent au soumissionnaire principal¹⁶⁷¹.

Le recours aux capacités d'autres entités est autorisé par l'article 63 de la *directive 2014/24* et par l'article 38 §2 de la *directive 2014/23*. Ce dispositif présente un indéniable intérêt pour les opérateurs économiques puisqu'il leur permet de satisfaire aux exigences liées aux capacités financières, économiques, professionnelles et/ou techniques parfois élevées et, ce faisant, d'optimiser leur chance de se voir attribuer une concession, un marché ou un lot. Cette faculté constitue, de toute évidence, un levier pour l'accès de la commande publique, en particulier pour les PME. Elle est pourtant entourée d'une certaine insécurité juridique qui peut être principalement imputée à l'imprécision rédactionnelle des directives aux termes desquelles le soumissionnaire principal peut avoir recours aux capacités d'autres entités et ce « *quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités* ».

Une telle formulation se borne à reprendre celle qui était retenue par la *directive 2004/18*¹⁶⁷². Elle s'inscrit, par ailleurs, dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle la preuve de ce lien est libre s'agissant aussi bien des capacités des tiers¹⁶⁷³, que la garantie que ce dernier les mettra au service du candidat pour l'exécution du marché¹⁶⁷⁴. Cette interprétation étant conforme « *à l'objectif d'ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible* » et « *de nature à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics* », il n'est pas question de la remettre en question.

En revanche, il serait pertinent que le législateur européen énumère, dans un considérant, des exemples de documents permettant d'attester le lien qui unissent le soumissionnaire principal et l'entité sur les capacités desquelles il s'appuie afin de sécuriser ce dispositif.

¹⁶⁷¹ Voir : Partie 2, Axe 3, Thématique 7, §II., C.

¹⁶⁷² Dir. 2004/18, art. 47 §2.

¹⁶⁷³ CJUE, 14 janv. 2016, *Ostas*, aff. C-234/14.

¹⁶⁷⁴ CJUE, 10 oct. 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA*, aff. C-94/12.

Recommandation 15 :

Énumérer dans un considérant des directives Marchés et Concessions des exemples de documents admis au titre de preuve du lien entre le soumissionnaire principal et l'entité tierce sur les capacités desquelles il s'appuie.

[Rapport
Chaire DCP]

Intérêt des praticiens. Pour un avocat, cette énumération aiderait les pouvoirs adjudicateurs dans leur vérification de l'aptitude des candidats, « *une phase lourde et peu efficace, se limitant parfois, pour des raisons d'efficacité, à vérifier si les pièces demandées ont été transmises* ». Ce constat est partagé auprès de 2 opérateurs économiques qui voient, dans cette proposition, un moyen de faciliter la constitution de leurs dossiers de candidature, notamment lors du recours à une filiale sans avoir à former un groupement de commandes. Ces réponses ne permettent pas de confirmer, par leur faible nombre, le constat partagé par un participant de la première phase d'enquêtes. Des approfondissements à travers un futur sondage en ligne pourraient s'avérer utiles.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 2

Les entretiens ont principalement porté sur les exceptions à la mise en concurrence et à la publicité, la négociation, les variantes, les motifs d'exclusion et, plus marginalement, la capacité des candidats. Ils mettent en lumière à la fois des consensus forts, des dissensions persistantes et des zones d'incertitude appelant des clarifications normatives.

S'agissant des exceptions à la mise en concurrence et à la publicité, les échanges révèlent un intérêt marqué pour l'adaptation des motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable. Un large consensus se dégage en faveur de la création d'un nouveau motif permettant le remplacement rapide d'un titulaire défaillant en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, afin d'assurer la continuité des opérations, notamment dans les marchés de travaux. Cette adhésion est toutefois assortie de réserves quant à l'encadrement du dispositif, en particulier pour éviter les abus en cas de redressement judiciaire ou de reconstitution artificielle d'entreprises.

À l'inverse, la proposition visant à créer un motif fondé sur un gain significatif d'efficacité en cas d'atteinte à la continuité du service public suscite un accueil majoritairement défavorable. Les interviewés redoutent des risques de dévoiement et estiment, pour certains, que les mécanismes existants (urgence impérieuse) sont suffisants. Les demandes de clarification de motifs existants (urgence impérieuse, répétition de prestations similaires) n'ont pas donné lieu à des résultats suffisamment représentatifs pour dégager une orientation claire. Enfin, des propositions spontanées – notamment l'adaptation des motifs aux achats d'occasion ou la remise en cause de la notion d'urgence impérieuse – traduisent un besoin plus général de simplification et de meilleure adéquation aux pratiques.

Concernant la négociation, la suppression des conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs constitue l'un des points les plus consensuels de l'enquête. Une large majorité des participants considère la négociation comme un levier central d'efficacité de l'achat public, permettant une meilleure adéquation entre l'offre et le besoin, une réduction des risques d'exécution et une optimisation financière. Les interviewés soulignent toutefois que cette évolution devrait s'accompagner de mesures de sécurisation, afin de lever les craintes des acheteurs liées au risque contentieux et à l'incertitude du cadre juridique.

En revanche, les recommandations visant à renforcer l'exploitation de la négociation – par l'uniformisation des règles entre directives et l'identification en amont des éléments à négocier – ne font pas consensus. Si les acteurs s'accordent pour dénoncer une négociation trop souvent cantonnée au prix, ils divergent quant aux moyens d'y remédier, certains redoutant un encadrement excessif au détriment de la souplesse. Les propositions relatives à la sécurisation du dialogue compétitif suscitent également peu d'adhésion, les rares avis exprimés oscillant entre crainte d'un alourdissement juridique et constat d'un potentiel encore insuffisamment exploité.

Pour les variantes, l'autorisation de principe dans les procédures formalisées recueille un soutien majoritaire, mais nuancé. Tous les interviewés s'accordent sur les difficultés pratiques qu'elles posent, notamment en matière d'analyse et de comparaison des offres. Les avis divergent toutefois sur les bénéfices attendus : certains y voient un levier d'innovation et d'accès des PME à la commande publique, tandis que d'autres considèrent qu'elles pallient une définition insuffisante du besoin par l'acheteur. Les discussions montrent que l'enjeu central n'est pas tant le principe d'autorisation des variantes que leur encadrement (nombre, contenu, formation des acheteurs), ainsi que l'exploration d'outils alternatifs comme les scénarios alternatifs.

Quant aux motifs d'exclusions lors de la sélection des candidats, la création d'un registre européen des opérateurs économiques fait l'objet d'un large soutien, en particulier de la part des autorités contractantes et des avocats. Cette mesure est perçue comme un facteur de simplification administrative, d'efficacité accrue du système des exclusions et de facilitation de l'accès transfrontalier aux marchés

publics. Les opérateurs économiques expriment toutefois des réserves liées au risque de stigmatisation et à une possible bureaucratisation supplémentaire.

La clarification du motif d'exclusion lié aux défaillances persistantes suscite un intérêt limité, principalement de la part des opérateurs économiques, certains allant jusqu'à en contester le principe même, jugé excessivement discrétionnaire. La codification de l'interdiction des offres identiques présentées par des entités dépourvues d'autonomie commerciale ne convainc pas non plus les interviewés, qui divergent sur le rôle que devraient jouer les autorités contractantes dans la détection de telles pratiques. Enfin, plusieurs participants appellent à une rationalisation des motifs d'exclusion et à une clarification du caractère facultatif de certains d'entre eux, afin de réduire l'insécurité juridique pesant sur les acheteurs.

Enfin, les résultats relatifs à la capacité des candidats sont limités, mais suggèrent des pistes de réflexion. La proposition visant à restreindre les exigences de capacité technique et opérationnelle aux seuls cas justifiés et proportionnés suscite des avis contrastés, opposant liberté de l'acheteur et accès facilité des entreprises, notamment des start-ups, à la commande publique. De même, la clarification des preuves admissibles en cas de recours aux capacités d'une entité tierce est perçue positivement, tant par les acheteurs que par les opérateurs économiques, comme un moyen de sécuriser et de simplifier les candidatures, bien que les données demeurent insuffisantes pour conclure définitivement.

AXE 3 : LES OBJECTIFS HORIZONTAUX

Contenu de l'axe. Les échanges menés dans le cadre des entretiens ont permis aux enquêtés de porter leur attention sur les 16 recommandations de la liste en lien avec les objectifs horizontaux¹⁶⁷⁵. À ce propos, deux recommandations transversales irriguent l'ensemble de la matière.

Hierarchisation des objectifs stratégiques. La première recommandation transversale est tirée des travaux de la Chaire et porte sur la hiérarchisation des objectifs « *stratégiques* » du droit de la commande publique pour faciliter leur articulation (recommandation 23)¹⁶⁷⁶. Une entité adjudicatrice propose que la satisfaction de ces objectifs se fasse uniquement à travers les « *critères de candidature [...] sans s'immiscer dans la politique de l'entreprise* ». Pour un pouvoir adjudicateur, les critères ne doivent être imposés qu'en ce qui concerne les marchés à fort enjeu (par exemple : déchets, eau, énergie, santé, etc.). Un avocat souligne que l'exigence de hiérarchisation « *va complexifier la situation énormément si on dit qu'il faut que ce soit hiérarchiser pour tel marché et il faudra que tel critère apparaisse pour une multitude de marchés* ». S'il juge le dispositif « *intéressant* », il craint que cela soit « *trop contraignant pour tout le monde* ».

Marchés à fort impact et standard. La seconde recommandation¹⁶⁷⁷ apparaît dans l'étude de Samira Bousseta commandée par la Commission européenne¹⁶⁷⁸. Elle prône une hiérarchisation des objectifs stratégiques en prenant le soin de distinguer les procédures relatives aux marchés standards de celles relatives aux marchés à fort impact. Deux avocats sont favorables à cette distinction. Une autorité contractante partage cet avis. Elle estime qu'« *il faudrait déterminer des marchés qui doivent être soumis à des critères environnementaux renforcés* ». Toutefois, un opérateur économique et un avocat alertent face au risque de voir

¹⁶⁷⁵ Voir : Annexe 2. Certaines sont assorties de sous-recommandations qui réaffirment ou complètent les recommandations.

¹⁶⁷⁶ Voir : Annexe 2.

¹⁶⁷⁷ Il s'agit d'une sous-recommandation de la recommandation 23. Voir : Annexe 2.

¹⁶⁷⁸ S. BOUSSETA, *op. cit.*

apparaitre de nouvelles notions qui seraient insuffisamment définies et feraient planer de nouvelles incertitudes. Néanmoins, l'avocat estime que l'identification de ces marchés « *peut avoir du sens* », notamment pour les marchés de l'État car ce dernier a en effet un devoir d'« *exemplarité* ».

Points abordés. Les avis sur ces recommandations transversales étant exposés, il convient de présenter celles spécifiques à chaque objectif horizontal. Par souci de clarté, les 14 recommandations restantes ont été réparties selon 4 thématiques, les premières s'inscrivant dans la continuité des directives *Marchés* et *Concessions*, la dernière ajoutant un nouvel objectif horizontal : le développement durable (§I.), l'accès des PME (§II.), l'innovation (§III.), et la préférence européenne (§IV.).

§I. LE DÉVELOPPEMENT DURABLE

Travaux de la Chaire. Les exigences sociales et environnementales, introduites dans les directives de 2014, n'ont pas produit les effets escomptés. Un rapport de la Cour des comptes européenne, publié en 2023, relève que les marchés continuent d'être attribués sur le fondement du critère du prix¹⁶⁷⁹. Fort de ce constat, la Chaire a préconisé, dans la première phase des recherches¹⁶⁸⁰, une réécriture de l'article 67 de la directive *Marchés*. Les marchés seraient attribués soit à l'offre économiquement la plus avantageuse, « *ou lorsque l'objet ou les circonstances le permettent, à l'offre durablement la plus avantageuse* ». Cette nouvelle notion tient compte des « *dimensions économique, sociale et environnementale de l'achat* ».

Recommandation 24 :

Imposer aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer les marchés publics à l'offre durablement la plus avantageuse.

[Rapport
Chaire DCP]

Renforcer les normes sociales et environnementales.

[Rapport
Müller]

¹⁶⁷⁹ Rapport de la Cour des comptes européenne, *Les marchés publics dans l'UE. Recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021*, 2023, n° 28/2023, p. 34.

¹⁶⁸⁰ Voir : Annexe 1.

Rejet de la proposition. La notion d'offre durablement la plus avantageuse peine à convaincre les opérateurs économiques. Les avis recueillis lors de cette seconde phase d'entretien confirment la tendance observée lors de la première phase de discussions au sein de la Chaire. Un premier opérateur économique point la confusion de la formulation :

« Le terme durablement paraît confus. Fait-il référence à l'environnement, à la qualité ? Je pense tout de même qu'il est clair qu'il faut tenir compte du coût de l'usage du produit. »

Il révèle que de nouvelles notions introduites par les directives de 2014, à l'instar du cycle de vie, « n'ont pas fonctionné ». Pour un autre opérateur économique, il convient de « rester à ce que nous connaissons », c'est-à-dire, à « la notion d'offre économiquement la plus avantageuse qui paraît plus fiable ». Dans le même sens, un avocat s'oppose à cette proposition, car il se posera la question de sa définition. Or, « les autorités contractantes ne sauront pas la définir, et le juge de son côté n'est pas non plus doté des compétences pour cela ».

Seul un avocat s'est exprimé en faveur de l'introduction de cette notion, si tant est qu'elle fasse référence à la qualité.

Maintien de normes élevées. Par ailleurs, le rapport Müller plaide pour le maintien de normes sociales et environnementales élevées en droit européen des marchés publics¹⁶⁸¹. La consolidation de ces normes doit être mise en lien avec l'interdiction d'attribuer les marchés publics en se fondant uniquement sur le critère du moins-disant. Pour Piotr Müller, une telle attribution favorise « la concurrence déloyale et se fait au détriment de la qualité, de la durabilité et des normes sociales »¹⁶⁸². Il considère que « la compétitivité de l'Union est assortie de normes sociales et environnementales sur le marché intérieur » et que par conséquent « les futurs cadres de passation des marchés publics devront consolider ces atouts et non les affaiblir, et ce afin de renforcer la position des acteurs de l'Union dans les appels d'offres publics »¹⁶⁸³.

Opposition générale. Pour les opérateurs économiques interrogés, le renforcement des normes sociales et environnementales paraît inopportun. Pour un premier opérateur économique :

¹⁶⁸¹ P. MÜLLER, *op.cit.*, p. 13.

¹⁶⁸² *Idem*, p. 20.

¹⁶⁸³ *Idem*, p. 28.

« Ce n'est pas le but de l'achat public. Son but est de satisfaire un besoin. Il faut aussi penser à la compétitivité internationale. La France souffre de l'accroissement des normes. »

Un deuxième opérateur économique considère que ces normes *« donnent toujours à de l'interprétation, à de la surinterprétation »*. Il ajoute que les objectifs de développement durable sont *« destructeurs de valeur pour tout le monde »* quand elles ne sont pas précédées d'études d'impact. Pour cet opérateur, *« si on impose aux acheteurs d'être « trop environnement », « trop social », ils ne pourront pas être « trop prix »*.

Un troisième opérateur économique œuvrant dans le secteur des travaux publics souligne que l'insertion sociale dans ce domaine est difficilement atteignable au regard de la technicité des prestations effectuées. De plus, l'atteinte des objectifs sociaux est moins aisée selon l'emplacement géographique des prestations à réaliser :

« Ce n'est pas la même chose de faire de l'insertion quand on est une entreprise qui s'occupe des espaces verts et quand on est une entreprise qui fait des fondations à 45 mètres de profondeur. Il ne faudrait pas non plus éluder et mettre de côté l'aspect géographique parce qu'encore une fois ce n'est pas la même chose de faire de l'insertion en région parisienne que de faire de l'insertion dans certaines régions de France qui sont plus lointaines. Les heures d'insertion sociale seront difficiles à aller chercher. Il ne faut pas faire de l'insertion en fonction du montant du marché, mais tenir compte de la nature des prestations ».

Pour un quatrième opérateur économique, le renforcement des normes ne doit pas remettre en cause les règles existantes. Ainsi, le lien entre le critère environnemental et l'objet du marché doit être maintenu et sanctuarisé. Il souligne que cette règle ne doit pas être *« dévoyée avec des critères qui font référence à la gouvernance vertueuse de l'entreprise et non à l'exécution du marché »*. Il explique que :

« Il faut éviter l'introduction massive de critères environnementaux, surtout de critères qui n'ont pas de lien avec l'objet du marché, qui ne sont pas mesurables ou contrôlables. Nous nous retrouverions dans un modèle de greenwashing où on fait de l'affichage vert sans que la mise en œuvre du verdissement soit effective. C'est un point important à nos »

yeux. Si on cherche de la simplification, on doit aussi avoir de la souplesse ».

Poursuivant, il estime que :

« Il faudrait éviter l'écueil de la loi climat et résilience avec l'introduction dans les directives d'un article 35. Aujourd'hui, en ce qui concerne les normes sociales, le secteur des travaux publics (et au-delà de la construction) est un secteur qui est impliqué de longue date dans l'insertion des personnes éloignées de l'emploi. Cela doit être encadré parce que nous avons des spécificités en matière de risque et de prévention du personnel qui suppose, comme cela a été fait avec la loi climat et résilience, d'indiquer que toutes ces clauses ne sont pas impératives et qu'elles peuvent être introduites au regard de la spécificité du marché. L'idée est d'accorder de la souplesse aux acheteurs ».

Abondant dans le même sens, un avocat évoque les difficultés des collectivités à mettre en œuvre les critères sociaux et environnementaux :

« Il faudrait, au moins, que le texte soit plus clair et plus facile à appliquer pour pouvoir le renforcer dans un deuxième temps pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices qui ont la capacité de le faire, et la volonté. Il ne faudrait pas la même exigence vis-à-vis de tous les pouvoirs adjudicateurs. »

Une autorité contractante s'inquiète de l'inflation normative et de la différence de traitement des opérateurs économiques européens vis-à-vis de ceux originaires d'États tiers :

« Un opérateur économique originaire d'un État tiers doit appliquer les normes européennes sauf s'il admet qu'il existe des normes équivalentes dans son pays. L'acheteur public ne peut que prendre acte de l'existence de ces normes sans pouvoir vérifier si elles sont appliquées par l'opérateur et sans pouvoir vérifier, sauf à prendre un expert, si elles sont vraiment équivalentes ».

Pour un autre avocat, les règles en vigueur sont suffisantes. La commande publique est précurseur en la matière :

« On le voit entre le secteur privé et le secteur public. Dans les matériaux vertueux, on commence dans le secteur public puis cela irrigue le secteur privé. En France, on est déjà allé assez loin dans les critères et les clauses. »

S'il juge également inutile de renforcer ces normes au niveau européen, un autre avocat plaide, en revanche, pour une meilleure effectivité des normes existantes. Cet avocat considère que *« ces normes sont indispensables, mais comment les traduire sur des normes opérationnelles et supportables pour les acheteurs, c'est une autre question ? Ne vaut-il mieux pas axer sur les bonnes pratiques plutôt que sur des normes ? »*.

Un seul avis favorable. Toutefois, une entité interrogée s'est prononcée en faveur du renforcement des normes environnementales et sociales. Il s'agit d'une autorité contractante qui indique que les dispositions actuelles ne permettent pas de choisir des opérateurs économiques vertueux. En effet, un marché peut être attribué à un opérateur économique qui *« fait des efforts sur le marché »* alors qu'il est en réalité un *« grand pollueur »*. La question se pose de savoir si la capacité RSE globale des opérateurs économiques doit être évaluée lors de la phase de candidature.

§II. L'ACCÈS DES PME

Points traités. Quatre recommandations ont été soumises aux enquêtés. Elles sont relatives à l'obligation d'allotir (A.), à la réservation de marchés aux PME (B.), à l'instauration d'une préférence en faveur des PME et des entreprises innovantes (C.) et à l'établissement d'un régime de responsabilité solidaire des opérateurs économiques et des sous-traitants face aux abus de la sous-traitance (D.).

A. L'obligation d'allotissement

Rapport Müller. Le rapport Müller propose, afin de garantir aux PME et aux entreprises locales un accès aux marchés publics, que les acheteurs procèdent à *« la division*

obligatoire des marchés en lots de plus petite taille afin d'empêcher la prépondérance des grandes entités »¹⁶⁸⁴.

Recommandation 24 :

Rendre l'allotissement obligatoire.

[Rapport
Müller]

Admis en cas de dérogation. Vue de France, cette solution ne modifiera pas l'état du droit positif, en ce sens qu'elle est déjà prévue par le Code de la commande publique¹⁶⁸⁵.

À l'instar de ce qui existe en droit français, 5 avocats, 1 autorité contractante et 1 opérateur économique préconisent que cette obligation soit assortie d'une possibilité de dérogation. De même, la catégorie des marchés globaux de performance doit être préservée. Pour l'un des avocats :

« L'allotissement obligatoire est une bonne règle, car sans elle, les PME se feraient écraser. Mais, il faut prévoir des exceptions, car ce n'est pas économiquement stratégique de prévoir l'allotissement dans un grand projet. »

Pour l'autorité contractante, l'obligation d'allotir doit être assortie de dérogations, car « elle emporte une multiplication des coûts ». Elle propose notamment que l'acheteur ait la possibilité de « *lier les lots* ».

Pour un autre avocat, rendre l'allotissement obligatoire est salubre, car cela permettrait de « [limiter] le recours trop abusif aux marchés globaux » et de « *favoriser indirectement l'accès des PME* » qui pourraient, le cas échéant, se « *regrouper* ». Néanmoins, un de ses confrères, favorable à cette recommandation, estime que la définition des PME doit être revue et que les TPE doivent être privilégiées.

Pour un quatrième avocat, le législateur européen gagnerait, à travers les directives ou des règles de droit souple, à expliquer et à harmoniser davantage les modalités de l'allotissement :

¹⁶⁸⁴ P. MÜLLER, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶⁸⁵ CCP, art. L2113-10.

« Il vaudrait surtout mieux expliquer comment on allotit. L'allotissement géographique est compris, mais l'allotissement technique l'est moins. Globalement, chaque acheteur a sa politique sur la mise en œuvre de l'allotissement. »

Un cinquième avocat révèle que *« le principal frein à l'allotissement en France est la liberté quasi discrétionnaire de l'acheteur sur la consistance d'un lot, car le contrôle du juge se limite à l'erreur manifeste d'appréciation »*. Ainsi, l'obligation d'allotir doit être assortie, pour être efficace, d' *« un carcan plus strict pour définir les lots »*.

Fausse bonne idée. Toutefois, un opérateur économique s'oppose à cette recommandation en ce qu'elle ne serait pas souhaitée par les PME elles-mêmes. Pour cette grande entreprise, *« les PME ne veulent pas avoir pour interlocuteurs des acheteurs publics et préfèrent être des sous-traitantes pour parler à leur alter ego privé qui travaille dans le même cœur de métier »*. Pour un autre opérateur économique, l'obligation d'allotir doit être supprimée. Il s'agirait d'une *« fausse bonne idée »*, car il existe d'autres moyens pour favoriser l'accès des PME à la commande publique. Un troisième opérateur économique juge l'obligation d'allotissement problématique dans la mesure où elle serait incompatible avec certains secteurs. L'allotissement géographique ou technique est rarement pratiqué par les collectivités qui préfèrent avoir un seul opérateur économique afin de réaliser des économies d'échelles.

Une autorité contractante abonde dans ce sens en s'interrogeant sur le bien-fondé de l'obligation d'allotir dans certains domaines. Elle cite à cet effet, le numérique. Elle est en cela rejointe par une autre autorité contractante qui considère que l'allotissement est source de complexité en raison des problèmes de coordination et d'imputation de responsabilité susceptible de subvenir entre les opérateurs économiques.

B. La part d'exécution confiée à des PME comme critère d'attribution

Travaux de la Chaire. Proposée par la Chaire, la recommandation s'inspire des dispositions du Code de la commande publique en matière de marchés de partenariat¹⁶⁸⁶. Ainsi,

¹⁶⁸⁶ En ce sens, l'article L. 2222-4 du *Code de la commande publique* dispose que *« L'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du contrat, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans »*.

la part d'exécution confiée aux PME deviendrait un critère d'attribution du marché. Comme en droit français, cette part d'exécution ne devrait pas excéder 10 %.

Recommandation 27 :

Autoriser les autorités contractantes à tenir compte, par un critère d'attribution, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises, tout en imposant une pondération minimale.

[Rapport
Müller]

Pour une part réservée aux PME. Un opérateur économique approuve cette recommandation, qui répond au besoin de certaines autorités contractantes qui « *veulent pouvoir favoriser les PME, mais n'y arrivent pas* ». Pour un second opérateur économique, une question se pose :

« Comment demande-t-on aux opérateurs économiques de s'engager sur le nombre de PME qu'ils entendent faire travailler ? S'il s'agit d'un critère d'attribution, il faut s'assurer que ce critère soit respecté. Mêler cela aux critères d'attribution me paraît bizarre, car cela est relatif aux conditions d'exécution. Fixer un pourcentage en matière de condition d'exécution est beaucoup plus sain. »

Une autorité contractante est également favorable à cette recommandation. Le titulaire pourrait s'engager à confier 20 % à des PME ou artisans locaux. Cette possibilité pourrait surtout concerner les « *secteurs d'activité en souffrance* », selon une autre autorité contractante. Cette entité adjudicatrice entend par cela les secteurs dans lesquels « *le nombre d'offres est limité comme la tôlerie ou la mécanisation* ». La recommandation serait le moyen d'attirer davantage les PME qui ne soumissionnent pas aux marchés publics en raison de leur complexité. L'introduction de marchés dédiés leur permettrait d'accéder à la commande publique à des conditions spécifiques. Pour un avocat, favorable à cette recommandation, la réception de celle-ci nécessite que les directives définissent la notion de PME et ne se contentent point de faire des renvois à d'autres textes. Cette définition doit se fonder sur des « *éléments objectifs* » comme « *la fiche INSEE et le Kbis* » en France.

Doutes. Cependant, un second avocat émet des doutes quant à l'intérêt de ce mécanisme. Il considère que le sort réservé à ces marchés ne serait pas différent de l'accueil mitigé qui a été réservé aux marchés destinés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire ou aux entreprises innovantes.

C. L'instauration d'une préférence en faveur des PME et des entreprises innovantes

Rapport Müller. Afin d'accroître la participation des *start-up* innovantes à la commande publique, le rapport Müller propose que « *la préférence soit accordée aux PME et aux opérateurs de marché innovants en cas d'offres équivalentes* »¹⁶⁸⁷.

Recommandation 28 :

Instaurer une préférence en faveur des PME et des entreprises innovantes en cas d'offres équivalentes ou en leur réservant des marchés ou une partie de ceux-ci.

[Rapport
Müller]

Renvoi. La présente recommandation est à mettre en lien avec la précédente évoquée. Si elle n'a reçu que peu de réponses, force est de constater qu'elle n'a fait l'objet d'aucun avis défavorable. La préférence en faveur des PME et des entreprises innovantes en cas d'offres équivalentes paraît « *logique* » pour un opérateur économique. Un autre opérateur économique semble plus « *neutre* », car la notion de PME peut revêtir plusieurs réalités différentes.

D. La responsabilité solidaire en matière de sous-traitance

Rapport Müller. En dépit de son utilité pratique, la sous-traitance peut donner lieu à des manquements au droit des travailleurs et à des incertitudes quant à l'imputation de la responsabilité en cas de dommages. Face à ces risques, le rapport Muller invite le législateur européen à « *envisager d'instaurer un régime bien défini de responsabilité solidaire des opérateurs économiques et des sous-traitants qui garantisse la transparence quant aux sous-traitants concernés et à la part du marché que le contractant a l'intention de sous-traiter* »¹⁶⁸⁸.

Recommandation 33 :

Instaurer un régime de responsabilité solidaire des opérateurs économiques et des sous-traitants face aux abus de la sous-traitance.

[Rapport
Müller]

¹⁶⁸⁷ P. MÜLLER, op. cit., p. 31.

¹⁶⁸⁸ *Idem.*

Insuffisance des réponses. La recommandation n'a pas obtenu aucune réponse notable. Un opérateur économique et une autorité contractante ont avoué ne pas savoir de quoi il en retournait. Un autre opérateur économique a soutenu qu'il existait déjà des dispositifs similaires en droit français. Il a notamment cité la responsabilité pénale et la responsabilité solidaire prévue par le Code du travail¹⁶⁸⁹. Selon cet opérateur économique, « *les entreprises ont l'impression qu'elles doivent effectuer le travail de l'URSAFF et de l'inspecteur du travail sur tout ce qui concerne la chaîne de sous-traitance* ». Poursuivant, un autre opérateur économique a indiqué que le Code de la commande publique, et par-delà les directives ne sont pas les « *bons vecteurs pour traiter des questions de responsabilité* ».

Recommandations spontanées. L'entretien étant libre et semi-directif, certaines personnes interrogées se sont prononcées sur d'autres sujets en lien avec la sous-traitance. Ainsi, la limitation de la sous-traitance a-t-elle été défendue par deux opérateurs économiques. Le premier s'est notamment réjoui de la possibilité offerte à l'acheteur d'imposer la limitation des rangs de sous-traitants aux titulaires.

Une autorité contractante s'est saisie de la question de la définition opérationnelle de la sous-traitance. Selon cette entité adjudicatrice, les directives souffrent de l'absence d'une « *définition opérationnelle de la sous-traitance* ». Elle s'étonne en effet des difficultés d'identifier un sous-traitant :

« Personne n'est capable de donner une analyse objective et unanime sur ce qu'il faut entendre par sous-traitant et par prestation de service. Dans des chantiers, on a 3000 sous-traitants déclarés et dans d'autres, on a, à peine, 12. »

Or, en l'absence de cette définition, l'acheteur est soumis à l'appréhension que fait le titulaire du sous-traitant. Ainsi, « *lorsqu'on demande au titulaire si c'est une sous-traitance, et qu'il répond par la négative, on ne sait pas quoi faire : or, si le sous-traitant déclenche une action, le maître d'ouvrage est également responsable* ». L'autorité contractante se demande, tout de même, si cette définition ne pourrait pas figurer dans une fiche de la DAJ.

¹⁶⁸⁹ Code du travail, art. L. 8281-1 et L. 8222-5.

§III. L'INNOVATION

Points traités. Trois recommandations ont été portées à l'appréciation du panel de personnes-ressources. Elles portent sur la création d'une structure européenne de l'innovation ou d'un label « innovation » (A.), sur la simplification et la précision de la définition de l'innovation (B.), ainsi que sur l'utilisation de la variante comme outil de promotion de l'innovation (C.).

A. L'institution d'une structure européenne d'appui ou d'un label « innovation »

Travaux de la Chaire. Les enquêtes de terrain et la doctrine ont conclu à l'inutilisation des dispositions relatives à l'innovation. Cette situation s'explique par les difficultés de qualification d'innovation (faute de définition opérationnelle de l'innovation), le niveau d'expertise requis pour l'autorité contractante (notamment pour vérifier la concordance entre la solution innovante et son besoin) et l'ampleur des moyens nécessaires pour mener à bien un marché lié à l'innovation, le temps nécessaire pour un tel marché, ou encore la nécessité d'échanges renforcés entre les parties pour construire ensemble la solution innovante permettant de répondre au besoin.

La création d'une structure européenne d'appui ou d'un label innovation semble opportune. Les premiers interviewés y ont répondu favorablement. Les résultats de cette seconde phase d'entretiens sont également positifs.

Recommandation 29 :

Créer une structure européenne d'appui pour les autorités contractantes dans le cadre de l'innovation ou, à défaut, d'un label européen « *innovation* », ou encourager la création de telles structures au niveau national.

[Rapport
Chaire DCP]

Approbation générale. La création d'une structure européenne de l'innovation, inspirée du modèle français de *Fin Infra*, a rencontré l'adhésion des interviewés lors de la première phase des entretiens. Les avis sont plus défavorables lors de cette seconde phase d'entretiens.

Outil nécessaire. Une autorité contractante et un avocat sont favorables à la mise en place d'une structure européenne de l'innovation. L'autorité contractante considère que cette structure faciliterait la vie des acheteurs. L'avocate ajoute que le label faciliterait la pratique qui appliquerait plus souvent les dispositions sur l'innovation qui « *sont nécessaires, mais pas évidents à appliquer* ».

Bureaucratie. En revanche, cette nouvelle structure de l'innovation n'est pas souhaitée par un nombre plus important d'intervenants. Pour une autorité contractante, cette nouvelle structure n'est pas nécessaire, car « *il ne faut pas rajouter de la bureaucratie* ». Un second opérateur économique partage cet avis. Il s'oppose à toute « *nouvelle couche de structure* », car cela serait « *extrêmement coûteux* » et « *extrêmement laborieux* ». La question de l'innovation peut être résolue à une échelle plus locale. Ainsi, une région peut se doter d'un référent régional. Pour un avocat, la labélisation par une structure constitue « *une solution sans en être une* ». Elle paraît contestable en raison du temps qu'elle nécessiterait et de la faiblesse des demandes de labélisation faites par les opérateurs économiques. Une autre avocate souligne que la création de cette nouvelle entité « *ajouteront des démarches administratives au niveau européen qui ne sont pas utiles pour des montants faibles (100 000 euros)* ». Selon cette avocate, la question devrait être résolue au niveau national par des guides de la DAJ.

B. La clarification de la définition de l'innovation

Rapport du Sénat. Aux termes de l'article 2 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, l'innovation se définit comme :

« [...] la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, y compris, mais pas exclusivement des procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, notamment dans le but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. »

Yann Boulay, responsable des affaires publiques de *France digitale*, a mis en exergue, lors de son audition, les limites de la définition actuelle qui « *constitue en réalité une source*

d'insécurité pour les acheteurs qui, à défaut de pouvoir appréhender le caractère innovant d'une solution, n'ont finalement pas recours au dispositif »¹⁶⁹⁰.

Par conséquent, la commission d'enquête sénatoriale propose « *une simplification de la définition de l'innovation afin de permettre aux acheteurs publics de mieux distinguer ce qui est susceptible d'être considéré comme tel de ce qui ne l'est pas* »¹⁶⁹¹.

Recommandation 30 :

Simplifier et préciser la définition de l'innovation en droit de la commande publique.

[Rapport
Sénat]

Clarification inutile. Deux opérateurs économiques s'opposent à cette proposition. La définition actuelle de l'innovation semble « *claire* » pour le premier opérateur économique. Le fait qu'elle soit formulée en des termes larges ne pose aucune difficulté. Pour un autre opérateur économique, « *la notion serait difficile à simplifier* ».

Simplification nécessaire. Or, un avocat soutient le contraire. Pour celui-ci, la notion mériterait d'être clarifiée. Dans son sillage, un autre avocat souligne que le caractère « *flou* » de la notion d'innovation expliquerait la faiblesse du nombre de marchés innovants. Ce flou, également évoqué par la commission sénatoriale¹⁶⁹², serait entretenu par l'absence d'une jurisprudence claire en la matière. Or, cette absence serait le fruit de l'inutilisation du mécanisme :

« Les marchés innovants ne sont pas utilisés en raison de l'insécurité juridique, car il n'y a pas de jurisprudence. Et comme il n'y a pas de jurisprudence, ils ne sont pas utilisés. C'est le serpent qui se mord la queue ».

¹⁶⁹⁰ Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon UZENAT, *op. cit.*

¹⁶⁹¹ *Idem.*

¹⁶⁹² *Idem* : « Il est indispensable de remédier au flou entourant la définition de l'achat innovant pour sécuriser les acheteurs publics et réduire les risques contentieux et pénaux induits par la passation de marchés dans le cadre des procédures dédiées au soutien à l'innovation. »

C. Le recours des variantes pour favoriser l'innovation

Rapport Müller. Le rapport Müller considère que les variantes contribuent significativement à l'obtention de services innovants et économiquement avantageux. L'autorisation par principe des variantes s'avère nécessaire à l'innovation. Fort de ce constat, il recommande à « *la Commission [d'] examiner la recevabilité des propositions alternatives (variantes) conformément à l'article 45, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE* »¹⁶⁹³.

Recommandation 32 :

Permettre le recours aux variantes afin de favoriser l'innovation.

[Rapport
Müller]

Accueil favorable. Un opérateur économique se prononce en faveur du recours aux variantes pour favoriser l'innovation, à condition que l'acheteur ait un intérêt à le faire. Cependant, il précise, à l'instar d'un avocat, que les variantes n'ont pas été instituées pour favoriser l'innovation. Un autre avocat considère que, si les variantes sont « *difficiles à manœuvrer* », on ne saurait les « *refuser* », car cela reviendrait à « *s'interdire de bénéficier d'une innovation ou d'une technique non envisagée* ». En revanche, un opérateur économique s'oppose au recours aux variantes en matière d'innovation sans donner de justification.

§IV. LA PRÉFÉRENCE EUROPÉENNE

Origine européenne. L'instauration d'un principe de préférence européenne constitue l'un des objectifs affichés des prochaines directives. En effet, en réponse au rapport Draghi publié en 2013¹⁶⁹⁴, la Commission européenne a publié, en janvier 2025, une feuille de route intitulée *Competitiveness Compass for the EU*. Il ressort de ce document que le réexamen des règles relatives aux marchés publics devrait permettre d'y instaurer une préférence européenne en ce qui concerne les *critical sectors and technologies*¹⁶⁹⁵. La Commission a

¹⁶⁹³ P. MÜLLER, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁹⁴ M. DRAGHI, « The future of European competitiveness », septembre 2021.

¹⁶⁹⁵ « Une boussole pour la compétitivité de l'UE », Communication de la commission au parlement européen, au conseil européen, au conseil, au comité économique et social et au comité des régions, COM (2025) 30 final, 29 janvier 2025, pt. 1.2.

réaffirmé cet objectif dans le *pacte pour une industrie propre*¹⁶⁹⁶ et a annoncé qu'elle proposera une révision des directives marchés publics en 2026 qui devrait consister à « *établir des critères de durabilité, de résilience et de préférence européenne dans les marchés publics de l'UE pour les secteurs stratégiques* »¹⁶⁹⁷ [Nous soulignons].

Renforcement national. Dans le sillage de la Commission européenne, une commission d'enquête sénatoriale française, présidée par Simon Uzenat, a rendu un rapport en juillet 2025 dans lequel elle se prononce également en faveur de l'instauration d'une préférence européenne¹⁶⁹⁸. Cette préférence serait établie sur le modèle de celle pratiquée aux États-Unis d'Amérique à travers le « *Buy American Act* ». Cette loi étasunienne impose aux autorités fédérales américaines de prioriser les offres américaines, sauf si elles paraissent déraisonnables. Dans son rapport, la commission sénatoriale, recommande, contrairement à la Commission européenne, que la préférence européenne soit généralisée et non limitée à certains secteurs particuliers. Il s'agit « *d'adopter une approche transversale, avec une règle s'appliquant à l'ensemble des secteurs économiques à l'échelle européenne, pour contribuer à la structuration de filières souveraines* »¹⁶⁹⁹. Les auteurs du rapport demandent aussi aux négociateurs français de faire inscrire dans les futures directives, « *une exception alimentaire à l'échelle européenne* ». Cette dernière aurait pour but de « *faciliter le recours aux producteurs locaux et de développer les circuits courts au profit de la restauration collective publique* »¹⁷⁰⁰.

Les différentes formes que peut revêtir ce principe ont été successivement portées à l'appréciation des interviewés.

¹⁶⁹⁶ « Le pacte pour une industrie propre: une feuille de route commune pour la compétitivité et la décarbonation », Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, COM (2025) 85 final, 26 février 2025.

¹⁶⁹⁷ « Le pacte pour une industrie propre : une feuille de route commune pour la compétitivité et la décarbonation », Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, COM (2025) 85 final, 26 février 2025, pt. 3.1.

¹⁶⁹⁸ Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon UZENAT, *op. cit.*

¹⁶⁹⁹ *Idem.*

¹⁷⁰⁰ *Idem.*

Recommandation 26 :

À l'instar de ce qui est autorisé pour les entités adjudicatrices, permettre aux pouvoirs adjudicateurs de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays non-signataires d'un accord relatif aux marchés publics avec l'Union européenne.

Défendre une exception alimentaire à l'échelle européenne pour faciliter le recours aux producteurs locaux.

Instaurer un principe général de préférence européenne dans les achats des personnes publiques.

[Rapport
Sénat]

Unanimité. L'instauration d'un principe général de préférence européenne rencontre l'adhésion de la majorité des enquêtés¹⁷⁰¹, même s'ils sont nombreux à considérer qu'il s'agit d'un principe « *plus politique que juridique* » qui permet « *un protectionnisme régulier* ». Si un avocat relève que les acheteurs y sont sensibles, un autre avocat souligne que la préférence européenne constitue « *un sujet très politique, qui revêt un intérêt marginal pour les praticiens* ». Il est en ce sens rejoint par l'un de ses confrères. Pour les interviewés, le contexte géopolitique actuel marqué par le protectionnisme des États-Unis milite en faveur de l'instauration de ce principe. Un autre avocat admet qu'il y est favorable « *au regard du contexte international* », même s'il n'a pas un « *avis documenté* » sur le sujet.

Justifications. Pour un opérateur économique, la préférence européenne permettrait de « *justifier certains niveaux de prix* ». Un deuxième opérateur économique est favorable à l'introduction de ce principe, même s'il souhaite que la préférence européenne ne soit point une obligation, mais une possibilité laissée à l'appréciation des acheteurs. Son introduction dans les directives paraît, aux yeux de ce-dernier, superflue, car il existe, dans le Code de la commande publique, un dispositif « *qui peut paraître complexe* », mais qui permet d'écarter les offres des opérateurs originaires d'États tiers à l'Union européenne.

Exceptions. Néanmoins, une entité adjudicatrice propose que la préférence européenne, si elle s'avère obligatoire, soit limitée aux « *domaines très stratégiques* ». De plus, selon une autre entité adjudicatrice, seuls les pouvoirs adjudicateurs devraient être soumis à cette obligation dans la mesure où « *les entités adjudicatrices sont des entreprises et doivent faire des bénéfices* ».

¹⁷⁰¹ Il convient de noter que certains interviewés ont indiqué ne pas avoir d'opinion sur ce sujet, mais qu'ils n'y étaient pas opposés (1 avocat et 2 opérateurs économiques).

Prise en compte de l'origine des produits. La recommandation proposée ne fait pas l'unanimité. Pour une autorité contractante, les futures directives doivent prévoir que « *les acheteurs publics peuvent accepter ou rejeter à n'importe quel moment de la procédure et sans aucune justification les offres des opérateurs économiques de ces États tiers ou les offres dont les produits proviennent de ces États tiers* ». Poursuivant, elle juge nécessaire qu'il y ait une collaboration entre les acheteurs et les services douaniers qui aideraient les acheteurs à « *déterminer si une offre a des produits en provenance de pays tiers* ». Pour un avocat, l'accent doit être mis sur les produits plutôt que sur la nationalité de l'entreprise. Car, comme le soutient un autre avocat, « *les entreprises non européennes ont la possibilité de créer une entreprise européenne* ».

Prise en compte de la nationalité de l'entreprise. Or, si cet avis est conforté par une entité adjudicatrice qui considère que « *les produits non européens doivent être écartés* », un opérateur économique évoque les contraintes qui pèseraient sur les opérateurs économiques européens si le principe concerne à la fois la nationalité de l'opérateur et l'origine de ses produits. En effet, certains matériels mis à la disposition des collectivités ne peuvent être produits que dans des États tiers. Selon un autre opérateur économique et un avocat, la mise en œuvre de cette disposition semble complexe dans certains domaines, comme les marchés informatiques. La législation européenne devrait se limiter aux secteurs dans lesquels la mise en œuvre semble « *réaliste* ».

Exception alimentaire. Deux interviewés se sont prononcés sur ce sujet. Un avocat a indiqué que la mesure projetée ne lui paraissait pas « *choquante* », à condition que l'Union européenne puisse édicter une mesure au regard de ses partenaires commerciaux. Un opérateur économique approuve cette recommandation. Selon lui, elle « *a du sens* », sans pour autant expliquer les raisons de son appréciation.

Small Business Act. Le rapport Uzenat contient deux recommandations en faveur de l'instauration d'un *Small Business Act* (SBA) européen. Il s'agirait d'une « *mesure demandée unanimement par les acteurs de la commande publique* »¹⁷⁰². Dans un premier temps, la commission propose d'« *instituer à l'occasion de la révision des directives européennes sur la commande publique, un Small Business Act européen réservant aux PME une part d'au moins 30 %, en valeur, des marchés publics passés par l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs* ». Dans

¹⁷⁰² Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon UZENAT, *op. cit.*

un second temps, elle recommande « *dans le cadre du Small Business Act européen [de] réserver aux TPE et PME les marchés publics d'un montant inférieur au seuil des procédures formalisées pour les fournitures et les services et à 100 000 euros HT pour les travaux, sauf en cas d'infructuosité d'une première procédure* ».

Recommandation 31 :

Instituer, à l'occasion de la révision des directives européennes sur la commande publique, un *Small Business Act* européen réservant aux PME une part d'au moins 30 %, en valeur, des marchés publics passés par l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs.

Dans le cadre du *Small Business Act* européen, réserver aux TPE et PME les marchés publics d'un montant inférieur au seuil des procédures formalisées pour les fournitures et les services et à 100 000 euros HT pour les travaux, sauf en cas d'infructuosité d'une première procédure.

[Rapport
Sénat]

Réception mitigée. L'idée d'un *Small Business Act* européen n'emporte pas l'adhésion de toutes les personnes interrogées. C'est notamment le cas d'un opérateur économique qui estime que « *le pourcentage de 30 % paraît énorme* ». De plus, un effet pervers est à craindre, selon ce dernier, car « *si être une PME devient un point de passage pour remporter des marchés, les grandes entreprises pourraient créer des PME* ». Un autre opérateur économique s'opposerait à cet acte si ces dispositions sont obligatoires. Il estime que la possibilité doit être laissée aux autorités contractantes d'y recourir si elles le souhaitent. Pour un troisième opérateur économique, le *SBA* existe déjà pour les contrats de conception-réalisation. Si l'instauration de parts réservataires dans les marchés globaux se justifie en raison de l'absence d'allotissement, cet opérateur considère que sa généralisation dans les autres marchés, où l'allotissement est obligatoire, notamment en France, paraît inopportune.

En revanche, une autre autorité contractante soutient que l'adaptation d'un *SBA* européen est un impératif et aurait dû intervenir plus tôt. Pour cet acheteur, le *SBA* européen serait une première étape avant d'intégrer pleinement la souveraineté dans la commande publique. Il considère en effet qu'« *il faut absolument offrir aux acheteurs [français] la possibilité d'aller chercher des acteurs français pour des sujets relevant de la souveraineté* ».

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 3

Les interviewés ont accueilli de manière diverse les recommandations contenues dans l'axe relatif aux objectifs horizontaux.

Tout d'abord, les résultats font état d'un rejet des recommandations liées à la promotion du développement durable que sont l'attribution des marchés à l'offre économiquement la plus avantageuse et le renforcement des normes sociales et environnementales.

En revanche, les avis sont moins tranchés en ce qui concerne les propositions de réforme en faveur de l'accès des PME à la commande publique. L'obligation d'allotir est approuvée si elle est assortie de dérogations. Il en va de même pour la réservation de parts de marchés aux PME. Dans les deux cas, les personnes interrogées réclament une définition de la notion de PME dans les directives.

De même, les avis sont également mitigés sur le volet des recommandations relatives à l'innovation. Si les interviewés semblent globalement favorables au recours aux variantes pour accélérer l'innovation, ils sont moins séduits par la création d'une structure européenne de l'innovation et par l'intérêt d'une nouvelle définition de l'innovation.

Enfin, la préférence européenne, objectif horizontal phare des futures directives, est vivement attendue, même si le contenu que devrait revêtir cette préférence divise. La question de savoir si la préférence européenne devrait s'intéresser aux produits ou à la nationalité de l'opérateur est débattue. En outre, si l'exception alimentaire européenne est bien perçue, celle d'un *Small Business Act* peine à convaincre, en raison notamment de ses effets pervers.

AXE 4 : LES TECHNIQUES D'ACHAT

Accent sur l'accord-cadre. Portant sur « *les techniques d'achat* » de manière générale, cet axe se concentre, dans le cadre de cette seconde phase d'enquêtes, sur la technique d'achat la plus usitée en raison des problématiques qu'elle suscite : l'accord-cadre. Toutefois, les entretiens étant libres et semi-directifs, les interviewés avaient la possibilité de mentionner d'autres techniques d'achat et de soumettre de nouvelles recommandations¹⁷⁰³.

À ce propos, 2 entités adjudicatrices ont évoqué les points liés à des techniques d'achat autres que l'accord-cadre. La première a notamment mentionné les systèmes de qualification, jugé « *couteux* » même si flexible en raison du principe de non-exclusivité qui prévaut. La seconde a traité des systèmes d'acquisition dynamique à l'appui de son raisonnement sur son opposition à l'extension de la durée des accords-cadres.

Les recommandations portées à l'appréciation des personnes interrogées concernent la reconnaissance de la nature contractuelle de l'accord-cadre (§I.), son contenu (§II.) et le devenir des bons de commande et marchés subséquents en cas de fin normale ou anticipée de l'accord-cadre (§III.).

§I. L'ADMISSION DE LA NATURE CONTRACTUELLE DE L'ACCORD-CADRE

Travaux de la Chaire. Procédure puis technique d'achat, la nature contractuelle de l'accord-cadre n'est pas admise par les directives. Pourtant, les directives *Marchés* et *Concessions* indiquent expressément que le cadre juridique de la modification des marchés classiques est également applicable à l'accord-cadre. De plus, la jurisprudence postérieure tant

¹⁷⁰³ Il convient également de noter que la recommandation 39 n'a fait l'objet d'aucune remarque de la part des enquêtés. Voir : Annexe 2.

française qu'européenne a affirmé qu'un accord-cadre pouvait faire l'objet d'un recours contentieux comme un contrat. Les enquêtes de terrain confirment cette double casquette de l'accord-cadre. Par conséquent, la Chaire préconise au législateur européen de reconnaître de manière expresse la nature contractuelle de l'accord-cadre afin d'étendre à l'accord-cadre les règles applicables aux contrats en matière de contentieux et surtout de modification.

Recommandation 34 :

Indiquer expressément que l'accord-cadre constitue un contrat.

[Rapport
Chaire DCP]

Qualification nécessaire. Dans le cadre des entretiens, 1 avocat, 2 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques indiquent être favorables à la qualification contractuelle de l'accord-cadre. Pour l'une de ces autorités contractantes :

« Dire que [l'accord-cadre] une technique d'achat amène de la complexité, car quand je veux modifier mon accord-cadre, la question se pose de savoir si je peux 'avenanter' mon accord-cadre ou prolonger une technique d'achat, ce qui n'est pas possible. Si l'accord-cadre est considéré comme une technique d'achat, cela signifie qu'il se limite à la passation. On ne saurait donc lui appliquer les règles d'exécution. »

Une autre autorité contractante se prononce en faveur de la qualification contractuelle de l'accord-cadre, malgré l'intérêt essentiellement philosophique de cette qualification. Elle appelle surtout à une simplification rédactionnelle, qu'elle juge opérationnellement nécessaire.

Qualification superflue. En revanche, pour les 4 autres avocats interrogés et 1 opérateur économique, la question de la qualification contractuelle de l'accord-cadre est purement théorique. Deux avocats considèrent, en effet, que la précision paraît inutile pour les collectivités qu'elles conseillent, car l'accord-cadre constitue bel et bien un contrat pour ces dernières. Pour le troisième avocat, le fait d'y voir une technique d'achat ne pose pas de difficultés pratiques. Le quatrième avocat se demande si « *cette qualification* [contractuelle] *répond à un besoin de la pratique* ». L'opérateur économique abonde dans le même sens.

§II. LE CONTENU DE L'ACCORD-CADRE

Annonce. Le contenu de l'accord-cadre a fait l'objet de deux recommandations issues des travaux de la Chaire. Elles sont relatives à l'introduction d'un principe d'exclusivité au bénéfice de l'attributaire (A.) et à l'alignement de la durée des accords-cadres passés par les pouvoirs adjudicateurs sur la durée de ceux conclus par les entités adjudicatrices (B.). Il a aussi été question du contenu de l'accord-cadre dans le rapport Müller. Les recommandations proposées sont relatives à l'allongement de la durée maximale des accords-cadres, à l'adaptation des prix en cas de surcoûts imprévisibles et à la généralisation de la procédure négociée dans la conclusion des marchés consécutifs à un accord-cadre (C.).

A. L'instauration du principe d'exclusivité du/des attributaire(s) d'un accord-cadre et encadrer la clause de non-exclusivité

Travaux de la Chaire. Les directives européennes sont muettes quant à l'existence d'un principe d'exclusivité dans les accords-cadres. Ce mutisme est jugé problématique pour deux raisons. Premièrement, il favorise l'insertion de clauses de non-exclusivité dans les accords-cadres. La légalité de ces clauses ne fait pas consensus. Deuxièmement, il fait la part belle à l'interprétation (très souvent au profit de l'autorité contractante) en cas d'absence de clause. De ce fait, la Chaire propose que les directives se positionnent clairement en faveur de l'existence d'une exclusivité (comme le prévoyait antérieurement le droit français¹⁷⁰⁴) tout en permettant davantage de souplesse pour les autorités contractantes avec la possibilité de mettre en œuvre une clause de non-exclusivité, sous certaines réserves.

Recommandation 36 :

Indiquer expressément que le(s) attributaire(s) d'un accord-cadre bénéficie(nt) en principe d'une exclusivité pour les prestations couvertes par l'accord, sauf en présence d'une clause de non-exclusivité remplissant certaines conditions.

[Rapport
Chaire DCP]

Avis favorables des opérateurs économiques. La quasi-totalité des opérateurs économiques interrogés est favorable au principe d'exclusivité dans les accords-cadres. L'un

¹⁷⁰⁴ CMP, art. 77, III.

d'eux justifie cela par des questions de mobilisation de personnel et de moyens et par le refus de devoir « *se battre à nouveau pour négocier les prix à chaque commande* ». Pour un autre, « *il paraît logique que le titulaire d'un accord-cadre soit exclusif, que l'acheteur n'ait pas la possibilité de solliciter un autre opérateur économique qui pourrait exécuter une prestation qui relève de l'accord-cadre* ». Un seul est opposé à cette recommandation. Il soutient que l'acheteur doit « *garder les mains libres* » et avoir la possibilité d'accorder ou non l'exclusivité. Une obligation générale n'est pas souhaitable.

Divergence au sein des autorités contractantes et avocats. Côté autorités contractantes, les avis sont également opposés. Deux autorités contractantes y sont favorables, car cela apporterait plus de cohérence au regard des positions divergentes entre la CJUE et les juges administratifs français. Un accord-cadre devrait impliquer l'exclusivité, sauf disposition contractuelle contraire. C'est également la position partagée par 4 avocats. L'un d'eux considère que les opérateurs économiques « *peuvent être déçus quand il n'y a jamais eu de sollicitation d'un titulaire (en multiattributaire)* ».

En revanche, 3 autorités contractantes sont opposées à l'instauration d'un principe d'exclusivité dans les accords-cadres. Elles affirment que les directives doivent faire preuve de souplesse et accorder aux acheteurs la liberté de prévoir une exclusivité ou une non-exclusivité sans avoir à le justifier.

Compromis. Pour trancher le débat, un avocat suggère que les directives exigent que les acheteurs « *se prononcent expressément* » dans le contrat sur l'exclusivité ou non de l'accord-cadre. Un autre avocat partage cette lecture. Il considère que le cadre actuel mériterait d'être clarifié comme ce fut le cas sous l'empire du code des marchés publics de 2006¹⁷⁰⁵. Il estime en effet que le principe d'exclusivité doit être affirmé par les directives, sans pour autant être absolu. Il faudrait, selon cet avocat, « *permettre aux acheteurs de ne pas s'enfermer dans l'exclusivité complète d'un accord-cadre, à condition que cela soit précisé dans les clauses du contrat* ».

Un avocat, titulaire d'accords-cadres, exprime sa déception face à la non-exclusivité pratiquée par certains acheteurs qui sollicitent des cabinets hors accords-cadres. Seulement, il comprend que cela puisse se justifier lorsque « *le confrère qui est sollicité avait assisté la commune en AMO pour le choix du mode contractuel et du mode de gestion d'un service* ».

¹⁷⁰⁵ *Idem.*

public ». Il est courant de voir dans les contrats, selon cet avocat, « *l'acheteur se laisser la liberté d'aller confier une mission à un tiers qui ne serait pas titulaire de l'accord-cadre* ». Il soutient la conservation de cette flexibilité.

B. L'extension de la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans

Travaux de la Chaire. Les directives de 2014 établissent deux durées maximales des accords-cadres selon la nature de l'autorité contractante concernée. La durée est de 4 ans pour les pouvoirs adjudicateurs et de 8 ans pour les entités adjudicatrices. Or, la première phase d'enquêtes a révélé que la durée maximale actuelle des accords-cadres conclus par les pouvoirs adjudicateurs ne couvre généralement pas l'ensemble des projets de grande ampleur et constitue ainsi une limite à la mobilisation des accords-cadres¹⁷⁰⁶. L'extension de la durée permettrait d'accorder une plus grande flexibilité aux autorités contractantes.

Recommandation 37 :

Étendre la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans.

[Rapport
Chaire DCP]

Pour un maintien des durées. L'alignement de la durée maximale des accords-cadres passés par les pouvoirs adjudicateurs, actuellement à 4 ans sur ceux passés par les entités adjudicatrices qui est de 8 ans n'emporte pas l'assentiment de la majorité des personnes interrogées, lors de la seconde phase d'enquêtes. La durée de 4 ans pour les accords-cadres passés par les pouvoirs adjudicateurs convient à 1 opérateur économique. Il juge la durée de 8 ans excessive. Un autre opérateur économique s'interroge sur la possibilité d'« *imposer à l'acheteur de veiller à ce que les bons de commande se chevauchent parfaitement sur la durée de l'exécution de l'accord-cadre* », et ce, pour éviter que l'opérateur économique n'ait à prévoir des prix qui devront valoir, malgré la possibilité de réviser les prix, pour de longues périodes.

C'est également pour des raisons financières qu'un troisième opérateur économique s'oppose à l'extension de la durée des accords-cadres pour les pouvoirs adjudicateurs. La volatilité des prix ne milite pas en faveur de la fixation de prix valables pour une durée de 8 ans,

¹⁷⁰⁶ Voir : Partie 2, Axe 4.

même s'il existe des clauses de révision. Pour 1 avocat, la durée de l'accord-cadre ne doit pas être modifiée. Il affirme qu'un accord-cadre qui s'étend au-delà de 4 ans peut devenir contraignant pour l'acheteur compte de tenu de l'évolution technologique. Pour un de ses confrères, le régime actuel est satisfaisant :

« La durée de 8 ans pour les entités adjudicatrices se justifie par les montants des accords-cadres dans leur domaine d'activité. Pour les pouvoirs adjudicateurs, on peut aller au-delà des 4 ans s'il y a des nécessités d'amortir des investissements ».

Un autre avocat s'oppose à l'extension de la durée pour les pouvoir adjudicateurs. Sauf à l'admettre dans certains secteurs spécifiques comme les marchés d'assurance, une telle extension paraît incompatible avec les principes de la commande publique. L'extension favoriserait, selon lui, la conclusion d'avenants afin de s'adapter à des secteurs qui peuvent évoluer rapidement.

Enfin, selon une entité adjudicatrice, la durée de 8 ans doit être conservée pour les entités adjudicatrices, même si elle pourrait être *« limitée à 3 ou 4 ans dans les marchés de prestations intellectuelles pour favoriser une remise en concurrence »*. De plus, d'autres techniques d'achat, comme le système d'acquisition dynamique, permettent de répondre à un besoin sur une longue durée sans trop se restreindre :

« [En effet] le système d'acquisition dynamique permet d'aboutir dans l'inscription dans la durée sans pour autant enfermer dans un cadre trop strict la relation contractuelle. Augmenter la durée des accords-cadres risque de réduire la spécificité du système d'acquisition dynamique. »

Pour un alignement des durées. Pour les défenseurs de cette recommandation, la différence de durée entre les entités adjudicatrices et les pouvoirs adjudicateurs n'est plus tenable. Un premier avocat prône l'harmonisation, car *« tous les acheteurs doivent pouvoir aller à 8 ans, lorsque cela est justifié par l'objet du contrat »*. Selon un autre avocat, la durée de 4 ans paraît courte. Celle de 8 ans envisagée paraît également inadaptée au regard de la volatilité des prix, même si ceux-ci peuvent être amortis par des clauses de révision. Un de leur confrères, œuvrant aux côtés d'opérateurs économiques et d'acheteurs, est du même avis :

« Les acheteurs doivent pouvoir choisir leur durée. Les directives doivent laisser la responsabilité aux pouvoirs adjudicateurs de décider de la durée et lui permettre d'aller jusqu'à 8 ans, car les acheteurs sont responsables et ne vont pas systématiquement contracter avec les mêmes opérateurs. »

Pour lui, il apparaît difficile de justifier les différences de traitement entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice en raison du statut d'opérateurs de réseaux de ces dernières. Les avocats sont suivis, avec d'autres arguments à l'appui, par 1 opérateur économique et 1 entité adjudicatrice qui adhèrent à cette recommandation. L'autorité contractante souhaite, au moins, que soient assouplies les justifications qui permettent d'aller au-delà de la durée de 4 ou de 8 ans. Plaidant pour sa cause, une autre entité adjudicatrice souhaite que la durée maximale de 8 ans soit purement « *supprimée* ». Elle estime que la durée doit être librement choisie par l'entité adjudicatrice elle-même, en fonction de l'objet de l'accord-cadre, comme cela se fait pour tout marché.

C. Les recommandations du rapport Müller en matière d'accords-cadres

Rapport Müller. Le rapport Müller promeut une flexibilité accrue dans la fixation des prix. Pour ce faire, il est nécessaire que les futures directives contiennent des dispositions en lien avec « *l'allongement de la durée maximale des accords-cadres pour les pouvoirs adjudicateurs, (...) [l'adaptation des] prix en réponse à des augmentations de coûts excessives que le soumissionnaire ne pouvait pas raisonnablement prévoir (...) ainsi qu'à l'élargissement de la procédure négociée comme principe pour les marchés consécutifs à un accord-cadre* ».

Recommandation 38 :

Permettre l'allongement de la durée maximale des accords-cadres, l'adaptation des prix en cas de surcoûts imprévisibles et l'érection de la procédure négociée en principe dans les marchés consécutifs à un accord-cadre.

[Rapport
Müller]

Intérêt limité. La première mesure envisagée rencontre l'opposition ferme d'un avocat. Les deux suivantes suscitent peu d'engouement chez cet avocat, car elles existent déjà en droit français. Deux opérateurs économiques se sont également prononcés sur la dernière mesure. Le premier s'y oppose, car l'accord-cadre a été inventé pour sa célérité. La négociation

pourrait en faire en perdre davantage. Le second y est favorable, sans pour autant exiger qu'elle devienne obligatoire.

III. LE SORT DES BONS DE COMMANDE ET DES MARCHÉS SUBSÉQUENTS EN COURS D'EXÉCUTION EN CAS DE FIN DE L'ACCORD-CADRE

Travaux de la Chaire. Les directives européennes ne règlent pas toutes les questions que suscitent l'exécution et la fin des accords-cadres. D'une part, il semblerait peu cohérent que la résiliation de l'accord-cadre entraîne automatiquement celle des bons de commande et marchés subséquents qui lui sont liés alors que les directives prévoient expressément que les marchés subséquents peuvent disposer d'une durée excédant celle de l'accord-cadre. D'autre part, la réponse à apporter quant aux liens entre la résiliation de l'accord-cadre et la résiliation des bons de commande et des marchés subséquents semble dépendre de la nature de la résiliation (amiable ou judiciaire). Dans l'hypothèse d'une résiliation amiable, la volonté des parties pourrait être appliquée. À l'inverse, dans l'hypothèse d'une résiliation judiciaire, cette question pourrait être laissée à l'appréciation du juge (par exemple selon la gravité des motifs de la résiliation de l'accord-cadre et les effets potentiels de la résiliation des bons de commande ou marchés subséquents). Il serait ainsi opportun de le préciser, dans le même considérant que celui indiquant que les marchés subséquents peuvent disposer d'une durée plus courte ou longue que celle de l'accord-cadre. Une précision est également attendue en ce qui concerne la possibilité de modifier les bons de commandes ou marchés subséquents après la fin normale de l'accord-cadre.

Recommandation 35 :

Indiquer que la résiliation de l'accord-cadre n'entraîne pas nécessairement la fin des bons de commande et marchés subséquents en cours d'exécution, et déterminer s'il est possible de modifier un bon de commande ou un marché subséquent après la fin de l'accord-cadre.

[Rapport
Chaire DCP]

Quasi-unanimité. Une quasi-unanimité se dégage sur ce point parmi les personnes interrogées confrontées à cette pratique. Ces résultats contrastent fortement avec ceux recueillis

lors de discussions au sein de la Chaire. Les avis étaient mitigés, voire défavorables. Un seul interviewé est opposé à la possibilité de modifier les bons de commande et les marchés subséquents après la résiliation des accords-cadres. Pour lui, cela relèverait unilatéralement de l'acheteur, au détriment des titulaires. Son avis est isolé, car 1 autorité contractante et 2 avocats y sont favorables. Selon l'un des avocats, il apparaît difficilement concevable de disposer d'un marché subséquent ou de bon de commande sans pouvoir le modifier alors qu'il s'agit d'un contrat. Il demande que la modification soit autorisée, tout en faisant l'objet d'un encadrement. Pour l'autorité contractante, la possibilité de modifier les marchés subséquents et les bons de commande ne doit être admise que si la résiliation ne découle pas d'une mauvaise exécution ou d'une défaillance. L'intérêt de poursuivre la relation contractuelle serait limité.

Autres propositions. En outre, une autre autorité contractante plaide pour l'entrée des notions de bons de commande et de marchés subséquents dans les futures directives. Ainsi, la différence entre marché subséquent et bon de commande pourrait, selon une autre autorité contractante, être pleinement absorbée par les directives.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 4

Plusieurs leçons sont à tirer des entretiens menés. La première concerne la nature contractuelle de l'accord-cadre. La précision expresse de cette nature dans les directives divise les personnes interrogées. Une partie considère que sa qualification est plus que nécessaire pour des questions de modification notamment, tandis qu'une autre estime qu'elle ne revêt aucun intérêt pratique.

La deuxième leçon porte sur le principe d'exclusivité, sur la survivance des bons de commande et des marchés subséquents en cas de résiliation de l'accord-cadre, ainsi que sur le maintien de l'obligation d'indiquer le montant maximum de l'accord-cadre. Les personnes interrogées sont majoritairement favorables à ces évolutions.

La troisième leçon est relative au rejet de la proposition de l'alignement de la durée des accords-cadres passés par les pouvoirs adjudicateurs sur celle des accords-cadres conclus par les entités adjudicatrices. Le maintien en l'état des durées, voire un assouplissement des possibilités d'y déroger sans ouvrir la voie à un alignement, est préconisé.

La dernière leçon concerne la généralisation de la procédure négociée dans les marchés consécutifs à un accord-cadre. Celle-ci divise les opérateurs économiques entre une opposition justifiée par des raisons de célérité et une adhésion modérée, en ce sens que cette généralisation ne soit pas élevée au rang de principe.

AXE 5 : L'EXÉCUTION ET LA FIN DES CONTRATS

Points abordés. Dans le cadre des entretiens, les enquêtés ont pu se prononcer sur les recommandations concernant la durée des concessions (§I.), et les attentes, spontanément évoquées par eux, relatives au régime des modifications en cours d'exécution (§II.).

§I. LA DURÉE DES CONTRATS DE CONCESSION

Annonce. La durée des contrats de concession constitue l'un des points d'achoppement en droit des concessions. La réécriture de l'article relatif à la détermination de la durée initiale d'une concession (A.) ainsi que l'encadrement de la possibilité de la prolonger au-delà de son terme (B.) ont été soumises à l'appréciation des personnes interrogées.

A. La détermination de la durée des concessions

Travaux de la Chaire. La rédaction actuelle étant source de complexité, la Chaire entendait procéder à une simplification de la rédaction de l'article 18 sans en modifier la substance. La durée de principe des contrats de concession serait de 5 ans. Elle peut être prolongée au-delà de cette date pour permettre au concessionnaire de recouvrer les investissements réalisés.

Recommandation 41 :

Reformuler l'article 18 de la Directive 2014/23/UE relatif à la durée des concessions.

*[Rapport
Chaire DCP]*

Insuffisance des résultats. Les avis recueillis, lors de la seconde phase d'enquêtes, ne permettent pas de déterminer la position des personnes interrogées sur ce point. Les

interviewés se sont focalisées sur le fond et notamment sur la notion d’amortissement. Un avocat propose que les notions utilisées pour déterminer la durée d’une concession, notamment celle d’amortissement, soient clarifiées. Toutefois, un opérateur économique met en garde contre la propension du droit de la commande publique à se saisir de notions comptables. Il relève, en effet, une grande incompatibilité entre le droit et la comptabilité, l’amortissement étant à la fois « *fiscal, économique, matériel, etc.* ».

B. La prolongation des concessions au-delà de leur terme

Travaux de la Chaire. La directive *Concessions* ne contient aucune disposition relative à la prolongation des concessions au-delà de leur terme. Il est pourtant indéniable qu’une telle disposition trouverait sa place dans le droit européen dès lors qu’elle constitue un enjeu pour les principes fondamentaux du droit de la commande publique. En effet, la prolongation pour une durée excessive d’une concession constitue une entrave à la mise en concurrence et, ce faisant, à l’accès des opérateurs économiques à la commande publique. Dans le même temps, il faut bien convenir que cette prolongation peut avoir un effet positif en termes d’efficacité de la commande publique lorsqu’en dépit de toutes les diligences qu’il a accomplies, le pouvoir adjudicateur n’est pas parvenu à trouver un nouveau concessionnaire avant le terme du contrat. À cet égard, certains praticiens appellent de leurs vœux un dispositif de « *tuilage* » qui permettrait d’assurer la transition entre la concession arrivée à son terme et la concession à venir, spécialement lorsqu’en dépend la continuité du service public. De même, la jurisprudence a admis que certaines circonstances pouvaient justifier une prolongation, même importante, des concessions.

C’est pourquoi la Chaire suggère d’intégrer dans la directive *Concessions* des dispositions sur la prolongation de la durée des contrats de concessions afin de l’autoriser, tout en encadrant leur durée.

Recommandation 40 :

Encadrer la prolongation des concessions au-delà de leur terme.

[Rapport
Chaire DCP]

Intérêt moindre. La question de la prolongation de la durée des concessions au-delà de leur terme n’a pas suscité beaucoup de réactions lors des seconds entretiens. Pour un avocat,

les directives doivent s'en saisir pour « *des questions de tuilage* ». Il a cependant le sentiment que cela est déjà traité dans le cadre des modifications non substantielles. À cet effet, un opérateur économique propose que les futures directives contiennent une disposition visant à « *faciliter la possibilité de procéder à [de telles] modifications* ».

§II. LE RÉGIME DE MODIFICATION EN COURS D'EXÉCUTION

Modification substantielle. La question des modifications en cours d'exécution, objet d'un précédent rapport de la Chaire¹⁷⁰⁷, a été mentionnée par les praticiens. Si pour une autorité contractante, « *tout le monde s'accommode du flou* » autour de la notion de modification substantielle, les zones d'ombre ne semblent pas convenir à la majorité des personnes interrogées.

Modification substantielle et nature globale du contrat. De plus, 2 avocats, 2 autorités contractantes et 1 opérateur économique réclament des précisions quant aux notions de modification substantielle et de nature globale du contrat. Pour l'une des autorités contractantes, une clause de réexamen prévue initialement dans le contrat ne saurait, en principe, bouleverser la nature globale du contrat lorsqu'elle est mise en œuvre. Selon l'un des avocats, la notion de modification substantielle « *est floue* » et « *laisse place à trop d'interprétation* ». Quant à l'opérateur économique, il s'interroge à propos du caractère substantiel de certaines modifications. Les directives (ou une circulaire de la DAJ) pourraient donner des exemples de modifications substantielles et indiquer si « *la prolongation d'un contrat, impliquant une extension de ses prestations et du chiffre d'affaires, constitue-t-elle une modification qui aurait pu attirer davantage de concurrents si elle figurait dans le contrat et donc une modification substantielle ? Que faut-il entendre par modification de l'équilibre du contrat de concession pour des contrats qui durent 15, 20 ans et dont on ne peut tout prévoir lors de la passation ?* ». Un avocat plaide, quant à lui, en faveur d'une précision des directives à propos du caractère substantiel de certaines modifications, notamment de la modification de la durée d'un contrat.

¹⁷⁰⁷ F. LICHERE (dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, Chaire DCP, 2023, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-modification-des-contrats-de-la-commande-publique>.

Nouveaux cas de modifications non substantielles. En outre, la création de nouveaux cas de modification non substantielle, notamment des modifications des clauses de prix s'avère nécessaire pour un opérateur économique.

Cumul des modifications non substantielles et de faible montant. De même, la possibilité de cumuler des modifications non substantielles et de faible montant constitue un enjeu majeur pour 2 opérateurs économiques et 2 avocats. L'un des opérateurs économiques et l'un des avocats dénoncent respectivement « *l'absence d'une jurisprudence claire sur le sujet* » et d'une « *convergence [car] la dernière décision de la CJUE¹⁷⁰⁸ ne nous apprend rien...* ». De même, la seconde avocate précitée préconise que la différence soit faite entre les notions de modifications de « *faible importance* » et « *non substantielle* » qui paraissent « *relativement proches* ». L'opérateur économique considère qu'une clarification serait bienvenue. De son côté, le premier avocat invite les directives à « *faire preuve de plus de pédagogie, car la différence entre les termes utilisés, relativement proches, n'est pas toujours évidente* ». Il ajoute que « *la notion de modification substantielle est floue et laisse place à trop d'interprétation* ».

Alignement des régimes des autorités contractantes. Par ailleurs, la différence de régime entre entité adjudicatrice et pouvoir adjudicateur mérite une révision selon une entité adjudicatrice. Selon cette dernière, la question se pose de savoir « *à quel titre il serait plus légitime d'augmenter de 50 % un bon de commande en qualité d'entité adjudicatrice alors que cela n'est pas possible pour un pouvoir adjudicateur* ».

Plaidoyer pour le maintien des normes. Toutefois, un opérateur économique attire l'attention sur le risque de proposer un régime opposé au régime existant, car « *un effort a été fait par les parties pour comprendre et pratiquer ces dispositions* ». Cet opérateur craint que « *les réformes limitent davantage le recours aux modifications, eu égard aux dernières jurisprudences européennes* ».

¹⁷⁰⁸ CJUE, 16 octobre 2025, *Polismyndigheten*, C-282/24.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 5

L'exécution et la fin des contrats forment l'axe le moins garni de ce cortège de recommandations. Cela pourrait s'expliquer par le nombre limité de dispositions sur ces phases du contrat dans les directives marchés et concessions, qui portent principalement sur la passation des marchés. Les entretiens confirment ce postulat. Les recommandations sur la durée des concessions ont recueilli peu de réponses. Les répondants ont notamment souhaité l'adoption de mesures qui favoriseraient la prolongation des concessions lorsqu'elles arrivent à leur terme. Une meilleure clarification de la notion d'amortissement est également préconisée.

En outre, les personnes interrogées ont spontanées portées à l'attention de la chaire des propositions de réforme du régime des modifications. Elles plaident notamment pour une précision des notions de modification et de nature globale du contrat, une distinction claire des modifications de faible montant et substantielle, un cumul de ces modifications et la création de nouveaux cas de modification non-substantielle.

AXE 6 : LA SIMPLIFICATION DES PROCÉDURES

Éléments évoqués. Dans le cadre des entretiens, les participants ont focalisé leur attention sur la simplification des démarches administratives (§I.) et la cohérence externe des directives (§II.).

Il est à noter que la recommandation 43 n’a fait l’objet d’aucune remarque de la part des enquêtés¹⁷⁰⁹. Cette proposition prévoit la mise en place d’une procédure simplifiée en matière de sous-traitance au profit des « *petits pouvoirs adjudicateurs* », conformément à l’*Accord sur les marchés publics révisé* de l’OMC¹⁷¹⁰. Un opérateur économique a pu, tout de même, s’exprimer. Toutefois, la teneur de son propos ne concernait nullement le droit européen, mais les difficultés de compréhension du contenu du formulaire national DC4 sur la sous-traitance pour certains opérateurs économiques.

§I. LA SIMPLIFICATION DES DÉMARCHES ADMINISTRATIVES

Points traités. Les entretiens ont été l’occasion d’évaluer les propositions tenant à un principe de transmission unique d’informations (A.) et à la suppression du document unique de marché européen (B.). Certains interviewés ont spontanément insisté, par ailleurs, sur la nécessité d’alléger les démarches administratives des acheteurs afin de les recentrer sur leur métier (C.).

¹⁷⁰⁹ Voir : Annexe 2.

¹⁷¹⁰ P. MÜLLER, *op. cit.*, pt. 41, p. 21.

A. Le principe de la transmission unique d'informations

Rapport Müller. En 2025, le Parlement européen a invité la Commission à garantir que le principe de la transmission unique d'informations soit appliqué de manière systématique, et à tous les niveaux de l'administration, dans le cadre de la révision des directives. L'objectif recherché est la réduction des charges administratives pesant sur les soumissionnaires¹⁷¹¹.

Recommandation 42 :

Appliquer le principe de la transmission unique d'informations en matière de marchés publics.

[Rapport
Müller]

Faible taux de réponses. Cette proposition de recommandation a fait l'objet de peu de discussions lors des entretiens. Concrètement, seuls 3 interviewés s'y sont intéressés¹⁷¹². Ils adhèrent unanimement à un principe de transmission unique d'informations. L'un des opérateurs économiques souhaiterait même son extension aux sous-traitants, et non pas uniquement aux soumissionnaires. Cet enthousiasme doit être relativisé au regard du manque de réponses. Un futur sondage pourrait confirmer ou infirmer ce constat.

B. La suppression du document unique de marché européen (DUME)

Travaux de la Chaire. Le document unique de marché européen (DUME)¹⁷¹³ se présente comme une déclaration sur l'honneur préremplie par laquelle le soumissionnaire atteste qu'il n'est pas visé, pas davantage que l'entité tierce sur les capacités de laquelle il se repose, par un motif d'exclusion. En outre, il indique satisfaire les critères de sélection et d'attribution établis par le pouvoir adjudicateur. Initialement conçu pour simplifier les candidatures aux marchés publics, la première phase d'enquêtes tire un triste constat d'échec du DUME à parvenir à cet objectif.

Déjà en 2017, la doctrine appréciait défavorablement le DUME, étant loin d'alléger les charges administratives et financières inhérentes à la constitution des dossiers de candidature. Il avait tendance à les transférer des opérateurs économiques vers les autorités contractantes,

¹⁷¹¹ P. MÜLLER, *op. cit.*, pt. 81, p. 30.

¹⁷¹² À savoir : 1 avocat et 2 opérateurs économiques.

¹⁷¹³ Dir. 2014/24, art. 59.

désormais chargées de procéder à toutes les vérifications¹⁷¹⁴. Dans le cadre des premiers entretiens et sondages, les praticiens fustigeaient la complexité excessive, la lourdeur et le manque de souplesse du DUME. Ils ne parviennent généralement pas à le remplir convenablement en dépit de formations spécifiquement dédiées au DUME. Partant, tant les autorités contractantes que les opérateurs économiques et les avocats rejettent son emploi.

Pour ces motifs, la Chaire soutient l'abandon du DUME au profit d'un registre centralisé européen.

Recommandation 45 :

Supprimer le document unique de marché européen (« DUME ») dont la généralisation est encouragée par l'article 59 de la Directive 2014/24.

[Rapport
Chaire DCP]

Confirmation des résultats précédents. Sur ce point, les 6 enquêtes¹⁷¹⁵ ayant répondu à la question sont unanimement favorables à la proposition, en raison de complexité et de la charge administrative que représente le DUME pour les opérateurs économiques. Ces données s'inscrivent dans la continuité de celles récoltées lors de la première phase d'enquêtes (et dans le cadre du rapport sur la simplification du droit de la commande publique¹⁷¹⁶)¹⁷¹⁷.

C. L'allègement de la charge administrative des acheteurs

Recentrer les acheteurs sur leur métier. Dans le cadre des échanges sur la simplification des démarches administratives, des interviewés ont spontanément mentionné l'importance pour les directives de rechercher un allègement de la charge administrative des acheteurs. Comme le souligne une autorité contractante, il s'agit de « *recentrer l'agent sur son métier originel qui est celui de l'achat* ». Ainsi, les directives devraient réfléchir « *aux moyens d'alléger le travail de justification constante de l'acheteur public et de recoupement des informations et des documents justificatifs* ». La charge pesant sur les pouvoirs adjudicateurs et

¹⁷¹⁴ M. TRYBUS et M. ANDRECKA, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 232 ; v. égal. P. TELLES, « Article 59 – European single procurement document », *op. cit.*, p. 651.

¹⁷¹⁵ À savoir : 1 avocat, 2 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques.

¹⁷¹⁶ F. LICHÈRE, F. MELLERAY et É. MULLER (dir.), *Simplification du droit de la commande publique*, Chaire DCP, 2026, prochainement disponible en ligne sur le site de la Chaire.

¹⁷¹⁷ Voir : Partie 2, Axe 2, Thématique 5, §II., A.

les entités adjudicatrices en matière de renseignements des avis de marché et des avis d'attribution est également relevée par cette autorité contractante qui la qualifie « *d'excessive* ». Elle regrette l'absence de simplification des renseignements dans les formulaires d'avis de marché et d'attribution européen, d'autant que cela affecte particulièrement les petits acheteurs :

« Pour nous, qui avons les moyens financiers et humains, c'est déjà compliqué alors que nous avons des AMO qui nous permettent de faire nos avis de marché. La situation doit être encore plus complexe pour une collectivité territoriale dont l'acheteur, qui est également le juriste, doit faire l'administratif, les avis, et le suivi d'exécution. C'est impensable. »

La finalité poursuivie devrait donc être celle du recentrage de l'acheteur sur sa fonction principale : l'achat, ce que confirment une autre autorité contractante¹⁷¹⁸ et un avocat.

Publication du DCE postérieurement à l'avis de marché. Par ailleurs, et dans une démarche d'allègement de la charge administrative, une entité adjudicatrice suggère la suppression de la publication systématique du DCE lors de l'avis de marché :

« Il faudrait que nous soyons autorisés à ne publier que les informations principales. L'obligation de publication du DCE lors de l'avis de marché est inopérante et irréaliste. Le DCE doit pouvoir évoluer, surtout sur des projets complexes en milieu interfacé. Certains de nos marchés font 18 mois. Or, 18 mois avant nous ne sommes pas en mesure de tout indiquer précisément. Nous pouvons communiquer les informations qui permettent aux candidats de se positionner, mais nous avons besoin de prendre le temps de la passation pour tenir compte de ces contraintes (liées à la complexité et à l'interfaçage). Nous avons besoin de ce temps parce que les ressources des acheteurs publics sont moindres aujourd'hui. C'est illusoire de penser qu'il y a un acheteur dédié derrière chaque marché, ce qui justifie la souplesse. »

¹⁷¹⁸ À ce propos, elle insiste sur les bienfaits de l'augmentation de données en commande publique. Pour que cela soit utile et efficace, encore faut-il doter les acheteurs d'outils simplifiant leur travail, notamment en mobilisant des solutions d'intelligence artificielle.

En somme, il faut accorder plus de souplesse aux acheteurs en leur permettant de faire évoluer leur DCE au fur et à mesure de l'évolution de leur projet.

Sourcing par des organisations professionnelles. Enfin, afin de faciliter les charges de travail des acheteurs, un opérateur économique conseille aux acheteurs de recourir aux services des organisations professionnelles. Toutefois, cela nécessite de préciser les conditions dans lesquelles une organisation professionnelle peut intervenir en tant qu'interface entre un secteur donné et l'acheteur, sans favoriser un opérateur économique spécifique. Selon cet opérateur économique :

« Cela permet d'avoir des échanges beaucoup plus libres, de faire avancer le projet au regard du marché, souvent mieux connu par ces organisations. De même cela peut servir à identifier les entreprises du tissu économique local qui ont la capacité d'exécuter le marché. Il y a également moins de frictions possibles dès lors que ce sont les organisations professionnelles et non un candidat potentiel qui préconisent aux acheteurs des changements dans le modèle contractuel qu'ils avaient prévu à l'origine. »

Les directives pourraient donc préciser les modalités de recours à ces organisations professionnelles.

§II. LA COHÉRENCE DES DIRECTIVES AVEC LES AUTRES TEXTES EUROPÉENS

Rapport Janssen. En raison de la fragmentation du droit de la commande publique au niveau européen (62 textes européens¹⁷¹⁹), William A. Janssen recommande que les réformes des directives *Marchés* et *Concessions* s'effectuent simultanément et qu'elles tiennent compte des textes européens comportant des dispositions en lien avec les marchés publics et les contrats de concession¹⁷²⁰.

¹⁷¹⁹ W. A. JANSSEN, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷²⁰ *Idem.*

Recommandation 44 :

Procéder à une révision simultanée des trois directives marchés et concessions et de tous les autres textes législatifs européens comportant des dispositions en lien avec les marchés publics et les concessions dans un souci de cohérence.

[Rapport
Janssen]

Résultats de l'enquête. Trois interviewés¹⁷²¹ ont partagé leur opinion sur cette proposition. S'ils approuvent une telle démarche, ils questionnent la mise en œuvre. Une autorité contractante a pu évoquer l'idée que les futures directives mentionnent directement les différents textes applicables aux marchés publics et aux contrats de concessions. Cependant, il faudrait modifier les directives à chaque adoption d'un nouveau texte européen imposant de nouvelles obligations dans la commande publique. Face à ce constant, cette même autorité adhère à l'idée de la constitution d'une plateforme accessible en ligne, par la Commission, recensant l'ensemble de ces textes européens : *« cela est d'ailleurs réclamé par les acheteurs publics au niveau européen »*. Cette plateforme est également accueillie par la seconde autorité contractante, même si elle privilégiait des lignes directrices de la part de la Commission.

En définitive, ce point ne concernerait pas la réforme des directives en elle-même. Il relève plus de l'opérationnel que du juridique.

¹⁷²¹ À savoir : 2 autorités contractantes et 1 opérateur économique.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 6

Les entretiens ont principalement abordé deux axes : la simplification des démarches administratives et la cohérence des directives avec l'environnement normatif européen. De manière générale, les participants expriment une attente forte de réduction des charges administratives, tant pour les opérateurs économiques que pour les acheteurs, ainsi qu'un besoin d'amélioration de la lisibilité du cadre applicable.

Les discussions portent d'abord sur l'idée d'un principe de transmission unique des informations, destiné à réduire la charge administrative des soumissionnaires. Les rares participants s'étant exprimés y adhèrent unanimement, l'un proposant même d'étendre ce principe aux sous-traitants. Toutefois, le faible nombre de réponses limite la portée des conclusions et appelle des approfondissements.

Un second point, plus consensuel, concerne la suppression du DUME. Initialement conçu comme un outil de simplification, le DUME est décrit comme complexe, lourd et peu opérant, générant une charge administrative importante et un transfert de vérifications vers les autorités contractantes. Les interviewés qui se sont prononcés sont unanimement favorables à sa suppression, en cohérence avec les résultats des enquêtes antérieures, et avec l'idée d'un basculement vers des dispositifs plus structurants (ex. registre centralisé).

Au-delà des recommandations formelles, plusieurs intervenants insistent spontanément sur la nécessité de recentrer les acheteurs sur leur cœur de métier. Ils dénoncent la multiplication des obligations de justification et de renseignement (avis de marché, avis d'attribution, formulaires européens), jugées particulièrement lourdes pour les "petits acheteurs". Dans cette logique d'allègement, une entité adjudicatrice propose aussi d'assouplir l'obligation de publication systématique du DCE dès l'avis de marché, afin de permettre son

évolution dans les projets complexes et longs. Enfin, un opérateur économique suggère de faciliter le sourcing via les organisations professionnelles, tout en encadrant clairement leur rôle pour éviter tout biais concurrentiel ; les directives pourraient préciser les conditions de ce recours.

Enfin, les interviewés ayant répondu soutiennent l'objectif d'une plus grande cohérence, dans un contexte de forte fragmentation normative à l'échelle de l'UE. Ils soulignent toutefois les difficultés pratiques d'une révision simultanée de l'ensemble des textes concernés. Plutôt qu'une solution strictement "juridique" intégrée aux directives (qui impliquerait des mises à jour constantes), certains privilégient des solutions opérationnelles : plateforme en ligne recensant les textes applicables, ou lignes directrices de la Commission. L'enjeu est donc surtout celui de la lisibilité et de l'accès à l'information, davantage que d'une refonte normative immédiate.

CONCLUSION

Attentes principales. La seconde phase d'entretiens met en lumière un constat central : si les directives *Marchés* et *Concessions* constituent un cadre globalement stabilisé et largement intégré par les praticiens, elles apparaissent aujourd'hui marquées par des rigidités structurelles, une complexité normative croissante et une inadéquation partielle avec certaines pratiques contemporaines de l'achat public. Les échanges révèlent moins une remise en cause radicale des principes fondateurs de la commande publique européenne qu'une attente forte d'ajustements ciblés, destinés à renforcer l'efficacité, la lisibilité et la soutenabilité opérationnelle du cadre existant.

Simplification. Les résultats confirment tout d'abord une demande transversale de simplification, tant pour les opérateurs économiques que pour les autorités contractantes. Cette aspiration se manifeste à travers des critiques récurrentes portant sur la lourdeur des démarches administratives, l'accumulation des obligations formelles et la difficulté à articuler les directives avec un environnement normatif européen de plus en plus fragmenté. À cet égard, la remise en cause d'outils pourtant conçus comme des instruments de simplification, tel que le DUME, illustre l'écart persistant entre les objectifs poursuivis par le législateur européen et leur traduction concrète dans les pratiques.

Flexibilité. Par ailleurs, les entretiens mettent en évidence une volonté d'assouplissement procédural, en particulier au bénéfice des pouvoirs adjudicateurs. Cette attente se cristallise autour de la négociation, largement perçue comme un levier d'efficacité, de sécurisation de l'exécution contractuelle et de meilleure adéquation entre l'offre et le besoin. Le large consensus en faveur de la suppression des conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation contraste toutefois avec les divergences persistantes sur les modalités d'encadrement de cette souplesse, révélant une tension structurelle entre flexibilité et sécurité juridique.

Clarification. Les discussions soulignent également les limites actuelles du champ d'application des directives, qu'il s'agisse des relations in house, des groupements de

commandes, des motifs de dispense de publicité ou encore des régimes applicables à certains secteurs d'activité. Si les acteurs se montrent prudents face à toute extension excessive des exceptions à la mise en concurrence, ils expriment néanmoins un besoin de clarification normative, afin de réduire les zones d'incertitude et les risques de dévoiement, en particulier dans des situations opérationnelles sensibles (par exemple : la défaillance des titulaires, les achats d'occasion, ou encore la continuité du service public).

Équilibre. En matière d'exclusions et de capacités des candidats, les entretiens révèlent enfin une préoccupation croissante pour l'équilibre entre efficacité du contrôle, sécurité juridique et accès à la commande publique, notamment pour les PME. Les propositions relatives à un registre européen des opérateurs économiques ou à la clarification de certains motifs d'exclusion témoignent de cette recherche d'un système plus objectif, plus lisible et moins chronophage, sans pour autant ignorer les risques de stigmatisation ou de sur-bureaucratisation.

Pragmatisme. En définitive, cette seconde phase d'enquêtes met en évidence une convergence autour d'une réforme des directives qui ne serait ni purement technique ni strictement idéologique, mais fonctionnelle et pragmatique, attentive aux usages réels de la commande publique. Les attentes exprimées invitent le législateur européen à dépasser une logique exclusivement procédurale pour intégrer davantage les contraintes opérationnelles des acheteurs et des opérateurs économiques, tout en préservant les principes fondamentaux de transparence, d'égalité de traitement et de concurrence. Ces enseignements constituent un socle empirique essentiel pour nourrir la réflexion sur l'évolution des directives *Marchés* et *Concessions* dans une démarche d'éclairage scientifique des choix politiques à opérer lors de leur révision.

PARTIE 4

SYNTHÈSE DU SONDAGE DE LA DEUXIÈME PHASE D'ENQUÊTE

Recension et analyse des retours d'expériences
des praticiens sur les directives de 2014



CE QU'IL FAUT RETENIR

Résumé. Le sondage mené en ligne par la Chaire de droit des contrats publics, en collaboration avec la direction des Affaires Juridiques des Ministères Économiques et Financiers, a été l'occasion de soumettre à évaluation 32 propositions de réforme des directives *Marchés* et *Concessions*, provenant de plusieurs rapports nationaux et européens, auprès d'un panel de 341 praticiens français du droit de la commande publique, du 17 février 2026 au 10 mars 2026. Sur ces 32 propositions, 29 ont été majoritairement accueillies par l'ensemble des sondés. Principalement, 6 emportent une large adhésion à plus de 80 % du panel général des enquêtés :

■

En revanche, parmi les propositions globalement acceptées, 9 suscitent des réticences marquées auprès de certaines catégories de participants (des autorités contractantes, des opérateurs économiques ou des avocats, selon les cas), à savoir :

- La possibilité de transformer un appel d'offres en procédure négociée en cours de procédure (62,46 %, mais les opérateurs économiques ont un avis plus partagé) ;
- La limitation des conditions relatives aux capacités techniques et opérationnelles des candidats (56,14 %, avec une approbation plus faible des autorités contractantes) ;
- La reconnaissance d'un critère d'attribution relatif à la part d'exécution confiée aux petites et moyennes entreprises (64,15 %, mais les opérateurs économiques ont un avis plus partagé) ;
- La réservation aux petites et moyennes entreprises d'une part des marchés publics dont le montant est supérieur aux seuils européens (52,69 %, mais les opérateurs économiques y sont plutôt défavorables et les avocats mitigés) ;

- La création d'une structure d'appui à l'innovation ou d'un label européen « innovation » (55,98 %, mais les avocats ont un avis plus partagé) ;
- L'extension de la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans (54,92 %, mais les avocats y sont plutôt défavorables) ;
- La codification de l'obligation d'indiquer la quantité ou la valeur maximale des accords-cadres et la précision du régime de leur modification (59,29 %, avec une désapprobation minoritaire uniquement observable auprès d'autorités contractantes) ;
- La suppression de la limite des 50 % de la valeur initiale du marché pour les modifications des pouvoirs adjudicateurs (50,20 %, mais les avocats y sont plutôt défavorables et les opérateurs économiques mitigés) ;
- La suppression de la limite des seuils européens pour les modifications de faible montant (63,32 %, mais les avocats ont un avis plus partagé).

Enfin, si 2 propositions génèrent des avis principalement mitigés (l'élargissement du champ d'application du in house et le principe de l'autorisation des variantes pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs), 1 dernière (la suppression du lien entre les critères d'attribution et l'objet du marché) est quasi unanimement rejetée.

Aperçu. Le tableau ci-après synthétise les résultats du sondage (**Figure 4.00**). Il présente les propositions ayant recueilli majoritairement l'approbation des sondés, celles étant plus discutées, et celle ayant été rejetée par le panel d'enquêtés. Le pourcentage indiqué correspond au taux d'adhésion général des participants à la proposition soumise. Pour une précision du taux d'adhésion par catégorie, ainsi que pour une analyse plus fine des résultats, il convient de consulter la partie de la synthèse concernant la proposition.

Figure 4.00 : Tableau synthétique des résultats du sondage en ligne

Propositions recueillant majoritairement l'approbation des sondés	Pour (en %)	Remarque
Axe 1 : Champ d'application		
Élargissement du champ d'application de la coopération entre les autorités publiques	70,54	
Clarification des critères du in house	78,14	
Précision du « risque d'exploitation » dans la définition des contrats de concession	72,64	
Axe 2 : Concurrence		
Création d'un nouveau motif de marché de gré à gré en cas de défaillance du titulaire	87,03	
Suppression des conditions de recours à la procédure négociée pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs	79,79	

Possibilité de transformer un appel d’offres en procédure négociée en cours de procédure	62,46	Les opérateurs économiques sont plus mitigés.
Sécurisation de la mise en œuvre du dialogue compétitif	73,33	
Création d’un registre européen des opérateurs économiques exclus de plein droit de la commande publique	89,46	
Instauration d’un partage d’informations sur les opérateurs économiques exclus	88,54	
Clarification du motif d’exclusion lié aux défaillances persistantes de l’opérateur économique	69,04	Approbation plus faible des autorités contractantes
Limitation des conditions relatives aux capacités techniques et opérationnelles des candidats	56,14	
Intégration, dans certains secteurs, d’un critère lié à la sécurité de la chaîne d’approvisionnement	68,61	
Axe 3 : Objectifs horizontaux		
Sécurité d’approvisionnement comme critère d’attribution ou condition d’exécution	60,70	Les opérateurs économiques sont plus mitigés.
Reconnaissance d’un critère d’attribution relatif à la part d’exécution confiée aux PME	64,15	
Instauration d’un principe de préférence européenne dans la commande publique	83,40	
Extension aux pouvoirs adjudicateurs de la faculté de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays-tiers non-signataires d’un accord avec l’Union européenne	78,28	
Réservation aux PME d’une part des marchés publics	52,69	Les opérateurs économiques sont plutôt défavorables et les avocats mitigés.
Création d’une structure d’appui à l’innovation ou d’un label européen « innovation »	55,98	
Clarification de la définition de l’innovation	86,26	
Axe 4 : Techniques d’achat		
Précision des conséquences de la résiliation d’un accord-cadre sur les bons de commande et les marchés subséquents	81,13	Les avocats sont plutôt défavorables.
Précision de la possibilité de modifier un bon de commande ou un marché subséquent après la fin de l’accord-cadre	68,97	
Extension de la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans	54,92	
Précision de la qualification de contrat des accords-cadres	71,54	
Instauration d’un principe d’exclusivité dans les accords-cadres	77,61	Seules des autorités contractantes ont exprimé leur désapprobation.
Codification de l’obligation d’indiquer la quantité ou la valeur maximale des accords-cadres et précision sur leur modification	59,29	
Axe 5 : Exécution et fin de contrat		
Précision de la notion de modification substantielle	74,42	Les avocats sont plutôt défavorables, les opérateurs économiques mitigés.
Suppression de la limite des 50 % de la valeur initiale du marché pour les modifications des pouvoirs adjudicateurs	50,20	
Suppression de la limite des seuils européens pour les modifications de faible montant	63,32	Les avocats sont mitigés.
Augmenter les seuils des modifications de faible montant	68,97	
Propositions recueillant des avis modérés de la part des sondés		Pour (en %)
Axe 1 : Champ d’application		
Élargissement du champ d’application du <i>in house</i> (Aucun changement dans la modification du champ d’application du <i>in house</i>)	47,74 (41,51)	Les avocats sont plutôt favorables à une réduction du champ d’application ou à un <i>statu quo</i> .
Axe 2 : Concurrence		

Principe de l'autorisation des variantes pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs (Proportion importante d'avis défavorables)	46,71 (35,99)	Les opérateurs économiques y sont très favorables, contrairement aux avocats.
Propositions recueillant majoritairement la désapprobation de la part des sondés	Pour (en %)	Remarque
Axe 3 : Objectifs horizontaux		
Suppression du lien entre les critères d'attribution et l'objet du contrat	15,85	

PARTIE 4 : SYNTHÈSE DU SONDAGE DE LA DEUXIÈME PHASE D'ENQUÊTE

INTRODUCTION

Première phase d'enquêtes. Les enquêtes menées entre mai et juin 2024 par la Chaire ont permis de constater plusieurs difficultés rencontrées par les praticiens concernant le champ d'application des directives 2014/23/UE (ci-après « *directive Concessions* »), 2014/24/UE et 2014/25/UE (ci-après « *directives Marchés* »), la mise en concurrence des contrats de la commande publique (notamment la distinction des régimes des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, la limitation du recours à la négociation, ou encore la mise en œuvre des motifs d'exclusions), les objectifs horizontaux (en particulier les considérations sociales et environnementales, l'accès des TPE et PME, ainsi que les problématiques liées à l'innovation dans les contrats de la commande publique), les techniques d'achat (principalement l'insatisfaction tenant au cadre juridique des accords-cadres), l'encadrement de la durée des marchés publics et des contrats de concession, et l'accès des opérateurs économiques issus de pays tiers à l'Union européenne. À l'issue de ces retours d'expériences, des recommandations provisoires ont été formulées en septembre 2024.

Justification d'une deuxième phase d'enquêtes. Seulement, à la suite de l'annonce par la Commission européenne de sa volonté de réviser les directives Marchés (et éventuellement de la directive Concessions), et de la publication de rapports nationaux et européens, les travaux de recherche ont été relancés. La finalité poursuivie avec cette deuxième phase d'enquêtes est l'évaluation du taux d'adhésion des praticiens aux diverses pistes de réflexion d'évolution des directives proposées par la Chaire (dans le cadre des premiers travaux sur le sujet), le Sénat français (dit « *Rapport Uzenat* »)¹⁷²², le Parlement européen (dit « *Rapport*

¹⁷²² Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon UZENAT, *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique*, Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, déposé le 8 juillet 2025.

Müller »)¹⁷²³ et la Commission européenne (à travers quatre rapports)¹⁷²⁴. Dans ces travaux, seules les recommandations ayant un lien direct avec les directives ont été sélectionnées, laissant de côté les propositions ne relevant pas du domaine des directives européennes (notamment en raison de l'existence d'un règlement européen, ou du fait de la volonté de résoudre des difficultés de manière opérationnelle, ou encore lorsque les évolutions concernent des droits nationaux).

Objectif des nouvelles enquêtes. Cette synthèse recense l'ensemble des données relatives aux attentes des praticiens dans le cadre de la réforme des directives Marchés et Concessions actuellement engagée par la Commission européenne. Suivant une phase d'entretiens auprès de 16 structures publiques et privées entre novembre 2025 et janvier 2026, l'objectif du sondage est d'évaluer le taux d'adhésion auprès d'un panel plus important d'enquêtés. Le sondage, élaboré en collaboration avec la direction des Affaires Juridiques des Ministères Économiques et Financiers, était accessible du 17 février 2026 au 10 mars 2026 sur la plateforme *LimeSurvey* de l'Université Jean Moulin Lyon 3.

Panel des sondés. Sur les 341 participants aux sondages, 261 ont indiqué répondre en tant qu'autorité contractante, 48 en tant qu'opérateur économique et 32 en qualité d'avocat. Précisément, le panel des sondés se compose de la manière suivante :

- **Les autorités contractantes :** 17 administrations centrales de l'État, 6 administrations territoriales de l'État, 7 autorités administratives indépendantes, 6 régions, 12 départements, 22 communes, 37 établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), 51 établissements publics administratifs de l'État, 8 établissements publics industriels et commerciaux de l'État, 5 établissements publics administratifs locaux, 11 établissements publics industriels et commerciaux locaux, 11 sociétés nationales à capitaux publics, 11 sociétés d'économie mixte locales ou sociétés publiques locales, 4 personnes publiques *sui generis*. En outre, 53 sondés ont indiqué une autre nature d'autorité contractante, notamment des établissements publics de l'enseignement supérieur, des groupements d'intérêt public, des établissements

¹⁷²³ P. MÜLLER, *Rapport sur la passation des marchés publics*, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, 2024/2103(INI), 18 juillet 2025.

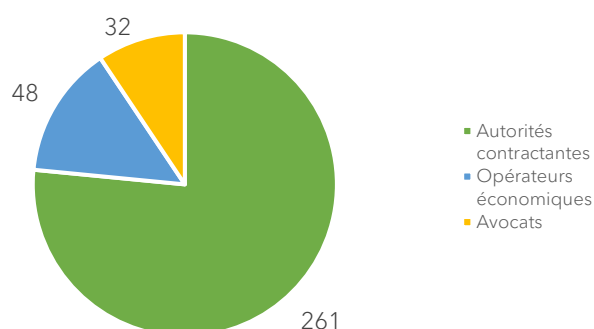
¹⁷²⁴ S. BOUSSETA, *Evaluation Study of Relevance and EU added value of the Public Procurement legislation*, Commission européenne, juillet 2025 ; R. CARANTA, *Coherence in the EU Public Procurement Directives*, Commission européenne, août 2025 ; W. A. JANSSEN, *The coherence of public procurement legislation in the european union*, Commission européenne, juillet 2025 ; I. DA ROSA, T. TATRAI, D. TRESO, *Evaluation of Transparency and Integrity. 2014 Public Procurement Directives*, Commission européenne, août 2025.

publics de santé ou encore des organismes de droit privé agissant en qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice. Majoritairement, les autorités contractantes ont répondu en qualité de pouvoir adjudicateur (233 sur 261, soit 89,27 % des sondés de cette catégorie). L'expérience des entités adjudicatrices n'a été partagée que par 28 enquêtés (soit 10,73 % des sondés de cette catégorie) ;

- **Les opérateurs économiques :** 5 entreprises de moins de 10 employés, 4 entreprises de moins de 50 employés, 11 entreprises de moins de 500 employés, 26 entreprises de plus de 500 employés, une association à but non lucratif et un organisme professionnel ;
- **Les avocats :** 17 avocats exercent depuis plus de dix ans, 7 depuis plus de cinq ans (et moins de dix ans) et 8 depuis moins de cinq ans. Parmi eux, 13 conseillent indistinctement les autorités contractantes et les opérateurs économiques, 9 uniquement les autorités contractantes et 10 les opérateurs économiques.

La figure ci-après (**Figure 4.01**) expose la répartition de chaque qualité au sein du panel des enquêtés.

Figure 4.01 : Graphiques représentant le taux de participation par question en valeur absolue



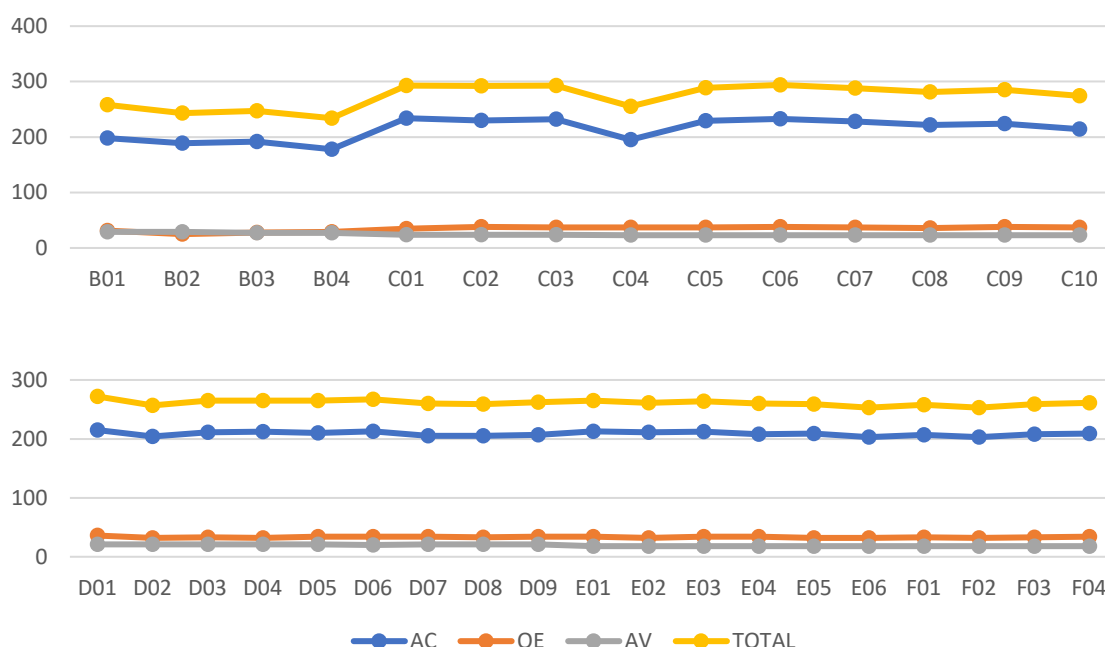
Avertissement. Il convient de relever que l'échantillon de l'enquête se caractérise par une surreprésentation des autorités contractantes par rapport aux autres catégories de répondants, en particulier les opérateurs économiques et les avocats. Cette configuration doit être prise en compte dans l'interprétation des résultats du sondage, dans la mesure où elle est susceptible d'influencer certaines tendances observées, ainsi que les analyses et hypothèses qui en découlent.

En effet, les positions exprimées reflètent, dans une certaine mesure, les préoccupations spécifiques des autorités contractantes, ce qui peut conduire à une accentuation de certaines priorités ou perceptions propres à ces acteurs. Dès lors, les résultats doivent être interprétés avec prudence, en tenant compte de ce déséquilibre dans la composition de l'échantillon.

Toutefois, cette surreprésentation ne saurait être considérée comme purement contingente. Elle peut également s'expliquer par le fait que les autorités contractantes se sentent particulièrement concernées par les évolutions du cadre juridique européen, notamment celles issues des directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, dont elles assurent la mise en œuvre au quotidien. Leur forte participation à l'enquête traduit ainsi un intérêt accru pour les réformes envisagées, ce qui confère également une pertinence particulière à l'analyse de leurs réponses dans le cadre de l'étude.

Taux de participation. Le taux de participation demeure relativement stable tout au long du sondage, renforçant la fiabilité des résultats obtenus. Cette constance s'observe de manière générale à l'ensemble du panel d'enquête, ainsi qu'au sein de chacune des catégories. Les graphiques ci-après (**Figure 4.02**) présentent l'évolution du taux de participation à mesure de l'avancement des sondés dans le formulaire d'enquête.

Figure 4.02 : Graphiques représentant le taux de participation par question en valeur absolue¹⁷²⁵



¹⁷²⁵ Pour information : AC = Autorité contractante ; OE = Opérateur économique ; AV = Avocat.

À noter, en fin de questionnaire, les participants à l'enquête pouvaient apporter des précisions écrites à leurs réponses dans le cadre de libres-propos. Si 47 autorités contractantes (sur 261), 5 opérateurs économiques (sur 48) et 7 avocats (sur 32), la majorité des contributions ne peut pas être exploitée dans le cadre de l'enquête en cause. En effet, de nombreux commentaires insistent sur des spécificités propres au Code de la commande publique (et donc à la législation française, sans que le droit de l'Union européenne n'ait d'incidence, à l'image des règles encadrant les contrats de la commande publique en dessous des seuils européens), ou révèlent une méconnaissance du droit de l'Union européenne (en particulier sur l'articulation entre règlements et directives).

Plan de la synthèse. Les différentes pistes de réflexion d'évolution des directives européennes ont été regroupées selon 6 axes thématiques s'inscrivant dans la continuité de ceux de la première phase d'enquêtes, à savoir : le champ d'application des directives (**Axe 1**), la concurrence (**Axe 2**), les objectifs horizontaux (**Axe 3**), les techniques d'achat (**Axe 4**) et l'exécution et la fin des contrats (**Axe 5**)¹⁷²⁶.

¹⁷²⁶ Les libres-propos sont intégrés directement à chaque axe correspondant à la thématique abordée par le sondé.

AXE 1 : LE CHAMP D'APPLICATION DES DIRECTIVES

MODIFICATION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA COOPÉRATION ENTRE LES AUTORITÉS PUBLIQUES

Finalité de la question. L'enquête entend déterminer les attentes des praticiens du droit de la commande publique sur le champ d'application de la coopération entre les autorités publiques dans les directives *Marchés*.

Question B01

Faut-il élargir ou réduire le champ d'application de la coopération entre les autorités publiques dans les directives sur les marchés publics ?

Données. À la question de savoir s'il faut élargir ou réduire le champ d'application de la coopération entre les autorités publiques dans les directives sur les marchés publics, la majorité des sondés se prononce en faveur d'un élargissement. Tel est le cas de 182 sondés¹⁷²⁷ sur les 258 sondés¹⁷²⁸ ayant répondu à cette question, soit 70,54 %. Seuls 13 sondés¹⁷²⁹ privilégieraient une réduction du champ d'application de la coopération entre les autorités (soit 5,04 %), tandis que 63 sondés¹⁷³⁰ donnent leur préférence à l'absence de changement du champ d'application (soit 24,42 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.03**).

Analyse. Les autorités contractantes représentent la quasi-totalité des sondés se déclarant favorables à l'élargissement du champ d'application de la coopération entre les autorités publiques dans les directives sur les marchés publics. Ceci peut s'expliquer par deux éléments : la surreprésentation des autorités contractantes au sein des sondés (elles représentent 76,74 % des sondés ayant répondu à cette question¹⁷³¹), et le fait que les autorités contractantes constituent les bénéficiaires principaux de la coopération entre les autorités publiques. En effet,

¹⁷²⁷ 151 autorités contractantes, 14 opérateurs économiques et 17 avocats.

¹⁷²⁸ 198 autorités contractantes, 31 opérateurs économiques et 29 avocats.

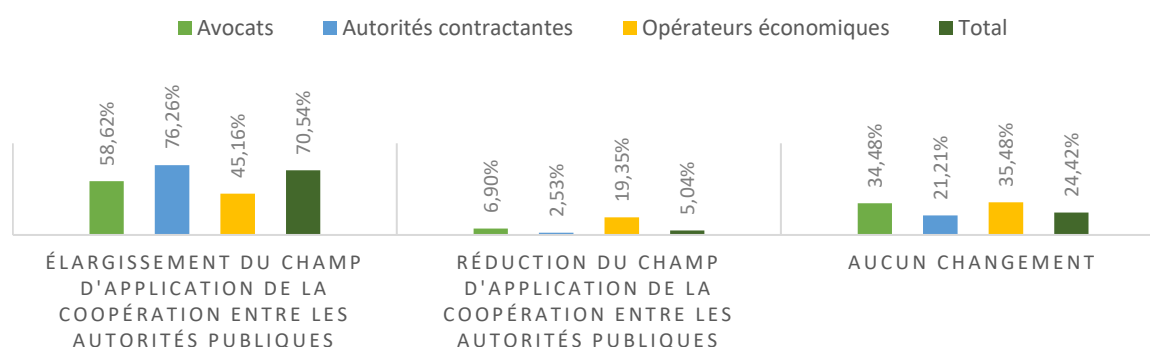
¹⁷²⁹ 5 autorités contractantes, 6 opérateurs économiques et 2 avocats.

¹⁷³⁰ 42 autorités contractantes, 11 opérateurs économiques et 10 avocats.

¹⁷³¹ 198 autorités contractantes sur 258 sondés (toutes catégories confondues) ayant répondu à cette question.

la qualification de coopération entre les autorités publiques permet de ne pas appliquer aux contrats concernés les normes issues des directives sur les marchés publics dont, naturellement, les obligations pesant sur les autorités contractantes (comme les obligations de publicité et de mise en concurrence). La souplesse résultant de la qualification de la coopération entre les autorités publiques bénéficie donc principalement aux autorités contractantes. L'extension du champ d'application de cette coopération constituerait donc un assouplissement en faveur des autorités contractantes principalement.

Figure 4.03 : Attentes des praticiens relatives au champ d'application de la coopération entre les autorités publiques dans les directives *Marchés*



MODIFICATION DU CHAMP D'APPLICATION DU *IN HOUSE*

Finalité de la question. L'enquête entend déterminer les attentes des praticiens du droit de la commande publique sur le champ d'application de la quasi-régie dans les directives *Marchés*.

Question B02

Faut-il élargir ou réduire le champ d'application de la quasi-régie (*in house*) dans les directives sur les marchés publics ?

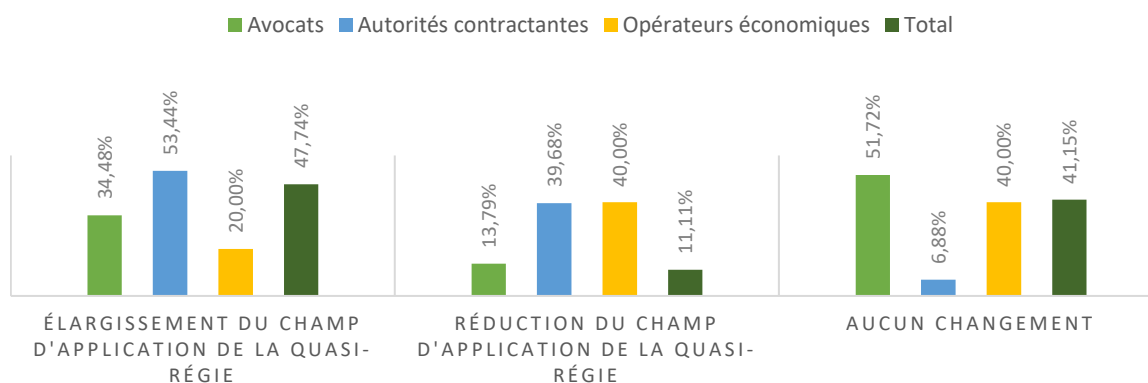
Données. À la question de savoir s'il faut élargir ou réduire le champ d'application de la quasi-régie (*in house*) dans les directives sur les marchés publics, les réponses sont plus nuancées qu'à la question précédente. 116 sondés¹⁷³² sur 243 sondés ayant répondu à cette question¹⁷³³ (soit 47,74 %) estiment qu'il faudrait élargir le champ d'application. Presque autant de sondés se déclarent favorables à l'absence de changement du champ d'application du *in house* (100 sondés sur 243, soit 41,15 %), tandis que seulement 27 sondés affirment, à l'inverse,

¹⁷³² 101 autorités contractantes, 5 opérateurs économiques et 10 avocats.

¹⁷³³ 189 autorités contractantes, 25 opérateurs économiques et 29 avocats.

qu'il faudrait réduire le champ d'application (soit 11,11 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.04**).

Figure 4.04 : Attentes des praticiens relatives au champ d'application de la quasi-régie dans les directives Marchés



Analyse. Alors même que la quasi-régie (*in house*) conduit à une souplesse similaire pour les autorités contractantes que la question précédente (sur la coopération entre les autorités publiques) et qu'il y a peu d'écarts entre le nombre de répondants aux deux questions¹⁷³⁴, les sondés se déclarent favorables à l'extension du champ d'application dans une proportion bien plus faible. Ceci est d'autant plus surprenant que le pourcentage d'autorités contractantes au sein des sondés ayant répondu à ces deux questions est similaire¹⁷³⁵. Faute d'indication des sondés quant aux motifs de leurs réponses – et ainsi faute d'explications quant au fait qu'ils privilégieraient, pour presque la moitié d'entre eux, l'absence de changement du champ d'application du *in house* – seules des hypothèses peuvent être émises. Il est possible que l'extension déjà réalisée du champ d'application du *in house*, notamment par l'inclusion du *in house* ascendant et descendant ainsi que du contrôle conjoint de plusieurs autorités contractantes, soit jugée satisfaisante.

Libres-propos. Un avocat, favorable à l'élargissement du champ d'application de la quasi-régie, voit dans la généralisation du *in house* un outil « *de flexibilité et d'efficacité pour les activités des groupes publics comportant des entités adjudicatrices et des pouvoirs adjudicateurs à travers la création d'une structure commune* ». Deux autorités contractantes

¹⁷³⁴ Il y a seulement 15 sondés en moins pour cette question par rapport à la question précédente (243 sondés par rapport à 258 sondés).

¹⁷³⁵ Les autorités contractantes représentent 77,78 % des sondés ayant répondu la question relative au champ d'application du *in house* (189 autorités contractantes sur 243 sondés ayant répondu à cette question), et 76,74 % des sondés ayant répondu à la question précédente sur le champ d'application de la coopération entre autorités publiques.

abondent en ce sens, soulignant que « *pour les entreprises françaises, en particulier dans les secteurs d'infrastructures ou de services publics locaux, un enjeu majeur réside dans la sécurisation des coopérations avec les sociétés d'économie mixte* ». Or, pour l'une d'elles, « *l'interprétation française, issue notamment de la doctrine administrative, apparaît plus restrictive que le droit européen justifiant une clarification explicite au niveau européen pour sécuriser les montages existants, faciliter les coopérations industrielles locales et soutenir les modèles concessionnels intégrant une part privée minoritaire non bloquante* ». Cette position est à relativiser en raison de la nature des deux autorités contractantes, à savoir des sociétés d'économie mixte.

En revanche, une autorité contractante alerte sur l'extension du champ d'application de la quasi-régie. Constatant que « *des acheteurs profitent de cette exception sans avoir de véritable contrôle analogue à ceux exercés sur leurs propres services (à l'image des SEM et des SPL où certains acheteurs détiennent des parts minoritaires)* », l'élargissement « *ne ferait qu'augmenter les situations dans lesquelles les acheteurs utilisent ces procédures sans en respecter les conditions* ». La prudence est donc de mise pour elle, privilégiant une clarification des critères du *in house* plutôt qu'un changement de son champ d'application.

CLARIFICATION DES CRITÈRES DU *IN HOUSE*

Finalité de la question. L'enquête entend déterminer les attentes des praticiens du droit de la commande publique sur la clarification des critères de la quasi-régie dans les directives *Marchés*.

Question B03

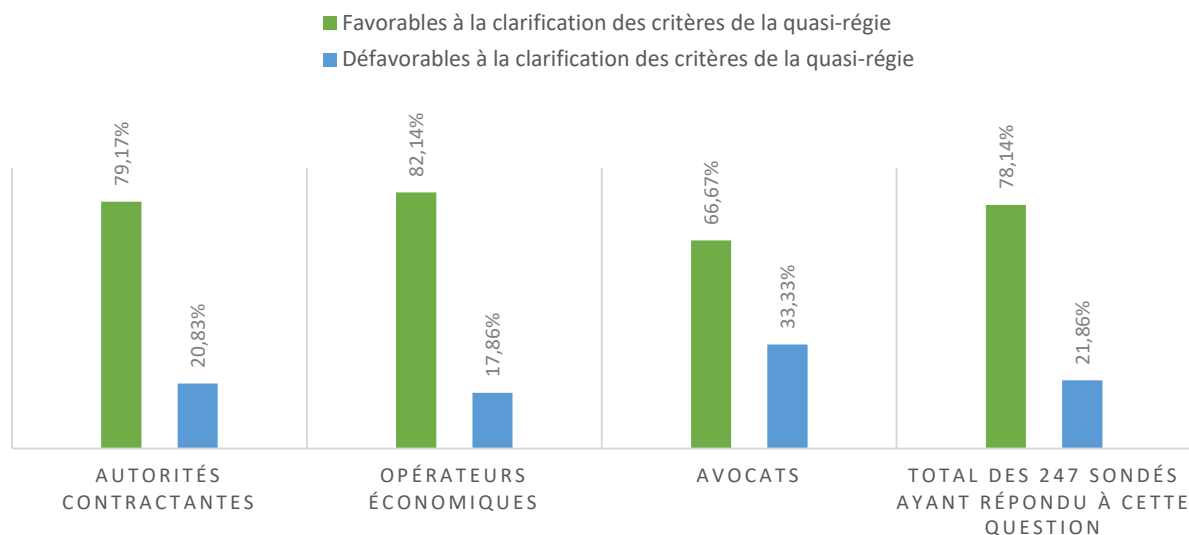
Faut-il clarifier les critères de la quasi-régie (*in house*) ?

Données. À la question de savoir s'il faut clarifier les critères de la quasi-régie (*in house*), la majorité des sondés¹⁷³⁶ répond positivement (78,14 % des 247 sondés ayant répondu

¹⁷³⁶ 193 sondés incluant 152 autorités contractantes, 23 opérateurs économiques et 18 avocats. Les sondés ayant répondu négativement sont au nombre de 54 (9 AV, 40 AC, et 5 OE).

à cette question¹⁷³⁷). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (Figure 4.05).

Figure 4.05 : Attentes des praticiens relatives à la clarification des critères de la quasi-régie dans les directives *Marchés*



Analyse. Le quasi-consensus en faveur de la clarification des critères de la quasi-régie (*in house*) peut à nouveau s'expliquer par la surreprésentation des autorités contractantes au sein des sondés ayant répondu à cette question¹⁷³⁸. Les autorités contractantes sont en effet particulièrement concernées par les éventuelles difficultés d'appréciation des critères du *in house*, puisque c'est à elles qu'il appartient de déterminer si une situation peut entrer dans son champ d'application et si elles peuvent ainsi lancer la passation d'un contrat sans appliquer les normes issues des directives européennes.

¹⁷³⁷ 192 autorités contractantes, 28 opérateurs économiques et 27 avocats. Il convient de souligner 94 sondés ont ouvert cette page, mais n'y ont pas répondu, et ne sont donc pas comptabilisés dans les 247 sondés ayant répondu à cette question.

¹⁷³⁸ Les autorités contractantes représentent 77,73 % des 247 sondés ayant répondu à cette question.

PRÉCISION DU « RISQUE D'EXPLOITATION » DANS LA DÉFINITION DES CONTRATS DE CONCESSION

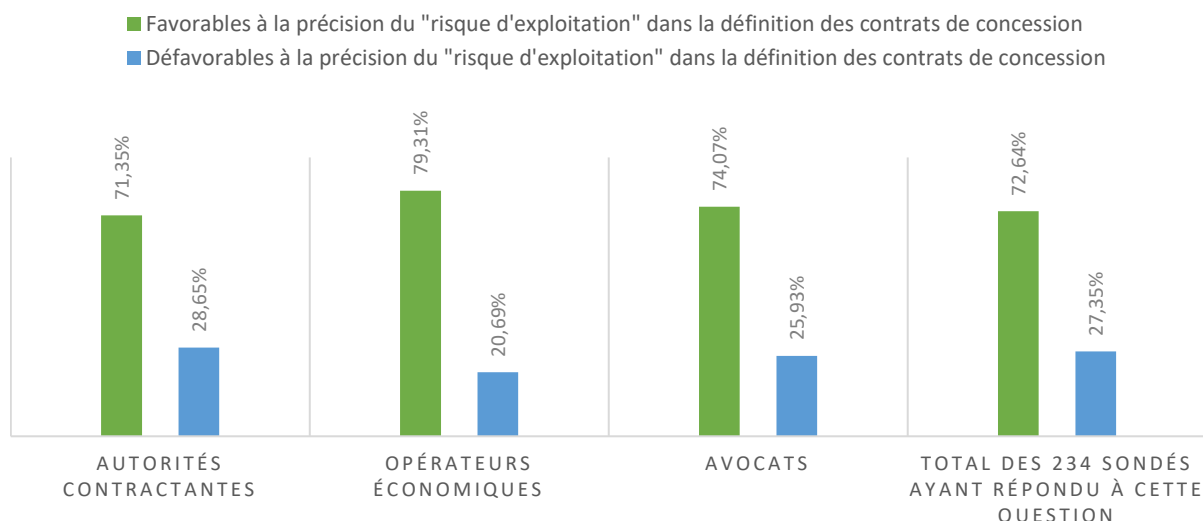
Finalité de la question. L'enquête entend déterminer si les praticiens du droit de la commande publique souhaitent des précisions de la notion de « risque d'exploitation » dans la définition des contrats de concessions.

Question B03

Faut-il préciser la notion de « risque d'exploitation » dans la définition des contrats de concession ?

Données. À la question de savoir s'il faut préciser la notion de « risque d'exploitation » dans la définition des contrats de concession, plus des deux tiers des 234 sondés ayant répondu à cette question¹⁷³⁹ se déclarent favorables à une telle précision (72,64 %). Comme pour les questions précédentes, les sondés ayant répondu positivement sont majoritairement composés d'autorités contractantes¹⁷⁴⁰, mais incluent également plus des deux tiers des avocats et plus des trois quarts des opérateurs économiques s'étant prononcés sur cette question. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.06**).

Figure 4.06 : Attentes des praticiens en matière de précision de la notion de « risque d'exploitation » dans la définition des contrats de concession



¹⁷³⁹ 178 autorités contractantes, 29 opérateurs économiques et 27 avocats.

Il convient de souligner 94 sondés ont ouvert cette page, mais n'y ont pas répondu, et ne sont donc pas comptabilisés dans les 247 sondés ayant répondu à cette question.

¹⁷⁴⁰ 127 autorités contractantes sur 170 sondés ayant répondu positivement à cette question, soit 74,71 %.

Analyse. Alors que l'appréciation du critère du risque d'exploitation incombe aux autorités contractantes (pour déterminer si le contrat constitue une concession et ainsi identifier les normes applicables), la majorité des avocats et opérateurs économiques ayant répondu à cette question sont également favorables à une précision de ce critère. Apparaît ainsi un consensus transcendant les intérêts potentiellement divergents des avocats, autorités contractantes et opérateurs économiques. Les difficultés précises d'appréciation du critère du risque d'exploitation, et ainsi les raisons exactes conduisant les sondés à souhaiter une clarification de ce critère, ne sont toutefois pas identifiées¹⁷⁴¹.

¹⁷⁴¹ Les sondés étaient invités à préciser cette réponse s'ils le souhaitaient, mais aucun ne l'a fait.

AXE 2 : LA CONCURRENCE

CRÉATION D'UN NOUVEAU MOTIF DE MARCHÉ DE GRÉ À GRÉ EN CAS DE DÉFAILLANCE DU TITULAIRE

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la création d'un nouveau motif de marché de gré-à-gré en cas de défaillance du titulaire.

Question C01

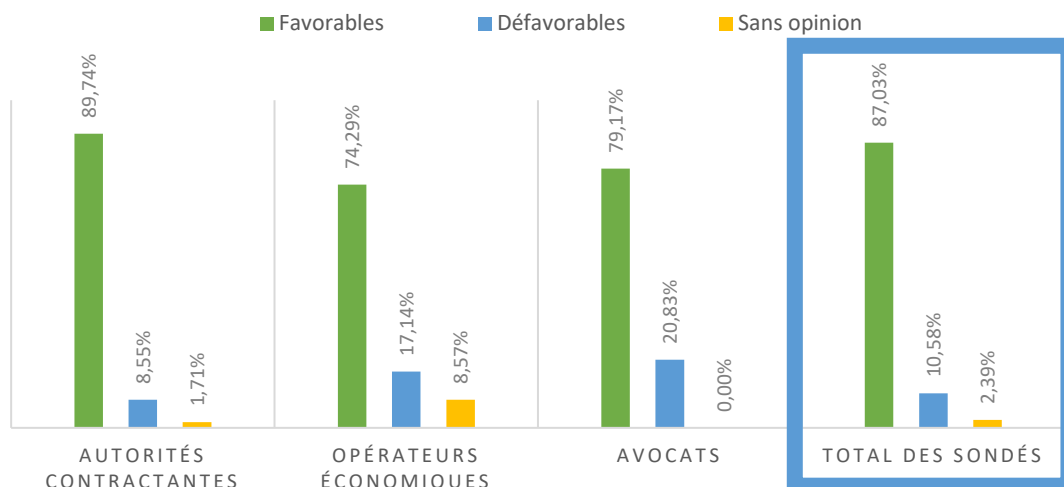
Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Autoriser le remplacement temporaire ou définitif du titulaire d'un contrat ou d'un lot sans publicité ni mise en concurrence préalables en cas de défaillances importantes ou persistantes, lorsque les délais de remise en concurrence sont incompatibles avec des exigences impératives d'intérêt général.

Données. Les sondés étaient interrogés sur le fait d'autoriser le remplacement temporaire ou définitif du titulaire d'un contrat ou d'un lot sans publicité ni mise en concurrence préalables en cas de défaillances importantes ou persistantes, lorsque les délais de remise en concurrence sont incompatibles avec des exigences impératives d'intérêt général. Il s'agit, autrement dit, de créer un nouveau motif pour les marchés dits « de gré à gré » (sans publicité ni mise en concurrence préalables) fondé sur la réunion de deux conditions : les défaillances importantes ou persistantes du titulaire initial, ainsi que l'incompatibilité des délais de remise en concurrence avec des exigences impératives d'intérêt général. Une écrasante majorité de sondés s'y déclare favorable : 255 sondés¹⁷⁴² sur 293¹⁷⁴³ ayant répondu à cette question (soit 87,03 %). Une faible proportion des sondés s'y oppose (10,58 % des sondés), et 2,39 % déclarent ne pas avoir d'opinion à ce sujet. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.07**).

¹⁷⁴² 210 autorités contractantes, 26 opérateurs économiques et 19 avocats.

¹⁷⁴³ 234 autorités contractantes, 35 opérateurs économiques et 24 avocats.

Figure 4.07 : Adhésion des praticiens à la création d'un nouveau motif de gré-à-gré en cas de défaillance du titulaire

Analyse. L'assentiment de la très grande majorité des sondés, y compris des opérateurs économiques et des avocats, à la création d'un nouveau motif de recours à la dispense de publicité et de mise en concurrence préalables, semble refléter un souhait commun d'assouplissement du recours aux marchés de gré à gré. Cela peut s'expliquer par le fait que de tels marchés conduisent à un allègement significatif du formalisme de la passation, tant pour les autorités contractantes que les opérateurs économiques. Il est également possible que le cas de figure envisagé pour ce nouveau motif – à savoir, des défaillances importantes ou persistantes du titulaire initial du marché, combinées à des exigences impératives d'intérêt général – emporte la conviction des sondés, en raison des intérêts en jeu et de l'encadrement strict d'une telle dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence préalables.

Dans le cadre de ses libres-propos, une administration centrale de l'État relève que ce mécanisme pour être un bon moyen de résoudre les défaillances en cours d'exécution. Si la mise en régie est possible, son application est complexe et juridiquement risquée, justifiant une mobilisation rare des acheteurs. Un établissement public administratif de l'État s'inscrit dans cette lignée, en insistant sur un encadrement nécessaire :

« Sur la possibilité de choisir un titulaire sans mise en concurrence après des difficultés persistantes, le choix sans mise en concurrence pourrait n'être possible qu'après résiliation. Ce serait un moyen d'obliger d'évaluer le bien-fondé des difficultés persistantes pour que certains acheteurs ne se tournent pas vers d'autres entreprises sans mise en concurrence et sans avoir pris de sanction (comme des

pénalités ou une exécution aux frais et risques, pour ne retenir que ces exemples). »

Toutefois, faute d'indications supplémentaires des sondés (à l'exception de ces deux autorités contractantes) quant aux motifs de leur réponse à cette question, les explications ici avancées sont uniquement hypothétiques.

L'ÉVOLUTION DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA NÉGOCIATION

Finalité des questions. L'enquête entend évaluer les attentes des praticiens de la commande publique concernant la généralisation de la négociation dans les procédures de passation des marchés publics.

Question C02

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Supprimer les conditions de recours à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable pour en faire une procédure de droit commun pour les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs.

Question C03

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Prévoir la possibilité pour les autorités contractantes, en cours de procédure de passation, de transformer un appel d'offres en procédure négociée avec mise en concurrence, à condition que cette possibilité soit annoncée au préalable.

Question C04

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Sécuriser la mise en œuvre du dialogue compétitif, notamment en appliquant à cette procédure les règles relatives à la protection des informations confidentielles et à l'égalité de traitement des candidats applicables à la procédure négociée jusqu'à présent.

Données. Pour évaluer la nécessité (ou non) de modifier l'encadrement juridique de la négociation et, le cas échéant, les modalités idoines d'évolution, trois propositions portant sur le recours à la négociation ont été soumises pour avis aux sondés. La première porte sur la suppression des conditions de recours à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable pour les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs. La deuxième proposition repose sur la possibilité pour les autorités contractantes de transformer, en cours de procédure de passation, un appel d'offres en procédure négociée avec mise en concurrence préalable, à condition que cette possibilité soit annoncée au préalable. La troisième et dernière proposition vise à sécuriser la mise en œuvre du dialogue compétitif, notamment en appliquant à cette procédure les règles relatives à la protection des informations confidentielles et à l'égalité de traitement des candidats applicables à la procédure négociée jusqu'à présent. Les

sondés pouvaient se déclarer favorables, défavorables, ou sans opinion pour chacune de ces trois propositions.

La proposition recueillant le plus grand nombre d'avis favorables est la première (suppression des conditions de recours par les pouvoirs adjudicateurs à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable). Sur 292 sondés ayant donné leur avis sur cette mesure¹⁷⁴⁴, 79,79 % se prononcent en faveur de celle-ci¹⁷⁴⁵, contre 13,01 % de sondés s'y déclarant défavorables¹⁷⁴⁶, et 7,19 % des sondés indiquant ne pas avoir d'opinion à ce sujet¹⁷⁴⁷.

La proposition recueillant également un avis majoritairement positif des sondés est la troisième mesure, portant sur la sécurisation de la mise en œuvre du dialogue compétitif. Un nombre moins élevé de sondés se sont prononcés sur cette mesure (255 sondés¹⁷⁴⁸) et un quart d'entre eux affirme ne pas avoir d'opinion à ce sujet (25,49 %¹⁷⁴⁹). Elle recueille toutefois l'avis positif de 73,33 % des sondés¹⁷⁵⁰, et seul 1,18 % des sondés s'y déclare défavorable¹⁷⁵¹.

La dernière proposition (par ordre de préférence des sondés) est celle portant sur la faculté de transformation, en cours de procédure, d'un appel d'offres en procédure négociée avec mise en concurrence préalable. Le nombre de répondants est quasiment identique à celui de la première mesure (293 sondés¹⁷⁵², contre 292 sondés pour la première mesure), mais les résultats diffèrent sensiblement de la première mesure. Une part plus faible de sondés se déclare favorable à une telle faculté de transformation de la procédure (62,46 % des sondés¹⁷⁵³) tandis que, à l'inverse, une proportion plus élevée de sondés s'y oppose (27,99 % des sondés¹⁷⁵⁴). Une part de sondés légèrement plus élevée que pour la première mesure se déclare sans opinion (9,56 % des sondés¹⁷⁵⁵).

Les graphiques ci-après présentent l'ensemble des données sur cette question (Figures 4.08 à 4.11).

¹⁷⁴⁴ 230 autorités contractantes, 38 opérateurs économiques et 24 avocats.

¹⁷⁴⁵ Soit 233 des 292 sondés, incluant 186 autorités contractantes, 29 opérateurs économiques et 18 avocats.

¹⁷⁴⁶ Soit 38 des 292 sondés, incluant 29 autorités contractantes, 5 opérateurs économiques et 4 avocats.

¹⁷⁴⁷ Soit 21 des 292 sondés, incluant 15 autorités contractantes, 4 opérateurs économiques et 2 avocats.

¹⁷⁴⁸ 195 autorités contractantes, 37 opérateurs économiques et 23 avocats.

¹⁷⁴⁹ Soit 65 des 255 sondés, incluant 56 autorités contractantes, 5 opérateurs économiques et 4 avocats.

¹⁷⁵⁰ Soit 187 des 255 sondés, incluant 137 autorités contractantes, 31 opérateurs économiques et 19 avocats.

¹⁷⁵¹ Soit 3 des 255 sondés (2 autorités contractantes et 1 opérateur économique).

¹⁷⁵² 232 autorités contractantes, 37 opérateurs économiques et 24 avocats.

¹⁷⁵³ Soit 183 des 293 sondés, incluant 152 autorités contractantes, 18 opérateurs économiques et 13 avocats.

¹⁷⁵⁴ Soit 82 des 293 sondés, incluant 59 autorités contractantes, 14 opérateurs économiques et 9 avocats.

¹⁷⁵⁵ Soit 28 des 293 sondés, incluant 21 autorités contractantes, 5 opérateurs économiques et 2 avocats.

Figure 4.08 : Adhésion des praticiens aux différentes propositions sur la négociation lors de la passation des contrats de la commande publique (total des sondés ayant répondu aux questions)

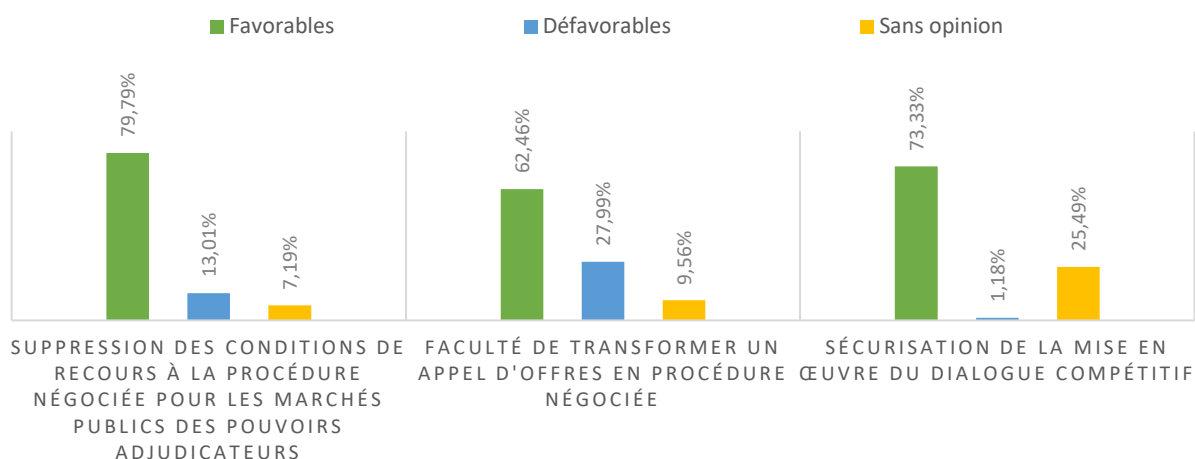


Figure 4.09 : Adhésion des praticiens à la suppression des conditions de recours à la procédure négociée pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs (détails)

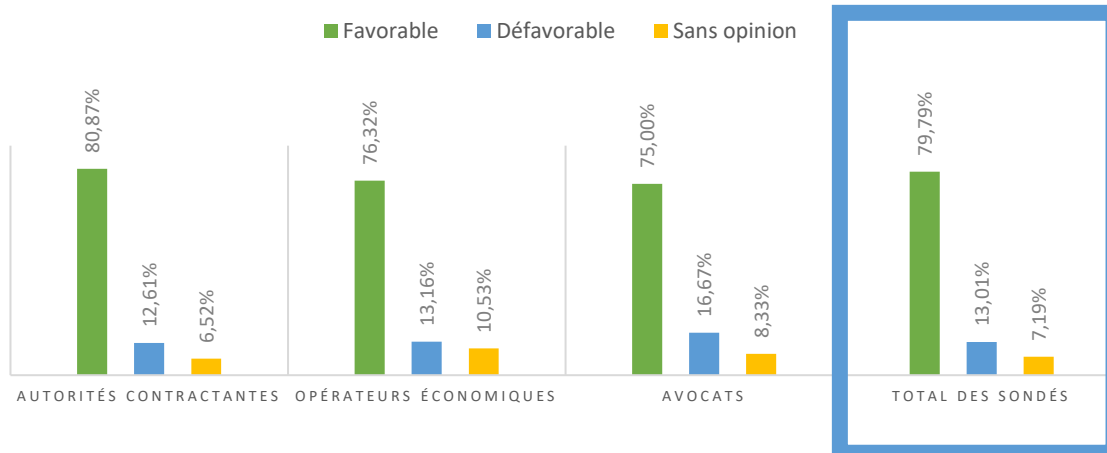


Figure 4.10 : Adhésion des praticiens à la faculté de transformer un appel d'offres en procédure négociée en cours de procédure (détails)

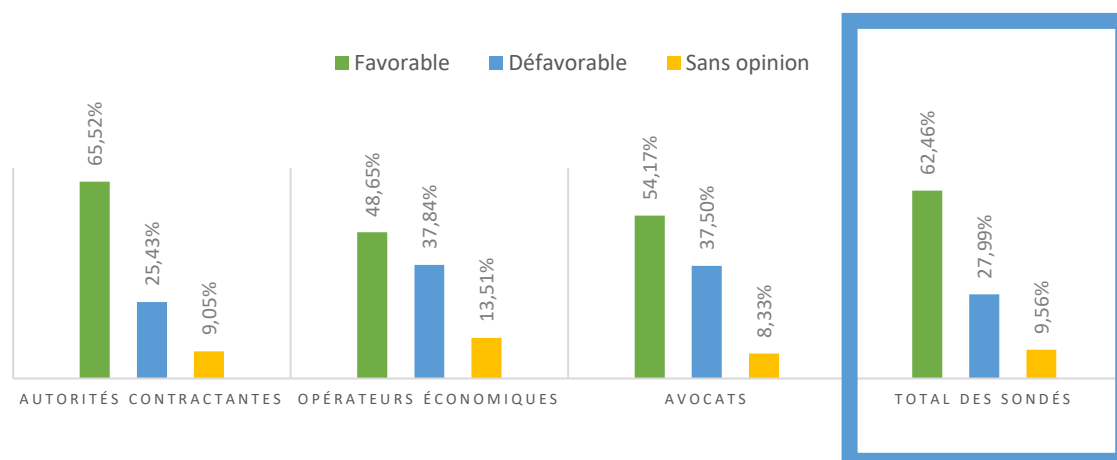
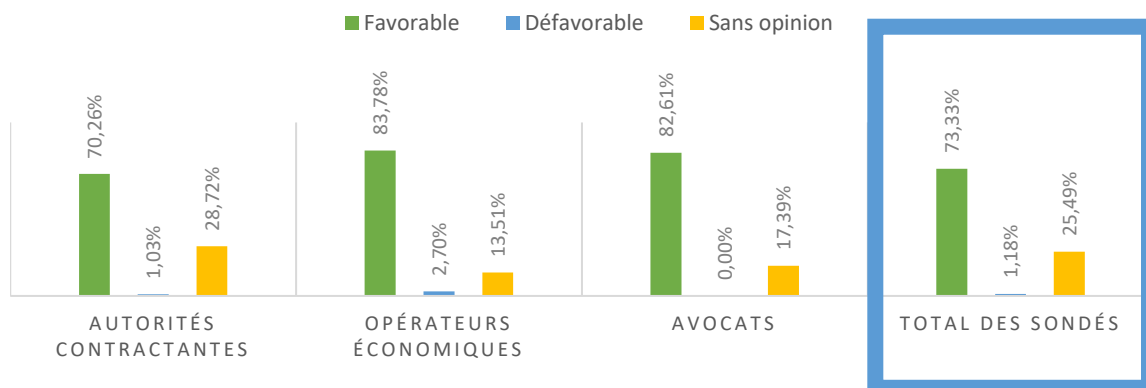


Figure 4.11 : Adhésion des praticiens à la sécurisation de la mise en œuvre du dialogue compétitif (détails)



Analyse. L'accueil très majoritairement positif réservé à la suppression des conditions de recours à la procédure négociée pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs n'est pas surprenant. Il confirme en effet les résultats d'autres travaux de la Chaire ayant déjà souligné l'existence d'un quasi-consensus des praticiens pour une telle mesure, que les praticiens concernés soient des avocats ou des membres du service juridique d'une autorité contractante ou d'un opérateur économique. Il est en effet établi que la négociation a de nombreux bénéfices, aussi bien pour les autorités contractantes que les opérateurs économiques. Les résultats du présent sondage confirment la forte adhésion de l'ensemble de ces praticiens, les différences de pourcentages entre les sondés favorables à cette mesure selon leur nature (autorité contractante, opérateur économique, ou avocat) étant de faible ampleur (différence inférieure à 6 %).

L'adhésion plus faible des sondés aux deux autres mesures soumises pour avis, et les écarts entre les sondés, pourraient s'expliquer par les bénéficiaires de ces mesures et ainsi par la nature des sondés (autorité contractante, opérateur économique, ou avocat). S'agissant de la deuxième mesure (faculté de transformation d'un appel d'offres en procédure négociée), il est possible que les opérateurs économiques (favorables à seulement 48,65 % contre 65,52 % des autorités contractantes) estiment que cette souplesse bénéficierait principalement aux autorités contractantes (malgré les avantages de la négociation) et pourrait leur être défavorable, car les conduisant à élaborer une nouvelle offre fondée sur la négociation qu'ils n'avaient pas pu pleinement anticiper. Concernant la troisième mesure (sécurisation de la mise en œuvre du dialogue compétitif), celle-ci recueille, à l'inverse, un avis plus positif des opérateurs économiques (83,78 %) et des avocats (82,61 %) que des autorités contractantes (70,26 %),

alors même que ces dernières sont surreprésentées au sein du sondage¹⁷⁵⁶. De tels résultats pourraient s'expliquer par le fait qu'une telle mesure génère des obligations pour les autorités contractantes, mais présentent des avantages aussi bien pour les autorités contractantes que les opérateurs économiques (la sécurisation).

Libres-propos. Seuls 9 autorités contractantes et un opérateur économique ont apporté des précisions concernant leur attente d'une évolution de l'encadrement juridique de la négociation. En l'état actuel, comme le relève une commune, à défaut de reconnaître une grande marge de manœuvre aux acheteurs en termes de négociation, l'appel d'offres rencontre des limites dans la pratique.

Une telle mesure donnerait, selon une société d'économie mixte, aux acheteurs publics des outils « *réellement opérationnels en rapprochant les moyens des pouvoirs adjudicateurs de ceux des entités adjudicatrices, afin de permettre un achat public plus stratégique et plus efficace* ». Elle explique que la simplification du recours à la négociation apporterait trois vertus dans la pratique de la commande publique, sans altérer la concurrence : l'amélioration de la qualité des offres, le renforcement de l'accès des PME aux marchés publics (celles-ci étant « *peu familières des procédures formalisées* ») et la reconnaissance du rôle d'un acheteur public (« *la négociation est un moment important de l'achat et la sécurisation de l'exécution pour justement éviter les avenants et anticiper des difficultés d'exécution* »). Une autre société d'économie mixte ajoute :

« Le recours à la négociation dans les procédures de la commande publique apparaît aujourd'hui non seulement pertinent, mais souvent indispensable pour préserver l'efficacité de la fonction achats. Dans un contexte économique mondial incertain, la rigidité de l'appel d'offres atteint rapidement ses limites. La négociation constitue en effet l'un des fondements de tout acte d'achat, a fortiori lorsqu'il s'agit de mobiliser des deniers publics et d'en garantir l'utilisation la plus efficiente possible. »

Il en va de même pour un opérateur économique :

« La procédure concurrentielle avec négociation reste à ce stade insuffisamment utilisée par les pouvoir adjudicateurs, alors qu'elle

¹⁷⁵⁶ Sur les 255 sondés ayant répondu à cette question, 195 sont des autorités contractantes (soit 76,47 %).

constitue un outil permettant aux candidats de présenter des solutions spécifiques favorisant notamment les projets innovants.

En effet, malgré l'élargissement des cas prévus par la directive 2014/24 pour recourir à cette procédure, il s'avère là encore nécessaire d'aligner le régime des pouvoirs adjudicateurs sur celui des entreprises adjudicatrices qui peuvent l'utiliser sans avoir à justifier que les conditions de recours à ces procédures sont remplies et ce d'autant plus, que la Cour de Justice des Communautés européennes procède à une interprétation stricte de ces dispositions. »

En outre, un département regrette l'échec de la flexibilité initialement espérée lors de l'institution des procédures négociées. Selon lui, *« la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de choisir entre quatre procédures et deux techniques de passation de marchés afin de satisfaire leurs différents besoins d'achat n'a pas donné lieu à une plus grande flexibilité dans la pratique, puisque plusieurs des procédures introduites n'ont été que peu utilisées »*. Dès lors, réduire le nombre de procédures et permettre de négocier sans condition particulière simplifierait la pratique du droit de la commande publique. Dans cette lignée, 3 autorités contractantes (2 établissements publics de l'État et une SEM) évoquent la nécessité de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de procéder à une négociation à travers une procédure en une seule étape regroupant le dépôt d'une candidature et d'une offre, la négociation n'intervenant qu'ensuite.

Toutefois, un autre établissement public administratif de l'État, défavorable à l'extension du recours à la négociation, partage ses craintes face à la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation :

« Il ne faudrait pas que [cette extension] aie pour effet de supprimer ou rendre obsolète la procédure d'appel d'offres, laquelle oblige les candidats à présenter leur meilleur prix dès la remise de leur offre, contrairement aux procédures qui prévoient la négociation. Or, en pratique, la négociation n'est pas souvent effectuée (faute de temps, de savoir-faire, d'intérêt pour celle-ci, etc.). Ainsi le pouvoir adjudicateur se retrouve à payer plus cher que s'il avait utilisé la procédure d'appel d'offres. »

Ces libres-propos confirment les hypothèses précédemment évoquées, et l'intérêt plus marqué des autorités contractantes pour une telle mesure. En tout état de cause, comme le relève un opérateur économique, la négociation doit respecter des garanties procédurales pour les candidats : « *les principes d'égalité de traitement et de transparence* », « *l'indication des exigences minimales relatives à la nature du marché non modifiables au cours de la négociation* », et « *les critères d'attribution [ainsi que] leur pondération qui devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations* ».

PRINCIPE DE L'AUTORISATION DES VARIANTES POUR LES MARCHÉS PUBLICS DES POUVOIRS ADJUDICATEURS

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à l'instauration d'un principe d'autorisation des variantes pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs.

Question C05

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Autoriser par principe les variantes dans le cadre des marchés publics des pouvoirs adjudicateurs passés selon une procédure formalisée, sauf mention contraire dans l'avis de marché ou l'invitation à confirmer l'intérêt.

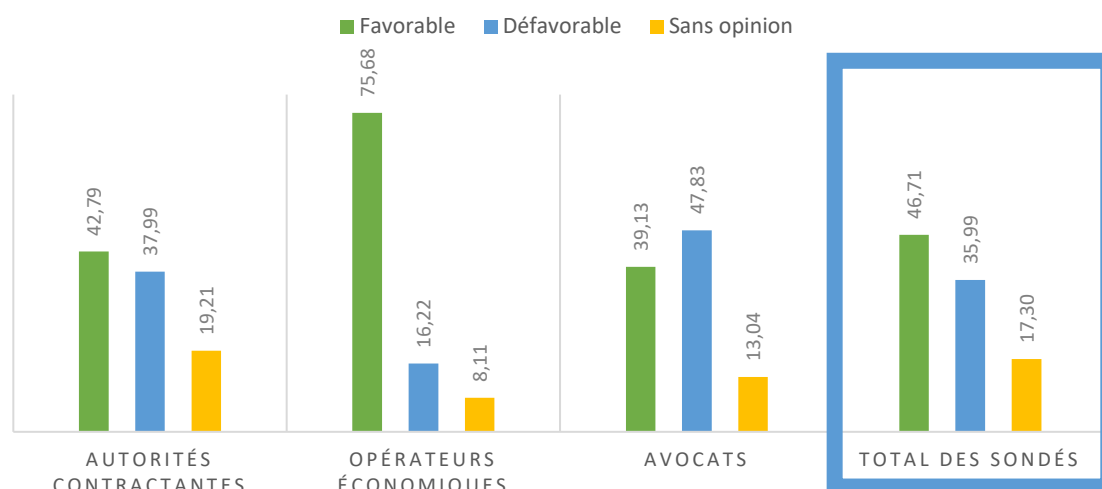
Données. Au total, 289 sondés (229 autorités contractantes, 37 opérateurs économiques et 23 avocats) se sont exprimés sur l'autorisation par principe des variantes dans le cadre des marchés publics des pouvoirs adjudicateurs passés selon une procédure formalisée, sauf mention contraire dans l'avis de marché ou l'invitation à confirmer l'intérêt. Précisément, la proposition emporte 46,71 % d'approbation auprès du panel de l'étude¹⁷⁵⁷, contre 35,99 % d'avis défavorables¹⁷⁵⁸. À noter, 17,30 % des sondés indiquent n'avoir aucune opinion particulière sur cette proposition de réforme¹⁷⁵⁹. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.12**).

¹⁷⁵⁷ 135 sondés sur les 289 ayant répondu à la question : 98 autorités contractantes sur 229, 28 opérateurs économiques sur 37 et 9 avocats sur 23.

¹⁷⁵⁸ 104 sondés sur 289 : 87 autorités contractantes sur 229, 6 opérateurs économiques sur 37 et 11 avocats sur 23.

¹⁷⁵⁹ 50 sondés sur 289 : 44 autorités contractantes sur 229, 3 opérateurs économiques sur 37 et 3 avocats sur 23.

Figure 4.12 : Adhésion des praticiens au principe de l'autorisation des variantes pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs (en %)



Des tendances contradictoires s'observent auprès de chaque catégorie de sondés. En effet, pour les autorités contractantes, 42,79 % adhèrent à la proposition, contre 37,99 % qui la rejettent (19,21 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). Cependant, l'approbation est considérablement plus importante du côté des opérateurs économiques qui l'approuvent à hauteur de 75,68 %, contre 16,22 % qui n'y souscrivent pas (8,11 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). Les avocats, quant à eux, rejettent fortement la proposition (47,83 %), seuls 39,13 % y étant favorables (13,04 % indiquent n'avoir pas d'opinion particulière).

Analyse générale. Les résultats de l'enquête montrent que la proposition visant à instaurer un principe d'autorisation des variantes dans les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs, sauf mention contraire dans les documents de la consultation, suscite des réactions relativement partagées parmi les praticiens.

Au niveau global, les résultats traduisent une adhésion relative, mais non consensuelle. Si la proposition recueille davantage d'avis favorables que défavorables, l'écart entre les deux positions reste limité, ce qui témoigne d'un débat réel parmi les acteurs de la commande publique. La proportion non négligeable de répondants sans opinion suggère également que les implications concrètes d'une telle réforme ne sont pas pleinement stabilisées dans la pratique.

Analyse sectorielle. L'analyse par catégorie de répondants révèle des positions nettement différenciées selon le rôle des acteurs dans la commande publique.

Les autorités contractantes adoptent une position relativement prudente à l'égard d'une généralisation du principe d'autorisation des variantes. Si certains pouvaient y voir un moyen de favoriser la créativité des opérateurs économiques et d'améliorer la qualité des offres,

d'autres peuvent craindre que cette évolution complexifie l'analyse des offres et alourdisse la procédure d'attribution¹⁷⁶⁰. Les variantes impliquent en effet souvent une évaluation plus complexe des propositions techniques et peuvent susciter des difficultés dans la comparaison des offres, notamment lorsque les solutions proposées diffèrent sensiblement du cahier des charges initial.

À l'inverse, les opérateurs économiques expriment une adhésion particulièrement forte à la proposition. Effectivement, ceci représente des opportunités pour les entreprises. La possibilité de proposer des solutions alternatives leur permet de valoriser leur savoir-faire technique, leur capacité d'innovation ou leurs solutions organisationnelles spécifiques. L'autorisation par principe des variantes peut ainsi être perçue comme un instrument permettant de renforcer la concurrence qualitative et d'encourager l'innovation dans la commande publique. En ce sens, une organisation professionnelle explique, dans ses libres-propos, que :

« Il serait utile de calquer le régime des variantes des pouvoirs adjudicateurs sur celui des entreprises adjudicatrices, en systématisant l'autorisation de variantes sous réserve de définir un socle d'exigences minimales. En effet, les variantes constituent des solutions alternatives et vertueuses lorsqu'elles sont à l'initiative des entreprises. Elles permettent de valoriser leur savoir-faire et de répondre à l'évolution des caractéristiques techniques, environnementales et sociales du marché. Il s'agit ainsi de bénéficier d'une véritable adéquation entre

¹⁷⁶⁰ Une autorité contractante relève d'ailleurs, en lien avec les variantes, à concevoir autrement les cahiers des charges : « En lien avec le sujet des variantes, sur la définition du besoin il serait pertinent d'inciter plus fortement au renvoi à des objectifs à atteindre (avec un cahier des charges performanciel) en étant plus ouvert sur la description du besoin. Par exemple pour construire un pont, il s'agirait d'indiquer les performances structurelles, de durabilité, de portance, de taille minimale ou maximale, afin de permettre aux candidats de proposer tout type de pont (en bois, métal, béton, pont en arc, à poutre, haubané, etc.). » Dans cette continuité d'une exigence d'une meilleure définition des besoins, un opérateur économique insiste sur le nécessaire renforcement de la pertinence des dossiers de consultation par l'intégration de données d'entrée fiables, précises et opposables à l'acheteur : « Il est indispensable de renforcer la qualité des dossiers de consultation élaborés par les acheteurs, en particulier s'agissant des données d'entrée techniques, économiques et environnementales : les données techniques (études géologiques et géotechniques de sol, caractéristiques et état des ouvrages existants, plans à jour, diagnostics préalables (archéologie, amiante...), inventaires des réseaux, planning d'intervention au regard des conditions météorologiques, etc.) ; les données financières (budget prévisionnel et enveloppe financière affectée à l'opération, calendrier prévisionnel de paiement, etc.) ; les données environnementales (études d'impact, contraintes réglementaires (zones protégées, servitudes, normes applicables), données relatives aux objectifs de réduction des émissions ou de performance énergétique, aux exigences en matière de gestion des déchets, d'approvisionnement responsable ou de préservation de la biodiversité). Celles-ci doivent être fiables, suffisamment précises et clairement engageantes pour l'acheteur, afin de permettre aux entreprises de bâtir des offres pertinentes, de maîtriser les engagements contractuels et de sécuriser l'exécution des marchés dans la durée. »

les besoins de l'acheteur et les offres des soumissionnaires. De plus, les variantes sont un levier stratégique pour stimuler l'innovation. »

Les avocats apparaissent quant à eux plus réservés. Cette position critique peut s'expliquer par les risques contentieux et les exigences de sécurité juridique qui entourent la passation des marchés publics. L'autorisation généralisée des variantes pourrait, selon cette perspective, soulever des difficultés en matière de comparabilité des offres, de transparence des critères d'évaluation ou de respect du principe d'égalité de traitement des candidats. Les avocats peuvent ainsi percevoir cette réforme comme susceptible d'accroître l'incertitude juridique dans l'analyse des offres, notamment si les conditions d'acceptation et d'évaluation des variantes ne sont pas suffisamment encadrées.

Dans l'ensemble, les résultats de l'enquête mettent en évidence une tension classique du droit de la commande publique, entre, d'une part, la recherche de solutions innovantes et adaptées aux besoins des acheteurs publics et, d'autre part, les exigences de sécurité juridique et de transparence des procédures. La mise en œuvre d'une telle réforme nécessiterait alors un encadrement juridique précis, comme l'attestent les précédentes phases d'enquête de la Chaire de droit des contrats publics.

CRÉATION D'UN REGISTRE EUROPÉEN DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES EXCLUS DE PLEIN DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la création d'un registre européen des opérateurs économiques qui, en raison d'une condamnation définitive, doivent être exclus de la commande publique. Suivant les modèles des législations italiennes et québécoises, ce registre entend faciliter les démarches des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices en matière de vérification de l'intégrité des candidats.

Question C06

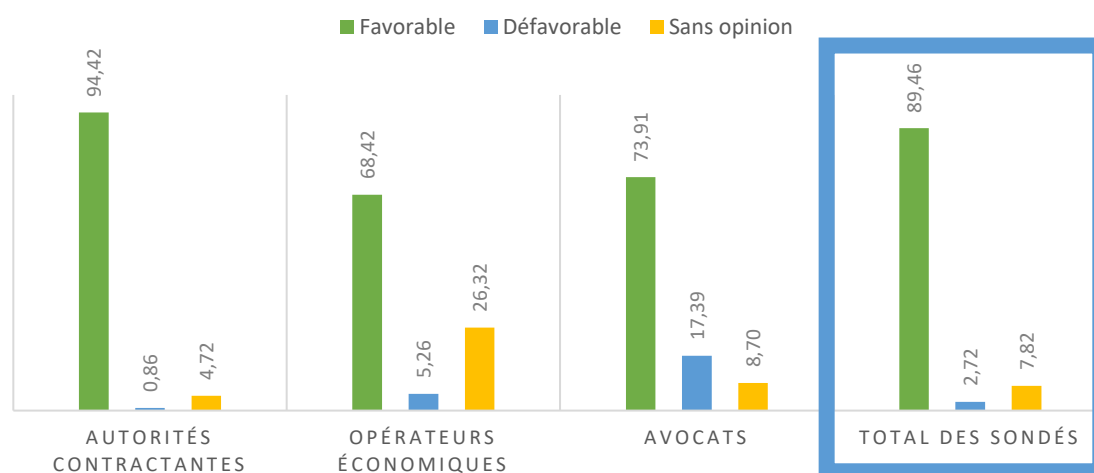
Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Créer un registre européen des opérateurs économiques des États membres recensant les condamnations prononcées par un jugement définitif pour les motifs d'exclusion obligatoires.

Données. Au total, 294 sondés (233 autorités contractantes, 38 opérateurs économiques et 23 avocats) se sont exprimés sur la création d'un registre européen des opérateurs économiques des États membres recensant les condamnations prononcées par un

jugement définitif pour les motifs d'exclusion obligatoires. Précisément, la proposition emporte 89,46 % d'approbation auprès du panel de l'étude¹⁷⁶¹, contre 2,72 % d'avis défavorables¹⁷⁶². À noter, 7,82 % des sondés indiquent n'avoir aucune opinion particulière sur cette proposition de réforme¹⁷⁶³. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.13**).

Figure 4.13 : Adhésion des praticiens à la création d'un registre européen des opérateurs économiques exclus de la commande publique à la suite d'une condamnation devenue définitive (en %)



Des tendances analogues s'observent auprès de chaque catégorie de sondés. En effet, pour les autorités contractantes, 94,42 % adhèrent à la proposition, contre 0,86 % qui la rejettent (4,72 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). De même, 68,42 % des opérateurs économiques l'approuvent, contre 5,26 % qui n'y souscrivent pas (26,32 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). Les avocats y sont également favorables à hauteur de 73,91 %, contre 17,39 % (8,70 % indiquent n'avoir pas d'opinion particulière).

Analyse. Si lors des précédentes enquêtes, certains enquêtés ont pu s'inquiéter de la création d'un tel registre, les résultats témoignent d'un consensus parmi les praticiens de la commande publique. La très forte proportion d'avis favorables, combinée au faible niveau d'opposition, suggère que la création d'un tel registre est perçue comme une mesure susceptible d'améliorer significativement la passation des contrats de la commande publique. L'existence d'un registre centralisé permettrait de faciliter l'accès à l'information relative aux

¹⁷⁶¹ 263 sondés sur les 294 ayant répondu à la question : 220 autorités contractantes sur 233, 26 opérateurs économiques sur 38 et 17 avocats sur 23.

¹⁷⁶² 8 sondés sur 294 : 2 autorités contractantes sur 233, 2 opérateurs économiques sur 38 et 4 avocats sur 23.

¹⁷⁶³ 23 sondés sur 294 : 11 autorités contractantes sur 233, 10 opérateurs économiques sur 38 et 2 avocats sur 23.

condamnations définitives et de renforcer l'effectivité des mécanismes d'exclusion prévus par le droit de la commande publique.

Autre point d'attention. Pour deux sondés (une autorité contractante et un opérateur économique), le sujet des motifs d'exclusion appelle une autre question : celle de la possibilité offerte aux États membres de l'Union européenne d'ajouter, sous conditions, des motifs d'exclusions à l'appréciation de l'acheteur. L'un d'eux écrit :

« La multiplication, notamment en droit national français, des motifs d'exclusion facultatifs laissés à l'appréciation de l'acheteur, entraîne de fait un transfert de la charge de contrôles relevant de l'État vers les acheteurs qui ne disposent pas le plus souvent ni du temps ni des moyens pour les effectuer de manière effective. Par ailleurs, cette appréciation, qui peut revêtir un caractère subjectif, est susceptible d'être remise en cause ou entraîner des contentieux. »

INSTAURATION D'UN PARTAGE D'INFORMATIONS SUR LES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES EXCLUS

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à l'instauration d'un partage d'informations entre les États membres concernant les opérateurs économiques exclus des marchés publics.

Question C07

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Permettre le partage d'informations entre les États membres concernant les opérateurs économiques exclus des marchés publics.

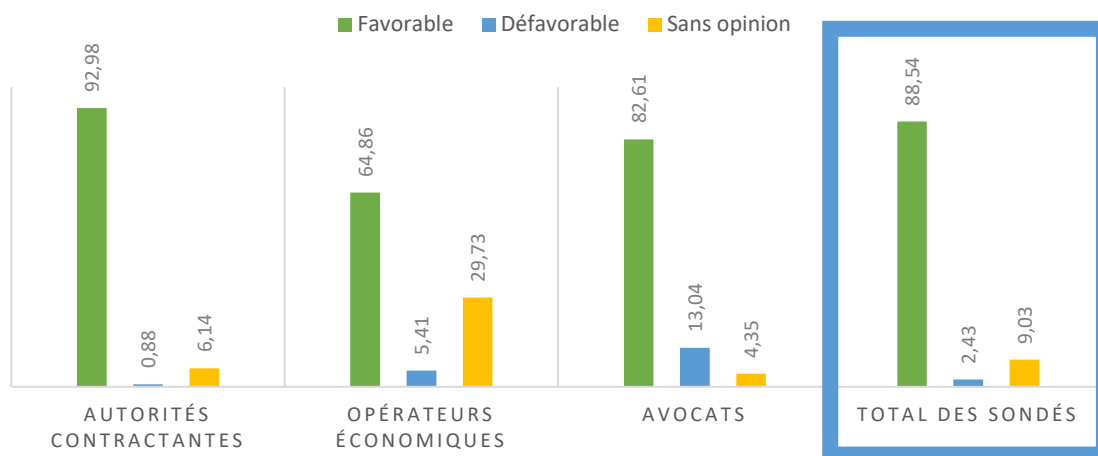
Données. Au total, 288 sondés (228 autorités contractantes, 37 opérateurs économiques et 23 avocats) se sont exprimés sur le partage d'informations entre les États membres concernant les opérateurs économiques exclus des marchés publics. Précisément, la proposition emporte 88,54 % d'approbation auprès du panel de l'étude¹⁷⁶⁴, contre 2,43 % d'avis défavorables¹⁷⁶⁵. À noter, 9,03 % des sondés indiquent n'avoir aucune opinion particulière sur

¹⁷⁶⁴ 255 sondés sur les 294 ayant répondu à la question : 212 autorités contractantes sur 228, 24 opérateurs économiques sur 37 et 19 avocats sur 23.

¹⁷⁶⁵ 7 sondés sur 294 : 2 autorités contractantes sur 228, 2 opérateurs économiques sur 37 et 3 avocats sur 23.

cette proposition de réforme¹⁷⁶⁶. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.14**).

Figure 4.14 : Adhésion des praticiens à l'instauration d'un partage d'informations sur les opérateurs économiques exclus de la commande publique (en %)



Des tendances analogues s'observent auprès de chaque catégorie de sondés. En effet, pour les autorités contractantes, 92,98 % adhèrent à la proposition, contre 0,88 % qui la rejettent (6,14 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). De même, 64,86 % des opérateurs économiques l'approuvent, contre 5,41 % qui n'y souscrivent pas (29,73 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). Les avocats y sont également favorables à hauteur de 82,61 %, contre 13,04 % (4,35 % indiquent n'avoir pas d'opinion particulière).

Analyse. Les résultats de l'enquête mettent en évidence une adhésion très majoritaire à la mise en place d'un mécanisme de partage d'informations entre États membres concernant les opérateurs économiques exclus des marchés publics à la suite d'une condamnation définitive. Ce niveau d'adhésion particulièrement élevé traduit l'existence d'un consensus parmi les praticiens en faveur d'un renforcement de la circulation de l'information au sein de l'Union européenne. Il suggère que les acteurs identifient clairement les limites des dispositifs actuels, qui reposent largement sur des vérifications nationales et peuvent s'avérer insuffisants pour assurer l'effectivité des motifs d'exclusion. Le partage d'informations apparaît ainsi comme une mesure à la fois pragmatique et immédiatement opérationnelle, permettant d'améliorer l'effectivité des règles d'exclusion sans nécessiter nécessairement la mise en place d'un dispositif institutionnel lourd.

¹⁷⁶⁶ 26 sondés sur 294 : 14 autorités contractantes sur 228, 11 opérateurs économiques sur 37 et 1 avocat sur 23.

CLARIFICATION DU MOTIF D'EXCLUSION LIÉ AUX DÉFAILLANCES PERSISTANTES DE L'OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la clarification du motif d'exclusion lié à « *des défaillances persistantes de l'opérateur économique* » lors d'un précédent contrat, qui ont donné lieu à « *une résiliation ou une sanction comparable* ». La proposition entend supprimer la mention « *sanction comparable* » et préciser que la saisine d'une juridiction ou d'une autorité administrative aux fins de contestation est suspensive de la décision.

Question C08

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Clarifier l'utilisation du motif d'exclusion lié à des « *défaillances persistantes de l'opérateur économique* », lors d'un précédent contrat, qui ont donné lieu à une « *résiliation ou une sanction comparable* » en supprimant la mention « *sanction comparable* », et en précisant que la saisine d'une juridiction ou d'une autorité administrative aux fins de contestation est suspensive de la décision.

Données. Au total, 281 sondés (222 autorités contractantes, 36 opérateurs économiques et 23 avocats) se sont exprimés sur la clarification du motif d'exclusion lié à des défaillances persistantes de l'opérateur économique. Précisément, la proposition emporte 69,04 % d'approbation auprès du panel de l'étude¹⁷⁶⁷, contre 17,08 % d'avis défavorables¹⁷⁶⁸. À noter, 13,88 % des sondés indiquent n'avoir aucune opinion particulière sur cette proposition de réforme¹⁷⁶⁹. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.15**).

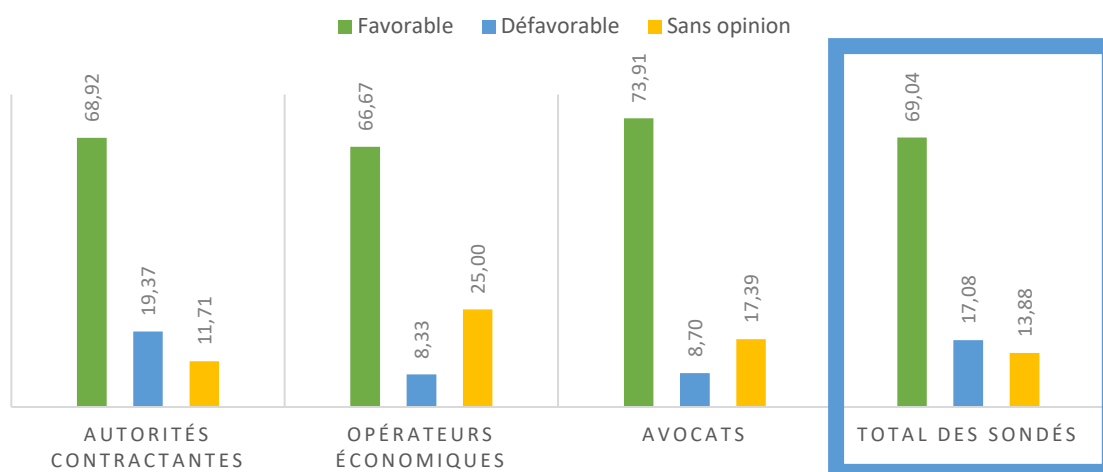
Des tendances analogues s'observent auprès de chaque catégorie de sondés. En effet, pour les autorités contractantes, 68,92 % adhèrent à la proposition, contre 19,37 % qui la rejettent (11,71 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). De même, 66,67 % des opérateurs économiques l'approuvent, contre 8,33 % qui n'y souscrivent pas (25 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). Les avocats y sont également favorables à hauteur de 73,91 %, contre 8,70 % (17,39 % indiquent n'avoir pas d'opinion particulière).

¹⁷⁶⁷ 194 sondés sur les 281 ayant répondu à la question : 153 autorités contractantes sur 222, 24 opérateurs économiques sur 36 et 17 avocats sur 23.

¹⁷⁶⁸ 48 sondés sur 281 : 43 autorités contractantes sur 222, 3 opérateurs économiques sur 36 et 2 avocats sur 23.

¹⁷⁶⁹ 39 sondés sur 281 : 17 autorités contractantes sur 222, 2 opérateurs économiques sur 36 et 4 avocats sur 23.

Figure 4.15 : Adhésion des praticiens à la clarification du motif d'exclusion lié aux défaillances persistantes de l'opérateur économique (en %)



Analyse. Les résultats de l'enquête mettent en évidence une adhésion nette à la proposition de clarification du motif d'exclusion lié aux défaillances persistantes de l'opérateur économique. Ce niveau d'adhésion traduit une attente significative des praticiens en faveur d'une meilleure sécurité juridique dans l'application de ce motif d'exclusion. En effet, la notion actuelle de « *sanction comparable* » apparaît relativement imprécise et susceptible de donner lieu à des interprétations divergentes. Sa suppression, combinée à une clarification des effets suspensifs des recours, semble répondre à un besoin de prévisibilité et de lisibilité du droit applicable.

LIMITATION DES CONDITIONS RELATIVES AUX CAPACITÉS TECHNIQUES ET OPÉRATIONNELLES DES CANDIDATS

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la proposition de limitation, pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, d'imposer aux candidats des conditions relatives à leurs capacités techniques et opérationnelles aux seuls cas où de telles exigences sont justifiées par l'objet ou les conditions d'exécution du marché et proportionnées à l'objectif poursuivi.

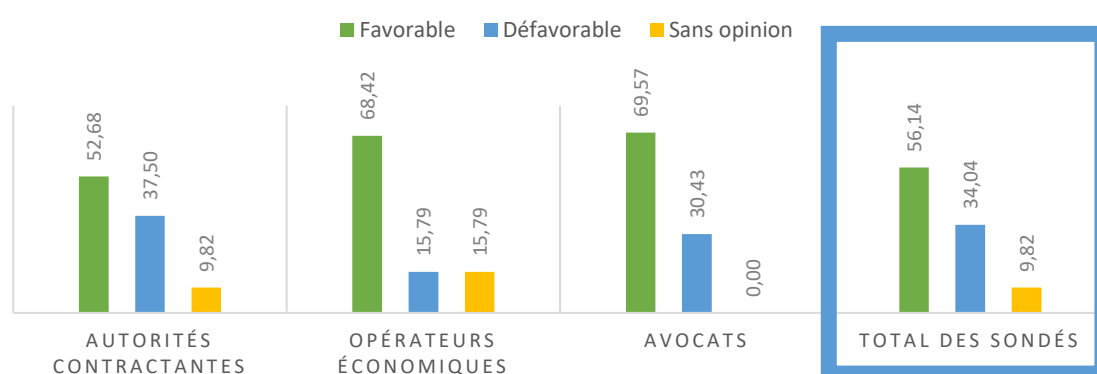
Question C09

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Limiter la possibilité, pour les acheteurs publics, d'imposer aux entreprises candidates à un marché public des conditions relatives à leurs capacités techniques et opérationnelles aux seuls cas où de telles exigences sont justifiées par l'objet ou les conditions d'exécution du marché et proportionnées à l'objectif poursuivi.

Données. Au total, 285 sondés (224 autorités contractantes, 38 opérateurs économiques et 23 avocats) se sont exprimés sur la limitation des conditions relatives à la capacité technique et à la capacité opérationnelle des candidats aux seuls cas où de telles exigences sont justifiées par l'objet ou les conditions d'exécution du marché et proportionnées à l'objectif poursuivi. Précisément, la proposition emporte 56,14 % d'approbation auprès du panel de l'étude¹⁷⁷⁰, contre 34,04 % d'avis défavorables¹⁷⁷¹. À noter, 9,82 % des sondés indiquent n'avoir aucune opinion particulière sur cette proposition de réforme¹⁷⁷². Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.16**).

Figure 4.16 : Adhésion des praticiens à la limitation des conditions relatives aux capacités techniques et opérationnelles des candidats (en %)



Des tendances variées s'observent auprès de chaque catégorie de sondés. En effet, pour les autorités contractantes, 52,68 % adhèrent à la proposition, contre 37,50 % qui la rejettent (9,82 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). De même, 68,42 % des opérateurs économiques l'approuvent, contre 15,79 % qui n'y souscrivent pas (15,79 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). Les avocats y sont également favorables à hauteur de 69,57 %, contre 30,43 %.

Analyse globale. Les résultats de l'enquête mettent en évidence une adhésion majoritaire à la proposition. L'adhésion doit être, toutefois, nuancée. Si la majorité des praticiens soutient un encadrement plus strict des exigences de capacité, la proportion significative d'opposition révèle l'existence de réserves importantes quant à ses effets sur la pratique des marchés publics.

¹⁷⁷⁰ 160 sondés sur les 285 ayant répondu à la question : 118 autorités contractantes sur 224, 26 opérateurs économiques sur 38 et 16 avocats sur 23.

¹⁷⁷¹ 97 sondés sur 285 : 84 autorités contractantes sur 224, 6 opérateurs économiques sur 38 et 7 avocats sur 23.

¹⁷⁷² 28 sondés sur 285 : 22 autorités contractantes sur 224 et 6 opérateurs économiques sur 38.

Analyse sectorielle. Les autorités contractantes apparaissent relativement divisées. Cette répartition traduit une tension entre deux impératifs opérationnels : d'une part, la nécessité de respecter l'égalité d'accès à la commande publique, et, d'autre part, la volonté de sécuriser l'exécution du marché en sélectionnant des candidats disposant de capacités suffisantes. Au regard des résultats, l'hypothèse suivante peut-être avancée : les acheteurs publics peuvent craindre qu'un encadrement trop strict des exigences de capacité limite leur marge d'appréciation et les empêche de se prémunir efficacement contre les risques d'inexécution ou de mauvaise exécution des contrats. À ce titre, dans le cadre de libres-propos, une autorité contractante explique que :

« La liste des documents et renseignements pouvant être réclamés au titre des capacités techniques et opérationnelles (en droit français à tout le moins) est déjà très limitée. Imposer de surcroît à l'acheteur public de démontrer qu'ils sont justifiés et proportionnés semble complexe, inutile et engendre un nouveau risque de contentieux. D'autant plus que les capacités qui peuvent être exigées sont déjà très encadrées ([car elles sont] liées et proportionnées à l'objet du marché) et que les documents et renseignements doivent permettre de démontrer lesdites capacités. »

De leur côté, les opérateurs économiques expriment un soutien nettement plus marqué à la proposition. Ceci peut se comprendre en raison de l'intérêt direct des entreprises à voir limiter les exigences excessives en matière de capacité, qui peuvent constituer des barrières à l'entrée, notamment pour les PME ou les nouveaux entrants. L'égalité d'accès à la commande publique serait alors renforcée pour eux par la réduction des restrictions à la concurrence. Les avocats sondés semblent s'inscrire dans cette lignée. Seulement, le taux d'opposition y est plus élevé auprès de cette catégorie que pour les opérateurs économiques. Cette divergence peut se comprendre par leur appréhension des difficultés d'appréciation concrète du caractère proportionné des exigences, génératrices de contentieux.

INTÉGRATION, DANS CERTAINS SECTEURS, D'UN CRITÈRE LIÉ À LA SÉCURITÉ DE LA CHAÎNE D'APPROVISIONNEMENT

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à l'intégration, pour certains secteurs spécifiques, un critère lié à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement pour apprécier la qualité des offres.

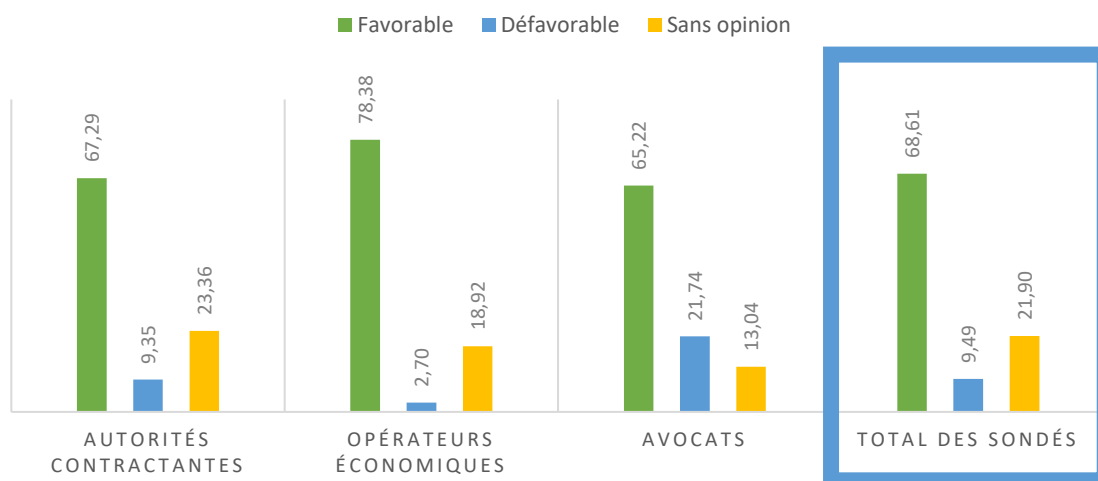
Question C10

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Intégrer, pour certains secteurs spécifiques, un critère lié à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement pour apprécier la qualité des offres.

Données. Au total, 274 sondés (214 autorités contractantes, 37 opérateurs économiques et 23 avocats) se sont exprimés sur l'intégration d'un critère lié à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement dans l'appréciation de la qualité des offres, pour certains secteurs spécifiques. Précisément, la proposition emporte 56,14 % d'approbation auprès du panel de l'étude¹⁷⁷³, contre 34,04 % d'avis défavorables¹⁷⁷⁴. À noter, 9,82 % des sondés indiquent n'avoir aucune opinion particulière sur cette proposition de réforme¹⁷⁷⁵. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.17**).

Figure 4.17 : Adhésion des praticiens à l'intégration d'un critère lié à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement (en %)



Des tendances analogues s'observent auprès des autorités contractantes et des opérateurs économiques. En effet, pour les autorités contractantes, 67,29 % adhèrent à la

¹⁷⁷³ 188 sondés sur les 274 ayant répondu à la question : 144 autorités contractantes sur 214, 29 opérateurs économiques sur 37 et 15 avocats sur 23.

¹⁷⁷⁴ 26 sondés sur 274 : 20 autorités contractantes sur 214, 1 opérateur économique sur 37 et 5 avocats sur 23.

¹⁷⁷⁵ 60 sondés sur 274 : 50 autorités contractantes sur 214, 7 opérateurs économiques sur 37 et 3 avocats sur 23.

proposition, contre 9,35 % qui la rejettent (23,36 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). De même, 78,38 % des opérateurs économiques l'approuvent, contre 2,70 % qui n'y souscrivent pas (18,92 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). Cependant, si les avocats y sont également favorables à hauteur de 65,22 %, le taux d'opposition s'élève à 21,74 % (13,04 % indiquent n'avoir pas d'opinion particulière).

Analyse. Ces résultats traduisent une acceptation réelle, mais non consensuelle de cette évolution. Si une majorité de praticiens reconnaît l'intérêt d'un tel critère, le niveau relativement élevé d'opposition révèle l'existence de réserves significatives quant à sa mise en œuvre et à sa compatibilité avec les principes de la commande publique. Les taux d'adhésion pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques révèlent une prise de conscience des enjeux liés à la sécurité d'approvisionnement dans la commande publique, notamment dans les secteurs sensibles, à l'image du secteur de la santé, comme l'indique un répondant en libre-propos. Une autorité contractante questionne, toutefois, qu'une telle obligation soit limitée à des secteurs spécifiques : *« cette restriction va conduire à considérer qu'en dehors de ces secteurs l'acheteur ne doit pas tenir compte de la sécurité d'approvisionnement, ce qui est évidemment absurde »*. Il demeure que l'intégration d'un tel critère peut être perçue comme un moyen de sécuriser l'exécution des marchés et de prévenir les risques de rupture d'approvisionnement. L'opposition plus marquée des avocats peut s'expliquer par des inquiétudes au regard de l'encadrement juridique des critères d'attribution, en particulier le lien avec l'objet du marché ou les conditions d'exécution.

AXE 3 : LES OBJECTIFS HORIZONTAUX

OBJECTIFS POURSUIVIS PAR LA COMMANDE PUBLIQUE SELON LES PRATICIENS

Finalité de la question. La commande publique est perçue comme un outil stratégique de politique publique. À mesure du renforcement de la réglementation relative à la commande publique au niveau européen et national, des objectifs supplémentaires ont été assignés à l'achat public. Dans les réflexions actuelles sur la réforme des directives Marchés et Concessions, certains évoquent la nécessité de renforcer l'autonomie stratégique européenne à travers la commande publique, en particulier en autorisant la préférence européenne, et en renforçant la sécurité de l'approvisionnement. Alors que la commande publique se voit déjà assigner des objectifs économiques, environnementaux et sociaux, l'enquête a été l'occasion d'observer l'importance que les praticiens accordent à ces objectifs dans le cadre de leurs marchés et concessions.

Question D01

Veillez classer par ordre décroissant d'importance les objectifs suivants :

[En haut : importance la plus élevée ; en bas : importance la moins élevée]

- Les considérations sociales
- L'égalité de genre
- Les considérations environnementales
- L'accès des PME
- L'innovation
- La préférence européenne
- La sécurité d'approvisionnement

Données. Au total, 272 sondés (215 autorités contractantes, 36 opérateurs économiques et 21 avocats) ont classé par ordre d'importance les objectifs poursuivis, dans leur pratique, par les contrats de la commande publique qu'ils rencontrent. Il convient d'indiquer que si sept objectifs étaient à classer, 21 répondants¹⁷⁷⁶ n'en ont classé qu'une partie. Le tableau ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.18**).

¹⁷⁷⁶ 15 autorités contractantes, 3 opérateurs économiques et 3 avocats.

Figure 4.18 : Tableau présentant l'ordre d'importance pour les sondés d'objectifs assignés à la commande publique

	AC	OE	AV	TOTAL		AC	OE	AV	TOTAL
1ère position	en valeur absolue					en %			
Les considérations environnementales	50	5	14	69		23,26	13,89	66,67	25,37
La préférence européenne	39	7	1	47		18,14	19,44	4,76	17,28
L'accès des PME	53	8	4	65		24,65	22,22	19,05	23,90
La sécurité d'approvisionnement	43	8	2	53		20,00	22,22	9,52	19,49
L'innovation	15	6	0	21		6,98	16,67	0,00	7,72
Les considérations sociales	8	2	0	10		3,72	5,56	0,00	3,68
L'égalité de genre	7	0	0	7		3,26	0,00	0,00	2,57
Nb. de sondés total	215	36	21	272		100,00	100,00	100,00	100,00
2ème position									
Les considérations environnementales	50	13	3	66		23,26	36,11	14,29	24,26
La préférence européenne	27	6	6	39		12,56	16,67	28,57	14,34
L'accès des PME	34	2	2	38		15,81	5,56	9,52	13,97
La sécurité d'approvisionnement	42	9	4	55		19,53	25,00	19,05	20,22
L'innovation	17	3	2	22		7,91	8,33	9,52	8,09
Les considérations sociales	39	2	4	45		18,14	5,56	19,05	16,54
L'égalité de genre	6	1	0	7		2,79	2,78	0,00	2,57
Nb. de sondés total	215	36	21	272		100,00	100,00	100,00	100,00
3ème position									
Les considérations environnementales	41	8	1	50		19,07	22,86	4,76	18,45
La préférence européenne	27	3	2	32		12,56	8,57	9,52	11,81
L'accès des PME	46	5	6	57		21,40	14,29	28,57	21,03
La sécurité d'approvisionnement	25	5	2	32		11,63	14,29	9,52	11,81
L'innovation	23	9	8	40		10,70	25,71	38,10	14,76
Les considérations sociales	43	5	2	50		20,00	14,29	9,52	18,45
L'égalité de genre	10	0	0	10		4,65	0,00	0,00	3,69
Nb. de sondés total	215	35	21	271		100,00	100,00	100,00	100,00
4ème position									
Les considérations environnementales	35	3	1	39		16,59	8,57	5,00	14,66
La préférence européenne	22	7	5	34		10,43	20,00	25,00	12,78
L'accès des PME	34	5	2	41		16,11	14,29	10,00	15,41
La sécurité d'approvisionnement	26	5	7	38		12,32	14,29	35,00	14,29
L'innovation	38	6	1	45		18,01	17,14	5,00	16,92
Les considérations sociales	45	8	4	57		21,33	22,86	20,00	21,43
L'égalité de genre	11	1	0	12		5,21	2,86	0,00	4,51
Nb. de sondés total	211	35	20	266		100,00	100,00	100,00	100,00
5ème position									
Les considérations environnementales	22	2	1	25		10,68	6,06	5,00	9,65
La préférence européenne	21	3	4	28		10,19	9,09	20,00	10,81
L'accès des PME	25	5	3	33		12,14	15,15	15,00	12,74
La sécurité d'approvisionnement	28	4	3	35		13,59	12,12	15,00	13,51
L'innovation	47	8	4	59		22,82	24,24	20,00	22,78
Les considérations sociales	39	5	3	47		18,93	15,15	15,00	18,15
L'égalité de genre	24	6	2	32		11,65	18,18	10,00	12,36
Nb. de sondés total	206	33	20	259		100,00	100,00	100,00	100,00
6ème position									
Les considérations environnementales	15	2	1	18		7,43	6,06	5,56	7,11

La préférence européenne	33	4	2	39	16,34	12,12	11,11	15,42
L'accès des PME	13	4	1	18	6,44	12,12	5,56	7,11
La sécurité d'approvisionnement	23	3	0	26	11,39	9,09	0,00	10,28
L'innovation	47	2	3	52	23,27	6,06	16,67	20,55
Les considérations sociales	33	8	7	48	16,34	24,24	38,89	18,97
L'égalité de genre	38	10	4	52	18,81	30,30	22,22	20,55
Nb. de sondés total	202	33	18	253	100,00	100,00	100,00	100,00
7ème position								
Les considérations environnementales	0	1	0	1	0,00	3,03	0,00	0,40
La préférence européenne	36	5	1	42	18,00	15,15	5,56	16,73
L'accès des PME	7	5	2	14	3,50	15,15	11,11	5,58
La sécurité d'approvisionnement	23	1	2	26	11,50	3,03	11,11	10,36
L'innovation	24	2	1	27	12,00	6,06	5,56	10,76
Les considérations sociales	6	4	0	10	3,00	12,12	0,00	3,98
L'égalité de genre	104	15	12	131	52,00	45,45	66,67	52,19
Nb. de sondés total	200	33	18	251	100,00	100,00	100,00	100,00

Classements. En mobilisant la méthode de Borda, par laquelle chaque rang est pondéré en fonction de son importance¹⁷⁷⁷, plusieurs classements se dessinent. Précisément, pour l'ensemble des sondés ayant répondu à cette question, le classement est le suivant :

1. **Les considérations environnementales** : avec un score de 1397 ;
2. **L'accès des PME** : avec un score de 1281 ;
3. **La sécurité d'approvisionnement** : avec un score de 1196 ;
4. **Les considérations sociales** : avec un score de 1065 ;
5. **La préférence européenne** : avec un score de 1063 ;
6. **L'innovation** : avec un score de 967 ;
7. **L'égalité de genre** : avec un score de 520.

En centrant l'attention sur chaque catégorie de répondants (autorité contractante, opérateur économique, avocat), les résultats ne diffèrent que peu. En effet, pour les autorités contractantes ayant répondu à cette question, le classement se confirme :

1. **Les considérations environnementales** : avec un score de 1091 ;
2. **L'accès des PME** : avec un score de 1049 ;
3. **La sécurité d'approvisionnement** : avec un score de 935 ;
4. **Les considérations sociales** : avec un score de 874 ;

¹⁷⁷⁷ Afin d'obtenir une lecture plus robuste du classement des objectifs poursuivis dans la pratique des contrats de la commande publique, les réponses ont été analysées en mobilisant la méthode de Borda, selon laquelle chaque rang attribué à un objectif est pondéré en fonction de son importance. Cette méthode permet de tenir compte de l'ensemble des positions attribuées par les répondants et non seulement des premières positions. Le rang 1 se voit attribuer un poids d'une valeur 7, le rang 2 un poids d'une valeur 6, le rang 3 un poids d'une valeur 5, le rang 4 un poids d'une valeur 4, le rang 5 un poids d'une valeur 3, le rang 6 un poids d'une valeur 2 et le rang 7 un poids d'une valeur 1. Ainsi, l'objectif qui possède le plus grand score est élevé au rang 1 et le plus faible au rang 7.

5. **La préférence européenne** : avec un score de 823 ;
6. **L'innovation** : avec un score de 733 ;
7. **L'égalité de genre** : avec un score de 431.

En revanche, pour les opérateurs économiques, le classement devient :

1. **Les considérations environnementales** : avec un score de 176 ;
2. **La sécurité d'approvisionnement** : avec un score de 174 ;
3. **L'innovation** : avec un score de 159 ;
4. **La préférence européenne** : avec un score de 150 ;
5. **L'accès des PME** : avec un score de 141 ;
6. **Les considérations sociales** : avec un score de 118 ;
7. **L'égalité de genre** : avec un score de 63.

Enfin, s'agissant des avocats, le classement varie également et se présente ainsi :

1. **Les considérations environnementales** : avec un score de 130 ;
2. **L'accès des PME** : avec un score de 91 ;
3. **La préférence européenne** : avec un score de 90 ;
4. **La sécurité d'approvisionnement** : avec un score de 87 ;
5. **L'innovation** : avec un score de 75 ;
6. **Les considérations sociales** : avec un score de 73 ;
7. **L'égalité de genre** : avec un score de 26.

Analyse générale. Globalement, trois objectifs principaux ressortent de ces résultats : les considérations environnementales (avec un score de 1397), l'accès des PME (avec un score de 1281) et la sécurité d'approvisionnement (avec un score de 1196). Ces trois objectifs constituent ainsi un premier bloc de priorités dominantes.

Ce résultat confirme l'importance croissante accordée à la dimension environnementale dans la commande publique, en cohérence avec les orientations des politiques publiques européennes en matière d'achats publics durables, ainsi qu'avec les objectifs du Pacte vert pour l'Europe¹⁷⁷⁸. Le score élevé de l'objectif relatif aux considérations environnementales traduit une forte convergence des répondants, celles-ci étant régulièrement placées dans les premières positions du classement.

¹⁷⁷⁸ Sur ce point, voir : https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_fr.

Les deux objectifs suivants (l'accès des PME et la sécurité d'approvisionnement) reflètent davantage des préoccupations économiques et stratégiques. Leur position élevée dans le classement suggère que les acteurs perçoivent la commande publique comme un instrument de soutien au tissu économique. En outre, elle serait appréhendée comme un outil de renforcement de la résilience des chaînes d'approvisionnement, notamment dans un contexte marqué par des crises économiques (à l'image de la crise engendrée par la pandémie de la Covid-19, en particulier autour des semiconducteurs) et géopolitiques (avec les conflits armés en Ukraine et au Proche-Orient).

Un deuxième bloc d'objectifs apparaît à la lecture des résultats. Celui-ci comprend deux objectifs d'importance moyenne, moins structurants que les enjeux environnementaux et économiques précédemment évoqués : les considérations sociales (avec un score de 1065) et la préférence européenne (avec un score de 1063). Si la commande publique est perçue comme un levier de politique publique sociale, il demeure qu'en pratique cette finalité n'est pas au cœur de la commande publique française. Par ailleurs, la position de la préférence européenne traduit probablement une certaine ambivalence des acteurs de la commande publique, partagés entre la promotion de l'ouverture des marchés et la protection des intérêts économiques européens.

Enfin, l'innovation (avec un score de 967) et l'égalité de genre (avec un score de 520) constituent un dernier bloc d'objectifs mineurs. La sixième position pour l'innovation se comprend au regard des difficultés juridiques et opérationnelles rencontrées par les autorités contractantes, les opérateurs économiques et les avocats en matière de recours aux marchés publics innovants, en particulier quant à la détermination de la notion d'innovation¹⁷⁷⁹. Quant à l'égalité de genre, son faible score atteste d'un désintérêt pour cet objectif en pratique.

Analyse sectorielle. L'analyse par catégorie de répondants révèle une convergence relativement forte des hiérarchies de priorités, bien que certaines nuances apparaissent. Certes, la proximité des résultats de la catégorie des autorités contractantes avec ceux généraux n'est aucunement surprenante en raison de la surreprésentation de ces acteurs dans l'échantillon de l'étude. Seulement, des divergences notables se constatent auprès des opérateurs économiques et des avocats. D'une part, les opérateurs économiques accordent une importance relativement plus élevée à la sécurité d'approvisionnement et à l'innovation, ce qui peut s'expliquer par leurs préoccupations liées à la stabilité des marchés et aux opportunités économiques offertes par la

¹⁷⁷⁹ Ceci confirme les résultats des précédentes enquêtes de la Chaire de droit des contrats publics menées entre 2024 et 2026 sur le bilan des directives européennes Marchés et Concessions.

commande publique. En revanche, l'importance de l'accès des PME est fortement relativisée auprès de cette catégorie de répondants. Plusieurs hypothèses peuvent être évoquées : le risque commercial résultant de l'intensification de la concurrence que représente cet objectif pour certaines entreprises, la préférence de certains opérateurs économiques concernés d'intervenir en qualité de sous-traitant ou de prestataire du titulaire, ou encore le succès modéré des politiques d'ouverture de la commande publique aux PME ces dernières années¹⁷⁸⁰. D'autre part, les avocats accordent une priorité plus importante à la préférence européenne que les autres catégories du panel d'enquête. Ceci peut s'expliquer par l'importance croissante des débats juridiques relatifs à l'autonomie stratégique de l'Union européenne et à la place de la commande publique dans la régulation du marché international.

Libres-propos sur les critères sociaux et environnementaux. Constatant l'absence de questions sur les critères sociaux et environnementaux¹⁷⁸¹, exclusivement, 5 sondés ont souhaité porter à connaissance leurs attentes en la matière.

D'une part, une organisation professionnelle partage l'opinion majoritaire de ses adhérents défavorables à un renforcement des dispositifs environnementaux et sociaux dans la commande publique. Elle considère que, dans le cadre actuel, « *les acheteurs ont toute latitude pour en faire usage, sans qu'il soit toutefois utile d'en faire une obligation* ». Il est donc de leur responsabilité « *de définir [leur] expression des besoins et d'identifier, sans contrainte, les exigences qu'il[s] souhaite[nt] intégrer dans [leur] cahier des charges* ». Ces principes n'ont donc pas été modifiés, selon ce participant.

D'autre part, 3 autorités contractantes souhaitent, principalement, un assouplissement de l'encadrement des exigences sociales et environnementales. En particulier, l'attention se porte sur une autorisation, dans les directives, de recourir à un critère géographique pour analyser les offres des candidats. Si l'une d'elles s'y oppose (un établissement public hospitalier), les autres l'évoquent spontanément. Pour une société d'économie mixte, il s'agit pour le Législateur européen « *[d']assumer la dimension territoriale à travers l'impact carbone* ». Une telle évolution permettrait de mettre un terme à une certaine « *hypocrisie* » en pratique, selon un établissement public administratif de l'État, puisque les acheteurs

¹⁷⁸⁰ Voir les précédents travaux de la Chaire de droit des contrats publics, ainsi que le rapport 28/2023 de la Cour des comptes européenne.

¹⁷⁸¹ Les résultats des enquêtes effectuées précédemment ont été considérés comme suffisants par la Chaire, justifiant de ne pas soumettre à évaluation des propositions sur ce point. En outre, un rapport récent de la Chaire, publié en 2023, analyse l'environnementalisation des marchés publics.

parviennent officieusement au même résultat par d'autres moyens. En effet, comme le confie la société d'économie mixte susmentionnée :

« Le critère d'impact carbone est parfois utilisé comme substitut implicite d'un critère géographique. Une évolution des directives pourrait reconnaître explicitement la possibilité d'une pondération territoriale raisonnable et autoriser par exemple jusqu'à 20 % de la notation liée au transport, à l'empreinte carbone, à l'ancrage territorial. Une telle transparence serait juridiquement plus saine qu'un contournement par des critères indirects. »

Au-delà de cet assouplissement, l'établissement public administratif de l'État s'interroge sur l'utilité réelle des critères sociaux et environnementaux. Selon lui, ceux-ci « *ne servent à rien, en pratique, pour départager les candidats (à l'image du critère « présentation des mesures prises par le candidat pour protéger l'environnement » où les réponses sont souvent identiques : visioconférence, diminution des impressions, bacs de tri sélectif dans les couloirs, etc.)* ». S'agissant de critères plus complexes, il regrette le manque de formation et d'intérêts des opérationnels pour que leur mobilisation soit efficace et pertinente.

Enfin, un avocat se distingue du panel en soutenant un renforcement des exigences sociales pour lutter efficacement contre le dumping social, en particulier dans les marchés de prestations intellectuelles.

SÉCURITÉ D'APPROVISIONNEMENT COMME CRITÈRE D'ATTRIBUTION OU CONDITION D'EXÉCUTION

Finalité de la question. La pandémie de la Covid-19 a fait resurgir une difficulté non négligeable dans la commande publique : la sécurité de l'approvisionnement. Renforcée par la volonté politique d'une autonomie stratégique de l'Union européenne vis-à-vis des États-Unis d'Amérique et de la Chine, cette attente est au cœur des priorités des praticiens de la commande publique, en attestent les classements de la question D01 (voir *supra*). Toutefois, la question de la prise en considération de cet objectif et de sa mise en œuvre se pose. À l'image des objectifs économiques, sociaux et environnementaux traditionnels, la sécurité d'approvisionnement pourrait être expressément prise en considération en tant que critère

d'attribution ou condition d'exécution d'un marché public ou d'un contrat de concession. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion d'une telle proposition.

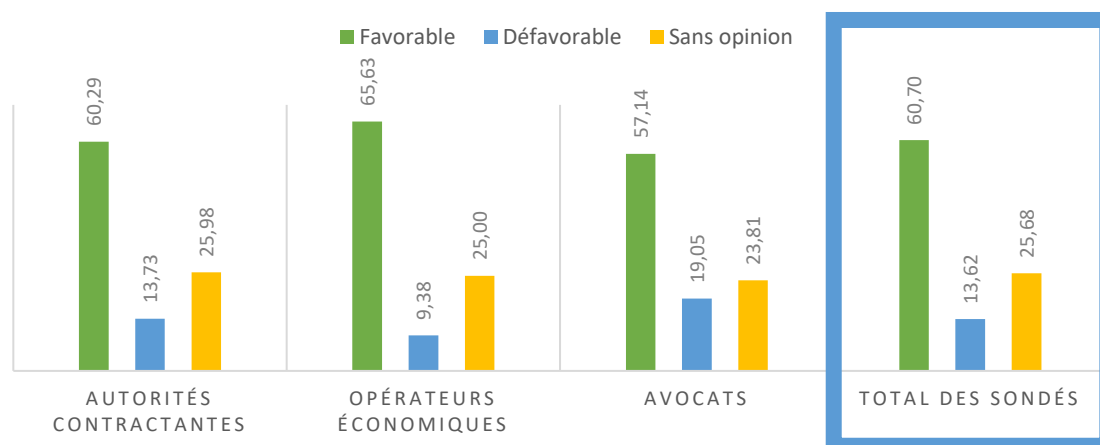
Question D02

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Autoriser expressément la prise en compte de la sécurité d'approvisionnement comme critère d'attribution ou comme condition d'exécution.

Données. Au total, 257 sondés (204 autorités contractantes, 32 opérateurs économiques et 21 avocats) se sont exprimés sur l'intégration d'un critère lié à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement dans l'appréciation de la qualité des offres, pour certains secteurs spécifiques. Précisément, la proposition emporte 60,70 % d'approbation auprès du panel de l'étude¹⁷⁸², contre 13,62 % d'avis défavorables¹⁷⁸³. À noter, 25,68 % des sondés indiquent n'avoir aucune opinion particulière sur cette proposition de réforme¹⁷⁸⁴. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.19**).

Figure 4.19 : Adhésion des praticiens à la reconnaissance de la sécurité d'approvisionnement comme critère d'attribution ou condition d'exécution (en %)



Des tendances similaires s'observent auprès de chaque catégorie de sondés. En effet, pour les autorités contractantes, 60,29 % adhèrent à la proposition, contre 13,73 % qui la rejettent (25,98 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). De même, 65,63 % des opérateurs économiques l'approuvent, contre 9,38 % qui n'y souscrivent pas (25 % indiquant n'avoir pas d'opinion sur ce point). De leur côté, 57,14 % des avocats suivent la proposition, 19,05 % y étant contre (23,81 % indiquent n'avoir pas d'opinion particulière).

¹⁷⁸² 156 sondés sur les 257 ayant répondu à la question : 123 autorités contractantes sur 204, 21 opérateurs économiques sur 32 et 12 avocats sur 21.

¹⁷⁸³ 35 sondés sur 257 : 28 autorités contractantes sur 204, 3 opérateurs économiques sur 32 et 4 avocats sur 21.

¹⁷⁸⁴ 66 sondés sur 257 : 53 autorités contractantes sur 204, 8 opérateurs économiques sur 32 et 5 avocats sur 21.

Analyse globale. Les résultats de l'enquête montrent une adhésion nette à l'idée d'intégrer un critère d'attribution ou une condition d'exécution en lien avec la sécurité de la chaîne d'approvisionnement.

Au total, 60,70 % des répondants soutiennent cette proposition, tandis que 13,62 % s'y opposent. En outre, 25,68 % des sondés déclarent ne pas avoir d'opinion particulière sur cette question. Cette répartition révèle plusieurs éléments. D'une part, le niveau d'adhésion majoritaire indique que les acteurs de la commande publique perçoivent désormais la sécurité d'approvisionnement comme un enjeu structurant dans la passation et l'exécution des contrats publics (ce qui converge avec les résultats de la question D01). D'autre part, le taux relativement faible d'opposition suggère que la proposition ne suscite pas de rejet significatif parmi les praticiens. Toutefois, la proportion non négligeable de répondants sans opinion (plus d'un quart du panel) indique que les modalités concrètes d'intégration de cet objectif dans les procédures de passation restent encore incertaines pour une partie des acteurs.

Analyse sectorielle. L'analyse par catégorie de répondants met en évidence une convergence assez forte des positions, ce qui conforte l'idée d'un consensus global sur la pertinence de cette évolution. Toutefois, une opposition légèrement plus forte s'observe auprès des avocats. Celui-ci peut s'expliquer par une sensibilité particulière aux contraintes juridiques susceptibles d'encadrer l'introduction d'un tel critère ou d'une telle condition d'exécution, notamment au regard des principes fondamentaux de la commande publique, et donc aux risques contentieux que cela pourrait représenter.

Remarque. Les résultats sont plus ou moins similaires à ceux de la question C10. Les variations du taux d'adhésion peuvent se comprendre par un taux de participation plus élevé à la question D02 qu'à la question C10, ainsi que par l'élargissement de la proposition D02 aux conditions d'exécution. Par ailleurs, la proposition C10 entend instaurer systématiquement comme critère d'attribution la sécurité d'approvisionnement dans des secteurs stratégiques, tandis que la D02 se contente d'autoriser, sans la rendre obligatoire, la pratique consistant à établir un critère d'attribution ou une condition d'exécution relative à la sécurité d'approvisionnement.

RECONNAISSANCE D'UN CRITÈRE D'ATTRIBUTION RELATIF À LA PART D'EXÉCUTION CONFIEE AUX PME

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la reconnaissance, pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, de la possibilité de prévoir un critère d'attribution relatif à la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des PME.

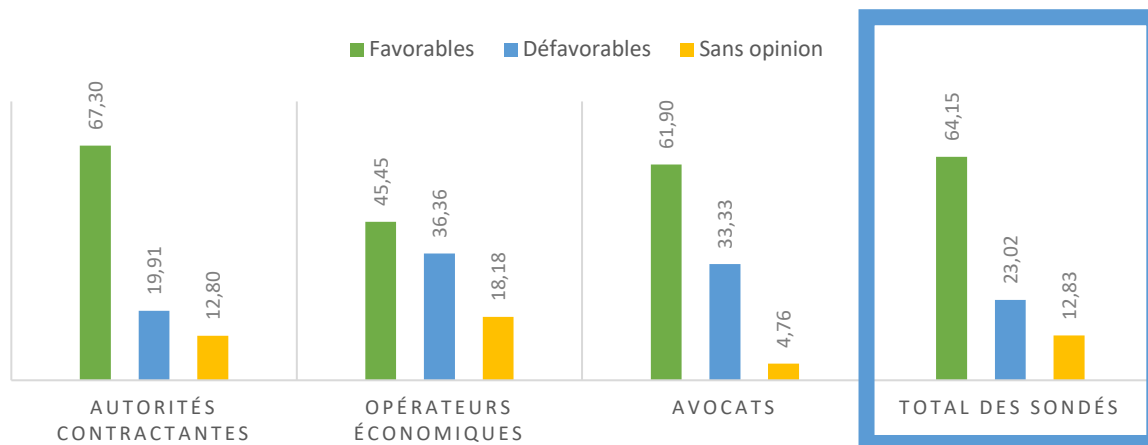
Question D03

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Autoriser les autorités contractantes à tenir compte, par un critère d'attribution, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises.

Données. Au total, 265 répondants se sont exprimés sur la mesure tendant à autoriser les autorités contractantes à tenir compte, par un critère d'attribution, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises, selon la répartition suivante : 170 favorables (64,1 %), 61 défavorables (23 %), 34 sans opinion (12,8 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (Figure 4.20).

Figure 4.20 : Adhésion des praticiens à la reconnaissance d'un critère d'attribution relatif à la part d'exécution confiée aux PME par le soumissionnaire (en %)



Dans le détail, sur les 211 autorités contractantes à avoir répondu à cette question, 142 sont pour (67,2 %), 42 sont (19,9 %) et 27 sans opinion (12,7 %). Pour leur part, 33 opérateurs économiques se sont prononcés, dont 15 favorablement (45,4 %), 12 défavorablement (36,3 %) et 6 sans opinion (18,1 %). Enfin, 21 avocats ont émis un avis sur cette mesure, 13 sont favorables (61,9 %), 7 sont défavorables (33,3 %) et 1 est sans opinion (4,7 %).

Analyse. La mesure qui consisterait à autoriser les autorités contractantes à tenir compte, à travers les critères d'attribution, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises recueille une majorité de réponses des sondés (64,1 % de la totalité). Dans le détail, on observe cependant des divergences entre les différentes catégories de répondants. En effet, si 67,2 % des autorités contractantes¹⁷⁸⁵ et 61,9 % des avocats se prononcent en faveur de cette mesure, seulement 45,4 % des opérateurs économiques la soutiennent, ce qui représente un écart significatif de 21,8 points entre les premières et les derniers. Ce différentiel peut s'expliquer par le fait que les opérateurs économiques seraient les principaux destinataires de cette mesure au sens où ce sont eux qui seraient chargés de recruter les petites et moyennes entreprises susceptibles de se voir confier une part d'exécution du contrat. Or, cette tâche peut s'avérer plus ou moins complexe selon les secteurs d'activité et les zones géographiques concernés. Au regard de ces résultats, il pourrait être recommandé d'assortir cette mesure de plusieurs exceptions pour les secteurs économiques et les zones géographiques dans lesquels le nombre de petites et moyennes entreprises est insuffisant.

SUPPRESSION DU LIEN ENTRE LES CRITÈRES D'ATTRIBUTION ET L'OBJET DU CONTRAT

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la suppression du lien entre les critères d'attribution et l'objet du contrat.

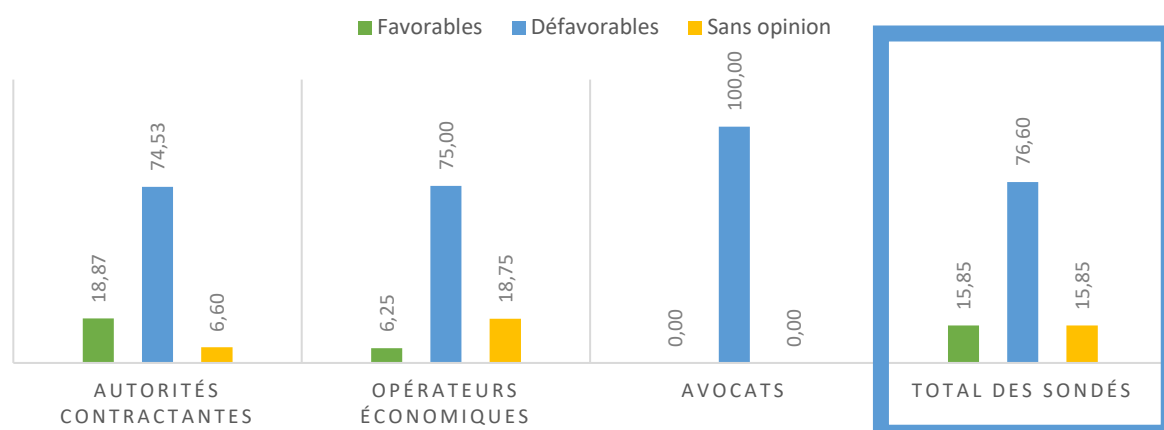
Question D04

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.
Supprimer le lien entre les critères d'attribution et l'objet du contrat.

Données. Au total, 265 sondés se sont exprimés sur l'opportunité de supprimer le lien exigé entre les critères d'attribution et l'objet du contrat, selon la répartition suivante : 42 favorables (15,8 %), 203 défavorables (76,6 %), 20 sans opinion (7,5 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.21**).

¹⁷⁸⁵ Une autorité contractante souligne, dans ses libres-propos que : « La prise en compte des critères [PME] doit être proportionnée. Sinon, à l'extrême, il n'est plus besoin de discuter par exemple de part réservée aux PME, puisqu'une PME sera nécessairement classée en première position si le critère PME est prépondérant. »

Figure 4.21 : Adhésion des praticiens à la suppression du lien entre le critère d'attribution et l'objet du contrat (en %)



Dans le détail, sur les 212 autorités contractantes à avoir répondu à cette question, 40 sont pour (18,8 %), 158 sont contre (84,5 %) et 14 sont sans opinion (6,6 %). Pour leur part, 32 opérateurs économiques se sont prononcés sur cette question. Parmi eux, 2 sont favorables (6,2 %), 24 sont défavorables (75 %) et 6 sont sans opinion (18,7 %). Enfin, 21 avocats se sont exprimés, tous défavorablement.

Analyse. La suppression du lien entre les critères d'attribution et l'objet du marché recueille une écrasante majorité de réponses défavorables des sondés (76,6 % de la totalité). Dans le détail, les autorités contractantes et les opérateurs économiques apparaissent plus nuancés puisqu'ils sont respectivement 74,5 % et 75 % défavorables, tandis que les avocats sont unanimement contre cette mesure. À ce propos, un opérateur économique souligne, dans ses libres-propos que :

« [Il faut maintenir le] lien avec l'objet du marché, car cette notion « de lien avec l'objet du marché » est la colonne vertébrale des directives européennes de 2014. C'est un gage de garantie de la libre concurrence des entreprises, qui fait obstacle notamment à la mise en avant d'un critère de simple gouvernance des entreprises (type RSE) qui serait détourné de son objectif. Il est donc primordial de conserver cette notion qui encadre en particulier, les critères d'attribution, les conditions d'exécution, les variantes ou encore les spécificités techniques. »

Pour autant, une autorité contractante propose, au risque de complexifier la pratique, de supprimer ce lien uniquement pour certains critères qui, par nature, sont déconnectés de l'objet

du marché, à l'image du critère RSE. Un établissement public de santé, au contraire, considère qu'il faudrait « *renforcer l'utilisation de critère en lien uniquement avec l'objet des prestations commandées, certains critères environnementaux ou sociaux n'étant pas forcément adaptés pour tous les types d'achats (comme les prestations intellectuelles) et peuvent restreindre artificiellement la concurrence* ». Plus encore, une administration centrale de l'État témoigne de son agacement à voir les États membres ajouter des critères d'évaluation des offres, en particulier environnementaux, et s'interroge sur le fait qu'une directive pourrait éviter de tels ajouts nationaux¹⁷⁸⁶.

Ces résultats peuvent s'interpréter à la lumière des risques de dérives que porte en germe cette mesure, laquelle permettrait d'exiger de critères d'attribution complètement déconnectés du contrat (par exemple, un risque d'arbitraire dans l'attribution des contrats). À titre de conclusion provisoire, il ne saurait être recommandé de supprimer le lien entre les critères d'attribution et l'objet du contrat eu égard à sa mauvaise acceptabilité par les praticiens français.

INSTAURATION D'UN PRINCIPE DE PRÉFÉRENCE EUROPÉENNE DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à l'instauration d'un principe de préférence européenne dans les achats stratégiques des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices.

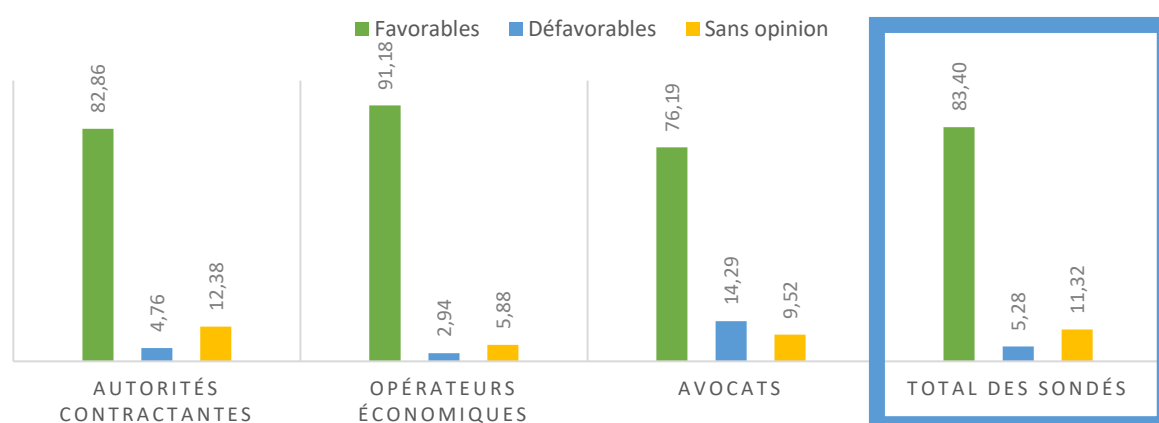
Question D05

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Instaurer un principe de préférence européenne dans les achats stratégiques des autorités contractantes.

Données. Au total, 265 sondés se sont exprimés sur l'instauration projetée d'un principe de préférence européenne dans les achats stratégiques des autorités contractantes, selon la répartition suivante : 221 favorables (83,4 %), 14 défavorables (5,2 %), 30 sans opinion (11,3 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.22**).

¹⁷⁸⁶ En tout état de cause, pour ce sondé, le sujet est ailleurs. Il se situerait, pour lui, dans « *l'obligation de publier la méthode de notation ou a minima d'être en mesure de démontrer qu'elle a bien été arrêtée avant l'ouverture des plis* », tant la méthode de notation est un point central de la procédure de passation.

Figure 4.22 : Adhésion des praticiens à l'instauration d'un principe de préférence européenne (en %)

Dans le détail, sur les 210 autorités contractantes à se prononcer, 174 sont favorables (82,6 %), 10 sont défavorables (4,7 %) et 26 sont sans opinion (12,3 %). Pour leur part, 34 opérateurs économiques ont émis un avis sur la mesure projetée. Parmi eux, 31 sont pour (91,1 %), 1 est contre (4,7 %) et 2 sont sans opinion (12,3 %). Enfin, 21 avocats ont émis un avis sur la question, 16 favorablement (76,1 %), 3 défavorablement (14,2 %) et 2 sans opinion (9,5 %).

Analyse. La mesure consistant à instaurer un principe de préférence européenne dans les achats stratégiques des autorités contractantes recueille une large majorité de réponses favorables des sondés (83,4 % de la totalité). Dans le détail, des différences minimales peuvent être observées entre les différentes catégories de répondants. En effet, tandis que 76,1 % des avocats sont favorables, ce ne sont pas moins de 82,8 % des autorités contractantes et 91,1 % des opérateurs économiques. Cette différence peut s'expliquer par l'avantage concurrentiel que les opérateurs économiques répondants entendent tirer d'un tel principe. À titre de conclusion provisoire, il peut être recommandé de proclamer un tel principe, d'autant que comme l'indiquent 3 autorités contractantes dans leurs libres-propos, la préférence européenne relève de la nécessité.

L'une d'elles souligne que : « il est désormais nécessaire de privilégier les entreprises européennes, mais il faut être vigilant à ce qu'elles utilisent des produits européens quitte à ce que la préférence aille à des entreprises utilisant des produits et services européens plutôt que des de privilégier des entreprises européennes qui utilisent des produits et services étrangers ». Pour une société d'économie mixte, il s'agit d'une question de souveraineté et de résilience européenne qui doit être saisie par le Législateur européen et mobilisable par les acheteurs de manière simple et efficace. Elle propose d'ailleurs de fonder ce principe sur deux critères lisibles : l'établissement d'une entreprise dans le territoire de l'Union européenne et une

production principalement réalisée sur le territoire de l'Union européenne. Une autre autorité contractante la rejoint sur le besoin d'avoir une règle simple à mettre en œuvre, et surtout qu'elle soit facultative et limitée à des secteurs spécifiquement ciblés par le Législateur européen.

EXTENSION AUX POUVOIRS ADJUDICATEURS DE LA FACULTÉ DE REJETER LES OFFRES DES MARCHÉS DE FOURNITURES INTÉGRANT PLUS DE 50 % DE PRODUITS ORIGINAIRES DE PAYS-TIERS NON-SIGNATAIRES D'UN ACCORD AVEC L'UNION EUROPÉENNE

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à l'extension aux pouvoirs adjudicateur de la possibilité de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays non-signataires d'un accord relatif aux marchés publics avec l'Union européenne.

Question D06

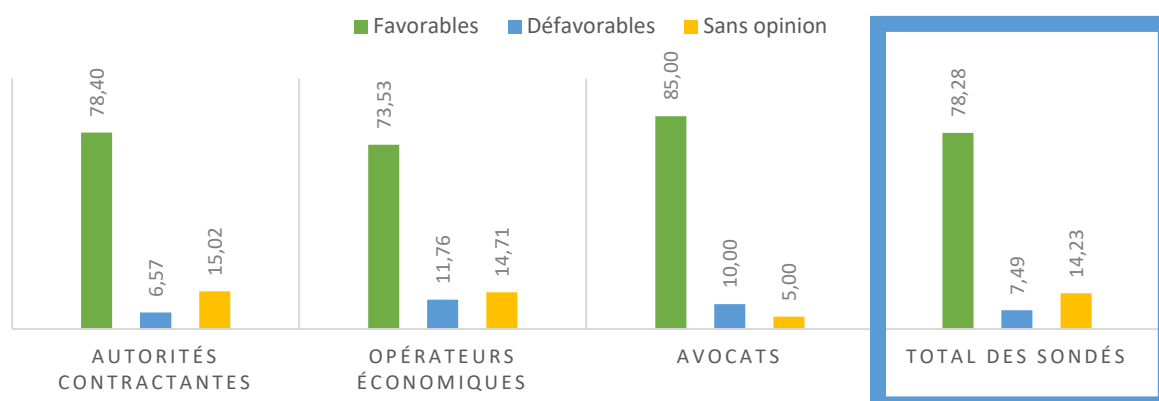
Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

À l'instar de ce qui est autorisé pour les entités adjudicatrices, permettre aux pouvoirs adjudicateurs de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays non-signataires d'un accord relatif aux marchés publics avec l'Union européenne.

Données. Au total, 267 sondés se sont exprimés sur l'opportunité de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays non-signataires d'un accord relatif aux marchés publics avec l'Union européenne, selon la répartition suivante : 209 favorables (78,2 %), 20 défavorables (7,4 %), 38 sans opinion (14,2 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.23**).

Dans le détail, sur les 213 autorités contractantes à s'être prononcées, 167 se disent favorables (78,4 %), 14 défavorables (6,5 %) et 32 sans opinion (15%). Pour leur part, 34 opérateurs économiques ont émis un avis sur la mesure projetée. Parmi eux, 25 sont pour (73,5 %), 4 sont contre (11,7 %) et 5 sont sans opinion (14,7 %). Enfin, 20 avocats se sont exprimés, 17 favorablement (85 %), 2 défavorablement (10 %) et 1 sans opinion (5 %).

Figure 4.23 : Adhésion des praticiens à l'extension aux pouvoirs adjudicateurs de la possibilité de rejeter une offre d'un marché public de fourniture intégrant plus de 50 % de produits originaires d'un pays tiers non-signataire d'un accord relatif aux marchés publics avec l'Union européenne (en %)



Analyse. La mesure visant à permettre aux pouvoirs adjudicateurs de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays non-signataires d'un accord relatif aux marchés publics avec l'Union européenne recueille une large majorité de réponses favorables des sondés (78,2 % de la totalité). Les avocats sont les plus enthousiasmés par cette mesure (85 %), tandis que les opérateurs économiques (73,5 %) sont plus réservés, quoique majoritairement favorables. Ces résultats peuvent s'interpréter à la lumière des potentielles difficultés d'approvisionnement que cette mesure pourrait faire peser sur les opérateurs économiques. À titre de conclusion provisoire, l'adoption de cette mesure peut être recommandée, en tenant toutefois compte des difficultés précédemment évoquées.

RÉSERVATION AUX PME D'UNE PART DES MARCHÉS PUBLICS

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à l'extension aux pouvoirs adjudicateur de la possibilité de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays non-signataires d'un accord relatif aux marchés publics avec l'Union européenne.

Question D07

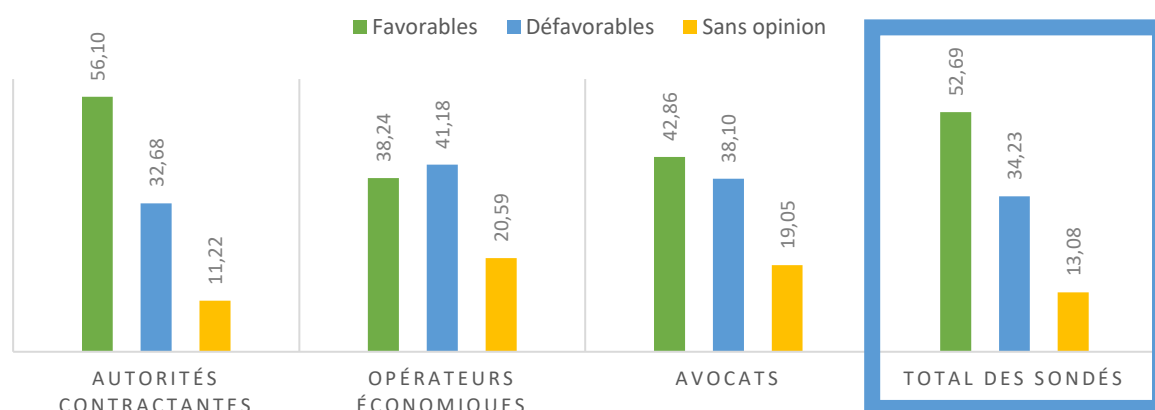
Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Réserver aux PME une part des marchés dont le montant est supérieur aux seuils européens, sauf si cela risque de conduire à une procédure infructueuse, de réduire la concurrence ou de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations

Données. Au total, 260 sondés se sont exprimés sur l'opportunité de réserver aux petites et moyennes entreprises une part des marchés dont le montant est supérieur aux seuils

européens, sauf si cela risque de conduire à une procédure infructueuse, de réduire la concurrence ou de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations, selon la répartition suivante : 137 favorables (52,6 %), 89 défavorables (34,2 %), 34 sans opinion (13 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.24**).

Figure 4.24 : Adhésion des praticiens à la réserve aux PME d'une part des marchés publics (en %)



Sur les 205 autorités contractantes qui ont répondu à la question, 115 sont favorables (56,1 %), 67 sont défavorables (32,6 %) et 23 sont sans opinion (11,2 %). Pour leur part, 34 opérateurs se sont prononcés sur la mesure projetée. Parmi eux, 13 sont pour (38,2 %), 14 sont contre (41,1 %) et 7 sans opinion (20,5 %). Enfin, 21 avocats se sont exprimés, 9 favorablement (42,8 %), 8 défavorablement (38,1 %) et 4 sans opinion (19 %).

Analyse. Une petite majorité de sondés, en l'occurrence 52,6 %, se dit favorable à la mesure visant à réserver aux PME une part des marchés dont le montant est supérieur aux seuils européens, sauf si cela risque de conduire à une procédure infructueuse, de réduire la concurrence ou de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. Ces résultats peuvent être interprétés à la lumière de la surreprésentation des autorités contractantes parmi les sondés. En effet, seules les autorités contractantes sont majoritairement favorables à cette mesure (56,1 %). À rebours, les avocats et les opérateurs économiques sont plus nuancés puisqu'ils se prononcent dans des proportions quasi équivalentes, en faveur (42,8 % et 38,2 %) et en défaveur de cette mesure (38,1 % et 41,1 %). Une hypothèse peut être avancée pour expliquer l'impopularité de la mesure auprès des opérateurs économiques : ces derniers pourraient craindre qu'elle ne fausse la concurrence au profit des petites et moyennes entreprises. Cette hypothèse pourrait être éprouvée par le constat que les opérateurs économiques sondés sont majoritairement des grandes entreprises. À titre

conclusif, il ne saurait être préconisé de prévoir un « quota-PME » européen sans l'assortir d'un certain nombre de précautions propres à accroître l'acceptabilité de la mesure.

À ce propos, un établissement public administratif de l'État propose une autre solution pour renforcer l'accès des PME : la mise en place d'un *Small Business Act* européen. Il relève également qu'une attention particulière devrait être portée sur la définition de la notion de PME, car « *les grandes entreprises peuvent créer des filiales qui sont des PME et profiter du dispositif alors même que ceci n'est pas l'objectif de la démarche* ».

CRÉATION D'UNE STRUCTURE D'APPUI À L'INNOVATION OU D'UN LABEL EUROPÉEN « INNOVATION »

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la création d'une structure nationale ou européenne d'appui dans le cadre de l'innovation ou d'un label européen « *innovation* ».

Question D08

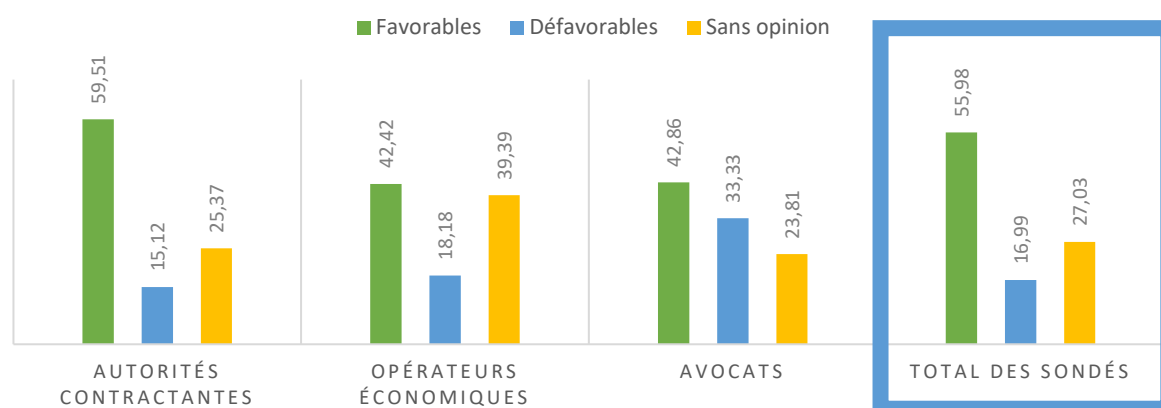
Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Créer une structure nationale ou européenne d'appui aux autorités contractantes dans le cadre de l'innovation ou, à défaut, d'un label européen « *innovation* ».

Données. Au total, 259 sondés se sont exprimés sur la mesure visant à créer une structure nationale ou européenne d'appui aux autorités contractantes dans le cadre de l'innovation ou, à défaut, un label européen « *innovation* », selon la répartition suivante : 145 favorables (55,9 %), 44 défavorables (16,9 %), 70 sans opinion (27 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.25**).

Dans le détail, sur les 205 autorités contractantes à se prononcer, 122 sont pour (59,5 %), 31 sont contre (15,1 %) et 52 sont sans opinion (25,3 %). Pour leur part, 33 opérateurs ont répondu à cette question, dont 14 favorables (42,4 %), 6 défavorables (18,1 %) et 13 sans opinion (39,3 %). Enfin, 21 avocats se sont exprimés, 9 favorablement (42,8%), 7 défavorablement (33,3 %) et 5 sans opinion (23,8 %).

Figure 4.25 : Adhésion des praticiens à la création d'une structure d'appui à l'innovation ou d'un label européen « innovation » (en %)



Analyse. La mesure visant à créer une structure nationale ou européenne d'appui aux autorités contractantes dans le cadre de l'innovation ou, à défaut, un label européen « innovation » recueille une petite majorité de sondés (55,9 % de la totalité). Ces résultats doivent cependant être nuancés au regard de deux données : le nombre élevé de répondants « *sans opinion* » (27 %) et la surreprésentation des autorités contractantes parmi les sondés. En effet, seules ces dernières sont majoritairement favorables à la mesure proposée (59,5%), tandis que les opérateurs économiques et les avocats sont plus divisés. Les premiers ont répondu « *favorables* » et « *sans opinion* » dans des proportions quasi identiques, ce qui relativise les résultats obtenus. Les seconds sont extrêmement partagés puisqu'ils ont coché les trois réponses proposées dans des proportions quasi équivalentes. Ces résultats mitigés peuvent s'expliquer au regard des craintes que peut susciter la création d'une telle structure d'appui, en particulier celles liées aux délais de traitement, lesquelles revêtent une importance particulière en matière d'innovation. Le label « *innovation* » pourrait soulever des interrogations similaires, ainsi que des doutes quant à son caractère obligatoire ou facultatif. À ce titre, il peut être recommandé de rendre la structure d'appui et/ou le label innovation purement facultatif(s) afin de rassurer les craintes des praticiens de la commande publique.

CLARIFICATION DE LA DÉFINITION DE L'INNOVATION

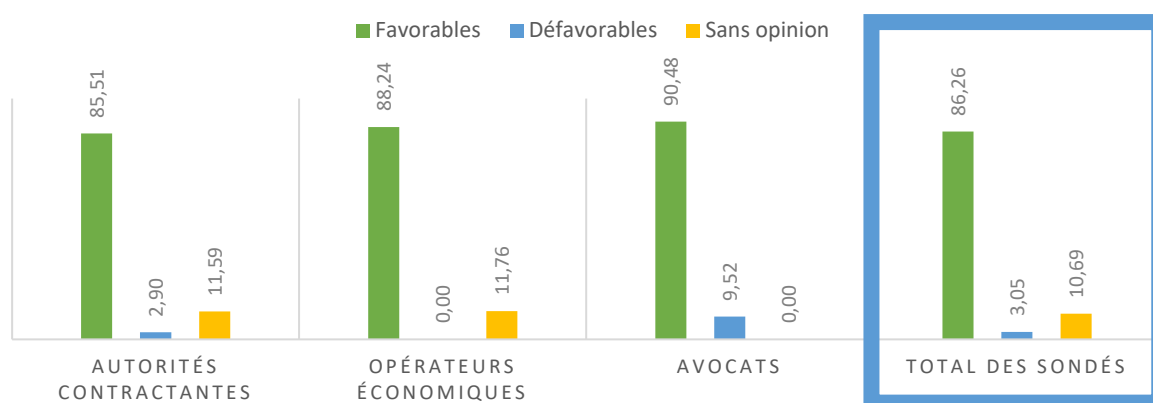
Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la clarification de la définition de l'innovation dans les directives *Marchés* et *Secteurs spéciaux*.

Question D09

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.
Clarifier la définition de l'innovation dans les directives Marchés et Secteurs spéciaux.

Données. Au total, 262 sondés se sont exprimés sur l'opportunité de clarifier la définition de l'innovation dans les directives Marchés et Secteurs spéciaux, selon la répartition suivante : 226 favorables (86,2 %), 8 défavorables (3 %), 28 sans opinion (10,6 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.26**).

Figure 4.26 : Adhésion des praticiens à la création d'une structure d'appui à l'innovation ou d'un label européen « innovation » (en %)



Dans le détail, sur les 207 autorités contractantes à avoir répondu à cette question, 177 sont pour (85,5 %), 6 sont contre (2,9 %) et 24 sont sans opinion (11,5 %). Pour leur part, 34 opérateurs se sont prononcés, dont 30 favorablement (88,2 %), 0 défavorablement (0 %) et 4 étaient sans opinion (11,7 %). Enfin, parmi les 21 avocats à émettre un avis, 19 sont favorables (90,4 %) et 2 sont défavorables (9,5 %).

Analyse. La mesure visant à clarifier la définition de l'innovation dans les directives Marchés et Secteurs spéciaux recueille une écrasante majorité des réponses des sondés (86,2% de la totalité). Il existe par ailleurs peu d'écart entre les différentes catégories de répondants puisque 85,5 % des autorités contractantes, 88,2 % des opérateurs économiques et 90,4 % des avocats se prononcent en faveur de cette mesure. À cela s'ajoute la faible proportion de sondés qui s'exprime en défaveur de la mesure : aucun opérateur économique et un petit nombre d'autorités contractantes (2,9 %)¹⁷⁸⁷. À travers ces résultats, les répondants expriment, toutes catégories confondues, un évident besoin de clarification textuelle de la définition de l'innovation propre à permettre une meilleure appréhension des dispositifs européens destinés

¹⁷⁸⁷ Dans ses libres-propos, une des autorités contractantes s'étonne des débats actuels sur l'innovation étant donné qu'elle ne concerne que peu de pouvoirs adjudicateurs.

à en favoriser le développement. Par ces motifs, il peut être recommandé d'adopter la mesure projetée.

AXE 4 : LES TECHNIQUES D'ACHAT

PRÉCISION DES CONSÉQUENCES DE LA RÉSILIATION D'UN ACCORD-CADRE SUR LES BONS DE COMMANDE ET LES MARCHÉS SUBSÉQUENTS

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la clarification de la définition de l'innovation dans les directives *Marchés* et *Secteurs spéciaux*.

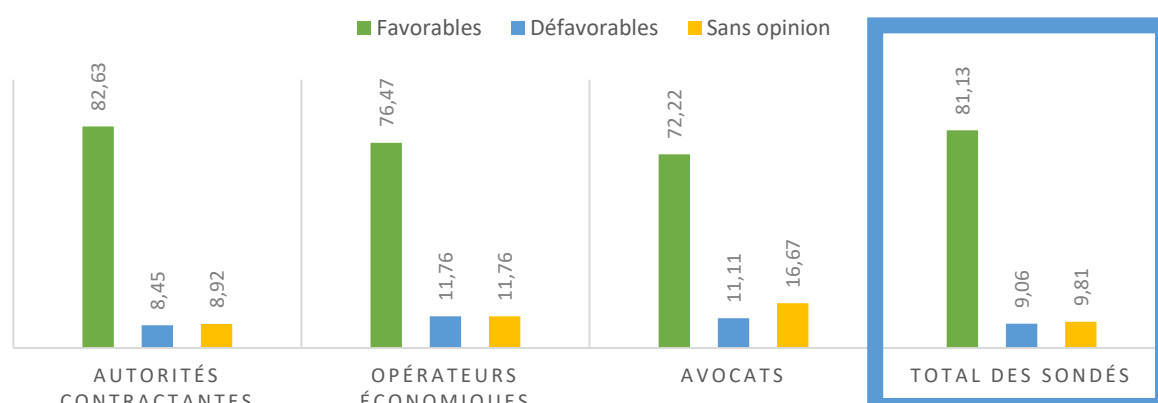
Question E01

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Indiquer que la résiliation de l'accord-cadre n'entraîne pas nécessairement la fin des bons de commande et marchés subséquents en cours d'exécution.

Données. Au total, 265 sondés se sont exprimés sur l'opportunité d'indiquer que la résiliation de l'accord-cadre n'entraîne pas nécessairement la fin des bons de commande et marchés subséquents en cours d'exécution, selon la répartition suivante : 215 favorables (81,1 %), 24 défavorables (9 %), 26 sans opinion (9,8 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.27**).

Figure 4.27 : Adhésion des praticiens à la précision des conséquences de la résiliation d'un accord-cadre sur les bons de commande et les marchés subséquents (en %)



Dans le détail, sur les 213 autorités contractantes à avoir répondu à cette question, 176 sont pour (82,6 %), 18 sont contre (8,4 %) et 19 sont sans opinion (8,9 %). Pour leur part, 34 opérateurs se sont prononcés, dont 26 favorablement (76,4 %), 4 défavorablement (11,7 %)

et 4 étaient sans opinion (11,7 %). Enfin, parmi les 18 avocats à émettre un avis, 13 sont favorables (90,4 %), 2 sont défavorables (11,1 %) et 3 sans opinion (16,6 %).

Analyse. La mesure visant à indiquer que la résiliation de l'accord-cadre n'entraîne pas nécessairement la fin des bons de commande et marchés subséquents en cours d'exécution fait l'objet d'un large consensus parmi les sondés qui sont plus de 80 % à l'appeler de leurs vœux. Ce constat est conforté par les faibles écarts observés entre les différentes catégories de répondants qui sont de 10 points au maximum entre les autorités contractantes favorables (82,6 %) et les avocats (72,2 %). À travers ces résultats, les praticiens expriment un besoin de clarification des effets de la résiliation de l'accord-cadre sur les bons de commande et les marchés subséquents en cours d'exécution. Par ces motifs, cette mesure semble pouvoir être adoptée en l'état.

PRÉCISION DE LA POSSIBILITÉ DE MODIFIER UN BON DE COMMANDE OU UN MARCHÉ SUBSÉQUENT APRÈS LA FIN DE L'ACCORD-CADRE

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la précision, dans les directives, de la possibilité de modifier un bon de commande ou un marché subséquent après la fin de l'accord-cadre.

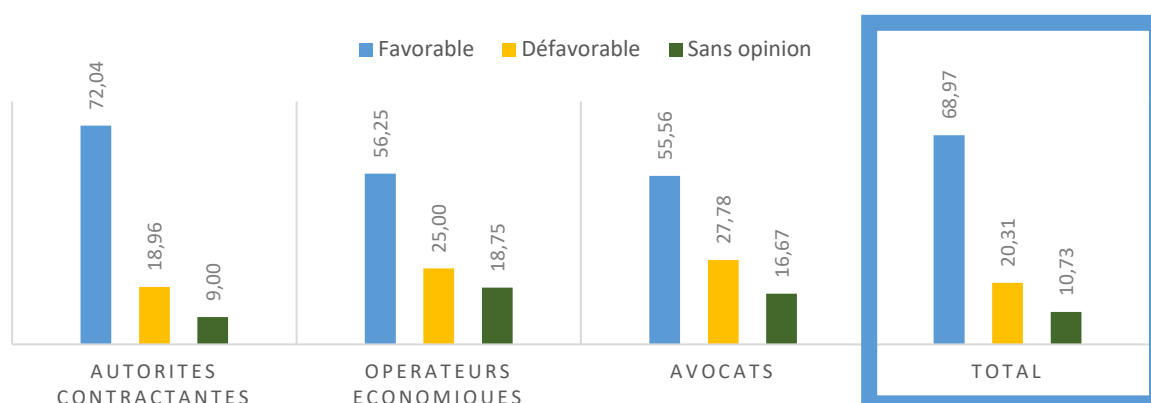
Question E02

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Préciser qu'il est possible de modifier un bon de commande ou un marché subséquent après la fin de l'accord-cadre.

Données. Plus de deux tiers (68, 97 %) des 261 participants au sondage ayant répondu à cette question sont favorables à ce que les directives précisent que les bons de commande et les marchés subséquents puissent être modifiés après la résiliation de l'accord-cadre. Ce taux monte à 72,04 % chez les autorités contractantes. Il est en revanche relativement plus bas chez les avocats (55,56 %) et chez les opérateurs économiques (56,25 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.28**).

Figure 4.28 : Adhésion des praticiens à la précision de la possibilité de modifier un bon de commande ou un marché subséquent après la fin de l'accord-cadre (en %)



Analyse. La faible adhésion des opérateurs économiques se justifierait l'accroissement des pouvoirs unilatéraux dont disposeraient les acheteurs, seuls habilités à procéder à la modification des bons de commande et des marchés subséquents. De plus, la modification, malgré la résiliation des accords-cadres, pourrait poser question en ce que ladite résiliation visait à mettre fin à la relation contractuelle avec l'opérateur économique.

EXTENSION DE LA DURÉE MAXIMALE DES ACCORDS-CADRES DES POUVOIRS ADJUDICATEURS À HUIT ANS

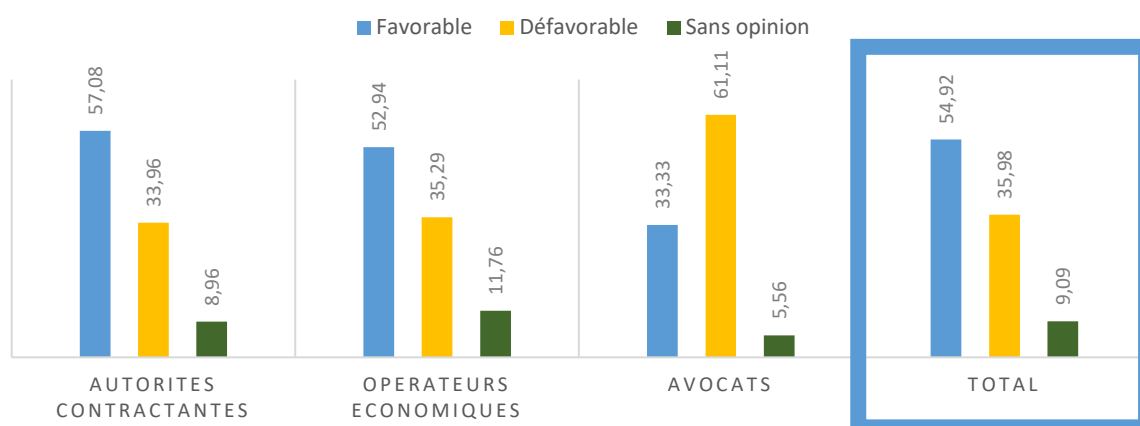
Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à l'extension de la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans.

Question E03

*Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.
Étendre la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans.*

Données. L'extension de la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans (actuellement de quatre ans) emporte l'adhésion d'un participant au sondage sur deux ayant répondu à cette question (54,92 %). Si le taux est sensiblement identique chez les autorités contractantes (57,08 %) et chez les opérateurs économiques (52,94 %), il convient cependant de relever que seuls 33,33 % des avocats y sont favorables. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.29**).

Figure 4.29 : Adhésion des praticiens à l'extension de la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans (en %)



Analyse. La non-adhésion des avocats à cette recommandation se comprend au regard de leur double casquette : à la fois conseillers des parties, mais aussi titulaire d'accords-cadres. L'alignement de la durée de tous les accords-cadres passés par les pouvoirs adjudicateurs sur celle des accords-cadres conclus par les entités adjudicatrices ne serait pas souhaitable en ce qu'il peut s'avérer contraignant tant pour l'opérateur économique que pour l'autorité contractante, eu égard aux fluctuations technologiques et économiques.

Précisément, deux autorités contractantes ont apporté des éclairages sur leurs attentes en la matière. La première, une société d'économie mixte, et dans un objectif de renforcer l'efficacité de l'achat public, reconnaît que les accords-cadres de 8 ans s'avèrent adaptés aux projets informatiques ou nécessitant des investissements techniques de long terme. Un établissement public administratif de l'État la rejoint en y ajoutant les marchés où il n'y a peu, voire pas, de concurrence. Il s'en éloigne, toutefois, en constatant que de tels cas sont exceptionnels et que, majoritairement, par son expérience, il conclut des accords-cadres dans des secteurs fortement concurrentiels où 4 ans sont amplement suffisants, à l'image des prestations de nettoyage de locaux.

PRÉCISION DE LA QUALIFICATION DE CONTRAT DES ACCORDS-CADRES

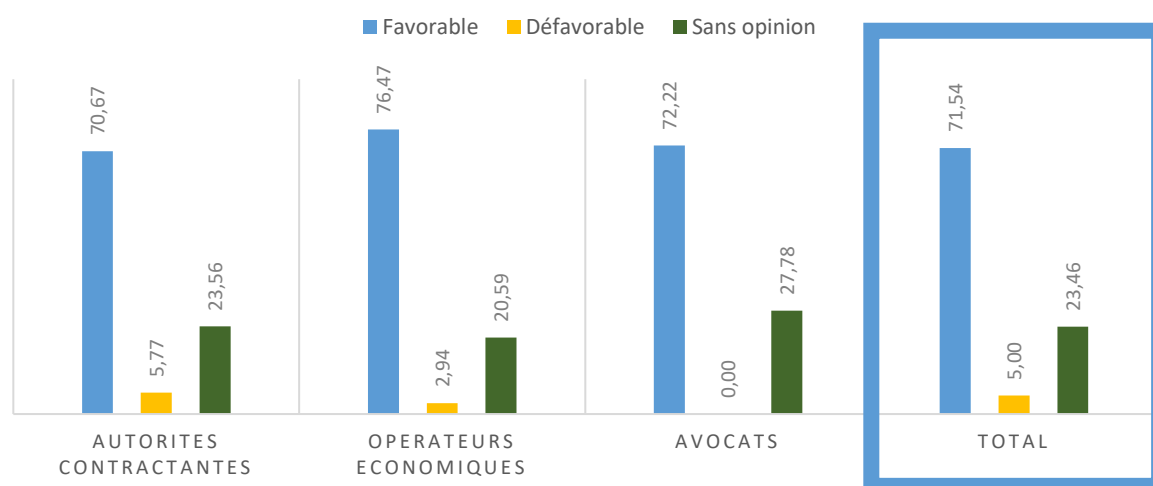
Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la proposition de qualifier expressément, dans les directives, la nature de contrat des accords-cadres.

Question E04

*Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.
Indiquer expressément que l'accord-cadre constitue un contrat.*

Données. Près de trois quarts (71,54 %) des 260 participants au sondage ayant répondu à la question sont favorables à la reconnaissance expresse de la nature contractuelle des accords-cadres par les directives marchés publics. Le taux est encore plus important chez les opérateurs économiques (76,47 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.30**).

Figure 4.30 : Adhésion des praticiens à la précision de la nature de contrat des accords-cadres (en %)



Analyse. Ce relatif consensus s'expliquerait par le fait que la qualification contractuelle de l'accord-cadre faciliterait sa modification en cours d'exécution. Pour autant, dans ses libres-propos, une autorité contractante s'étonne d'un tel débat, car, selon elle, la situation est claire : les accords-cadres à bon de commande sont des contrats, tandis que les accords-cadres à marchés subséquents sont des pré-contrats. En tout état de cause, la question doit être posée selon un avocat au nom de la préservation de la concurrence :

« S'agissant des accords-cadres, il me paraît essentiel d'incarner l'interdiction d'un usage anticoncurrentiel ou abusif de la technique d'achat, qui existe déjà dans la directive. La technique d'achat est surexploitée, notamment par les centrales d'achat, et a des effets de bord négatifs sur le principe d'accès à la commande publique. Il faut clarifier la question de l'exclusivité du ou des titulaire(s) de l'accord-cadre, qui n'est pas acquise selon la lecture actuelle de la directive et de la jurisprudence CJUE. »

INSTAURATION D'UN PRINCIPE D'EXCLUSIVITÉ DANS LES ACCORDS-CADRES

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la proposition d'instaurer un principe d'exclusivité pour les prestations couvertes par un accord-cadre, sauf stipulation expresse de non-exclusivité.

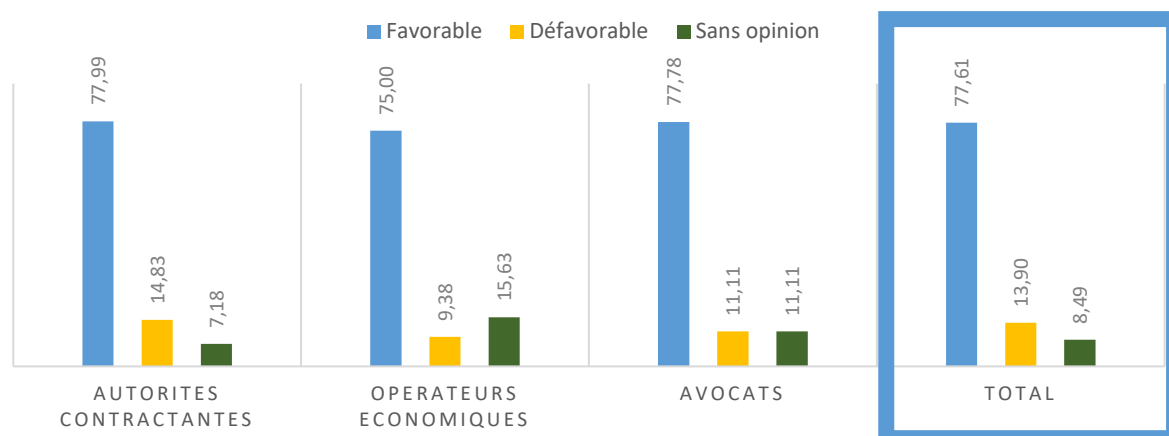
Question E05

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Indiquer expressément que le(s) attributaire(s) d'un accord-cadre bénéficie(nt) en principe d'une exclusivité pour les prestations couvertes par l'accord, sauf en présence d'une clause de non-exclusivité remplissant certaines conditions.

Données. Plus de trois quarts (77,61 %) des 259 sondés ayant répondu à cette question sont favorables à ce que les directives marchés prévoient que le bénéficiaire d'un accord-cadre jouit, sauf clause contraire, d'une exclusivité pour toutes les prestations couvertes par l'accord-cadre. Ce taux est également observé chez les autorités contractantes (77,99 %) et chez les avocats (77,61 %). Il est sensiblement le même chez les opérateurs économiques (75 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.31**).

Figure 4.31 : Adhésion des praticiens à l'instauration d'un principe d'exclusivité dans les accords-cadres (en %)



Analyse. La mesure apparaît somme toute consensuelle dans la mesure où elle laisse le soin aux pouvoirs adjudicateurs d'y déroger, lorsque certaines conditions, que le législateur européen devra énumérer, sont satisfaites. Les opérateurs économiques y adhèrent tout logiquement, car la clarification exigée des autorités contractantes leur assure une certaine visibilité sur le marché et les bénéfices escomptés. Cependant, deux autorités contractantes, favorables à l'instauration d'un principe dans les directives, préconisent, dans leurs libres-propos, un principe de non-exclusivité des accords-cadres.

CODIFICATION DE L'OBLIGATION D'INDIQUER LA QUANTITÉ OU LA VALEUR MAXIMALE DES ACCORDS-CADRES ET PRÉCISION SUR LEUR MODIFICATION

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la proposition de codifier l'obligation d'indiquer la quantité ou valeur maximale des accords-cadres, et encadrer les facultés de modification de cette quantité ou valeur.

Question E06

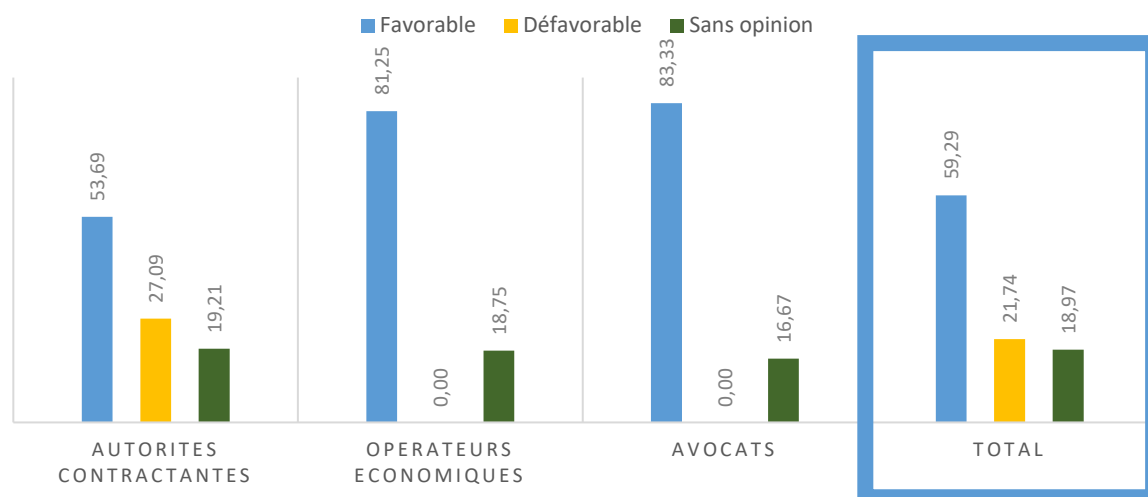
Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Préciser les interdictions de recours à l'accord-cadre, a minima en codifiant l'obligation d'indiquer la quantité ou valeur maximale et en encadrant les facultés de modification de cette quantité ou valeur.

Données. La grande majorité (59,29 %) des 269 répondants estime que la consécration par les directives de l'obligation jurisprudentielle d'indiquer la quantité ou la valeur maximale

des accords-cadres et de l'encadrement des facultés de modification des clauses afférentes contribuerait effectivement à limiter les abus dans les recours aux accords-cadres. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.32**).

Figure 4.32 : Adhésion des praticiens à la codification de l'obligation d'indiquer la quantité ou la valeur maximale des accords-cadres et à la précision des modalités de leur modification (en %)



Analyse. Cette majorité contraste avec les taux sectoriels observés chez les avocats et les opérateurs économiques par rapport à ceux affichés par les autorités contractantes. Plus de quatre cinquièmes des avocats (83,33 %) et des opérateurs économiques (81,25 %) sont favorables à ces mesures contre seulement 54 % d'autorités contractantes. C'est d'ailleurs la faiblesse d'approbation chez ces dernières qui fait sensiblement chuter la note globale, compte tenu de leur forte représentativité au sein des sondés ayant répondu à cette question (80,23 % des 269 réponses exploitables).

Les autorités contractantes y sont moins favorables, car ces mesures viendraient limiter leur marge de manœuvre lorsqu'elles recourent aux accords-cadres.

Au-delà, un avocat et un opérateur économique préconisent, dans leurs libres-propos, que si l'indication d'un montant maximum ou des quantités maximales est attendue, il devrait en être de même pour le montant minimum ou les quantités minimales. Pour l'avocat, il s'agit d'une cohérence juridique au regard de l'obligation pour l'acheteur de définir précisément ses besoins. Or, « souvent l'absence de minimum dénote un manque de définition du besoin puisque l'acheteur après avoir conclu un accord-cadre ne notifie jamais aucun bon de commande ». De son côté, l'opérateur économique y voit une garantie : « la fixation d'un montant minimum entraînant automatiquement une indemnisation du titulaire du marché, lorsque ce montant

n'est pas atteint, serait de nature à assurer aux entreprises une meilleure visibilité et donc à favoriser les réponses des PME ».

AXE 5 : EXÉCUTION ET FIN DE CONTRAT

PRÉCISION DE LA NOTION DE MODIFICATION SUBSTANTIELLE

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la proposition de préciser davantage la notion de modification substantielle en limitant la définition aux quatre hypothèses données par les directives.

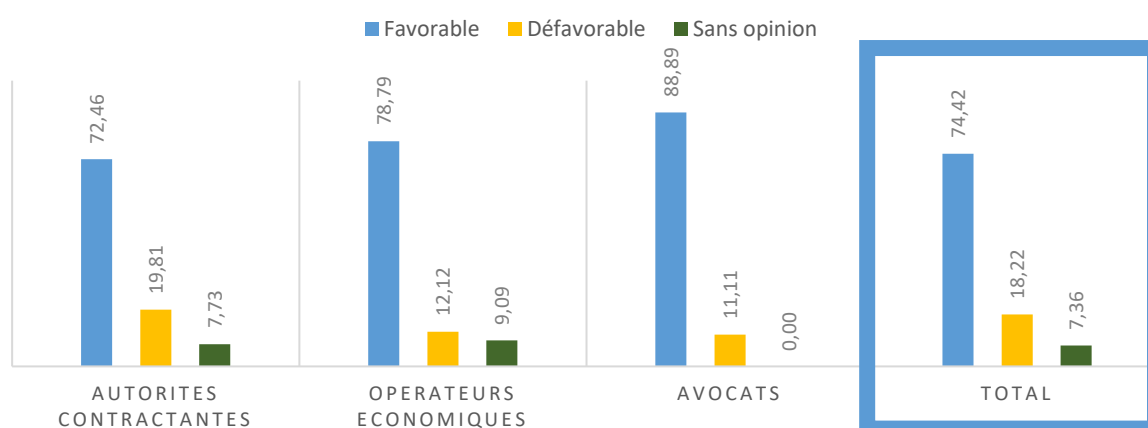
Question F01

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Préciser davantage la notion de modification substantielle en limitant la définition aux quatre hypothèses données par les directives.

Données. La recommandation récolte le suffrage de l'écrasante majorité (74,74 %) des 258 sondés ayant répondu à la question. L'écrasante majorité des avocats (88,89 %) y est favorable. Le taux de réponses favorables est tout aussi important du côté des autorités contractantes (72,46 %) et des opérateurs économiques (78,79 %) ¹⁷⁸⁸. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.33**).

¹⁷⁸⁸ Un avocat estime, dans ses libres-propos, qu'au-delà de la notion de modification substantielle, c'est « l'articulation entre les différents cas de modification [qui] n'est pas explicite et peu exploitable en pratique, notamment lorsqu'il s'agit de modifications non substantielles ou de faible montant, ou en cas de modification de l'équilibre du contrat, non pas en faveur du titulaire, mais en faveur de l'acheteur public ». Un opérateur économique, quant à lui, n'estime pas nécessaire de modifier l'encadrement actuel de l'exécution des marchés publics et des contrats de concession. Il admet, cependant, qu'il serait opportun « de prévoir dans les considérants des directives la référence explicite à une obligation de préservation de l'équilibre économique du contrat, notamment au travers du maintien d'une trésorerie positive pour l'entreprise pendant toute la durée du marché et du renforcement de la possibilité de modifier facilement les marchés en cas de circonstances imprévues ou non prévisibles lors de la conclusion du contrat ».

Figure 4.33 : Adhésion des praticiens à la précision de la notion de modification substantielle (en %)

Analyse. Cette mesure est plébiscitée, dans la mesure où elle apporterait plus de prévisibilité aux parties et réduirait les incertitudes liées à une interprétation large du juge en cas de litiges. La notion de modification substantielle ne s'entendrait que des cas prévus expressément par le législateur européen, limitant par la même occasion la marge de manœuvre des États membres.

SUPPRESSION DE LA LIMITE DES 50 % DE LA VALEUR INITIALE DU MARCHÉ POUR LES MODIFICATIONS DES POUVOIRS ADJUDICATEURS

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à l'alignement du régime de modification des pouvoirs adjudicateurs sur celui des entités adjudicatrices en supprimant la limite de 50 % de la valeur du marché initial.

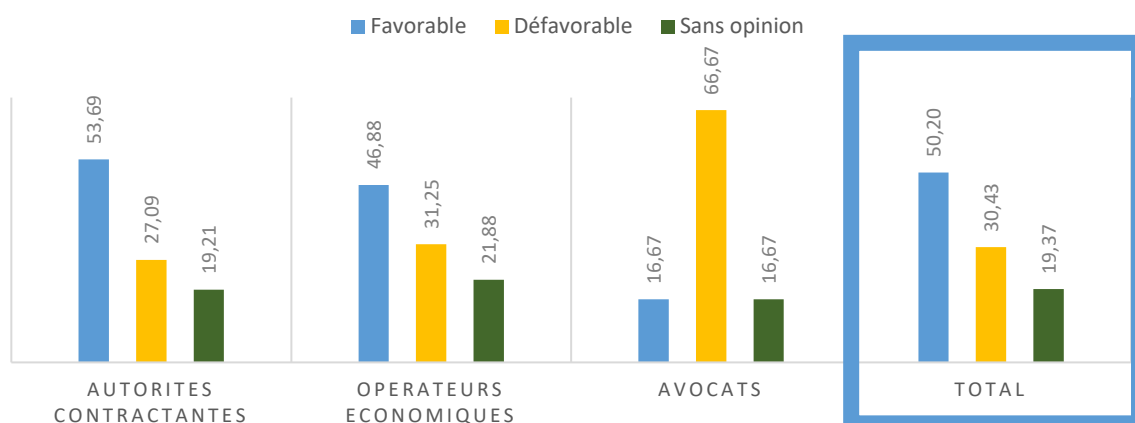
Question F02

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Supprimer la limite de « toute augmentation du prix [...] supérieure à 50 % de la valeur du marché initial », prévue pour les pouvoirs adjudicateurs à l'article 72 de la directive 2014/24/UE.

Données. À peine, un répondant sur deux approuve la suppression de la limite de « *toute augmentation du prix [...] supérieure à 50 % de la valeur du marché initial* », prévue dans la directive 2014/24/UE à l'article 72. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.34**).

Figure 4.34 : Adhésion des praticiens à la suppression de la limite de 50 % de la valeur initiale du marché pour les modifications des pouvoirs adjudicateurs (en %)



Analyse. Si 53,69 % des autorités contractantes et 46,88 % des opérateurs économiques y sont favorables, il convient cependant de noter que plus de deux tiers (66,67 %) des avocats sont opposés à cette mesure. Par ailleurs, le taux des répondants ayant indiqué qu'ils n'avaient pas d'opinion sur ce sujet avoisine un cinquième chez les avocats et les autorités contractantes et le dépasse chez les opérateurs économiques.

La mesure rencontre l'assentiment des autorités contractantes interrogées, qui sont majoritairement des pouvoirs adjudicateurs, car elle vise à aligner le régime des pouvoirs adjudicateurs sur celui des entités adjudicatrices, exemptées de cette contrainte.

SUPPRESSION DE LA LIMITE DES SEUILS EUROPÉENS POUR LES MODIFICATIONS DE FAIBLE MONTANT

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la suppression, dans le cadre des modifications de faible montant, de la limite selon laquelle le montant de la modification ne peut pas dépasser les seuils européens.

Question F03

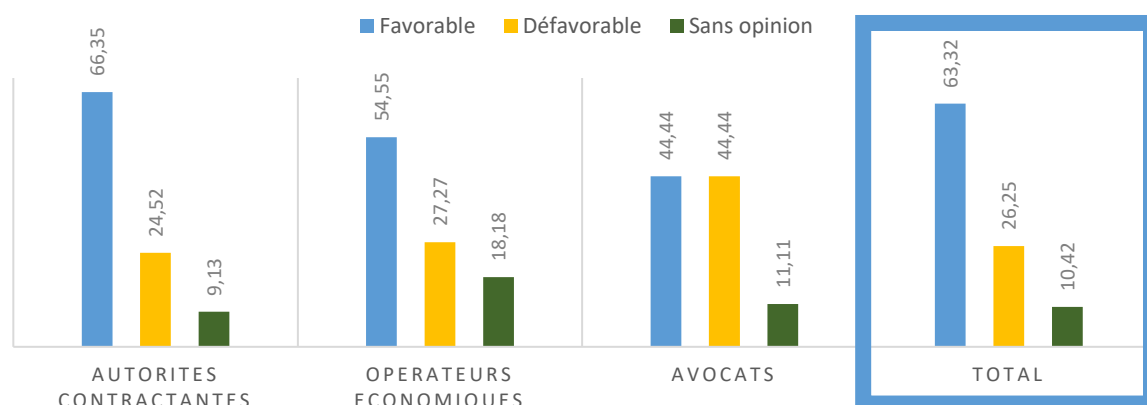
Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.

Dans le cadre des modifications de faible montant, supprimer la limite selon laquelle le montant de la modification ne peut pas dépasser les seuils européens (c'est-à-dire, qu'il conviendrait de conserver uniquement les limites de 10 % du montant initial du marché de fournitures ou de services, et de 15 % pour les marchés de travaux).

Données. Près de deux tiers (63,32 %) des sondés s'étant prononcés sur ce point y sont favorables. Cependant, il est donné d'observer qu'aucune majorité claire ne se dégage chez

les avocats en faveur ou en défaveur de la recommandation (44,44 % d'avocats favorables, 44,44 % d'avocats défavorables). Une majorité claire se dégage chez les autres catégories interrogées, même si elle est plus nette chez les autorités contractantes (66,35 %) et apparaît relativement faible chez les opérateurs économiques (54,55 %). Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.35**).

Figure 4.35 : Adhésion des praticiens à la suppression de la limite des seuils européens pour les modifications de faible montant (en %)



Analyse. L'approbation générale de cette mesure s'expliquerait par la volonté commune de mettre fin aux disparités entre les contrats : ainsi, le montant des modifications serait proportionné à la taille du marché et non tributaire du seuil artificiel de 10 % au-dessus des seuils européens¹⁷⁸⁹.

AUGMENTER LES SEUILS DES MODIFICATIONS DE FAIBLE MONTANT

Finalité de la question. L'enquête entend évaluer le taux d'adhésion des praticiens à la suppression, dans le cadre des modifications de faible montant, de la limite selon laquelle le montant de la modification ne peut pas dépasser les seuils européens.

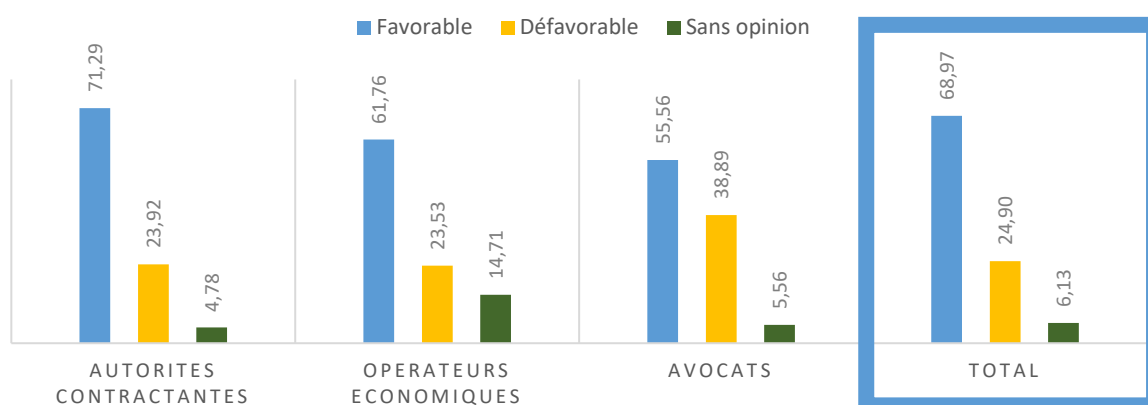
Question F04

Veuillez indiquer si la proposition suivante emporte votre adhésion au regard de votre pratique du droit de la commande publique.
Dans le cadre des modifications de faible montant, augmenter les seuils de faible montant.

¹⁷⁸⁹ Une autorité contractante s'inquiète d'une telle proposition : « Cela apporterait des difficultés juridiques dans le cadre de marchés initialement passés en procédures adaptées (risques de franchir le seuil). Nous préconisons de prévoir cette suppression uniquement lorsque le marché initial a été passé en procédure formalisée. » Toutefois, il convient de rappeler, ici, le champ d'application des directives : les marchés publics et les contrats de concession dont le montant est supérieur aux seuils européens.

Données. L'augmentation des seuils de faible montant, sous lesquels une modification du contrat est admise, est attendue par plus de deux sondés sur trois (68,97 %) ayant répondu à cette question. Les autorités contractantes (71,29 % d'avis favorables) et les opérateurs économiques (61,76 % d'avis favorables) sont à la base de ce taux élevé. En revanche, le taux d'adhésion est relativement plus faible chez les avocats (55,56 %). Une part non négligeable d'avocats interrogés (38,89 %) est d'ailleurs opposée à cette recommandation. Le graphique ci-après présente l'ensemble des données sur cette question (**Figure 4.36**).

Figure 4.36 : Adhésion des praticiens à l'augmentation des seuils pour les modifications de faible montant (en %)



Analyse. Cette recommandation est approuvée par les autorités contractantes et les opérateurs économiques, car elle faciliterait le recours aux avenants.



The background of the entire page is a photograph of a large, formal assembly hall, likely the European Parliament. In the foreground, the back of a person's head and shoulders are visible, looking towards the hall. The hall is filled with rows of desks and many flags of various countries are hanging from the ceiling. The lighting is warm and focused on the center of the hall.

PARTIE 5

PROPOSITIONS DE RECOMMANDATIONS

Réformer les directives 2014/24/UE sur les marchés publics ,
2014/25/UE sur les secteurs spéciaux,
et 2014/23/UE sur les contrats de concession

PARTIE 5 : RECOMMANDATIONS

INTRODUCTION

Principaux constats. Les recherches¹⁷⁹⁰ et enquêtes menées entre 2024¹⁷⁹¹ et 2026¹⁷⁹² ont permis de dresser plusieurs constats quant aux attentes des praticiens vis-à-vis des directives *Marchés* (*Marchés classiques*¹⁷⁹³ et *Secteurs spéciaux*¹⁷⁹⁴) et *Concessions*¹⁷⁹⁵.

En premier lieu, concernant le champ d'application de ces directives, des interrogations juridiques ont été évoquées quant à la portée des critères de la quasi-régie et du critère du risque d'exploitation dans la définition d'une concession, supposant donc leur clarification.

En deuxième lieu, la doctrine et les praticiens relèvent un manque de souplesse et une charge administrative importante pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques lors de la passation des contrats de la commande publique. En particulier, les travaux témoignent d'un véritable besoin de généraliser la négociation pour les pouvoirs adjudicateurs, dans un objectif d'optimisation des dépenses publiques et de renforcement de l'efficacité de la commande publique. De plus, il est observé que la vérification de la situation des candidats au regard des motifs d'exclusion n'est, aujourd'hui, pas optimale, voire est inefficace, en raison de l'absence de centralisation des informations. Les autorités contractantes ne sont donc pas toujours certaines de l'intégrité de leurs cocontractants. Enfin, la rigidité des procédures de passation est également dénoncée en vue du remplacement d'un titulaire défaillant, surtout lorsqu'il est placé en liquidation judiciaire. Les dispositifs actuels, exigeant dans la majorité des cas une procédure avec mise en concurrence et publicité préalable, ne sont pas toujours adaptés.

¹⁷⁹⁰ Voir *supra* : Partie 1 (pour l'état du droit et de la doctrine).

¹⁷⁹¹ Voir *supra* : Partie 2 (pour les entretiens et sondages en 2024).

¹⁷⁹² Voir *supra* : Partie 3 (pour les entretiens en 2025-2026) et Partie 4 (pour le sondage en 2026).

¹⁷⁹³ Dir. 2014/24/UE.

¹⁷⁹⁴ Dir. 2014/25/UE.

¹⁷⁹⁵ Dir. 2014/23/UE.

En troisième lieu, il ressort des enquêtes de terrain et des recherches théoriques une insécurité juridique concernant la définition de l'innovation et la possibilité de mettre en place une préférence européenne, à l'heure où l'Union européenne affirme une volonté d'autonomie stratégique sur le plan international.

En quatrième lieu, les praticiens ont partagé des difficultés juridiques concernant les accords-cadres. Au-delà de la qualification en contrat ou en technique d'achat de l'accord-cadre, ce sont surtout trois problématiques qui ont été évoquées : l'existence d'un principe d'exclusivité ou non pour les titulaires de l'accord-cadre, dans le silence des documents contractuels ; les conséquences de la résiliation d'un accord-cadre sur les bons de commande émis ou les marchés subséquents déjà conclus ; la modification des bons de commande et des marchés subséquents à la suite du terme de l'accord-cadre.

En dernier lieu, dans la continuité du rapport sur la modification des contrats de la commande publique, publié en juin 2023¹⁷⁹⁶, certains enquêtés ont pu insister sur la difficulté de mobiliser l'hypothèse de modification non substantielle en cours d'exécution d'un marché ou d'un contrat de concession. L'imprécision de la définition de la modification substantielle réduit l'effectivité de la disposition prévoyant la modification non substantielle.

Liste des recommandations. Au regard de ces constats, la Chaire a entendu porter son attention sur dix d'entre eux, et non sur l'intégralité, en raison du taux d'adhésion des enquêtés lors de la seconde phase de sondage en février et mars 2026, de la pertinence de légiférer au niveau européen pour sécuriser le droit et la pratique en France, de l'état du droit et de la doctrine, et de la plus-value apportée par l'équipe de recherche¹⁷⁹⁷. Ainsi, la Chaire propose les 10 recommandations suivantes :

- **Recommandation n° 1 :** Renforcer la négociation dans la passation des marchés des pouvoirs adjudicateurs ;
- **Recommandation n° 2 :** Permettre la conclusion de gré-à-gré d'un marché comblant une défaillance importante ou persistante d'un titulaire d'un marché en cours d'exécution ;
- **Recommandation n° 3 :** Créer un registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique ;

¹⁷⁹⁶ Et confirmé dans le rapport sur la simplification du droit de la commande publique publié en janvier 2026.

¹⁷⁹⁷ La synthèse de la seconde phase de sondage (Partie 4) et les annexes listent les différentes pistes de réflexion proposées par la Chaire, la doctrine, les rapports parlementaires et les enquêtés.

- **Recommandation n° 4** : Instaurer un principe de « préférence européenne » dans la commande publique dans les secteurs stratégiques et sous réserve des accords internationaux ;
- **Recommandation n° 5** : Intégrer, dans les secteurs stratégiques, des considérations liées à la sécurité de la chaîne d’approvisionnement ;
- **Recommandation n° 6** : Étendre aux pouvoirs adjudicateurs, la faculté de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays-tiers non-signataires d’un accord avec l’Union européenne ;
- **Recommandation n° 7** : Instaurer, dans le silence du contrat, un principe de non-exclusivité dans les accords-cadres ;
- **Recommandation n° 8** : Préciser les conséquences de la fin d’un accord-cadre sur les bons de commande et les marchés subséquents quant à leur validité ou leur modification ;
- **Recommandation n° 9** : Préciser la notion de modification substantielle en rendant exhaustives les hypothèses prévues ;
- **Recommandation n° 10** : Assouplir le régime des modifications de faible montant en supprimant la limite tenant aux seuils européens du montant de la modification.

La suite des développements détaille l’ensemble de ces recommandations, selon qu’elles relèvent de la passation des marchés et des contrats de concession (§I.), des objectifs horizontaux de la commande publique (§II.), des accords-cadres (§III.), et de l’exécution des contrats de la commande publique (§IV.).

§I. RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA PASSATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Propositions. Dans une démarche de simplification juridique et opérationnelle de la passation des contrats de la commande publique, la Chaire recommande, dans le cadre d’une future révision des directives européennes *Marchés* (*Marchés classiques* et *Secteurs spéciaux*) et *Concessions*, de généraliser le recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs (**Recommandation n° 1**), de prévoir une procédure de gré-à-gré en cas de défaillance importante ou persistante d’un titulaire (**Recommandation n° 2**), et de créer un registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique permettant de vérifier, pour les contrats dont le montant est supérieur aux seuils européens, si un candidat n’est pas visé par un motif d’exclusion de plein droit (**Recommandation n° 3**).

RECOMMANDATION N° 1 : RENFORCER LA NÉGOCIATION DANS LA PASSATION DES MARCHÉS DES POUVOIRS ADJUDICATEURS

Recommandation n° 1

Supprimer les conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs.

Atouts de la négociation. Les enquêtes de terrain révèlent, tant lors de la première phase que de la seconde phase, que les conséquences attachées à la distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ne sont pas nécessairement judicieuses ou justifiées aujourd’hui concernant la négociation. La procédure concurrentielle avec négociation (ou procédure négociée avec mise en concurrence) est différemment encadrée selon la qualité de l’autorité contractante. L’absence de condition de recours pour les entités adjudicatrices permet de systématiser la négociation dans la passation de leurs marchés. En revanche, pour les pouvoirs adjudicateurs, elle demeure une procédure dérogatoire, laissant penser, selon certains

enquêtés, que le Législateur européen serait plus méfiant à leur rencontre¹⁷⁹⁸. La souplesse importante dont bénéficient les entités adjudicatrices est mise en cause, et la majorité des enquêtés (dont des entités adjudicatrices) regrette que les pouvoirs adjudicateurs ne puissent bénéficier, au moins, dans une certaine mesure, d'une flexibilité similaire.

Les enquêtes de terrain soulignent pourtant que la négociation est un outil efficace au service de l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics. Les entités adjudicatrices interrogées ont également appuyé, particulièrement lors de la seconde phase d'enquête, l'utilité pour les pouvoirs adjudicateurs de pouvoir mobiliser plus aisément la négociation dans la passation de leurs marchés publics. La négociation contribue, d'ailleurs, à limiter les difficultés d'exécution, comme le soulignait déjà la Chaire dans son rapport, publié en 2021, dédié aux liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics¹⁷⁹⁹. De récentes études recommandent également une généralisation pour les pouvoirs adjudicateurs du recours à la procédure négociée avec mise en concurrence¹⁸⁰⁰.

Alignement sur les entités adjudicatrices. L'exploitation insuffisante de la négociation résulte notamment des difficultés d'appréciation des conditions à réunir pour mobiliser la procédure concurrentielle avec négociation, mais également du périmètre variable de la négociation. Ceci génère légitimement des craintes de violation des limites de la négociation ou de l'égalité de traitement des candidats, ainsi qu'une autolimitation dans l'exercice des négociations¹⁸⁰¹.

Pour réduire l'insécurité juridique et favoriser le développement d'une expertise des acheteurs publics (participant à sa professionnalisation), la Chaire est d'avis d'étendre aux pouvoirs adjudicateurs la souplesse reconnue aux entités adjudicatrices concernant la procédure concurrentielle avec négociation. Ainsi, il convient de supprimer, à l'article 26 de la directive 2014/24/UE, les conditions de recours à ladite procédure afin de laisser la possibilité à chaque

¹⁷⁹⁸ Voir *supra* : Partie 2, Axe 2 ; Partie 3, Axe 2 ; Partie 4, Axe 2.

¹⁷⁹⁹ F. Lichère (dir.), *Liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics*, Chaire de droit des contrats publics, 2021, p. 67-68, p. 115-119 et p. 156-157.

¹⁸⁰⁰ Voir *supra* : Partie 1, Axe 2, Thématique 4, §I., B. Voir également : A. La Chimia, « Reforming Procurement for Crisis: proposals for simplified, collaborative and equity responses », in W. Janssen, F. Lichère et K.-M. Magga (dir.), *Reforming EU Public Procurement. Proposals for the Reform of Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2026, Chp. 16 ; S. Uzenat, *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique*, Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, Sénat, déposé le 8 juillet 2025 et disponible en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-116.html> ; P. Müller, *Rapport sur la passation des marchés publics*, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, 2024/2103(INI), 18 juillet 2025, pt. 84.

¹⁸⁰¹ Voir *supra* : Partie 2, Axe 2 ; Partie 3, Axe 2 ; Partie 4, Axe 2. Voir également : F. Lichère (dir.), *Liens entre règles...*, *op. cit.*, p. 118-119.

pouvoir adjudicateur de mobiliser un appel d'offres (ouvert ou restreint) ou une procédure négociée avec mise en concurrence, selon leurs stratégies d'achat. En somme, cette dernière deviendrait, au côté de l'appel d'offres, une procédure de droit commun pour les pouvoirs adjudicateurs, à l'image des entités adjudicatrices.

Si la recommandation proposée ne met pas directement fin à l'incertitude relative à l'égalité de traitement, elle supprime en revanche le frein tenant aux conditions à réunir pour mobiliser cette procédure de passation puisqu'aucune condition ne serait exigée. Elle pourrait également favoriser à long terme le développement de l'expertise nécessaire à la bonne conduite des négociations. En effet, la pratique actuelle insuffisante des négociations participe des craintes – et donc de la réticence – de se saisir pleinement de procédure concurrentielle avec négociation. L'absence de conduite fréquente de négociations – ou la conduite de négociations dans une forme d'autolimitation par crainte de non-respect du droit – ne permet pas de cerner davantage le contenu des obligations en la matière ni, par conséquent, de développer de bonnes pratiques permettant de se conformer à ces obligations. Cette recommandation pourrait ainsi contribuer à la promotion de la procédure concurrentielle avec négociation. Afin de sécuriser son utilisation, elle devrait être complétée par une clarification du cadre juridique de la négociation.

Clarification des modalités. À ce propos, les enquêtes de terrain témoignent, en parallèle des limites actuelles de la négociation pour les pouvoirs adjudicateurs, de l'importance de conserver une agilité dans la négociation¹⁸⁰². Il ne semble donc pas opportun d'exiger que l'intégralité des éléments entrant dans la négociation soit identifiée dès le lancement de la procédure. Ceci générerait une charge probablement excessive pour les autorités contractantes, et pourrait nuire à l'effectivité de la négociation en excluant prématurément certains aspects qui devraient faire l'objet d'échanges, ou en réfrénant la candidature de certains opérateurs économiques (qui ne souhaiteraient pas exécuter le marché public aux conditions décrites dans les documents de marché). Un équilibre entre flexibilité et précision supplémentaire pourrait toutefois être assuré par une mesure incitative.

Pour la Chaire, il convient d'encourager l'identification, par l'autorité contractante (pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice), des aspects du marché devant être négociés en priorité. Cette identification pourrait figurer au sein des documents de marché et être présente dès le lancement de la procédure. Une telle mesure pourrait limiter les différences de perception

¹⁸⁰² Voir *supra* : Partie 2, Axe 2 ; Partie 3, Axe 2 ; Partie 4, Axe 2.

entre les candidats et l'autorité contractante et renforcer l'efficacité des échanges en délimitant plus clairement le champ de la négociation, sans exclure pour autant la possibilité de négocier d'autres éléments. Dans la mesure où il s'agit d'une incitation, cet ajout pourrait figurer au considérant n° 45 du préambule de la directive *Marchés classiques*.

Directive 2014/24/UE	
Version actuelle	Version recommandée
Considérants	Considérants
(42) Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations. Un recours accru à ces procédures est également susceptible de renforcer les échanges transnationaux, étant donné que l'Évaluation a montré que les offres transnationales obtiennent un taux de réussite particulièrement élevé dans le cas de marchés passés par une procédure négociée avec publication préalable. Les États membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif dans diverses situations où une procédure ouverte ou une procédure restreinte sans négociation ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants. (...)	(42) Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations. Un recours accru à ces procédures est également susceptible de renforcer les échanges transnationaux, étant donné que l'Évaluation a montré que les offres transnationales obtiennent un taux de réussite particulièrement élevé dans le cas de marchés passés par une procédure négociée avec publication préalable. Les États membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation <u>sans condition particulière</u> ou au dialogue compétitif dans diverses situations où une procédure ouverte ou une procédure restreinte sans négociation ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants. (...)
(45) La procédure concurrentielle avec négociation devrait s'accompagner de garanties adéquates quant au respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. En particulier, les pouvoirs adjudicateurs devraient indiquer d'emblée les exigences minimales relatives à la nature du marché et qui ne devraient pas être modifiées au cours de négociations. Les critères d'attribution et leur pondération devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations, afin de garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques. Les négociations devraient avoir pour objectif d'améliorer les offres, de manière que les pouvoirs adjudicateurs puissent acquérir des travaux, des fournitures et des services parfaitement adaptés à leurs besoins spécifiques. Les négociations peuvent porter sur toutes les caractéristiques des travaux, des fournitures ou des services achetés, y compris, notamment, la qualité, les quantités, les clauses commerciales, ainsi que les aspects sociaux,	(45) La procédure concurrentielle avec négociation devrait s'accompagner de garanties adéquates quant au respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. En particulier, les pouvoirs adjudicateurs devraient indiquer d'emblée les exigences minimales relatives à la nature du marché et qui ne devraient pas être modifiées au cours de négociations. Les critères d'attribution et leur pondération devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations, afin de garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques. <u>Pour faciliter la nature constructive des échanges et renforcer l'effectivité de la négociation, il est recommandé aux autorités contractantes d'indiquer au sein des documents de marché les caractéristiques devant être négociées en priorité. Ceci n'exclut pas la négociation d'autres caractéristiques.</u> Les négociations devraient avoir pour objectif d'améliorer les offres, de manière que les pouvoirs adjudicateurs puissent acquérir des travaux, des fournitures et

environnementaux et innovants, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'exigences minimales.

[...]

des services parfaitement adaptés à leurs besoins spécifiques. Les négociations peuvent porter sur toutes les caractéristiques des travaux, des fournitures ou des services achetés, y compris, notamment, la qualité, les quantités, les clauses commerciales, ainsi que les aspects sociaux, environnementaux et innovants, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'exigences minimales.

[...]

Article 26

Choix de la procédure

1. Lorsqu'ils passent des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs mettent en œuvre les procédures nationales adaptées de manière à être conformes à la présente directive, à condition que, sans préjudice de l'article 32, un appel à la concurrence ait été publié conformément à la présente directive.

2. Les États membres prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent mettre en œuvre des procédures ouvertes ou restreintes régies par la présente directive.

3. Les États membres prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent mettre en œuvre des partenariats d'innovation régis par la présente directive.

4. Les États membres prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent appliquer une procédure concurrentielle avec négociation ou à un dialogue compétitif dans les situations suivantes :

a) pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants :

i) les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;

Article 26

Choix de la procédure

1. Lorsqu'ils passent des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs mettent en œuvre les procédures nationales adaptées de manière à être conformes à la présente directive, à condition que, sans préjudice de l'article 32, un appel à la concurrence ait été publié conformément à la présente directive.

2. Les États membres prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent mettre en œuvre des procédures ouvertes ~~ou, des~~ **procédures** restreintes **ou des procédures concurrentielles avec négociation** régies par la présente directive.

3. Les États membres prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent mettre en œuvre des partenariats d'innovation régis par la présente directive.

4. Les États membres prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent appliquer ~~une~~ **procédure concurrentielle avec négociation** ~~ou à~~ un dialogue compétitif dans les situations suivantes :

a) pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants :

i) les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;

ii) ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes ;

iii) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s’y rattachent ;

iv) le pouvoir adjudicateur n’est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l’annexe VII, points 2 à 5 ;

[...]

5. L’appel à la concurrence est effectué au moyen d’un avis de marché conformément à l’article 49.

Lorsque le marché est passé selon une procédure restreinte ou une procédure concurrentielle avec négociation, les États membres peuvent prévoir, nonobstant le premier alinéa, que des pouvoirs adjudicateurs sous-centraux ou certaines catégories d’entre eux peuvent effectuer l’appel à la concurrence au moyen d’un avis de préinformation conformément à l’article 48, para graphe 2.

[...]

ii) ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes ;

iii) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s’y rattachent ;

iv) le pouvoir adjudicateur n’est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l’annexe VII, points 2 à 5 ;

[...]

5. L’appel à la concurrence est effectué au moyen d’un avis de marché conformément à l’article 49.

Lorsque le marché est passé selon une procédure restreinte ou une procédure **négociée avec mise en concurrence préalable**, les États membres peuvent prévoir, nonobstant le premier alinéa, que des pouvoirs adjudicateurs sous-centraux ou certaines catégories d’entre eux peuvent effectuer l’appel à la concurrence au moyen d’un avis de préinformation conformément à l’article 48, para graphe 2.

[...]

RECOMMANDATION N° 2 : PERMETTRE LA CONCLUSION DE GRÉ-À-GRÉ D’UN MARCHÉ COMBLANT UNE DÉFAILLANCE IMPORTANTE OU PERSISTANTE D’UN TITULAIRE D’UN MARCHÉ EN COURS D’EXÉCUTION

Recommandation n° 2

Créer un nouveau motif de marché négocié sans publicité préalable, sous conditions, en cas de défaillance importante ou persistante du titulaire

constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle du marché, pour la réalisation des prestations restantes.

Insuffisance des dispositions actuelles. En droit français, les CCAG permettent au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, en cas de défaillance d'un titulaire, de conclure un marché de substitution aux frais et risques dudit titulaire. Cette substitution nécessite, par principe, de procéder par la voie d'une nouvelle procédure avec publicité et mise en concurrence, sauf à ce que, au regard de la situation en cause, l'acheteur puisse mobiliser l'une des exceptions prévues à l'article 32 de la directive *Marchés classiques* ou à l'article 50 de la directive *Secteurs spéciaux*. Tel est le cas, notamment, d'une situation d'urgence impérieuse ou d'une exclusivité d'un opérateur économique pour des raisons techniques. Or, ces hypothèses ne couvrent qu'une faible proportion des cas de défaillances d'un titulaire en cours d'exécution d'un marché. Il ne s'agit pas de déroger à la mise en concurrence et à la publicité des procédures de passation pour toute défaillance constatée d'un titulaire, mais d'offrir plus de souplesse aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices lorsqu'elles sont confrontées à des défaillances importantes ou persistantes qui n'entrent pas dans le champ d'application actuel des articles susmentionnés.

En effet, les conséquences de telles défaillances peuvent être non négligeables sur la poursuite d'un projet public ou la continuité du service public par le retard qu'elles engendrent et par la durée des procédures en vue de la conclusion du marché de substitution¹⁸⁰³. Cette rigidité affecte tant l'efficacité de la commande publique que la bonne gestion des deniers publics, sans compter lors d'une succession d'intervenants, les changements de logistique, de phasage, de planning sur les opérateurs économiques.

Entreprises en difficulté¹⁸⁰⁴. La situation se complexifie lorsque la défaillance de l'entreprise titulaire du marché ou d'un lot résulte du placement de l'opérateur économique en mise sous sauvegarde de justice¹⁸⁰⁵, en redressement¹⁸⁰⁶ ou en liquidation judiciaire¹⁸⁰⁷. L'exécution aux frais et risques du titulaire défaillant n'est pas adaptée en raison des difficultés financières qu'il rencontre. La rigidité de l'encadrement actuel, tant au niveau national

¹⁸⁰³ D'autant plus lorsqu'il est nécessaire, par exemple dans un marché de travaux, de détruire ce qui a pu être déjà construit par le titulaire défaillant (voir *infra*).

¹⁸⁰⁴ Au sens des dispositions du livre VI du Code de commerce (art. L. 610-1 à L. 696-1).

¹⁸⁰⁵ Code de commerce, art. L. 620-1 et L. 620-2.

¹⁸⁰⁶ Code de commerce, art. L. 630-1.

¹⁸⁰⁷ Code de commerce, art. L. 640-1 à L. 640-3.

qu'eupéen, n'est pas sans conséquence dans le remplacement d'un tel titulaire défaillant. Or, la défaillance du titulaire d'un lot ou d'un marché affecte le déroulement général d'un projet de construction (retardant les phases suivantes), ou les services eux-mêmes d'une administration. Concernant spécifiquement les marchés de travaux, des questions de responsabilités peuvent également intervenir au regard de la garantie décennale supportée par un nouveau titulaire pour une partie des travaux effectuée par l'opérateur défaillant, le cas échéant. En ce sens, lors des auditions menées par la commission d'enquête sur la commande publique du Sénat en 2025, le vice-président d'Intercommunalités de France et maire de la commune d'Olivet, Matthieu Schlesinger, confie aux parlementaires :

« Lors de mon précédent mandat, nous avons construit une salle de spectacle sous le régime de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi « MOP ». L'entreprise chargée du lot « gros œuvre », responsable des fondations et des structures en béton, a fait faillite avant le début des travaux. Bien que tous les autres lots aient été attribués, je ne pouvais pas commencer les travaux sans ce premier lot. La situation a entraîné un délai assez long, car, tant que l'entreprise n'avait pas été formellement liquidée, elle restait titulaire du marché. J'ai dû travailler en temps masqué pour pouvoir passer un marché de remplacement sur ce lot spécifique sans trop perdre de temps, ce qui m'a tout de même pris six mois. Le second marché s'est avéré un peu plus coûteux, mais j'ai pu le passer de manière plus souple que le premier, tenant compte du fait qu'il s'agissait d'un nouveau marché. Néanmoins, cet incident a retardé le projet de manière importante. Si l'entreprise qui a fait faillite avait déjà commencé à couler du béton, il aurait été quasiment impossible de trouver, pour reprendre le marché, une entreprise acceptant d'engager sa responsabilité décennale pour des travaux qu'elle n'a pas réalisés initialement. La solution habituelle dans de telles circonstances consiste à tout démolir pour recommencer entièrement. » [Nous soulignons]¹⁸⁰⁸

La solution actuellement mise en œuvre par l'auditionné est de privilégier le recours aux marchés globaux de performance, « *plus rapide mais plus coûteux et inaccessible aux TPE et aux PME* »¹⁸⁰⁹. Dès lors, l'instauration d'une procédure de passation de gré-à-gré d'un marché de substitution permettrait de répondre aux difficultés des praticiens. À ce titre, la commission

¹⁸⁰⁸ S. Uzenat, *op. cit.*, rec. 45, disponible sur le site du Sénat.

¹⁸⁰⁹ *Idem.*

d'enquête du Sénat recommande « [...] *pour éviter que la crainte d'une défaillance ne contribue à limiter l'accès des petites entreprises à la commande publique et comme contrepartie à une accentuation de l'allotissement par les pouvoirs adjudicateurs, de dispenser les acheteurs se trouvant confrontés à une telle situation de leurs obligations de publicité et de mise en concurrence, sans condition, pour le remplacement du titulaire du marché ou du lot concerné* »¹⁸¹⁰.

Proposition. La Chaire est d'avis qu'une révision des directives *Marchés classiques* et *Secteurs spéciaux* doit admettre une dérogation supplémentaire aux procédures avec publicité et mise en concurrence préalable. L'article 32 de la directive *Marchés classiques* et l'article 50 de la directive *Secteurs spéciaux* pourraient, ainsi, ajouter un cas de recours à la procédure négociée sans publication préalable en vue de la substitution pour défaillance importante ou persistante d'un titulaire d'un marché de travaux, de fournitures ou de services, ou d'un lot, lors de l'exécution d'une obligation essentielle du contrat (reprenant ainsi la terminologie des directives sur les motifs d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur¹⁸¹¹).

Pour éviter d'éventuels contournements procéduraux et une atteinte à la concurrence, des limites sont posées. Tout d'abord, l'objet du marché de substitution est limité à l'exécution des prestations restantes du marché du titulaire défaillant, ou du lot en cause. Ensuite, la durée du marché de substitution ne doit pas excéder le temps nécessaire à la conclusion d'un nouveau marché à la suite d'une procédure de mise en concurrence.

Certes, une telle formulation exige, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de justifier une défaillance importante ou persistante du titulaire lors de l'exécution d'une obligation essentielle du contrat. Pour autant, elle complète les hypothèses d'urgence impérieuse ou d'exclusivité d'un opérateur économique pour des raisons techniques, qui ne couvrent pas toutes les difficultés rencontrées par les praticiens, en particulier celles provenant des entreprises en difficulté¹⁸¹².

Enfin, cette proposition sécuriserait juridiquement (au regard de sa conventionnalité vis-à-vis du droit de l'Union européenne) la proposition de loi de Monsieur le député Thomas Lam visant à simplifier la gestion de la commande publique par les acheteurs publics et les opérateurs économiques (n° 2491). Elle prévoit, à la suite de l'adoption de l'amendement n° CL14,

¹⁸¹⁰ *Idem.*

¹⁸¹¹ Dir. 2014/24/UE, art. 57 ; Dir. 2014/25/UE, art. 80.

¹⁸¹² À ce propos, voir : S. Uzenat, *op. cit.*, rec. 45.

l'insertion dans le Code de la commande publique (dans un nouvel article L. 2198-1) du principe de l'exécution aux frais et risques du titulaire défaillant. Le texte adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 9 avril 2026, et actuellement en discussion devant le Sénat¹⁸¹³, dispose que :

*« Lorsque cette défaillance est de nature à compromettre la continuité du service public ou à entraîner une atteinte grave et immédiate aux conditions essentielles d'exécution du marché, l'acheteur peut, par dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence, confier à un tiers l'exécution des prestations strictement nécessaires pour y remédier, pour une durée n'excédant pas celle requise pour la passation d'un nouveau marché. »*¹⁸¹⁴

Précision. La présente recommandation n'exige, toutefois, aucunement une exécution aux frais et risques du titulaire. En revanche, elle ne s'y oppose pas lorsque l'intérêt général commande une telle modalité. En tout état de cause, lorsque la défaillance d'une entreprise placée sous un régime de protection judiciaire ne saurait justifier une exécution aux frais et risques, le règlement financier pouvant être difficile à obtenir dans ces circonstances.

Directive 2014/24/UE	
Version actuelle	Version recommandée
Considérant	Considérant
(50) Compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché devrait être réservé à des circonstances très exceptionnelles. Ces exceptions devraient se limiter aux cas où une publication n'est pas possible pour des raisons d'extrême urgence résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché. (...)	(50) Compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché devrait être réservé à des circonstances très exceptionnelles. Ces exceptions devraient se limiter aux cas où une publication n'est pas possible pour des raisons d'extrême urgence résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur, <u>ou lorsqu'il s'agit de substituer les prestations restantes d'un titulaire défaillant de manière importante ou persistante dans l'exécution de l'une des obligations essentielles du marché en cause,</u> ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs

¹⁸¹³ Voir : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/17/dossiers/simplifier_gestion_commande_publicque_17e.

¹⁸¹⁴ Proposition de loi n° 2491 visant à simplifier la gestion de la commande publique par les acheteurs publics et les opérateurs économiques, art. 1^{er} bis (extrait).

résultats, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché. (...)

Article 32

Recours à la procédure négociée sans publication préalable

[...]

2. Il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans chacun des cas suivants :

[...]

Article 32

Recours à la procédure négociée sans publication préalable

[...]

2. Il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans chacun des cas suivants :

[...]

d) en vue de la substitution pour défaillance importante ou persistante d'un titulaire d'un marché de travaux, de fournitures ou de services lorsque les conditions suivantes sont réunies :

i) la défaillance est constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle du marché du titulaire défaillant :

ii) l'objet du marché de substitution est limité à l'exécution des prestations restantes du marché du titulaire défaillant ;

iii) la durée du marché de substitution n'excède pas le temps nécessaire à la conclusion d'un nouveau marché à la suite d'une procédure de mise en concurrence.

La législation des États membres peut prévoir que, dans des circonstances particulières d'intérêt général, l'exécution du marché de substitution s'effectue aux frais et risques du titulaire défaillant. Dans ce cas, le titulaire défaillant est informé, sans délai, de la conclusion du marché de substitution et peut en suivre le déroulement.

Directive 2014/25/UE	
Version actuelle	Version recommandée
Considérant	Considérant
(61) Compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable devrait être réservé à des circonstances très exceptionnelles. Ces exceptions devraient être limitées aux cas où une publication n'est pas possible pour des raisons d'extrême urgence résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas imputables à l'entité adjudicatrice ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché. (...)	(61) Compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable devrait être réservé à des circonstances très exceptionnelles. Ces exceptions devraient être limitées aux cas où une publication n'est pas possible pour des raisons d'extrême urgence résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas imputables à l'entité adjudicatrice, <u>ou lorsqu'il s'agit de substituer les prestations restantes d'un titulaire défaillant de manière importante ou persistante dans l'exécution de l'une des obligations essentielles du marché en cause</u> , ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché. (...)
Article 50	Article 50
Recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable	Recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable
Les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants :	Les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants :
[...]	[...]
	<u>k) en vue de la substitution pour défaillance importante ou persistante d'un titulaire d'un marché de travaux, de fournitures ou de services lorsque les conditions suivantes sont réunies :</u>
	<u>i) la défaillance est constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle du marché du titulaire défaillant ;</u>

ii) l'objet du marché de substitution est limité à l'exécution des prestations restantes du marché du titulaire défaillant ;

iii) la durée du marché de substitution n'excède pas le temps nécessaire à la conclusion d'un nouveau marché à la suite d'une procédure de mise en concurrence.

La législation des États membres peut prévoir que, dans des circonstances particulières d'intérêt général, l'exécution du marché de substitution s'effectue aux frais et risques du titulaire défaillant. Dans ce cas, le titulaire défaillant est informé, sans délai, de la conclusion du marché de substitution et peut en suivre le déroulement.

RECOMMANDATION N° 3 : CRÉER UN REGISTRE EUROPÉEN DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES ADMISSIBLES À LA COMMANDE PUBLIQUE

Recommandation n° 3

Créer un registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique permettant de vérifier qu'un candidat n'est pas visé par un motif d'exclusion de plein droit, au sens des directives *Marchés* et *Concessions*.

Limites du dispositif actuel. Les systèmes d'exclusion et de remédiation prévus par les directives *Marchés classiques*¹⁸¹⁵, *Secteurs spéciaux*¹⁸¹⁶ et *Concessions*¹⁸¹⁷ posent des difficultés opérationnelles non négligeables, tant pour les autorités contractantes que pour les opérateurs économiques, remettant en cause l'efficacité globale du dispositif d'intégrité des contrats de la commande publique.

¹⁸¹⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 57.

¹⁸¹⁶ Dir. 2014/25/UE, art. 80.

¹⁸¹⁷ Dir. 2014/23/UE, art. 38.

D'un côté, ces dispositifs font peser sur les autorités contractantes un véritable devoir de vigilance, sans toutefois leur donner les moyens adéquats pour accéder aux informations relatives aux opérateurs économiques (numéros fiscaux, cotisations sociales et fiscales, casier judiciaire, etc.), spécialement lorsqu'ils sont issus d'autres États membres de l'Union européenne. Les autorités contractantes, qui n'ont ni le temps ni les moyens de procéder à des vérifications substantielles, se bornent ainsi généralement à admettre des attestations sur l'honneur, rendant le système largement inefficace à prévenir la corruption, les conflits d'intérêts ou à satisfaire les autres objectifs au service desquels il est mis. Les autorités contractantes interrogées lors des enquêtes soulignent également que l'appréciation des mesures de *self-cleaning* adoptées par les opérateurs économiques présente un caractère délicat, sinon un véritable risque juridique de contestation.

De l'autre côté, les opérateurs économiques souffrent de la lourdeur administrative et financière que suppose la constitution de chaque dossier de candidature et n'appréhendent pas facilement les mesures de remédiation pertinentes lorsqu'ils sont visés par un motif d'exclusion. Ces problématiques constituent un frein, voire un obstacle parfois dirimant à l'accès de la commande publique pour les opérateurs économiques, en particulier pour les PME.

Les praticiens français, qu'ils soient autorités contractantes ou opérateurs économiques, appellent majoritairement de leurs vœux à une simplification administrative du dispositif actuel, notamment par l'instauration d'un registre européen centralisé qui permette d'identifier les opérateurs économiques exclus de la commande publique. En effet, lors de la seconde phase de sondage, 89,46 % des enquêtés ont adhéré à une telle mesure. Un tel dispositif a été, d'ailleurs, éprouvé en Italie et en Allemagne¹⁸¹⁸.

Italie¹⁸¹⁹. En Italie, les opérateurs économiques qui souhaitent répondre à des appels d'offres doivent figurer sur une base de données nationales et se voir délivrer un document : l'« *informazione antimafia* » et/ ou la « *documentazione antimafia* »¹⁸²⁰. Lorsque le soumissionnaire ne satisfait pas à ces exigences, le pouvoir adjudicateur sollicite le préfet

¹⁸¹⁸ L'exemple québécois pourrait également être évoqué. Pour en savoir plus, voir : C. Bernard, *Développement d'un droit global des marchés publics à travers l'étude comparative France-Québec*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, Université Laval, 2025 ; F. Lichère (dir.), *Prévention de la corruption et contrats publics*, Chaire de droit des contrats publics, 2022, p. 279-281.

¹⁸¹⁹ Pour une étude détaillée : S. Cocchi, « Interdittiva antimafia e contratti pubblici: luci e ombre », *Azienditalia* 2020, n° 5, 818.

¹⁸²⁰ Code antimafia, art. 84.

compétent afin qu'il procède aux vérifications nécessaires¹⁸²¹ et, le cas échéant, qu'il délivre la documentation, tout en procédant à l'inscription dans la base de données nationales, dans un délai de 30 à 45 jours. Ces vérifications ont lieu dans le cadre de deux procédures alternatives : l'information antimafia et/ou la communication antimafia, qui diffèrent tant par l'étendue des pouvoirs reconnus aux préfets que par les seuils d'application. La première trouve à s'appliquer pour les marchés de travaux publics d'une valeur supérieure à 150 000 €, mais inférieure au seuil européen ; la seconde, plus intrusive, est requise lorsque la valeur du marché dépasse les seuils européens ou dans certains cas spécifiques¹⁸²².

Pour les contrats qui ne sont pas soumis à ces exigences (dont la valeur est inférieure à 150 000 €)¹⁸²³, les opérateurs économiques, fournisseurs et autres prestataires doivent figurer sur une « *liste blanche* » attestant qu'ils ne font pas l'objet d'une « *infiltration mafieuse* ». La liste est établie par chaque préfecture, qui effectue des contrôles périodiques pour actualiser les informations qu'elle contient.

Allemagne¹⁸²⁴. En Allemagne, l'Autorité fédérale de la Concurrence (*Bundeskartellamt*) centralise les informations relatives aux opérateurs économiques au sein du registre fédéral de la concurrence (*Wettbewerbsregister*). Le système repose sur deux obligations : celles pour toute autorité administrative prononçant une sanction de la communiquer au *Bundeskartellamt* et celle, pour tout acheteur public souhaitant conclure un contrat de la commande publique de plus de 30 000 €, d'interroger le *Bundeskartellamt*, afin de savoir s'il a connaissance d'éventuelles sanctions prononcées à l'encontre du futur cocontractant. Ce système s'assimile à une sorte de « *liste noire* » répertoriant les opérateurs économiques visés aussi bien par des exclusions de plein droit que par des exclusions facultatives.

L'exclusion peut toutefois être évitée et les sanctions effacées du registre, si le candidat concerné est en mesure de prouver qu'il a adopté des mesures de remédiation (indemnisation du préjudice causé, remédier aux circonstances liées à l'infraction, et ce en coopération avec

¹⁸²¹ Le contrôle concerne les activités d'une personne physique ou morale (les casiers judiciaires et les procédures judiciaires ou administratives en cours), mais peut aussi, dans le cas de l'information antimafia, s'assimiler à des enquêtes criminelles. Il vise les propriétaires et directeurs techniques des entreprises individuelles, représentants légaux des associations, coopératives et consortiums, les associés majoritaires dans les sociétés de capitaux, tous les membres des sociétés en nom collectif, tous les associés généraux des sociétés en commandite et tous les représentants locaux des entreprises et, dans le cadre de l'information antimafia, les personnes qui cohabitent avec le demandeur (*ibid.*, art. 85)

¹⁸²² Code antimafia, art. 83.

¹⁸²³ *Idem.*

¹⁸²⁴ Nous remercions le Professeur Burgi ainsi que Isabelle Noll pour ces précieuses informations.

les autorités chargées de l'enquête ainsi qu'avec le pouvoir adjudicateur) et/ ou mis en place des mesures préventives pour éviter de nouvelles infractions.

Autorisation de conclure nationale et registre européen. En s'inspirant des systèmes étrangers, le législateur européen pourrait prévoir la création d'un registre européen qui serait alimenté par les autorités nationales chargées d'instruire et de délivrer une autorisation temporaire (dont la validité pourrait être, par exemple, de 5 ans) de conclure un contrat de la commande publique aux opérateurs économiques.

L'autorisation, et ce faisant, l'inscription sur le registre européen serait rendue obligatoire pour conclure des marchés publics et des concessions dépassant les seuils européens (en dessous, cette inscription serait facultative). L'instruction porterait uniquement sur les motifs d'exclusion de plein droit afin de ne pas altérer la marge d'appréciation des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices pour les autres cas visés par les directives (dits à l'appréciation de l'acheteur). En outre, une telle limitation se comprend par les divergences qui peuvent exister entre les États membres concernant les motifs propres à chaque législation nationale.

Néanmoins, durant la période d'instruction, les opérateurs économiques devraient être autorisés à candidater et les autorités contractantes contraintes d'accepter les attestations sur l'honneur. À rebours, le refus d'inscription sur ce registre serait sanctionné par une impossibilité de soumissionner à un marché public ou un contrat de concession dépassant les seuils européens, tandis que la « désinscription » serait assortie d'une faculté de résiliation pour l'autorité contractante et de l'exclusion obligatoire de l'opérateur des prochains contrats de la commande publique, jusqu'à remédiation ou durant la période d'exclusion (3 ou 5 ans selon les motifs). Cette procédure ne dispenserait pas les autorités contractantes de l'examen des capacités de chaque opérateur, qui dépend de chaque contrat.

Une telle mesure contrarierait, *prima facie*, la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle « l'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, sous d), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui confie à la seule autorité nationale de la concurrence le pouvoir de décider de l'exclusion d'opérateurs économiques des procédures de passation de marchés publics en raison d'une infraction aux règles de concurrence »¹⁸²⁵. Deux objections peuvent cependant être formulées à cet égard. D'abord, la position de la Cour fait seulement obstacle à ce qu'une législation nationale – et non

¹⁸²⁵ CJUE, Gde ch., 21 déc. 2023, *Infraestruturas de Portugal*, aff. C-66/22.

européenne – prévoit la mise en place d'un tel système. Ensuite, l'interprétation de la Cour a une portée limitée puisqu'elle ne vise ni les mesures d'auto-réhabilitation, dont l'appréciation peut parfaitement être confiée à une autorité nationale¹⁸²⁶ ni les motifs d'exclusion de plein droit, ni même l'ensemble des motifs d'exclusion facultatifs. Dès lors, elle ne fait pas obstacle à ce que le législateur européen impose aux États membres de créer ou d'habiliter une autorité nationale à instruire les demandes d'autorisation des opérateurs économiques et qu'ils la chargent également de transmettre les données relatives aux opérateurs économiques à un organe européen qui alimenterait une base de données européennes. Cette mesure présenterait de nombreux avantages, à commencer par la réduction des charges administratives qui pèsent sur les autorités contractantes comme les opérateurs économiques puisque la preuve de la non-exclusion serait faite une seule fois pour la durée requise, sauf si de nouveaux événements survenaient dans l'intervalle. On peut également souligner, avec Laurent Richer, que « *la centralisation de la décision présente deux avantages : permettre la constitution d'une doctrine cohérente et pallier le risque de trop grande indulgence du pouvoir adjudicateur qui voudrait échapper à la nécessité de chercher un autre opérateur* »¹⁸²⁷.

Autorité nationale. À ce titre, chaque État membre devrait se doter d'une autorité compétente – il pourrait s'agir, en France, de l'Autorité de la concurrence¹⁸²⁸ – pour :

- Instruire les demandes d'autorisation d'inscription au registre européen des opérateurs économiques ;
- Appliquer aux opérateurs économiques les motifs d'exclusion de plein droit ;
- Apprécier la suffisance des mesures d'auto-réhabilitation ;
- Procéder à une « veille » pour s'assurer que la survenance d'événements postérieurs ne contrevient pas aux conditions de délivrance de l'autorisation ;
- Transmettre ces informations au responsable du registre européen.

Responsable européen du registre. Un organe, qui pourrait être rattaché à la Commission européenne, serait désigné responsable du registre européen. À ce titre, il serait chargé de recueillir les informations transmises par les autorités nationales compétentes, et de centraliser ces informations au sein du registre européen. En outre, il serait tenu de mettre à jour, sur demande des autorités nationales, le registre afin de tenir compte d'événements

¹⁸²⁶ En ce sens : Dir. 2014/24, cons. 102 et CJUE, 11 juin 2020, *Vert Marine*, aff. C-472/19.

¹⁸²⁷ L. Richer, « L'auto-apurement en action », *op. cit.*

¹⁸²⁸ Il n'est pas nécessaire de créer une autorité spécifique en France.

postérieurs à l'inscription et, le cas échéant, de procéder à la désinscription de tel ou tel opérateur économique.

Proposition. Dès lors, la Chaire estime pertinent de modifier l'article 57 de la directive *Marchés*, l'article 80 de la directive *Secteurs spéciaux*, et l'article 38 de la directive *Concessions* afin d'instituer un registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique, pour les seuls contrats dont le montant est supérieur aux seuils européens¹⁸²⁹.

Directive 2014/24/UE	
Version actuelle	Version recommandée
Article 57	Article 57
Motifs d'exclusion	Motifs d'exclusion <u>et registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique</u>
	<u>1. Aucun marché ou accord-cadre dont la valeur est supérieure au montant prévu à l'article 4 ne peut être attribué à un opérateur économique ne figurant pas sur le registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique.</u> <u>Le registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique liste l'ensemble des opérateurs économiques n'entrant pas dans l'un des cas mentionnés aux paragraphes 3 et 4.</u> <u>2. Chaque État membre crée ou habilite une autorité nationale pour procéder à l'instruction des demandes d'inscription, ou des demandes de renouvellement d'inscription, sur le registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique des opérateurs économiques ayant leur siège social sur leur territoire. Dans le cadre d'un opérateur économique n'ayant pas son siège social sur le territoire d'un État membre, la demande d'inscription ou de renouvellement</u>

¹⁸²⁹ Une telle proposition s'inscrit dans l'idée plus générale d'un passeport européen des entreprises. Voir : A. Latrèche, « Vérification de l'absence de motifs d'exclusions : vers un passeport commande publique numérique ? », *CP*, 2023, n° 241, p. 3 ; G. M. Racca, « Digitalisation and competition: proposals for upcoming public procurement reform », in W. Janssen, F. Lichère et K.-M. Magga (dir.), *op. cit.*, Chp. 9.

1. Les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils ont établi, en procédant à des vérifications conformément aux articles 59, 60 et 61, ou qu'ils sont informés de quelque autre manière que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation, prononcée par un jugement définitif, pour l'une des raisons suivantes :

d'inscription est portée devant l'autorité nationale de l'État membre dans lequel l'opérateur économique dépose sa première candidature en vue de l'attribution d'un marché ou d'un accord-cadre.

Chaque autorité nationale bénéficie de pouvoirs d'instruction et d'enquête permettant de vérifier sur pièce et sur place que l'opérateur économique demandant son inscription, ou le renouvellement de son inscription, au registre européen n'entre pas dans l'un des cas mentionnés aux paragraphes 3 et 4.

Si l'opérateur économique n'entre pas dans l'un des cas mentionnés aux paragraphes 3 et 4, il est inscrit par l'autorité nationale au registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique pour une durée de cinq ans.

Durant toute la période d'instruction, l'opérateur économique doit être autorisé à participer à une procédure de passation de marché en fournissant une attestation du dépôt de la demande d'inscription ou de la demande de renouvellement.

Dès que l'autorité nationale a connaissance qu'un opérateur économique inscrit au registre européen se trouve dans l'un des cas mentionnés aux paragraphes 3 et 4, elle procède à son retrait du registre européen. La décision de retrait du registre européen est notifiée à l'opérateur économique exclu.

3. Les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils ont établi, en procédant à des vérifications conformément aux articles 59, 60 et 61, ou qu'ils sont informés de quelque autre manière que L'autorité nationale compétente exclut un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'elle a établi, en procédant à des vérifications conformément au paragraphe 2 et aux articles 59, 60 et 61, ou qu'elle a été

	<u>informée de quelque autre manière que</u> cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation, prononcée par un jugement définitif, pour l'une des raisons suivantes :
a) participation à une organisation criminelle telle qu'elle est définie à l'article 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil ;	a) participation à une organisation criminelle telle qu'elle est définie à l'article 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil ;
b) corruption, telle qu'elle est définie à l'article 3 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne et à l'article 2, paragraphe 1, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil, ou telle qu'elle est définie dans le droit national du pouvoir adjudicateur ou de l'opérateur économique ;	b) corruption, telle qu'elle est définie à l'article 3 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne et à l'article 2, paragraphe 1, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil, ou telle qu'elle est définie dans le droit national du pouvoir adjudicateur ou de l'opérateur économique ;
c) fraude au sens de l'article 1er de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ;	c) fraude au sens de l'article 1er de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ;
d) infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes, telles qu'elles sont définies respectivement à l'article 1er et à l'article 3 de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, ou incitation à commettre une infraction, complicité ou tentative d'infraction telles qu'elles sont visées à l'article 4 de ladite décision-cadre ;	d) infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes, telles qu'elles sont définies respectivement à l'article 1er et à l'article 3 de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, ou incitation à commettre une infraction, complicité ou tentative d'infraction telles qu'elles sont visées à l'article 4 de ladite décision-cadre ;
e) blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme tels qu'ils sont définis à l'article 1er de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil ;	e) blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme tels qu'ils sont définis à l'article 1er de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil ;
f) travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains définis à l'article 2 de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil.	f) travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains définis à l'article 2 de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil.
L'obligation d'exclure un opérateur économique s'applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit opérateur économique ou détient un pouvoir de	L'obligation d'exclure un opérateur économique s'applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit opérateur économique ou détient un pouvoir de

représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

2. Un opérateur économique est exclu de la participation à une procédure de passation de marché si le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un manquement par l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale lorsque celui-ci a été établi par une décision judiciaire ayant force de chose jugée ou une décision administrative ayant un effet contraignant, conformément aux dispositions légales du pays dans lequel il est établi ou à celles de l'État membre du pouvoir adjudicateur. En outre, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché si le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a manqué à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale.

Le présent paragraphe ne s'applique plus lorsque l'opérateur économique a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échü ou les éventuelles amendes.

3. Les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée aux paragraphes 1 et 2, à titre exceptionnel, pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement. Les États membres peuvent aussi prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée au paragraphe 2, lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée, en particulier lorsque seuls des montants minimes d'impôts,

représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

4. Un opérateur économique est exclu de la participation à une procédure de passation de marché ~~si le pouvoir adjudicateur si l'autorité nationale compétente~~ a connaissance d'un manquement par l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale lorsque celui-ci a été établi par une décision judiciaire ayant force de chose jugée ou une décision administrative ayant un effet contraignant, conformément aux dispositions légales du pays dans lequel il est établi ou à celles de l'État membre du pouvoir adjudicateur. En outre, ~~les pouvoirs adjudicateurs~~ l'autorité nationale compétente peut exclure ou être obligée par les États membres à exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché si ~~le pouvoir adjudicateur~~ l'autorité nationale compétente peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a manqué à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale.

Le présent paragraphe ne s'applique plus lorsque l'opérateur économique a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échü ou les éventuelles amendes.

5. Les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée aux paragraphes **3** et **4**, à titre exceptionnel, pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement. Les États membres peuvent aussi prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée au paragraphe **4**, lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée, en particulier lorsque seuls des montants minimes d'impôts,

de taxes ou de cotisations de sécurité sociale sont impayés ou lorsque l'opérateur économique a été informé du montant exact dû à la suite du manquement à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale à un moment où il n'avait pas la possibilité de prendre les mesures prévues au paragraphe 2, troisième alinéa, avant l'expiration du délai de présentation de la demande de participation ou, dans le cadre de procédures ouvertes, du délai de présentation de l'offre.

4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants :

a) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2 ;

b) l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales ;

c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

d) le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;

e) il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 24 par d'autres mesures moins intrusives ;

de taxes ou de cotisations de sécurité sociale sont impayés ou lorsque l'opérateur économique a été informé du montant exact dû à la suite du manquement à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale à un moment où il n'avait pas la possibilité de prendre les mesures prévues au paragraphe 4, troisième alinéa, avant l'expiration du délai de présentation de la demande de participation ou, dans le cadre de procédures ouvertes, du délai de présentation de l'offre.

6. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants :

a) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2 ;

b) l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales ;

c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

d) le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;

e) il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 24 par d'autres mesures moins intrusives ;

f) il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des opérateurs économiques à la préparation de la procédure de passation de marché, visée à l'article 41, par d'autres mesures moins intrusives ;

g) des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ;

h) l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 59 ;

i) l'opérateur économique a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation de marché, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

Nonobstant le premier alinéa, point b), les États membres peuvent exiger ou prévoir la possibilité que le pouvoir adjudicateur n'exclue pas un opérateur économique qui se trouve dans l'un des cas visés audit point lorsque le pouvoir adjudicateur a établi que l'opérateur économique en question sera en mesure d'exécuter le marché, compte tenu des règles et des mesures nationales applicables en matière de continuation des activités dans le cadre des situations visées au point b).

f) il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des opérateurs économiques à la préparation de la procédure de passation de marché, visée à l'article 41, par d'autres mesures moins intrusives ;

g) des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ;

h) l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 59 ;

i) l'opérateur économique a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation de marché, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

Nonobstant le premier alinéa, point b), les États membres peuvent exiger ou prévoir la possibilité que le pouvoir adjudicateur n'exclue pas un opérateur économique qui se trouve dans l'un des cas visés audit point lorsque le pouvoir adjudicateur a établi que l'opérateur économique en question sera en mesure d'exécuter le marché, compte tenu des règles et des mesures nationales applicables en matière de continuation des activités dans le cadre des situations visées au point b).

5. À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés aux paragraphes 1 et 2. À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou peuvent être obligés par les États membres à exclure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés au paragraphe 4.

6. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché.

À cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle

7. À tout moment de la procédure, **les pouvoirs adjudicateurs excluent l'autorité nationale compétente exclut** un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés aux paragraphes **3** et **4**.

À tout moment de la procédure, lorsqu'un pouvoir adjudicateur constate ou est informé par tout moyen qu'un opérateur économique se trouve dans un des cas visés aux paragraphes 3 et 4, alors même qu'il est inscrit au registre européen, le pouvoir adjudicateur exclut l'opérateur économique et en informe l'autorité nationale compétente en vue de son retrait du registre européen.

À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou peuvent être obligés par les États membres à exclure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés au paragraphe **6**.

8. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes **3** peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes **par l'autorité nationale compétente**, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché **et est inscrit au registre européen**.

À cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une

faute. Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique. Un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets.

nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées **par l'autorité nationale compétente** en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes **par l'autorité nationale compétente**, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique. Un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets.

9. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées au paragraphe 6 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché.

À cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique. Un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des

7. Par disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union, les États membres arrêtent les conditions d'application du présent article. Ils déterminent notamment la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées au paragraphe 6 n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité. Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au paragraphe 1 et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphe 4.

procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets.

10. Par disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union, les États membres arrêtent les conditions d'application du présent article. Ils déterminent notamment la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées au ~~x~~ paragraphes **8 et 9** n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité. Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au paragraphe **3** et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphes **6**.

Directive 2014/25/UE

Version actuelle

Version recommandée

Article 80

Utilisation des motifs d'exclusion et des critères de sélection prévus par la directive 2014/24/UE

1. Les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés dans le cadre d'un système de qualification et les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des candidats et des soumissionnaires dans des

Article 80

Utilisation des motifs d'exclusion et des critères de sélection prévus par la directive 2014/24/UE

1. Aucun marché ou accord-cadre dont la valeur est supérieure au montant prévu à l'article 15 ne peut être attribué à un opérateur économique ne figurant pas sur le registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique mentionné à l'article 57 de la directive 2014/24/UE.

2. Les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés dans le cadre d'un système de qualification et les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des candidats et des soumissionnaires dans des procédures ouvertes, restreintes ou négociées,

procédures ouvertes, restreintes ou négociées, dans des dialogues compétitifs ou dans des partenariats d'innovation peuvent inclure les motifs d'exclusion énumérés à l'article 57 de la directive 2014/24/UE, dans les conditions qui y sont exposées.

Lorsque l'entité adjudicatrice est un pouvoir adjudicateur, ces critères et règles incluent les critères d'exclusion énumérés à l'article 57, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/24/UE, dans les conditions qui y sont exposées.

Si les États membres le demandent, ces critères et règles incluent en outre les critères d'exclusion énumérés à l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE, dans les conditions qui y sont exposées.

2. Les critères et les règles visés au paragraphe 1 du présent article peuvent inclure les critères de sélection établis à l'article 58 de la directive 2014/24/UE, dans les conditions qui y sont exposées, notamment ce qui concerne les limites des obligations relatives au chiffre d'affaires annuel visées au deuxième alinéa du paragraphe 3 dudit article.

3. Aux fins de l'application des paragraphes 1 et 2 du présent article, les articles 59 à 61 de la directive 2014/24/UE s'appliquent.

dans des dialogues compétitifs ou dans des partenariats d'innovation peuvent inclure les motifs d'exclusion énumérés à l'article 57 de la directive 2014/24/UE, dans les conditions qui y sont exposées.

Lorsque l'entité adjudicatrice est un pouvoir adjudicateur, ces critères et règles incluent les critères d'exclusion énumérés à l'article 57, paragraphes 3 et 4, de la directive 2014/24/UE, dans les conditions qui y sont exposées.

Si les États membres le demandent, ces critères et règles incluent en outre les critères d'exclusion énumérés à l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE, dans les conditions qui y sont exposées.

3. Les critères et les règles visés au paragraphe 1 du présent article peuvent inclure les critères de sélection établis à l'article 58 de la directive 2014/24/UE, dans les conditions qui y sont exposées, notamment ce qui concerne les limites des obligations relatives au chiffre d'affaires annuel visées au deuxième alinéa du paragraphe 3 dudit article.

4. Aux fins de l'application des paragraphes 2 et 3 du présent article, les articles 59 à 61 de la directive 2014/24/UE s'appliquent.

Directive 2014/23/UE	
Version actuelle	Version recommandée
Article 38	Article 38
Sélection et évaluation qualitative des candidats	Sélection et évaluation qualitative des candidats
[...]	[...]
	<u>4. Aucun contrat de concession dont la valeur est supérieure au montant prévu à l'article 8 ne peut être attribué à un opérateur économique ne figurant pas sur le registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique mentionné à l'article 57 de la directive 2014/24/UE.</u>

4. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), excluent un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession lorsqu'ils ont établi que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour l'une des raisons suivantes :

a) participation à une organisation criminelle telle qu'elle est définie à l'article 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil ;

b) corruption telle qu'elle est définie à l'article 3 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne et à l'article 2, paragraphe 1, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil, ou telle qu'elle est définie dans le droit interne du pouvoir adjudicateur, de l'entité adjudicatrice ou de l'opérateur économique ;

c) fraude au sens de l'article 1er de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ;

d) infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes telles qu'elles sont définies respectivement aux articles 1er et 3 de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, ou incitation, complicité, tentative telles qu'elles sont visées à l'article 4 de ladite décision-cadre ;

e) blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme tels qu'ils sont définis à l'article 1er de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil ;

f) travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains définis à l'article 2 de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil.

~~5. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), L'autorité nationale compétente~~ excluent un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession lorsqu'ils ont établi que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour l'une des raisons suivantes :

a) participation à une organisation criminelle telle qu'elle est définie à l'article 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil ;

b) corruption telle qu'elle est définie à l'article 3 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne et à l'article 2, paragraphe 1, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil, ou telle qu'elle est définie dans le droit interne du pouvoir adjudicateur, de l'entité adjudicatrice ou de l'opérateur économique ;

c) fraude au sens de l'article 1er de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ;

d) infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes telles qu'elles sont définies respectivement aux articles 1^{er} et 3 de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, ou incitation, complicité, tentative telles qu'elles sont visées à l'article 4 de ladite décision-cadre ;

e) blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme tels qu'ils sont définis à l'article 1er de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil ;

f) travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains définis à l'article 2 de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil.

L'obligation d'exclure un opérateur économique s'applique aussi lorsque la personne condamnée par un jugement définitif est membre de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance dudit opérateur économique ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

Les entités adjudicatrices autres que celles qui sont visées à l'article 7, paragraphe 1, point a), peuvent exclure un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession lorsqu'elles sont informées que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour l'une des raisons énoncées au premier alinéa du présent paragraphe.

5. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), excluent l'opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession s'ils ont connaissance d'un manquement par l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale et si ce manquement a été établi par une décision judiciaire ou administrative ayant force de chose jugée, conformément aux dispositions légales du pays dans lequel il est établi ou à celles de l'État membre des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices.

En outre, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), peuvent exclure ou être obligés par les États membres d'exclure un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a manqué à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale.

L'obligation d'exclure un opérateur économique s'applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit opérateur économique ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

~~Les entités adjudicatrices autres que celles qui sont visées à l'article 7, paragraphe 1, point a), peuvent exclure un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession lorsqu'elles sont informées que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour l'une des raisons énoncées au premier alinéa du présent paragraphe.~~

~~6. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), excluent~~ L'autorité nationale compétente exclut l'opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession s'ils ont connaissance d'un manquement par l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale et si ce manquement a été établi par une décision judiciaire ou administrative ayant force de chose jugée, conformément aux dispositions légales du pays dans lequel il est établi ou à celles de l'État membre des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices.

En outre, ~~les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), peuvent~~ l'autorité nationale compétente peut exclure ou être obligées par les États membres d'exclure un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession si ~~le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice~~ l'autorité nationale compétente peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a manqué à ses obligations relatives au paiement

Le présent paragraphe ne s'applique plus lorsque l'opérateur économique a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou les cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, les intérêts échus ou les éventuelles amendes.

6. Les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée aux paragraphes 4 et 5, à titre exceptionnel, pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement.

Les États membres peuvent aussi prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire prévue au paragraphe 5, lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée, en particulier lorsque seuls des montants minimes d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale sont impayés ou lorsque l'opérateur économique a été informé du montant exact dû à la suite du manquement à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale à un moment où il n'avait pas la possibilité de prendre les mesures prévues au paragraphe 5, troisième alinéa, avant l'expiration du délai de présentation des candidatures.

7. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent exclure ou être obligés par les États membres d'exclure un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession si l'une des conditions suivantes est remplie :

a) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, tout manquement aux obligations applicables visées à l'article 30, paragraphe 3 ;

b) lorsque l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure

d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale.

Le présent paragraphe ne s'applique plus lorsque l'opérateur économique a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échû ou les éventuelles amendes.

7. Les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée aux paragraphes **5** et **6**, à titre exceptionnel, pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement. Les États membres peuvent aussi prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée au paragraphe **6**, lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée, en particulier lorsque seuls des montants minimes d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale sont impayés ou lorsque l'opérateur économique a été informé du montant exact dû à la suite du manquement à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale à un moment où il n'avait pas la possibilité de prendre les mesures prévues au paragraphe **6**, troisième alinéa, avant l'expiration du délai de présentation des candidatures.

8. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent exclure ou être obligés par les États membres d'exclure un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession si l'une des conditions suivantes est remplie :

a) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, tout manquement aux obligations applicables visées à l'article 30, paragraphe 3 ;

b) lorsque l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont

d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activité, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales; le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut toutefois décider de ne pas exclure ou être obligé par l'État membre concerné de ne pas exclure un opérateur économique qui se trouve dans l'un des cas précités lorsqu'il a établi que ce dernier sera en mesure d'exécuter la concession, compte tenu des règles et des mesures nationales applicables en matière de poursuite des activités dans le cadre de ces situations ;

c) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

d) lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 35, deuxième alinéa, par d'autres mesures moins intrusives ;

e) lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;

f) lorsque des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'une concession antérieure ou d'un contrat antérieur passé avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice au sens de la présente directive ou de la directive 2014/25/UE qui ont donné lieu à la résiliation de ladite concession ou dudit contrat, à des dommages-intérêts ou à d'autres sanctions comparables ;

g) lorsque l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant

administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activité, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales; le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut toutefois décider de ne pas exclure ou être obligé par l'État membre concerné de ne pas exclure un opérateur économique qui se trouve dans l'un des cas précités lorsqu'il a établi que ce dernier sera en mesure d'exécuter la concession, compte tenu des règles et des mesures nationales applicables en matière de poursuite des activités dans le cadre de ces situations ;

c) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

d) lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 35, deuxième alinéa, par d'autres mesures moins intrusives ;

e) lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;

f) lorsque des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'une concession antérieure ou d'un contrat antérieur passé avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice au sens de la présente directive ou de la directive 2014/25/UE qui ont donné lieu à la résiliation de ladite concession ou dudit contrat, à des dommages-intérêts ou à d'autres sanctions comparables ;

g) lorsque l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant les informations exigées pour la vérification de

les informations exigées pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis ;

h) lorsque l'opérateur économique a entrepris d'influencer indûment le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure d'attribution de concession ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;

i) dans le cas de concessions dans les domaines de la défense et de la sécurité au sens de la directive 2009/81/CE, il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, que l'opérateur économique ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État membre.

8. À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), excluent un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir, soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés au paragraphe 4 et au paragraphe 5, premier alinéa, du présent article.

l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis ;

h) lorsque l'opérateur économique a entrepris d'influencer indûment le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure d'attribution de concession ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;

i) dans le cas de concessions dans les domaines de la défense et de la sécurité au sens de la directive 2009/81/CE, il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, que l'opérateur économique ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État membre.

9. À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), excluent l'autorité nationale compétente **exclut** un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés aux paragraphes **5** et **6** du présent article.

À tout moment de la procédure, lorsqu'un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice constate ou est informé par tout moyen qu'un opérateur économique se trouve dans un des cas visés aux paragraphes 5 et 6, alors même qu'il est inscrit au registre européen, le pouvoir adjudicateur exclut l'opérateur économique et en informe l'autorité nationale compétente en vue de son retrait du registre européen.

À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices

À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent exclure ou être obligés par les États

peuvent exclure ou être obligés par les États membres d'exclure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés au paragraphe 5, deuxième alinéa, et au paragraphe 7.

9. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 4 et 7 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence du motif d'exclusion invoqué. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure.

À cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision en question est transmise à l'opérateur économique concerné.

Un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets.

membres d'exclure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés ~~au paragraphe 5, deuxième alinéa, et~~ au paragraphe 8.

10. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 5 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes par l'autorité nationale compétente, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure et est inscrit au registre européen.

À cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées par l'autorité nationale compétente en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes par l'autorité nationale compétente, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique.

Un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets.

11. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées au paragraphe 8 peut fournir des preuves afin

d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché.

À cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique. Un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets.

10. Par disposition législative, réglementaire ou administrative, et dans le respect du droit de l'Union, les États membres arrêtent les conditions d'application du présent article. Ils déterminent notamment la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées au paragraphe 9 n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité. Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à

12. Par disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union, les États membres arrêtent les conditions d'application du présent article. Ils déterminent notamment la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées aux paragraphes 10 et 11 n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité. Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au

compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au paragraphe 4 et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphe 7.

paragraphe 5 et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphes 8.

§II. LES RECOMMANDATIONS RELATIVES AUX OBJECTIFS HORIZONTAUX

Propositions. Dans un contexte où l'Union européenne souhaite renforcer son autonomie stratégique vis-à-vis de pays-tiers¹⁸³⁰, comme la Chine et les États-Unis d'Amérique, la Chaire recommande de concevoir une préférence européenne pour des secteurs stratégiques identifiés et sous réserve des accords internationaux (**Recommandation n° 4**). En outre, elle propose d'intégrer, dans ces secteurs stratégiques, des considérations liées à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement (**Recommandation n° 5**), et d'étendre aux pouvoirs adjudicateurs la faculté actuellement reconnue aux entités adjudicatrices de rejeter des offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays-tiers non-signataires d'un accord avec l'Union européenne (**Recommandation n° 6**).

RECOMMANDATION N° 4 : INSTAURER UN PRINCIPE DE « PRÉFÉRENCE EUROPÉENNE » DANS LA COMMANDE PUBLIQUE DANS LES SECTEURS STRATÉGIQUES ET SOUS RÉSERVE DES ACCORDS INTERNATIONAUX

Recommandation n° 4

Instaurer, dans les secteurs stratégiques et sous réserve des accords internationaux, un principe de « préférence européenne » dans la commande publique.

¹⁸³⁰ Voir *supra* : Partie 1, Axe 2, Thématique n° 5, §III., A. Voir également : Commission européenne, « Une boussole pour la compétitivité de l'UE », communication, COM(2025) 30, 29 janvier 2025 ; Audition de Mme Clémence Olsina (DAJ, Ministère de l'Économie et des Finances), lors de la commission d'enquête sénatoriale sur *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique* (Rapport S. Uzenat, *op. cit.*) ; R. Caranta, *Coherence in the EU Public Procurement Directives*, Commission européenne, août 2025, p. 57.

Secteurs stratégiques concernés. L'instauration d'un principe de préférence européenne dans la commande publique constitue l'un des enjeux majeurs de la réforme des directives *Marchés* et *Concessions*. Bien que la préférence européenne n'arrive qu'en cinquième position des objectifs prioritaires de la commande publique pour les praticiens¹⁸³¹, il ressort du sondage que 83,40 % des répondants y sont favorables¹⁸³². Toutefois, si la question posée aux sondés pouvait laisser croire à une généralisation du principe, il convient de relever, à l'instar de la Commission européenne¹⁸³³, qu'une généralisation du principe de préférence européenne à l'ensemble des secteurs de la commande publique ne paraît pas souhaitable. Ainsi, la préférence européenne ne devrait concerner que des secteurs stratégiques en ne prévalant que dans les « *critical sectors and technologies* »¹⁸³⁴. Les secteurs généralement évoqués sont les énergies renouvelables, la métallurgie, la microélectronique, les produits de santé. Ils figurent en partie dans la proposition de règlement européen sur l'accélération de l'activité industrielle¹⁸³⁵.

Cette approche diverge de la position défendue par la commission d'enquête sénatoriale Uzenat et Wattebeld, qui s'est exprimée en faveur d'une préférence européenne généralisée¹⁸³⁶. Pour les sénateurs français, il paraît opportun « *d'adopter une approche transversale, avec une règle s'appliquant à l'ensemble des secteurs économiques à l'échelle européenne, pour contribuer à la structuration de filières souveraines* »¹⁸³⁷.

Réserve des accords internationaux. L'Union européenne a conclu des accords de libre-échange contenant des mesures de réciprocité en matière de marchés publics avec plusieurs pays, dont le Canada, le Japon, le Vietnam. D'autres accords sont envisagés avec le Mexique, les États-Unis, le Brésil et l'Indonésie. Elle est également partie, avec 17 autres États¹⁸³⁸, de l'accord sur les marchés publics (AMP). L'AMP s'applique aux marchés dont le

¹⁸³¹ Voir *supra* : Partie 4, Axe 3.

¹⁸³² Voir *supra* : Partie 4, Axe 3.

¹⁸³³ « Le pacte pour une industrie propre: une feuille de route commune pour la compétitivité et la décarbonation », Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, COM (2025) 85 final, 26 février 2025.

¹⁸³⁴ Point 1.2, « Une boussole pour la compétitivité de l'UE », Communication de la commission au parlement européen, au conseil européen, au conseil, au comité économique et social et au comité des régions, COM (2025) 30 final, 29 janvier 2025.

¹⁸³⁵ Proposal for a regulation of the European parliament and of the Council establishing a framework of measures for the acceleration of industrial capacity and decarbonisation in strategic sectors and amending Regulations (EU) 2018/1724, (EU) 2024/1735 and (EU) 2024/3110.

¹⁸³⁶ S. Uzenat, *op. cit.*.

¹⁸³⁷ *Idem.*

¹⁸³⁸ Arménie, Canada, Corée du Sud, États-Unis, Hong-kong, Islande, Israël, Japon, Lichtenstein, Monténégro, Norvège, Nouvelle-Zélande, Singapour, Suisse, Taïwan.

montant dépasse certains seuils qui sont exprimés en droits de tirage spéciaux. Les directives marchés publics et secteurs spéciaux imposent aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices « [d'accorder] *aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de [l'AMP ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne] un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union.* »¹⁸³⁹ [Nous soulignons]. En France, l'article L2153-1 du Code de la commande publique transpose cette disposition¹⁸⁴⁰. La directive concessions ne dispose pas de clause équivalente à celle prévue dans les directives marchés publics et secteurs spéciaux. Toutefois, elle prévoit, en son considérant 65 que « les critères d'attribution ou les conditions applicables à l'exploitation des concessions liées à des aspects sociaux du processus de production (...) ne devraient pas être retenus ou appliqués de telle façon qu'ils créent une discrimination directe ou indirecte à l'encontre d'opérateurs économiques d'autres États membres ou de pays tiers parties à l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP) ou à des accords de libre-échange auxquels l'Union est partie ». [Nous soulignons].

Aujourd'hui, l'exercice d'une préférence européenne en matière de marchés publics ne pourrait pas être appliqué aux prestations ou opérateurs économiques issus de pays liés à l'Union par des accords multilatéraux (AMP) ou bilatéraux (ALE, AAECG, etc.), en raison du principe de non-discrimination qui les régit. L'AMP érige au rang de ses principes généraux les principes de non-discrimination et de non-compensation¹⁸⁴¹ (Articles IV, 1 et IV, 2 ; Article IV, 6). Ces principes visent à empêcher toute préférence locale ou nationale. Le principe de non-discrimination impose aux parties d'accorder aux marchandises, services et fournisseurs de toute autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres marchandises, services et fournisseurs. L'article X, 1 prévoit qu'« *une entité contractante n'établira, n'adoptera ni n'appliquera de spécifications techniques ni ne prescrira de*

¹⁸³⁹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, art. 25 ; directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, art. 43.

¹⁸⁴⁰ « L'acheteur garantit aux opérateurs économiques ainsi qu'aux travaux, fournitures et services issus des États parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne ».

¹⁸⁴¹ Article premier 1 : « l'expression "opérations de compensation" s'entend de toute condition ou de tout engagement qui encourage le développement local ou améliore le compte de la balance des paiements d'une Partie, tel que l'utilisation d'éléments d'origine nationale, l'octroi de licences pour des technologies, l'investissement, les échanges compensés et les actions ou prescriptions similaires ».

procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international ».

Dans une réponse ministérielle de mai 2022, le gouvernement a d'ailleurs indiqué que « la réservation d'un pourcentage des achats publics à des entreprises européennes n'est (...) pas envisageable au regard des engagements internationaux de la France et de l'Union européenne, notamment de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce »¹⁸⁴². Solange Darrigo considère également que l'établissement d'un « véritable Buy European Act (...) contraindrait l'Union à renégocier l'AMP »¹⁸⁴³. Ainsi, une préférence européenne généralisée à tous les États nécessiterait-elle une réforme juridique majeure qui passerait soit par une modification unilatérale du champ d'application (article XIX de l'AMP) avec un risque éventuel d'objections et de représailles des autres parties, soit par la renégociation de l'AMP et des accords bilatéraux. C'est pour cette raison que la Chaire préconise de ne pas étendre le principe de préférence européenne aux États signataires d'un accord international auquel l'Union européenne est partie.

Mise en œuvre. La mise en œuvre du principe de préférence européenne étant complexe, en ce qu'il peut concerner soit l'origine des moyens mobilisés pour exécuter la prestation, soit la nationalité de l'opérateur économique, sa limitation à certains secteurs permettrait d'apporter à ces secteurs une attention particulière justifiée en raison des enjeux de souveraineté et d'éviter une trop grande riposte des États tiers. Le principe devrait être perçu comme plus fonctionnel et moins politique en se fondant sur des critères objectifs liés à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement, à la performance environnementale et sociale, à la localisation des capacités de production critiques et à la continuité d'exécution du marché en cas de crise.

Directive 2014/24/UE	
Version actuelle	Version recommandée
Considérant	Considérant [non numéroté]
Aucun considérant sur ce point.	<u>(Nouveau)</u>

¹⁸⁴² **RÉPONSE MINISTÉRIELLE N° 44234 : JOAN 10 MAI 2022, P. 3137 (Q. 15 FÉVR. 2022, M. CHRISTOPHE NAEGELEN).**

¹⁸⁴³ **S. DARRIGO, « MARCHÉS PUBLICS ET DROITS DE DOUANE », *RDI*, P. 344.**

Afin que la souveraineté et la résilience économiques de l'Union soient renforcées, il importe nécessairement que les États membres et les pouvoirs adjudicateurs adoptent des mesures visant à une prise en compte prioritaire, dans les secteurs stratégiques identifiés, de critères d'attribution ou de conditions d'exécution relatifs à la sécurité d'approvisionnement, à la localisation de capacités de production critiques, à la continuité d'exécution des marchés en période de crise ainsi qu'aux performances environnementales et sociales.

Ces mesures ne devraient pas s'appliquer aux opérateurs économiques, fournitures ou services couverts par les accords internationaux auxquels l'Union est partie.

Article 67

Critères d'attribution du marché

[...]

2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et 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 public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel

Article 67

Critères d'attribution du marché

[...]

2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et 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 public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel

assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; ou

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés.

assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; **ou**

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution ; **ou**

d) la localisation des capacités de production, la sécurité de la chaîne d'approvisionnement, le contenu des chaînes de valeur et les engagements du soumissionnaire en matière de continuité d'exécution, dans les secteurs définis à l'annexe [à numéroter].

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés.

Article 70

Conditions d'exécution du marché

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.

Article 70

Conditions d'exécution du marché

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent aussi prévoir, dans les secteurs définis à l'annexe [à numéroter], des conditions d'exécution relatives à la sécurité d'approvisionnement, à la constitution de stocks de sécurité, à la maintenance des capacités critiques, à

l'information en cas de rupture de chaîne d'approvisionnement et à la continuité d'exécution en cas de crise, dès lors que ces conditions sont liées à l'objet du marché et sans préjudice des accords internationaux par lesquels l'Union est liée.

Aucune annexe sur ce point.

Annexe [à numéroter]

(Nouveau)

Secteurs visés aux articles 67 et 70

Métallurgie	acier, aluminium
Énergie	gaz, solaire, éolien
Microélectronique	semi-conducteurs
Agroalimentaire	céréales
Santé	dispositif médical, ingrédient pharmaceutique actif

Directive 2014/25/UE

Version actuelle

Version recommandée

Article 82

Critères d'attribution du marché

[...]

2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue de l'entité adjudicatrice est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le calcul du coût du cycle de vie, conformément à l'article 83, et 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. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants :

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;

Article 82

Critères d'attribution du marché

[...]

2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue de l'entité adjudicatrice est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le calcul du coût du cycle de vie, conformément à l'article 83, et 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. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants :

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché; ou

c) le service après-vente et l'assistance technique, les conditions de livraison telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, l'engagement en matière de pièces de rechange et de sécurité d'approvisionnement.

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;~~ou~~

c) le service après-vente et l'assistance technique, les conditions de livraison telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, l'engagement en matière de pièces de rechange et de sécurité d'approvisionnement~~;~~ **ou**

d) la localisation des capacités de production, le contenu des chaînes de valeur et les engagements du soumissionnaire en matière de continuité d'exécution, dans les secteurs définis à l'annexe [à numéroter].

Article 87

Conditions d'exécution du marché

Les entités adjudicatrices peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 82, para graphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.

Aucune annexe sur ce point.

Article 87

Conditions d'exécution du marché

Les entités adjudicatrices peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 82, para graphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.

Les entités adjudicatrices peuvent aussi prévoir, dans les secteurs définis à l'annexe [à numéroter], des conditions d'exécution relatives à la sécurité d'approvisionnement, à la constitution de stocks de sécurité, à la maintenance des capacités critiques, à l'information en cas de rupture de chaîne d'approvisionnement et à la continuité d'exécution en cas de crise, dès lors que ces conditions sont liées à l'objet du marché et sans préjudice des accords internationaux par lesquels l'Union est liée.

Annexe [à numéroter]

(Nouveau)

Secteurs visés aux articles 82 et 87

Métallurgie	acier, aluminium
Énergie	gaz, solaire, éolien
Microélectronique	semi-conducteurs
Agroalimentaire	céréales
Santé	dispositif médical, ingrédient pharmaceutique actif

RECOMMANDATION N° 5 : INTÉGRER, DANS LES SECTEURS STRATÉGIQUES, DES CONSIDÉRATIONS LIÉES À LA SÉCURITÉ DE LA CHAÎNE D'APPROVISIONNEMENT

Recommandation n° 5

Intégrer, dans les secteurs stratégiques, des considérations (critères, conditions d'exécution, etc.) liées à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement.

Défense et sécurité. La sécurité de la chaîne d'approvisionnement est admise comme critère de sélection ou condition d'exécution dans les procédures de passation des marchés de défense et de sécurité. Cela se justifie par le « *caractère sensible* »¹⁸⁴⁴ de ces secteurs. L'article 20 autorise les acheteurs à prévoir des conditions d'exécution, en lien avec l'objet du marché, se rapportant à la sécurité d'approvisionnement. L'article 47 fait figurer dans la liste des critères sur lesquels les acheteurs se fondent pour attribuer les marchés à l'offre économiquement la plus avantageuse, une pluralité de critères liés à l'objet du marché dont la sécurité d'approvisionnement. L'article 23 de la directive *Marchés de défense et de sécurité* énumère les éléments pouvant être précisés par l'acheteur au titre des exigences attendues en matière de sécurité d'approvisionnement.

¹⁸⁴⁴ Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, considérant 12.

Autres secteurs sensibles. Toutefois, la crise du covid-19 et la guerre russo-ukrainienne ont conduit à des difficultés d’approvisionnement dans certains secteurs non couverts par la directive marchés de défense et de sécurité. Il s’agit notamment des secteurs des hydrocarbures, de l’alimentation et de la santé. Dans le dernier secteur cité, des « *situations de tension voire de ruptures* »¹⁸⁴⁵ ont été enregistrées en ce qui concerne l’approvisionnement en produits pharmaceutiques¹⁸⁴⁶. Pour y faire face, l’Assistance publique – hôpitaux de Paris l’AP-HP a introduit dans ses procédures d’appel d’offres un sous-critère relatif aux « *moyens mis en œuvre par les fournisseurs pour assurer la sécurité d’approvisionnement* »¹⁸⁴⁷. Par ailleurs, dans le secteur de l’énergie, le rapporteur public Stéphane Hoynck a considéré qu’ « *un critère fondé sur la sécurité d’approvisionnement pourrait (...) sans obstacle juridique de principe trouver sa place dans un appel d’offres* »¹⁸⁴⁸.

Marchés. Il convient de relever que la sécurité d’approvisionnement ne se trouverait-elle pas en *terra incognita* si elle venait à être intégrée dans les directives *Marchés*. En effet, le suivi de la chaîne d’approvisionnement apparaît déjà à l’annexe XII au titre des moyens de preuve permettant d’attester de la capacité technique des candidats au sens de l’article 58 de la directive marchés classiques. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats d’indiquer les systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d’approvisionnement qu’ils mettront en œuvre pour exécuter le marché. De plus, la directive *secteurs spéciaux* autorise expressément, au titre des critères d’attribution du marché, les entités adjudicatrices à se fonder, entre autres, sur « *l’engagement en matière de pièces de rechange et de sécurité d’approvisionnement* »¹⁸⁴⁹. La solution serait donc de réceptionner les articles 20, 23 et 47 de la directive marchés de défense et de sécurité aux directives *marchés*, en limitant leur champ d’application aux secteurs stratégiques ou sensibles identifiés. En ce qui concerne les critères d’attribution, le choix est fait de reproduire les dispositions présentes dans la directive secteurs spéciaux dans la directive marchés classiques. Les contributions recueillies lors de la consultation publique lancée par la Commission européenne abondent dans ce sens. Il en va de même pour 68,61 % des personnes s’étant prononcé à ce sujet à l’occasion du sondage de la Chaire¹⁸⁵⁰. Au titre de ces secteurs, l’on peut évoquer les énergies renouvelables, la métallurgie,

¹⁸⁴⁵ H. Vergne et autres, « Sécurité d’approvisionnement : mieux connaître l’organisation des fournisseurs », *Annales pharmaceutiques françaises*, Volume 80, Issue 1, 2022, p. 89-100.

¹⁸⁴⁶ *Idem*.

¹⁸⁴⁷ *Idem*.

¹⁸⁴⁸ S. Hoynck, conclusions sous CE, 24 juillet 2019, *Société Nass and Wind*, n°s 416862 et 418846.

¹⁸⁴⁹ Dir. 2014/25/UE, art. 82, pt. 2, c.

¹⁸⁵⁰ Voir *supra* : Partie 4, Axe 2.

la microélectronique, les produits pharmaceutiques et les dispositifs médicaux. Ces secteurs considérés comme vulnérables sont mentionnés, pour la plupart, dans la proposition de règlement européen sur l'accélération de l'activité industrielle¹⁸⁵¹.

Directive 2014/24/UE	
Version actuelle	Version recommandée
Article 67	Article 67
Critères d'attribution du marché	Critères d'attribution du marché
[...]	[...]
2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et 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 public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:	2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et 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 public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:
a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;	a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;
b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; ou	b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; ou
c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.	c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, <u>l'engagement en</u>

¹⁸⁵¹ Proposal for a regulation of the European parliament and of the Council establishing a framework of measures for the acceleration of industrial capacity and decarbonisation in strategic sectors and amending Regulations (EU) 2018/1724, (EU) 2024/1735 and (EU) 2024/3110.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés.

matière de sécurité d'approvisionnement lorsque l'objet du marché relève d'un des secteurs mentionnés à l'annexe [à numéroté].

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés.

Article 70

Conditions d'exécution du marché

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.

Aucune disposition sur ce point.

Article 70

Conditions d'exécution du marché

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, **ou viser à assurer la sécurité d'approvisionnement que le pouvoir adjudicateur exige, conformément à l'article [à numéroté], lorsque l'objet du marché relève d'un des secteurs mentionnés à l'annexe [à numéroté].**

Article [à numéroté]

(Nouveau)

Sécurité d'approvisionnement

Le pouvoir adjudicateur précise dans les documents du marché ses exigences en matière de sécurité d'approvisionnement.

À cet effet, le pouvoir adjudicateur peut exiger que l'offre comporte notamment les éléments suivants:

a) la certification ou des documents démontrant au pouvoir adjudicateur que le soumissionnaire sera à même de remplir les obligations en matière d'exportation, de transfert et de transit de marchandises liées au contrat, y compris tout document complémentaire émanant de l'État membre ou des États membres concernés;

b) l'indication de toute restriction pesant sur le pouvoir adjudicateur concernant la divulgation, le transfert ou l'utilisation des produits et services ou de tout résultat de ces produits et services, qui résulterait des régimes de contrôle d'exportations ou des régimes de sécurité;

c) la certification ou des documents démontrant que l'organisation et la localisation de la chaîne d'approvisionnement du soumissionnaire lui permettront de respecter les exigences du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice en matière de sécurité d'approvisionnement précisées dans les documents du marché, et l'engagement de veiller à ce que les éventuels changements survenus dans ladite chaîne d'approvisionnement pendant l'exécution du marché ne nuisent pas au respect de ces exigences;

d) l'engagement du soumissionnaire à mettre en place et/ou à maintenir les capacités nécessaires pour faire face à une éventuelle augmentation des besoins du pouvoir adjudicateur par suite d'une situation de crise, selon des modalités et des conditions à convenir;

e) tout document complémentaire émanant des autorités nationales du soumissionnaire concernant la satisfaction des besoins supplémentaires du pouvoir adjudicateur qui surgiraient par suite d'une situation de crise;

f) l'engagement du soumissionnaire d'assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché;

g) l'engagement du soumissionnaire d'informer le pouvoir adjudicateur, en temps utile, de tout changement survenu dans son organisation, sa chaîne d'approvisionnement ou sa stratégie industrielle susceptible d'affecter ses obligations envers eux;

h) l'engagement du soumissionnaire à fournir au pouvoir adjudicateur, selon des modalités et conditions à arrêter, tous les moyens spécifiques nécessaires pour la production de pièces détachées, de composants, d'assemblages et d'équipements d'essais spéciaux, y compris les plans techniques, les autorisations et les instructions d'utilisation, au cas où il ne serait plus en mesure de les fournir.

Il ne peut être demandé à un soumissionnaire d'obtenir d'un État membre un engagement qui porterait atteinte à la liberté dudit État membre d'appliquer, conformément au droit international ou de l'Union pertinent, ses critères nationaux en matière d'autorisation des exportations, transferts ou transits, dans les circonstances prévalant au moment de la décision d'autorisation.

Aucune annexe sur ce point.

Annexe [à numéroter]

(Nouveau)

Secteurs visés aux articles 67 et 70

Métallurgie	acier, aluminium
Énergie	gaz, solaire, éolien
Microélectronique	semi-conducteurs
Agroalimentaire	céréales
Santé	dispositif médical, ingrédient

		pharmaceutique actif
Directive 2014/25/UE		
Version actuelle		Version recommandée
Article 87	Article 87	
Conditions d'exécution du marché	Conditions d'exécution du marché	
Les entités adjudicatrices peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 82, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.	Les entités adjudicatrices peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 82, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, <u>ou viser à assurer la sécurité d'approvisionnement, que l'entité adjudicatrice exige, conformément à l'article [à numéroter], lorsque l'objet du marché relève d'un des secteurs mentionnés à l'annexe [à numéroter].</u>	
Aucune disposition sur ce point.	Article [à numéroter] <u>(Nouveau)</u> <u>Sécurité d'approvisionnement</u> <u>L'entité adjudicatrice précise dans les documents du marché ses exigences en matière de sécurité d'approvisionnement.</u> <u>À cet effet, l'entité adjudicatrice peut exiger que l'offre comporte notamment les éléments suivants :</u> <u>a) la certification ou des documents démontrant à l'entité adjudicatrice que le soumissionnaire sera à même de remplir les obligations en matière d'exportation, de transfert et de transit de marchandises liées au contrat, y compris tout document complémentaire émanant de l'État membre ou des États membres concernés;</u> <u>b) l'indication de toute restriction pesant sur l'entité adjudicatrice concernant la</u>	

divulgarion, le transfert ou l'utilisation des produits et services ou de tout résultat de ces produits et services, qui résulterait des régimes de contrôle d'exportations ou des régimes de sécurité;

c) la certification ou des documents démontrant que l'organisation et la localisation de la chaîne d'approvisionnement du soumissionnaire lui permettront de respecter les exigences de l'entité adjudicatrice en matière de sécurité d'approvisionnement précisées dans les documents du marché, et l'engagement de veiller à ce que les éventuels changements survenus dans ladite chaîne d'approvisionnement pendant l'exécution du marché ne nuisent pas au respect de ces exigences;

d) l'engagement du soumissionnaire à mettre en place et/ou à maintenir les capacités nécessaires pour faire face à une éventuelle augmentation des besoins du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice par suite d'une situation de crise, selon des modalités et des conditions à convenir;

e) tout document complémentaire émanant des autorités nationales du soumissionnaire concernant la satisfaction des besoins supplémentaires de l'entité adjudicatrice qui surgiraient par suite d'une situation de crise;

f) l'engagement du soumissionnaire d'assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché;

g) l'engagement du soumissionnaire d'informer l'entité adjudicatrice, en temps utile, de tout changement survenu dans son organisation, sa chaîne d'approvisionnement ou sa stratégie industrielle susceptible d'affecter ses obligations envers eux;

h) l'engagement du soumissionnaire à fournir à l'entité adjudicatrice, selon des modalités et conditions à arrêter, tous les

moyens spécifiques nécessaires pour la production de pièces détachées, de composants, d'assemblages et d'équipements d'essais spéciaux, y compris les plans techniques, les autorisations et les instructions d'utilisation, au cas où il ne serait plus en mesure de les fournir.

Il ne peut être demandé à un soumissionnaire d'obtenir d'un État membre un engagement qui porterait atteinte à la liberté dudit État membre d'appliquer, conformément au droit international ou de l'Union pertinent, ses critères nationaux en matière d'autorisation des exportations, transferts ou transits, dans les circonstances prévalant au moment de la décision d'autorisation.

Aucune annexe sur ce point.

Annexe [à numéroter]

(Nouveau)

Secteurs visés à l'article 87

Métallurgie	acier, aluminium
Énergie	gaz, solaire, éolien
Microélectronique	semi-conducteurs
Agroalimentaire	céréales
Santé	dispositif médical, ingrédient pharmaceutique actif

RECOMMANDATION N° 6 : ÉTENDRE AUX POUVOIRS ADJUDICATEURS, LA FACULTÉ DE REJETER LES OFFRES DES MARCHÉS DE FOURNITURES INTÉGRANT PLUS DE 50 % DE PRODUITS ORIGINAIRES DE PAYS-TIERS NON-SIGNATAIRES D'UN ACCORD AVEC L'UNION EUROPÉENNE

Recommandation n° 6

Étendre aux pouvoirs adjudicateurs, la faculté de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays-tiers non-signataires d'un accord avec l'Union européenne.

Lacune. Aux termes de l'article 85 de la directive secteurs spéciaux, « *toute offre présentée pour l'attribution d'un marché de fournitures peut être rejetée lorsque la part des produits originaires des pays tiers, déterminés conformément au règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil, excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre* ». Le législateur européen précise en amont que cette disposition ne s'applique qu' « *aux offres contenant des produits originaires des pays tiers avec lesquels l'Union n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union aux marchés de ces pays tiers* ». Or, il n'existe pas de disposition équivalente dans la directive *marchés classiques*. Ce qui limite la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs. C'est en cela que la Chaire recommande que les directives *marchés classiques* s'emparent de ce mécanisme. D'autant que notre panel composé majoritairement de pouvoirs adjudicateurs y est favorable à 78,28 %¹⁸⁵².

Règlement IMPI. Il convient néanmoins de noter que les pouvoirs adjudicateurs peuvent aboutir à ce résultat en s'appuyant sur l'article 8 du règlement IMPI. Il autorise en effet les pouvoirs adjudicataires et entités adjudicatrices à imposer aux adjudicataires, c'est-à-dire aux titulaires, de « *ne pas sous-traiter plus de 50 % de la valeur totale du marché à des opérateurs économiques originaires d'un pays tiers faisant l'objet d'une mesure relevant de l'IMPI* » et « *pour les marchés dont l'objet concerne la fourniture de biens, faire en sorte que,*

¹⁸⁵² Voir *supra* : Partie 4, Axe 3.

pendant la durée du marché, les biens ou les services fournis dans le cadre de l'exécution du marché et originaires du pays tiers faisant l'objet d'une mesure relevant de l'IMPI ne représentent pas plus de 50 % de la valeur totale du marché, que ces biens ou services soient fournis directement par le soumissionnaire ou par un sous-traitant ». Toutefois, le mécanisme prévu par le règlement IMPI ne permet pas de combler l'écart existant entre les deux directives *Marchés* (*Marchés classiques* et *Secteurs spéciaux*). D'une part, il ne s'applique qu'à l'égard des opérateurs économiques de pays tiers visés par une mesure prise par la Commission afin de limiter leur accès aux marchés publics et aux concessions de l'Union européenne en réponse aux restrictions imposées par ces États vis-à-vis des opérateurs économiques européens. D'autre part, il se vérifie lors de l'exécution du contrat, même s'il peut être prévu dans les documents du marché, contrairement à ce que prévoit la directive secteurs spéciaux¹⁸⁵³.

Modalités. La Chaire propose d'intégrer un nouvel article qui reprend textuellement les points 1 et 2 de l'article 85 de la directive secteurs spéciaux. Cet article pourrait figurer dans la sous-section 3 « *attribution du marché* » au sein de la section 3 « *choix des participants et attribution des marchés* » présent dans le chapitre III relatif au déroulement de la procédure.

Directive 2014/24/UE (*)	
Version actuelle	Version recommandée
Aucune disposition sur ce point.	Article [à numéroter] <u>(Nouveau)</u> <u>Offres contenant des produits originaires des pays tiers</u> <u>1. Le présent article s'applique aux offres contenant des produits originaires des pays tiers avec lesquels l'Union n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union aux marchés de ces pays tiers. Il est sans préjudice des obligations de l'Union ou de ses États membres à l'égard des pays tiers.</u> <u>2. Toute offre présentée pour l'attribution d'un marché de fournitures peut être rejetée</u>

¹⁸⁵³ M. Morales, « Publication de l'instrument relatif aux marchés publics internationaux : un outil offensif au service de la réciprocité », *Europe* n° 2, février 2023, étude 1.

lorsque la part des produits originaires des pays tiers, déterminés conformément au règlement (UE) no 952/2013 du Parlement européen et du Conseil, excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre.

Aux fins du présent article, les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications sont considérés comme des produits.

3. Sous réserve du deuxième alinéa du présent paragraphe, lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution définis à l'article 82, une préférence est accordée à celle des offres qui ne peuvent être rejetées en application du paragraphe 2 du présent article. Le montant de ces offres est considéré comme équivalent, aux fins du présent article, si leur écart de prix n'excède pas 3 %.

Toutefois, une offre ne sera pas préférée à une autre en vertu du premier alinéa lorsque son acceptation obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel déjà existant, entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés.

4. Aux fins du présent article, pour la détermination des produits originaires des pays tiers prévue au paragraphe 2, ne sont pas pris en compte les pays tiers auxquels le bénéfice de la présente directive a été étendu par une décision du Conseil conformément au paragraphe 1.

5. Le (date) au plus tard et ensuite chaque année, la Commission fait un rapport annuel au Conseil sur les progrès réalisés dans les négociations multilatérales ou bilatérales concernant l'accès des entreprises de l'Union aux marchés des pays tiers dans les domaines couverts par la présente directive, sur tout résultat que ces négociations ont

**permis d'atteindre, ainsi que sur
l'application effective de tous les accords qui
ont été conclus.**

§III. LES RECOMMANDATIONS RELATIVES AUX ACCORDS-CADRES

Propositions. Afin de réduire les zones d'ombre du régime des accords-cadres, la Chaire recommande, d'une part, d'instaurer, dans le silence du contrat, un principe de non-exclusivité dans les accords-cadres (**Recommandation n° 7**) et, d'autre part, de préciser les conséquences de la fin d'un accord-cadre sur les bons de commande émis et les marchés subséquents déjà conclus quant à leur validité ou leur modification (**Recommandation n° 8**).

RECOMMANDATION N° 7 : INSTAURER, DANS LE SILENCE DU CONTRAT, UN PRINCIPE DE NON-EXCLUSIVITÉ DANS LES ACCORDS-CADRES

Recommandation n° 7

Instaurer un principe de non-exclusivité dans les accords-cadres, sauf à ce que le contrat prévoit des stipulations contraires.

Divergences. La question de l'exclusivité dans les accords-cadres se pose avec acuité et mérite d'être tranchée au niveau européen. Il ressort du sondage réalisé au sein de la Chaire que plus de trois quarts des répondants (77,61 %) sont en faveur de l'intégration d'un principe d'exclusivité dans les accords-cadres¹⁸⁵⁴. Or, un tel principe serait de nature à restreindre la concurrence. Il a d'ailleurs été écarté par l'Assemblée nationale. La proposition de loi amendée, adoptée à l'unanimité et transmise au Sénat, pose en son article 1^{er} un principe de non-exclusivité dans les accords-cadres. En effet, l'article L. 2125-2. – I. proposé dispose que : « *Un accord-cadre n'emporte pas, par lui-même, exclusivité au bénéfice de ses titulaires, sauf stipulation contraire prévue par les documents contractuels* ». Cette nouvelle mouture renverse

¹⁸⁵⁴ Voir *supra* : Partie 4, Axe 4.

le principe posé par la première. La proposition initiale, portée par le groupe « Horizons », prévoyait que :

« Un accord-cadre peut comporter une clause de non-exclusivité. Cette clause définit les conditions dans lesquelles l'acheteur peut recourir à un ou plusieurs opérateurs économiques tiers. Elle détaille notamment le périmètre des prestations concernées ainsi que leur montant estimatif ».

L'interprétation de cet article laissait suggérer qu'à défaut de clause de non-exclusivité, l'acheteur devrait recourir exclusivement aux titulaires de l'accord-cadre pour l'exécution des prestations couvertes par cet accord-cadre.

Position. La Chaire s'inscrit dans le sillage de l'approche retenue par la proposition adoptée par l'Assemblée nationale, tout en gardant à l'esprit que cela pourrait préjudicier aux objectifs mêmes du recours à l'accord-cadre et aux droits des titulaires de l'accord-cadre. Ainsi, elle propose qu'il soit rajouté un nouveau point à l'article 33 de la directive *Marchés classiques* et à l'article 51 de la directive *Secteurs spéciaux*.

Directive 2014/24/UE (*)	
Version actuelle	Version recommandée
Article 33 Accords-cadres 1. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des accords-cadres pour autant qu'ils appliquent les procédures prévues par la présente directive. Un accord-cadre est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les conditions régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. La durée d'un accord-cadre ne dépasse pas quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre. [...]	Article 33 Accords-cadres 1. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des accords-cadres pour autant qu'ils appliquent les procédures prévues par la présente directive. Un accord-cadre est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les conditions régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. La durée d'un accord-cadre ne dépasse pas quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre. <u>Un accord-cadre n'emporte pas exclusivité au bénéfice des titulaires pour les</u>

prestations qu'il couvre. Toutefois, l'accord-cadre peut établir une exclusivité au bénéfice des titulaires pour l'ensemble ou une partie des prestations couvertes par l'accord-cadre. Toute modification sur ce point de l'accord-cadre en cours d'exécution constitue une modification substantielle au sens du paragraphe 4 de l'article 72.

[...]

(*) Mêmes modifications pour l'article 51, paragraphe 1 de la directive 2014/25/UE (Secteurs spéciaux).

RECOMMANDATION N° 8 : PRÉCISER LES CONSÉQUENCES DE LA FIN D'UN ACCORD-CADRE SUR LES BONS DE COMMANDE ET LES MARCHÉS SUBSÉQUENTS QUANT À LEUR VALIDITÉ OU LEUR MODIFICATION

Recommandation n° 8

Préciser les conséquences de la fin normale ou anticipée d'un accord-cadre sur les bons de commande et les marchés subséquents, notamment en ce qui concerne la validité de ceux déjà conclus et la possibilité de les modifier sans altérer la substance de l'accord-cadre.

Silence. La résiliation d'un accord-cadre ne devrait pas conduire nécessairement à la fin des bons de commande et marchés subséquents en cours d'exécution. C'est en substance le souhait exprimé par une écrasante majorité de sondés lors de l'enquête de terrain de la Chaire. En effet, 81,13 % des personnes ayant répondu à la question sont favorables à ce que les directives précisent les conséquences de la résiliation d'un accord-cadre sur les bons de commande et les marchés subséquents en cours d'exécution¹⁸⁵⁵. De même, 68,97 % des sondés s'étant penché sur cette question estiment qu'il apparaît légitime de s'interroger sur la possibilité de modifier les bons de commande et marchés subséquents sans modifier l'accord-

¹⁸⁵⁵ Voir *supra* : Partie 4, Axe 4.

cadre lui-même¹⁸⁵⁶. Cette question semble d'autant plus ardue lorsque l'accord-cadre a pris fin. En l'état actuel du droit, il s'avère impossible de modifier les marchés et formes d'exécution pris sur le fondement de l'accord-cadre. En effet, les conditions de modification des marchés publics – lesquelles sont applicables aux accords-cadres – ne prévoient pas ce cas de figure, car elles ne contiennent pas de normes propres aux accords-cadres. Le législateur européen pourrait ainsi prévoir des règles particulières pour combler ces deux lacunes.

Survie. En premier lieu, il semble peu cohérent que la résiliation de l'accord-cadre entraîne automatiquement celle des bons de commande et marchés subséquents qui lui sont liés. En effet, il est expressément indiqué au sein des directives que les marchés subséquents peuvent disposer d'une durée excédant celle de l'accord-cadre. Le considérant 62 de la directive *Marchés classiques* énonce que « *si les marchés fondés sur un accord-cadre doivent être attribués avant la fin de la période de validité de celui-ci, la durée des différents marchés fondés sur un accord-cadre ne doit pas nécessairement coïncider avec celle dudit accord-cadre, mais pourrait, selon le cas, être plus courte ou plus longue* ». Cela semble indiquer que la date d'« *expiration* » des bons de commande et marchés subséquents pourrait différer de celle de l'accord-cadre.

Modification. En second lieu, la possibilité de modifier les bons de commande ou marchés subséquents après la fin de l'accord-cadre dépend du contenu des modifications souhaitées et, plus précisément, du fait que les éléments visés par les modifications soient présents dans l'accord-cadre ou uniquement dans les bons de commande et marchés subséquents. En ce qui concerne les bons de commande, ils sont censés contenir exclusivement des éléments présents dans l'accord-cadre, puisque ce dernier édicte en principe l'ensemble des conditions régissant la fourniture des prestations couvertes par l'accord-cadre en l'absence de remise en concurrence (donc en cas de bons de commande). Il semble ainsi impossible de modifier le bon de commande sans modifier certains éléments contenus dans l'accord-cadre. La question est légèrement plus complexe pour les marchés subséquents, puisque l'accord-cadre ne prévoit pas, à leur égard (c'est-à-dire en cas de remise en concurrence), l'ensemble des conditions d'exécution des prestations. La modification des règles propres aux marchés subséquents, qui ne sont pas contenues dans l'accord-cadre, n'est donc pas entravée par la fin de l'accord-cadre. Les possibilités de procéder à des modifications après la fin de l'accord-cadre semblent ainsi très limitées, car restreintes à certains éléments des marchés subséquents. Il apparaît toutefois, qu'il s'agisse des bons de commande ou des marchés subséquents, que des

¹⁸⁵⁶ Voir *supra* : Partie 4, Axe 4.

modifications ultérieures à la fin de l'accord-cadre pourraient être nécessaires et opportunes, comme la modification du délai de livraison. Or, les règles « *classiques* » de modification ne semblent pas applicables une fois que l'accord-cadre a pris fin. Par exemple, comment une clause de réexamen pourrait-elle être appliquée si l'accord-cadre qui la prévoit a pris fin ? Les futures directives marchés pourraient ainsi inclure la faculté de modifier les bons de commande ou marchés subséquents après la fin de l'accord-cadre, sous réserve du respect de l'interdiction des modifications substantielles de l'accord-cadre, qui constitue la principale limite à la modification des contrats de la commande publique de manière générale.

Directive 2014/24/UE (*)	
Version actuelle	Version recommandée
Considérant 62	Considérant 62
Il convient également de préciser que, si les marchés fondés sur un accord-cadre doivent être attribués avant la fin de la période de validité de celui-ci, la durée des différents marchés fondés sur un accord-cadre ne doit pas nécessairement coïncider avec celle dudit accord-cadre, mais pourrait, selon le cas, être plus courte ou plus longue. En particulier, il devrait être permis de fixer la durée des différents marchés fondés sur un accord-cadre en tenant compte de facteurs tels que le temps nécessaire pour les exécuter, lorsqu'il est prévu d'assurer la maintenance d'équipements dont la durée de vie utile escomptée est supérieure à quatre ans ou qu'une formation approfondie du personnel est nécessaire pour exécuter le marché. Il convient aussi de préciser qu'il pourrait exister des cas exceptionnels où la durée des accords-cadres eux-mêmes devrait pouvoir être supérieure à quatre ans. De tels cas, qui devraient être dûment justifiés, en particulier par l'objet de l'accord-cadre, pourraient par exemple se présenter lorsque les opérateurs économiques ont besoin de disposer d'équipements dont la durée d'amortissement est supérieure à quatre ans et qui doivent être disponibles en tout temps pendant toute la durée de l'accord-cadre.	Il convient également de préciser que, si les marchés fondés sur un accord-cadre doivent être attribués avant la fin de la période de validité de celui-ci, la durée des différents marchés fondés sur un accord-cadre ne doit pas nécessairement coïncider avec celle dudit accord-cadre, mais pourrait, selon le cas, être plus courte ou plus longue. En particulier, il devrait être permis de fixer la durée des différents marchés fondés sur un accord-cadre en tenant compte de facteurs tels que le temps nécessaire pour les exécuter, lorsqu'il est prévu d'assurer la maintenance d'équipements dont la durée de vie utile escomptée est supérieure à quatre ans ou qu'une formation approfondie du personnel est nécessaire pour exécuter le marché. Il convient aussi de préciser qu'il pourrait exister des cas exceptionnels où la durée des accords-cadres eux-mêmes devrait pouvoir être supérieure à quatre ans. De tels cas, qui devraient être dûment justifiés, en particulier par l'objet de l'accord-cadre, pourraient par exemple se présenter lorsque les opérateurs économiques ont besoin de disposer d'équipements dont la durée d'amortissement est supérieure à quatre ans et qui doivent être disponibles en tout temps pendant toute la durée de l'accord-cadre.

[...]

Il convient de préciser que la fin prématurée d'un accord-cadre résultant d'une résiliation n'entraîne pas automatiquement la fin des marchés fondés sur cet accord-cadre.

[...]

Article 72

Modification de marchés en cours

Cinq paragraphes, mais aucun propre aux accords-cadres ni à la possibilité de modifier les formes d'exécution de celui-ci après qu'il ait pris fin.

Article 72

Modification de marchés en cours

[...]

6. Les marchés fondés sur un accord-cadre et les formes d'exécution de l'accord-cadre sans remise en concurrence peuvent être modifiés après la fin de l'accord-cadre, sous réserve de ne pas entraîner de modifications substantielles au sens du paragraphe 4 des termes fixés par le dit accord-cadre.

() Mêmes modifications pour le considérant 72 et l'article 89 de la directive 2014/25/UE (Secteurs spéciaux).*

§IV. RECOMMANDATIONS RELATIVES À L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Propositions. Comme la Chaire a pu le constater dans son rapport sur la modification des contrats de la commande publique¹⁸⁵⁷, l'encadrement de l'exécution des marchés publics et des contrats de concession par les directives européennes – s'il a été perçu positivement pas une majorité des praticiens et la doctrine – génère des interrogations dans sa mise en œuvre, en particulier concernant la notion de modification substantielle. Si le présent rapport a, dans un premier temps, volontairement exclu de son étude la phase d'exécution en raison de la proximité temporelle du rapport sur la modification (datant de 2023), la thématique a pu être soulevée spontanément par certains enquêtés¹⁸⁵⁸. Les discussions au sein de la Chaire et les travaux sur la simplification du droit de la commande publique¹⁸⁵⁹ ont confirmé cet intérêt des praticiens, justifiant d'approfondir le sujet lors de la seconde phase de sondage¹⁸⁶⁰.

La Chaire entend donc saisir l'occasion de la publication de la présente étude pour insister, de nouveau¹⁸⁶¹, sur la nécessité juridique de préciser la notion de modification substantielle en supprimant le caractère non exhaustif de la liste des hypothèses prévues dans les directives européennes (**Recommandation n° 9**). En outre, dans un objectif de cohérence dans la gestion de grands projets publics vis-à-vis de contrats de moindre importance financière, il est recommandé d'assouplir le régime des modifications de faible montant en supprimant la limite selon laquelle le montant d'une telle modification ne peut aucunement dépasser les seuils européens (**Recommandation n° 10**).

¹⁸⁵⁷ F. Lichère (dir.), *Modification des contrats de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, p. 51-53, p. 103-110, p. 219-225, p. 277-283.

¹⁸⁵⁸ Voir *supra* : Partie 3, Axe 5, §II.

¹⁸⁵⁹ F. Lichère, F. Melleray et É. Muller (dir.), *Simplification du droit de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2026, p. 101-104, p. 157-158, p. 175-176, p. 302-303, p. 353-354.

¹⁸⁶⁰ Voir *supra* : Partie 4, Axe 5.

¹⁸⁶¹ F. Lichère (dir.), *Modification...*, *op. cit.*, p. 277-283.

RECOMMANDATION N° 9 : PRÉCISER LA NOTION DE MODIFICATION SUBSTANTIELLE EN RENDANT EXHAUSTIVES LES HYPOTHÈSES PRÉVUES

Recommandation n° 9

Préciser la notion de modification substantielle en rendant exhaustives les hypothèses prévues par les directives *Marchés* et *Concessions*.

Attente des praticiens. Dans la continuité de sa recommandation n° 1 du rapport *Modification des contrats de la commande publique*¹⁸⁶², la Chaire estime nécessaire de clarifier la définition de la notion de modification substantielle prévue au paragraphe 4 de l'article 72 de la directive *Marchés classiques*, au paragraphe 4 de l'article 89 de la directive *Secteurs spéciaux* et au paragraphe de l'article 43 de la directive *Concessions*. Trois ans après ces travaux, l'état du droit et de la pratique n'a pas évolué. Les attentes des praticiens, quelle que soit leur qualité (autorités contractantes, opérateurs économiques et avocats), confirment ce besoin de précision juridique. En effet, 74,74 % des répondants adhèrent, à l'occasion de la seconde phase de sondage, à la proposition tendant à limiter la notion de modification substantielle aux quatre hypothèses prévues par les directives¹⁸⁶³.

Insécurité juridique. Les directives conçoivent actuellement la modification substantielle de la manière suivante :

« 4. Une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e), lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. En tout état de cause, sans préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est considérée comme substantielle lorsqu'une au moins des conditions suivantes est remplie :

¹⁸⁶² F. Lichère, *Modification...*, *op. cit.*, p. 277-283. À noter, à l'époque, la recommandation visait principalement une réforme du Code de la commande publique (en particulier : CCP, art. R. 2194-7), tout en affirmant qu'une telle révision ne pourrait se faire sans procéder à une modification des dispositions des directives européennes.

¹⁸⁶³ Voir *supra* : Partie 4, Axe 5.

- a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ;
- b) elle modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial;
- c) elle élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ;
- d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe I, point d). » [Nous soulignons]¹⁸⁶⁴

L'insécurité juridique provient de la formule soulignée (« *En tout état de cause* ») et par la présence, dans les considérants des directives (par exemple : Dir. 2014/24/UE, cons. 107), d'un « *notamment* » dans la définition sommaire de modification substantielle donnée par le Législateur européen. De telles formulations laissent supposer que d'autres hypothèses (ou « *conditions* » pour reprendre les termes des directives) pourraient caractériser une modification substantielle. Partant, des modifications pourraient être jugées illégales sans entrer dans l'un des cas visés par les directives, réduisant l'effectivité du dispositif autorisant les modifications dites non-substantielles¹⁸⁶⁵. Or, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, les modifications qualifiées de substantielles sont rattachées à l'une des quatre hypothèses¹⁸⁶⁶.

Restreindre aux hypothèses prévues. Comme dans le rapport sur la modification précité, la Chaire propose de ne pas donner de définition générale de la modification substantielle compte tenu de l'objectif de sécurisation recherché. En particulier, il ne paraît pas utile de se référer à la formule de la Cour de justice selon laquelle il s'agit de « *modifications*

¹⁸⁶⁴ Dir. 2014/24/UE, art. 72, 4 ; Dir. 2014/25/UE, art. 89, 4 ; Dir. 2014/23/UE, art. 43, 4.

¹⁸⁶⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 72, 2, e) ; Dir. 2014/25/UE, art. 89, 2, e) ; Dir. 2014/23/UE, art. 43, 2, e). Voir les résultats des enquêtes de terrain menées à l'occasion des travaux sur la modification des contrats de la commande publique (F. Lichère (dir.), *Modification...*, *op. cit.*).

¹⁸⁶⁶ Il en va de même au niveau national, dans la jurisprudence du Conseil d'État. Voir : F. Lichère (dir.), *Modification...*, *op. cit.*

qui présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et qui sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché », formule reprise constamment depuis l'arrêt de la CJCE du 5 octobre 2000, *Commission c. France*, C-337/98 (au paragraphe 44)¹⁸⁶⁷. Il est plutôt proposé de supprimer le « *notamment* » des considérants et la formule « *En tout état de cause* » des dispositions, afin de sécuriser la notion de modification substantielle.

Directive 2014/24/UE	
Version actuelle	Version recommandée
Considérant (107) Il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière. Il y a lieu d'engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des modifications substantielles sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle. Ces modifications attestent l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles du marché. C'est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue.	Considérant (107) Il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière. Il y a lieu d'engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des modifications substantielles sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle. Ces modifications attestent l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles du marché. C'est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue, <u>ou de la modification de l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire de manière non prévue initialement par les parties, ou encore de l'extension importante du champ d'application du marché ou de l'accord-cadre, ainsi que de la substitution de cocontractant dans les cas non prévus par la directive. Il y a lieu de considérer que toute autre situation ne caractérise pas une modification substantielle d'un marché ou d'un accord-cadre.</u>
Article 72 Modification de marchés en cours	Article 72 Modification de marchés en cours

¹⁸⁶⁷ Voir également : CJUE, 14 mai 2020, C 263/19, *T-Systems*, par. 61.

[...] 4. Une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e), lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. En tout état de cause, sans préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est considérée comme substantielle lorsqu'une au moins des conditions suivantes est remplie : a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ; b) elle modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ; c) elle élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ; d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d). [...]	[...] 4. Une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e), lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. ~~En tout état de cause, sans~~ préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est ~~considérée~~ comme substantielle lorsqu'une au moins des conditions suivantes est remplie : a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ; b) elle modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ; c) elle élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ; d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d). [...]
Directive 2014/25/UE	
Version actuelle	Version recommandée
Considérant	Considérant
(113) Il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière.	(113) Il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière.

Il y a lieu d'engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des modifications substantielles sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle, car de telles modifications attestent de l'intention des parties de renégocier des clauses ou conditions essentielles du marché. C'est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue. (...)

Il y a lieu d'engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des modifications substantielles sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle, ~~car de telles modifications attestent de l'intention des parties de renégocier des clauses ou conditions essentielles du marché.~~ Ces modifications attestent l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles du marché. C'est ~~notamment~~ le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue, ou de la modification de l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire de manière non prévue initialement par les parties, ou encore de l'extension importante du champ d'application du marché ou de l'accord-cadre, ainsi que de la substitution de cocontractant dans les cas non prévus par la directive. Il y a lieu de considérer que toute autre situation ne caractérise pas une modification substantielle d'un marché ou d'un accord-cadre. (...)

Article 89

Modification de marchés en cours

[...]

4. Une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e), lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. En tout état de cause, sans préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est considérée comme substantielle lorsqu'une au moins des conditions suivantes est remplie :

a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre

Article 89

Modification de marchés en cours

[...]

4. Une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e), lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. ~~En tout état de cause, s~~Sans préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est ~~considérée comme~~ substantielle lorsqu'une au moins des conditions suivantes est remplie :

a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre

que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ;	que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ;
b) elle modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ;	b) elle modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ;
c) elle élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ;	c) elle élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ;
d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel l'entité adjudicatrice a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d).	d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel l'entité adjudicatrice a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d).
[...]	[...]

Directive 2014/23/UE

Version actuelle

Version recommandée

Considérant

Considérant

(75) Les contrats de concession font généralement intervenir des mécanismes techniques et financiers complexes et de long terme qui sont souvent soumis à un contexte évolutif. Il est donc nécessaire de clarifier les conditions dans lesquelles des modifications apportées à une concession en cours d'exploitation imposent une nouvelle procédure d'attribution de concession, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière. Il y a lieu d'engager une nouvelle procédure d'attribution de concession lorsque des modifications substantielles sont apportées à la concession initiale, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle. Ces modifications attestent l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles de cette concession. C'est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue. Il devrait toujours être possible d'apporter à la

(75) Les contrats de concession font généralement intervenir des mécanismes techniques et financiers complexes et de long terme qui sont souvent soumis à un contexte évolutif. Il est donc nécessaire de clarifier les conditions dans lesquelles des modifications apportées à une concession en cours d'exploitation imposent une nouvelle procédure d'attribution de concession, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière. Il y a lieu d'engager une nouvelle procédure d'attribution de concession lorsque des modifications substantielles sont apportées à la concession initiale, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle. Ces modifications attestent l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles de cette concession. C'est **notamment** le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue, **ou de la modification de l'équilibre économique du**

concession des modifications entraînant une variation mineure de sa valeur jusqu'à un certain niveau, sans devoir recourir à une nouvelle procédure d'attribution. À cet effet, et afin de garantir la sécurité juridique, la présente directive devrait prévoir des seuils minimaux, en dessous desquels une nouvelle procédure d'attribution n'est pas exigée. (...)

contrat en faveur du titulaire de manière non prévue initialement par les parties, ou encore de l'extension importante du champ d'application de la concession, ainsi que de la substitution de cocontractant dans les cas non prévus par la directive. Il y a lieu de considérer que toute autre situation ne caractérise pas une modification substantielle d'un contrat de concession. (...)

Article 43

Modification de contrats en cours

[...]

4. La modification d'une concession en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e), lorsqu'elle rend les caractéristiques de la concession substantiellement différentes de celles prévues initialement. Dans tous les cas, sans préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est considérée comme substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie:

a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure initiale d'attribution de concession, auraient permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement retenue ou auraient attiré davantage de participants à la procédure d'attribution de concession ;

b) elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans la concession initiale ;

c) elle étend considérablement le champ d'application de la concession ;

d) lorsqu'un nouveau concessionnaire remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a initialement attribué la concession dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d).

Article 43

Modification de contrats en cours

[...]

4. Une modification d'une concession en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e), lorsqu'elle rend les caractéristiques de la concession substantiellement différentes de celles prévues initialement. ~~Dans tous les cas, s~~**ans** préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est ~~considérée comme~~ substantielle lorsqu'une au moins des conditions suivantes est remplie :

a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de concession, auraient permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement retenue ou auraient attiré davantage de participants à la procédure d'attribution de concession ;

b) elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans la concession initiale ;

c) elle élargit considérablement le champ d'application de la concession ;

d) lorsqu'un nouveau concessionnaire remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a initialement attribué la concession dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d).

[...]

[...]

RECOMMANDATION N° 10 : ASSOULPIR LE RÉGIME DES MODIFICATIONS DE FAIBLE MONTANT EN SUPPRIMANT LA LIMITE TENANT AUX SEUILS EUROPÉENS DU MONTANT DE LA MODIFICATION

Recommandation n° 10

Supprimer la limite tenant aux seuils européens concernant le montant des modifications de faible montant pour conditionner uniquement au seuil de 10 % pour les marchés de services et de fournitures, ou de 15 % pour les marchés de travaux.

Rigidité inéquitable. Lors de discussions au sein de la Chaire, il est apparu que la limite tenant aux seuils européens concernant le montant des modifications de faible montant pour conditionner uniquement au seuil de 10 % pour les marchés de services et de fournitures, ou de 15 % pour les marchés de travaux est source d'incohérence et d'iniquité dans la gestion des projets publics. En effet, un projet de construction d'infrastructures publiques dont le montant serait de 50 millions d'euros, par exemple, il ne pourrait aucunement faire l'objet d'une modification de faible montant supérieur au seuil européen de 5 404 000 euros, alors même que le seuil de 15 % pour les marchés de travaux lui permettrait des modifications jusqu'à 7 500 000 euros. Si la proposition n'a recueilli que 63,32 % de l'adhésion des sondés¹⁸⁶⁸, la Chaire estime important de réviser les directives sur ce point afin de rétablir une certaine cohérence et souplesse dans la gestion de l'exécution des marchés publics et des contrats de concession.

Directive 2014/24/UE (*)	
Version actuelle	Version recommandée
Article 72	Article 72
Modification de marchés en cours	Modification de marchés en cours

¹⁸⁶⁸ Voir *supra* : Partie 4, Axe 5.

[...]

2. En outre, et sans qu'il soit besoin de vérifier si les conditions énoncées au paragraphe 4, points a) à d), sont remplies, les marchés peuvent également être modifiés sans qu'une nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive ne soit nécessaire lorsque la valeur de la modification est inférieure aux deux valeurs suivantes:

i) les seuils fixés à l'article 4 ; et

ii) 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et 15 % de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux.

Toutefois, la modification ne peut pas changer la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives.

[...]

[...]

2. En outre, et sans qu'il soit besoin de vérifier si les conditions énoncées au paragraphe 4, points a) à d), sont remplies, les marchés peuvent également être modifiés sans qu'une nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive ne soit nécessaire lorsque la valeur de la modification est inférieure **aux deux valeurs suivantes:**

i) les seuils fixés à l'article 4, et

ii) à 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et 15 % de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux.

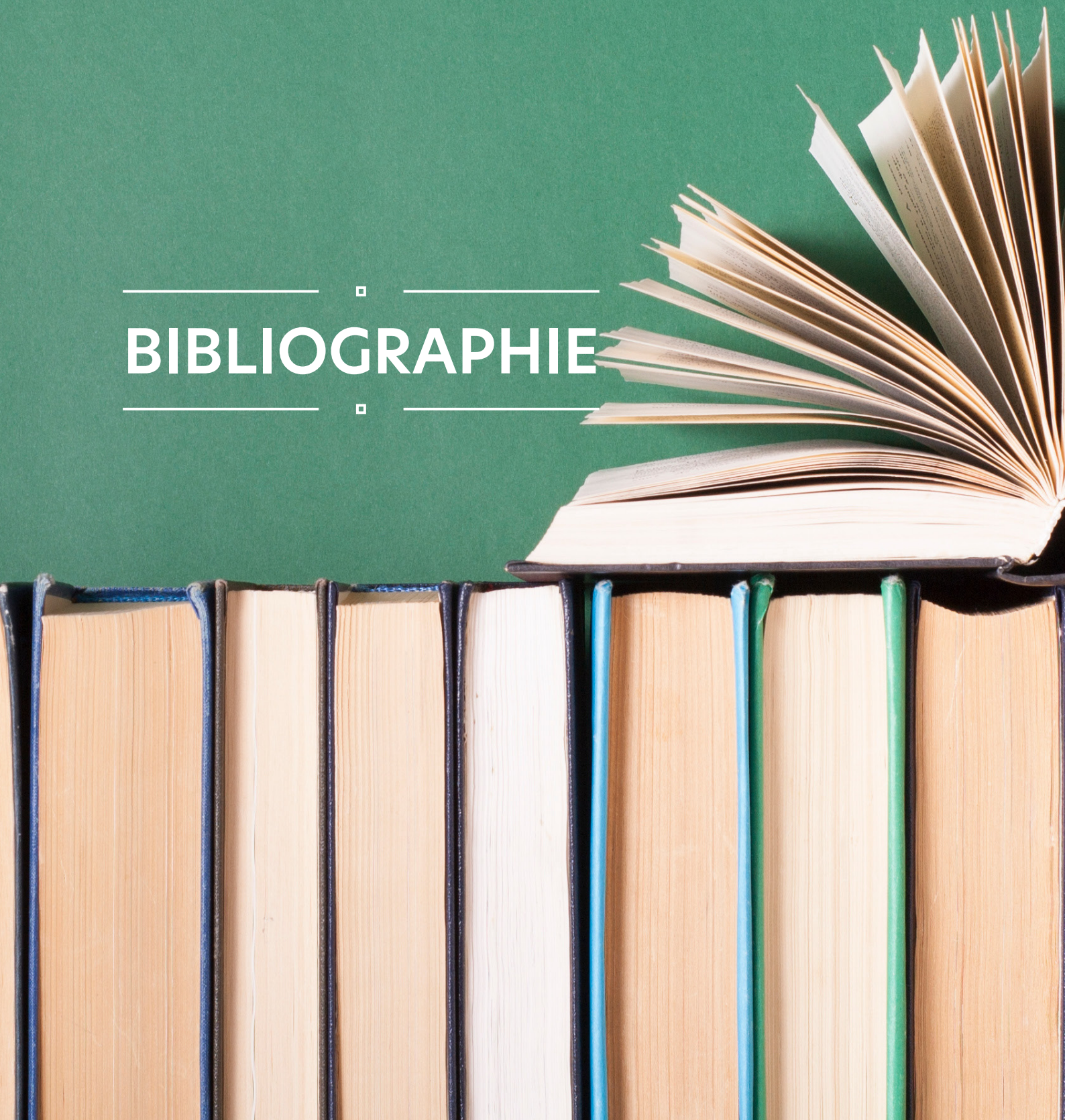
Toutefois, la modification ne peut pas changer la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives.

[...]

(*) Mêmes modifications pour l'article 89, paragraphe 2 de la directive 2014/25/UE (Secteurs spéciaux) et pour l'article 43, paragraphe 2 de la directive 2014/23/UE (Concessions).



BIBLIOGRAPHIE



BIBLIOGRAPHIE

Encyclopédies

Mathias AMILHAT, « Procédures de passation des marchés publics », *JCI Adm*, fasc. 755, mise à jour du 10/10/2020.

Mathias AMILHAT, « Exécution des marchés publics », *JCI Contrats et Marchés publics*, Synthèse, mise à jour du 14/05/2024.

Jérémy BOUSQUET, « Notion de marché public », *JCI Contrats et Marchés publics*, fasc. 70, mise à jour du 24/07/2020.

Stéphane BRACONNIER et Emmanuel KALNINS, « Procédures de passation des marchés publics », *JCI Contrats et Marchés publics*, Synthèse, mise à jour du 31/05/2024.

Guillaume CANTILLON, « Marchés publics et développement durable », *JCI Environnement et développement durable*, fasc. 2340, mise à jour du 22/02/2022.

Guylain CLAMOUR, « Actualité : nouveau droit des concessions », *JCI Contrats et Marchés publics*, fasc. 2, mise à jour du 28/06/2019.

Patrick LABAYLE-PABET, « Appréciation des capacités et compétences des candidats », *JCI Contrats et Marchés publics*, fasc. 60-45, mise à jour du 21/03/2023.

Patrick LABAYLE-PABET, « Accords-cadres », *JCI Contrats et Marchés publics*, fasc. 65-15, mise à jour du 23/08/2021.

Arnaud LECOURT, « Sous-traitance », *Répertoire de droit européen*, mise à jour du 01/01/2021.

François LICHÈRE, « Notion de concession », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 28/07/2023.

François LICHÈRE, « Notion de marchés », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 28/07/2023.

François LICHÈRE, « Motifs d'exclusion des marchés publics et des concessions », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 28/07/2023.

Perrine LIMOUSIN et Astrid LAYRISSÉ, « Spécificités des marchés des entités adjudicatrices », *JCI Contrats et Marchés publics*, fasc. 90, mise à jour du 01/05/2022.

Frédéric LOMBARD, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 14/03/2019.

Frédérique OLIVIER et Loïc ALLIER, « Accès aux marchés publics », *JCI Contrats et Marchés publics*, fasc. 60-40, mise à jour au 22/02/2024.

Paul PEYRET, « Notion d'entité adjudicatrice », *JCI Contrats et Marchés Publics*, fasc. 43, mise à jour au 03/02/2021.

Paul PEYRET, « Notion de pouvoir adjudicateur », *JCI Contrats et Marchés Publics*, fasc. 45, mise à jour au 03/02/2021.

Jean-Luc PIOTRAUT, « Recherche et développement : politique », *Répertoire de droit européen*, mise à jour du 01/03/2014.

Marion UBAUD-BERGERON, « Pouvoirs adjudicateurs », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 24/03/2023.

Marion UBAUD-BERGERON, « Entité adjudicatrice », *Encyclopédie de la commande publique*, mise à jour du 24/03/2023.

Jean-Baptiste VILA, « Contrat de délégation de service public : cadre juridique », *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n° 3105, mise à jour au 01/04/2021.

Kris WAUTERS et Pauline ABBA, « Marchés publics », *JCI Europe Traité*, fasc. 1052, mise à jour au 09/04/2022.

Kris WAUTERS, « Droit européen des contrats et marchés publics », *JCI Europe Traité*, Synthèse, mise à jour au 10/11/2023.

Kris WAUTERS et Alice, « Concessions », *JCI Europe Traité*, fasc. 1057, mise à jour au 24/11/2022.

Ouvrages

Jean-Jacques BIENVENU, Michel DEGOFFE et Étienne FATÔME (Sous la direction de), *Mélanges en l'honneur de Laurent Richer : à propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013, 731 p.

Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, Le Moniteur, 7^e éd., 2021, 694 p.

Roberto CARANTA et Albert SANCHEZ-GRAELLS, *European public procurement : commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2021, 970 p.

Véronique COQ (Sous la direction de), *L'éthique en droit des marchés publics*, LexisNexis, 2020, 180 p.

Stéphane DE LA ROSA et Patricia VALCARCEL-FERNANDÈZ (Sous la direction de), *Les principes des contrats publics en Europe*, Bruylant, 2022, 662 p.

Stéphane DE LA ROSA (Sous la direction de), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique. Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, Société de législation comparée, 2014, 220 p.

Marcel GUENOUN et Jean-François ADRIAN (Sous la direction de), *L'éthique de la gestion publique. Stratégies nationales et internationales de prévention de la corruption*, IGPDE, 2016, 240 p.

Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., Dalloz, 2022, 1054 p.

François LICHÈRE et Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ Lextenso, 2021, 828 p.

François LICHÈRE, *Droit des contrats publics*, 3^e éd., Dalloz, 2020, 164 p.

François LICHÈRE, Roberto CARANTA et Steen TREUMER (Sous la direction de), *Modernising Public Procurement : The New Directive*, Djøf, 2014, 400 p.

Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, 8^e éd., Dalloz, 2021, 138 p.

Yseult MARIQUE et Kris WAUTERS (Sous la direction de), *EU Directive 2014/24 on Public Procurement : A New Turn for Competition in Public Markets?*, Ed. Larcier, 2016, 230 p.

Etienne MULLER (Sous la direction de), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Dalloz, 2018, 228 p.

Laurent RICHER, *La concession en débat*, LGDJ Lextenso, 2014, 219 p.

Marion UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 5^e éd., LexisNexis, 2024, 586 p.

Thèses

Pierre BLANQUET, *Le sous-contrat, étude de droit administratif*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2022, 610 p.

Dionysios KELESIDIS, *Recherche comparative sur la notion de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice*, Thèse, Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, 2017, 581 p.

Sophie MESLIN-LIÈRE, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, LGDJ/Lextenso, Bibliothèque de droit public, 2022, 504 p.

Articles de doctrine

BJCP

Guillaume DELALOY et Céline FRACKOWIAK, « Nouvelles directives européennes sur les marchés publics et les concessions : quels changements pour le droit français de la commande publique ? », *BJCP* 2014, n° 94, 155.

Bertrand DACOSTA, « L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive Marchés publics », *BJCP* 2014, n° 96, 325.

Frédéric DIEU, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *BJCP* 2014, n° 96, 326.

Gilles PELLISSIER, « Définition de la concession de services et de catégories juridiques existantes en droit français », *BJCP* 2014, n° 95, 246.

Laurent RICHER, « La concession dans la commande publique », *BJCP* 2015, n° 103, 403.

Bruylant

Vincenzo RANDAZZO et Pietro MISSANELLI, « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession », *Revue du Droit de l'Union européenne* 2014, n° 4, 663.

Cairn

Mathias AMILHAT, « La commande publique, support d'une éthique en construction ? », *Droit et ville* 2023, 96.

Hubert DELZANGLES, « Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ? », *Revue juridique de l'environnement* 2015, 13.

Jean-Marc PEYRICAL, « La transparence dans les marchés publics », *Constructif* 2018, n° 3, 16.

Catherine PRÉBISSY-SCHNALL, « Les marchés publics resteront-ils le domaine privilégié de la corruption politico-administrative ? », *RFAP* 2020, 693.

Dalloz

Nicolas BOULOUIS, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, 620.

Stéphane BRACONNIER, « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat », *AJDA* 2015, 1795.

Stéphane BRACONNIER, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », *RDI* 2015, 8.

Stéphane BRACONNIER, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA* 2014, 832.

Stéphane BRACONNIER, « Directive concessions : le droit européen des contrats publics (re)trouve ses repères », *AJDA* 2012, 2241.

Stéphane BRACONNIER, « Éclairage utile sur la distinction entre “pouvoirs adjudicateurs” et “entités adjudicatrices” », *RDI* 2010, 151.

François BRENET, « Les nouvelles bases du droit des concessions », *AJDA* 2016, 992.

François BRENET, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA* 2014, 848.

François CAFARELLI, « L'encadrement des accords-cadres : la quadrature du cercle », *AJDA* 2022, 1229.

Gilles LE CHATELIER, « Les nouvelles règles relatives au contenu et à l'exécution des contrats de concession », *AJCT* 2016, 249.

Olivier DIDRICHE, « Les nouvelles règles en matière de passation des contrats de concession », *AJCT* 2016, 243.

Olivier DIDRICHE, « La réforme des directives marchés : objectifs et stratégies de la Commission européenne », *AJCT* 2012, 592.

Maurice GUÉNOU-AHLIDJA, « Le sous-contrat en droit public », *RFDA* 2018, 915.

Pascale IDOUX, « Les considérations sociales et environnementales », *RFDA* 2016, 260.

Grégory KALFLÈCHE, « Petites et moyennes entreprises ultramarines et commande publique », *AJDA* 2018, 105.

Michaël KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques “contrat public et Union européenne” », *RFDA* 2014, 418.

Jean-François LAFAIX, « La codification et la fin des contrats », *RFDA* 2019, 227.

Valentin LAMY, « Icare, les ailes brûlées, vole encore », *AJDA* 2023, 398.

Mickaël LAVAIINE, « La réforme de l'accord-cadre », *AJDA* 2016, 1905.

François LICHÈRE, « La passation des concessions », *AJDA* 2016, 1000.

Florian LINDITCH, « Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? », *RFDA* 2014, 403.

Mathieu LORIOU, « L'offre anormalement basse, tentative de définition », *AJCT* 2015, 427.

Sophie NICINSKI, « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA* 2023, 162.

Rozen NOGUELLOU, « L'exécution des contrats de concession », *AJDA* 2016, 1008.

Rozen NOGUELLOU, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », *AJDA* 2015, 1789.

Rozen NOGUELLOU, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, 853.

Thomas PEZ, « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA* 2016, 237.

Sébastien PLATON, « La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », *AJDA* 2014, 841.

Hélène PONGÉRARD-PAYET et Taha BANGUI, « La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique », *AJDA* 2007, 1055.

Diane POUPEAU, « Le Parlement européen vote les directives Marchés et Concessions », *AJDA* 2014, 76.

Laurent RICHER, « Appel à projets et commande publique », *RDI* 2022, 626.

Laurent RICHER, « Retour sur la cession des contrats de la commande publique », *AJDA* 2021, 1183.

Laurent RICHER, « La fin des contrats », *RFDA* 2016, 294.

Benoît SCHMALTZ, « Limiter la sous-traitance dans les marchés publics des personnes privées », *AJDA* 2016, 1669.

Jean SIRINELLI, « La notion de coopération entre pouvoirs adjudicateurs dans la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et l'exigence de coopération effective », *RTDEur.* 2022, n° 1, 113.

Jean SIRINELLI, « Les transferts de compétences entre pouvoirs adjudicateurs et le droit européen des marchés publics », *RTDEur.* 2022, n° 1, 110.

Jean-Gabriel SORBARA, « L'exclusion automatique des contrats de la commande publique n'est pas une punition », *AJDA* 2022, 882.

David TARON, « La commande publique, outil d'insertion des personnes en situation de handicap », *AJCT* 2020, 278.

David TARON, « Les marchés réservés dans la nouvelle directive Marchés publics », *AJCT* 2014, 601.

Philippe TERNEYRE, « La durée des contrats », *RFDA* 2016, 276.

Philippe TERNEYRE, « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *RFDA* 2014, 407.

Marion UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA* 2016, 218.

Le Moniteur

Audrey ALEXKSANDROWICZ, « L'analyse des capacités des candidats : quelles nouveautés ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, 24.

Xavier BEZANÇON, « Que reste-t-il des concessions ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, 3.

Laurent BIDAULT, « Le recours au partenariat d'innovation », *Le Moniteur – Contrats publics* 2023, n° 239, 25.

Stéphane BRACONNIER, « PME et commande publique : totems... », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 148, 3.

Stéphane BRACONNIER, « La consécration du critère du risque opérationnel dans la directive Concessions », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, 27.

Katia BUCHET, « La coopération horizontale : un outil contractuel favorisant la dimension partenariale au service des politiques publiques », *Le Moniteur – Contrats publics* 2023, n° 245, 56.

Noémie BUSSY, Raphaël CRESPELLE, Laëtitia GUIBOUT et Emmanuel MAVROIDIS, « Les partenariats d'innovation de SNCF Mobilités : l'ingénierie juridique au service de l'innovation », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 184, 53.

Guillaume CANTILLON, « Labels écologiques et sociaux : vers une utilisation facilitée par une extension du lien à l'objet du marché », *Le moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, p. 28

Cyril COUPÉ, « Sélection des candidatures et des offres dans le cadre des marchés publics et concessions : points communs et différences », *Le Moniteur – Contrats publics* 2017, n° 173, 16.

Michel CRAHÈS, « Précieux et délicat sourçage des marchés publics », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 170, 22.

Benoît DELAUNAY, « Le développement durable, avenir de la commande publique ? », *Le Moniteur – contrats publics* 2010, n° 96, 3.

Cornélie DURRLEMAN et Pierre-Alain MOGENIER, « Partenariat d'innovation et marchés publics d'informatique », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 184, 58.

Samuel DYENS, « Les critères d'attribution des concessions : un véritable bouleversement ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, 54.

Yvonnick LE FUSTEC, « Qu'est-ce que le sourcing », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 185, 18.

Guillaume GAUCH et Olivier METZGER, « Le champ d'application de la directive Concession », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, 22.

Romain GRANJON, « Contrat de concession : éléments de définition », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 164, 13.

Philippe GUELLIER et François LEHOUX, « L'incidence de la transposition de la directive Concession sur les mesures de publicité », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 164, 37.

Mathieu HEINTZ, « Le développement durable dans la directive 2014/24/UE », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, 50.

Michaël KARPENSCHIF, « Du "in house" aux "in house" après la directive concession », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, 64.

Arnaud LATRÈCHE, « La forme et le contenu des marchés publics. Le renouveau de la liberté contractuelle ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 170, 18.

Olivier LAFFITTE, « Définition des besoins et achat public responsable », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 170, 41.

Eric LANZARONE et Hanna BRAUNSTEIN, « Présentation des candidature et sélection des candidats : vers une simplification et un renforcement des règles », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, 20.

Arnaud MARCHAND, « Le nouveau maquis des interdictions de soumissionner », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, 35.

Bruno MOUNIER, « La durée dans les marchés publics globaux », *Le Moniteur – Contrats publics* 2015, n° 150, 27.

Benoît NEVEU et Benoît POLDERMAN, « Directive concession : quelles incidences sur l'examen des candidatures ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, 48.

Lucien RAPP, « 7 solutions pour améliorer l'accès des PME aux contrats de la commande publique », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 148, 55.

Laurent RICHER, « Ce qu'est vraiment le *Small Business Act* aux États-Unis », *Le Moniteur – Travaux publics*, 22 févr. 2008.

Nadia SAÏDI, « Fixer la durée d'un marché public », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 170, p. 55.

Didier SEBAN, « Sourcing : opportunité ou danger ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 185, 3.

Sandrine SERPENTIER-LINARÈS, « Présentation des obligations de publicité contenues dans la directive concession », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, 45.

Gazette de l'institut de droit public des affaires

Sarah AZAZI, « La commande publique et la planification urbaine de la ville intelligente », *Gazette de l'Institut de droit public des affaires* sept. 2019, n° 39.

Lexbase

Thierry DAL FARRA, « Le début de la transposition des nouvelles Directives européennes “marchés publics” : des mesures de simplification favorables aux petites et moyennes entreprises et à l’innovation », *Lexbase Public* 06/11/2014, n° 350.

LexisNexis

Yanisse BENRAHOU, « Codification de la procédure d'auto-apurement : l'exclusion de la commande publique, ce n'est pas automatique - À propos de l'article 15 de la loi du 9 mars 2023 », *JCP Adm.* 2023, 2182.

Frédéric ALLAIRE, « L'avènement de la commande publique responsable. Libres propos », *JCP Adm.* 2021, act. 501.

Stéphane BRACONNIER, « Regards sur le nouveau droit des concessions », *JCP G.* 2016, doct. 413.

Stéphane BRACONNIER, « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Première partie : un cadre général renouvelé », *JCP Adm.* 2014, 567.

Stéphane BRACONNIER, « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Deuxième partie : passation et exécution des marchés et concessions », *JCP Adm.* 2014, 596.

Caroline CHAMARD-HEIM, « Le difficile maniement du critère du contrôle de la gestion d’une personne privée par un pouvoir adjudicateur », *CMP* févr. 2024, repère 2.

Guylain CLAMOUR, « Les marchés exclus », *CMP* oct. 2015, dossier 3.

Guylain CLAMOUR, « Marchés et concessions entre entités dans le secteur public », *CMP* juin 2014, dossier 6.

Guylain CLAMOUR, « Nouvelle directive concessions, premier panorama », *CMP* mars 2014, comm. 72.

Laurent COUTRON et Benoît NEVEU, « Informations, secret des affaires et concurrence », *JCP Adm.* 2023, 2389.

Véronique COQ, « La charte éthique dans les marchés publics », *CMP* avr. 2019, étude 4.

Philippe COSSALTER, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *CMP* juin 2014, dossier 10.

Nicolas CROS, « Acheteurs publics, osez l’innovation ! », *CMP* avr. 2024, repère 4.

Guillaume DELALOY, « Les objectifs horizontaux de la commande publique, des obstacles à l'efficacité ? », *JCP Adm.* 2022, 2321.

Claude DEVÈS, « Société d'économie mixte et pouvoir adjudicateur : mode d'emploi. À propos de l'arrêt TERACTEM de la CDBF du 3 décembre 2021 », *JCP Adm.* 2022, 2133.

Stéphane DE LA ROSA, « Enjeux et négociation de la directive n° 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession », *JCP Adm.* 2014, 2136.

Philippe DELELIS, « Contenu et exécution des contrats de concession », *CMP* mars 2016, dossier 5.

Hubert DELZANGLES, « Vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », *CMP* mars 2023, étude 1.

Pascal DEVILLERS, « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », *CMP* oct. 2015, dossier 10.

Stéphanie DOUTEAUD, « Suivi de la mise en œuvre de la directive marchés 2014/24/UE : l'heure du bilan a sonné », *CMP* avr. 2022, alerte 17.

Gabriel ECKERT, « Irrégularité des accords-cadres sans maximum : quelles conséquences ? », *CMP* avr. 2022, comm. 105.

Gabriel ECKERT, « A quoi sert le régime simplifié de la passation des concessions », *CMP* oct. 2021, repère 9.

Gabriel ECKERT, « Les procédures allégées des concessions », *CMP* juin 2014, dossier 8.

Gabriel ECKERT, « La directive sur l'attribution des contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *RJEP* 2014, n° 772, 3.

Gabriel ECKERT, « Transparence des critères de sélection des offres », *Dr. adm.* 2010, n° 3, comm. 36.

Amadis FRIBOULET, « Éclairages sur le processus d'adoption du nouveau droit européen des marchés publics et des concessions », *CMP* juin 2014, dossier 2.

Jean-Philippe HARRIAGUE, « Libre variations autour de la notion de variante », *CMP* mai 2022, étude 5.

Hélène HOEPFFNER, « La nouvelle neutralité de la commande publique », *CMP* juill. 2023, repère 7.

Hélène HOEPFFNER « Les objectifs horizontaux de la commande publique, des obstacles à "l'efficacité" ? – La vision théorique », *JCP Adm.* 2022. 2320.

Hélène HOEPFFNER, « Précisions sur l'attribution des marchés subséquents à un accord-cadre mono-attributaire », *CMP* janv. 2021, comm. 4.

Hélène HOEPFFNER, « Marchés et contrats mixtes », *CMP* oct. 2015, dossier 5.

Hélène HOEPFFNER, « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : *requiem* pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *CMP* juin 2014, dossier 16.

Hélène HOEPFFNER, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Europe* 2014, étude 3.

Hélène HOEPFFNER, « La nouvelle directive Concessions : sécuriser le cadre juridique des concessions et préserver la liberté des concédants : une conciliation impossible ? », *Europe* 2014, étude 5.

Grégory KALFLÈCHE, « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *CMP* juin 2014, dossier 4.

Michaël KARPENSCHIF, « In house et droit de la concurrence », *JCP Adm.* 2020, 28.

Michaël KARPENSCHIF, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *CMP* juin 2014, dossier 3.

Alexandre LABETOULE, Sophie LE CADET et Ariane BARDOU, « Panorama des principales nouveautés de la réforme du droit des marchés publics : ce qu'il faut retenir », *JCP Adm.* 2016, 2130.

Valentin LAMY, « La mise en œuvre du programme anti-corruption par les entreprises privées et le secteur public », *JCP Adm.* 2023, 2159.

Valentin LAMY, « Contrats publics et compliance. Les nouveaux chemins de la lutte contre la corruption », *JCP Adm.* 2022, 2155.

François LICHÈRE, « La liberté contractuelle précisée en cas d'infructuosité d'un appel d'offres », *JCP E.* 2022, 1393.

François LICHÈRE, « La notion d'efficacité de la commande publique », *JCP Adm.* 2022, 2319.

François LICHÈRE, « La déontologie et l'attribution des contrats publics », *JCP Adm.* 2020, 2034.

Pierre LIGNIÈRES, « "Clause Molière" : le juriste peut-il se contenter d'être un censeur ? », *Dr. Adm.* 2017, repère 4.

Florian LINDITCH, « Comment veiller au respect des droits de l'Homme dans la chaîne d'approvisionnement ? », *CMP* oct. 2021, alerte 43.

Florian LINDITCH, « Critères et transparence, le voile des éléments d'appréciation ne sera pas soulevé », *JCP Adm.* 2020, 2329.

Florian LINDITCH, « Exclusivité et accord-cadre, l'éternel retour », *JCP Adm.* 2018, 2345

Florian LINDITCH, « Allotissement et marchés globaux », *CMP* oct. 2015, dossier 6.

Florian LINDITCH, « Les marchés mixtes », *CMP* juin 2014, dossier 9.

Florian LINDITCH, « Au secours, le critère social revient ! », *JCP Adm.* 2005, 1085.

François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « La commande publique instrument stratégique au service des politiques publiques », *CMP* nov. 2017, repère 10.

François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? » *CMP* mars 2014, repère 3.

François LLORENS et Willy ZIMMER, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », *CMP* juin 2014, repère 6.

Frédéric LOMBARD et Thierry AMSELEK, « Les principes de libre accès, d'égalité des candidats et de transparence des procédures : garants de l'efficacité ? », *JCP Adm.* 2022, 2315.

Frédéric LOMBARD, « La codification du critère de distinction marché / concession : le critère du risque opérationnel », *JCP Adm.* 2014, 2137.

Julien MARTIN, « Les risques dans les marchés publics – Diagnostic et taxinomie », *JCP Adm.* 2021, 2285.

Julien MARTIN, « Les contrats de concessions exclus », *CMP* mars 2016, dossier 3.

Camille MIALOT et Thomas POULARD, « Le partenariat d'innovation-retours d'expérience ; Note sous Directive 2014/24/UE du parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2016, n° 6, dossier 49.

Frédérique MICHÉA, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2018, dossier 36.

Julien MOIROUX, « Nouvelle directive sur les contrats de concession : quels impacts potentiels ou avérés sur la loi Sapin ? », *JCP Adm.* 2014, 2168.

Frédérique OLIVIER et Clémentine LIET-VEAUX, « La négociation dans la commande publique : Quelle place ? Quel enjeu ? », *CMP* juill. 2016, étude 5.

Frédérique OLIVIER et Jean-Louis LESQUINS, « Nouvelles directives européennes, in house et aides d'État », *CMP* août-sept. 2014, étude 8.

Kevin PICAVEZ et François CASSAN, « Dépassement du montant maximum d'un accord-cadre : quelles conséquences sur l'accord-cadre et comment l'anticiper ? », *JCP Adm.* 2022, 2308.

Eric POURCEL, « Exclusion des marchés publics : il n'est pas interdit d'interdire... », *CMP* janv. 2017, étude 1.

Eric POURCEL, « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? », *CMP* avr. 2015, étude 5.

Laurent RICHER, « L'efficacité de la commande publique : synthèse », *JCP Adm.* 2022, 2323.

Laurent RICHER, « L'auto-apurement en action », *CMP* nov. 2022, étude 10.

Laurent RICHER, « La transposition des règles sur les exclusions et les conflits d'intérêts », *CMP* oct. 2015, dossier 9.

Laurent RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *CMP* févr. 2015, étude 2.

Brigitte ROMAN-SÉQUENSE, « Accord-cadre : pouvoir de modification unilatérale », *CMP* juin 2013, comm. 184.

Yann SIMONNET, « Centrales d'achat, en quête de précisions », *CMP* oct. 2015, dossier 7.

Pierre SOLER-COUTEAUX, « Contrats de concession : la nouvelle donne », *CMP* mars 2016, repère 3.

Jean-Gabriel SORBARA, « Marchés publics et innovation », *CMP* juin 2014, dossier 13.

François TENAILLEAU, « L'influence des directives sur les partenariats public-privé », *CMP* juin 2014, dossier 11.

Philippe TERNEYRE, « La notion de marché public : rupture ou continuité ? », *CMP* juin 2014, dossier 3.

François-Guy TREBULLE, « Marchés publics et responsabilité sociale des entreprises... il reste du chemin à faire », *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2018, repère 7.

Marion UBAUD-BERGEON, « Recours en contestation de validité du contrat : le titulaire d'un accord-cadre multi-attributaires a la qualité de tiers vis-à-vis des autres titulaires », *CMP* févr. 2024, comm. 51

Marion UBAUD-BERGEON, « Transparence et protection des données confidentielles dans la passation des marchés publics : un équilibre complexe... », *CMP* févr. 2023, comm. 36.

Marion UBAUD-BERGEON et Laurent COUTRON, « Besoin d'un nouveau cadre pour l'accord-cadre ? », *CMP* déc. 2021, repère 11.

Marion UBAUD-BERGEON, « Retour de la clause Molière devant le Conseil d'État », *CMP* avr. 2019, comm. 110.

Thomas VASEUX, « Utiliser les variantes dans les marchés publics », *CMP* août-sept. 2020, étude 8.

Lextenso

Fanette AKOKA, « Le contrat de concession dans le patrimoine génétique de la commande publique », *Petites affiches*, 02/09/2019, 9.

Marion UBAUD-BERGERON, « Sécurité juridique et contrats administratifs », *RDP* 2016, 779.

Westlaw

Maria ANDRECKA, « Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues ? », *PPLR* 2015, n° 2, 48.

Sue ARROWSMITH, « Dynamic purchasing systems under the new EC Procurement Directives - a not so dynamic concept ? », *PPLR* 2006, n° 1, 16.

Miguel ASSIS RAIMUNDO, « "Aiming at the market you want": a critical analysis of the duties on division into lots under Directive 2014/24/EU », *PPLR* 2018, n° 4, 167.

Douglas AQUILINA, « The valuation of contracts for the purposes of the EU Public Contracts Directive », *PPLR* 2018, n° 1, 1.

Paula BORDALO FAUSTINO, « Award criteria in the new EU Directive on public procurement », *PPLR* 2014, n° 3, 124.

Susan BROWN-SHAFFI, « Understanding paradoxes of the public purse: procurement, trade and the politics of thinking differently to enable strategic innovation », *PPLR* 2020, n° 5, 289.

Pedro CERQUEIRA GOMES, « EU public procurement oversight bodies - the way forward », *PPLR* 2017, n° 6, 249.

Pedro CERQUEIRA GOMES, « The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directive », *PPLR* 2014, n° 4, 211.

Richard CRAVEN, « The EU's 2014 Concessions Directive », *PPLR* 2014, n° 4, 188.

Jonathan DAVEY, « Procedures involving negotiation in the new Public Procurement Directive: key reforms to the grounds for use and the procedural rules », *PPLR* 2014, n° 3, 103.

A. C. L. DAVIS, Elinor BUYS et James Ruairi MACDONALD, « Accountability for "social value" in procurement », *Public Law* 2023, 214.

Carmen ESTEVAN DE QUESADA, « Competition and transparency in public procurement markets », *PPLR* 2014, n° 5, 229.

Glenn FLETCHER, « Minimum time limits under the new Public Procurement Directive », *PPLR* 2014, n° 3, 94.

Carri GINTER et Kadri HÄRGINEN, « In house transactions: lost in translation? », *PPLR* 2020, n° 3, 117.

Kirsi-Maria HALONEN, « Termination of a public contract - lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive », *PPLR* 2017, n° 4, 187.

Kadri HÄRGINEN, « Duty of diligence of a contracting authority in the EU... », *PPLR* 2022, n° 2, 76.

Isabelle HASQUENOPH, « Sustainable public procurement and geography », *PPLR* 2021, n° 2, 63.

Francisco L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, « The evolving concept of works and service concessions in European Union Law », *PPLR* 2016, n° 2, 51.

Stéphanie HÖTTE, « The state as contracting authority - one whole or a cluster of smaller contracting authorities? », *PPLR* 2019, n° 2, 27.

John KITSOS, « Defining concessions in EU public procurement law: has Directive 2014/23 missed another opportunity for conceptual clarification », *European Law Review* 2018, n° 43, 549.

Totis KOTSONIS, « The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours », *PPLR* 2014, n° 4, 169.

Trygve Gudmund Harlem LOSNEDAHN, « The general principle of competition is dead », *PPLR* 2023, n° 2, 85.

Derek MCKEE, « Paradigms of public procurement law », *PPLR* 2023, n° 2, 67.

Hans-Joachim PRIESS et Pascal FRITON, « Joint liability of a tenderer and its supporting third party », *PPLR* 2018, n° 4, 141.

Carina RISVIG HAMER, « Regular purchases and aggregated procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies », *PPLR* 2014, n° 4, 201.

Albert SANCHEZ-GRAELLS, « Regulatory substitution between labour and public procurement law : the EU's shifting approach to enforcing labour standards in public contracts », *European Public Law*, 2018, 229.

Sarah SCHOENMAEKERS, « The UE debarment rules: legal and economic rationale », *PPLR* 2016, n° 3, 91.

Mari-Ann SIMOVART, « The power of termination under art. 73(a) of Directive 2014/24/EU: the challenges of balancing implementation », *PPLR* 2018, n° 6, 279.

Steen TREUMER, « Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules », *PPLR* 2007, n° 16, 370.

Martin TRYBUS, « The division of public contracts into lots under Directive 2014/24: minimum harmonisation and impact on SMEs in public procurement? », *European Law Review* 2018, n° 3, 313.

Martin TRYBUS et Maria ANDRECKA, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU? », *EPPPL* 2017, n° 3, 217.

Janicke WIGGEN, « Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector », *PPLR* 2014, n° 3, 83.

Autres publications (rapports, guides, communications...)

Alliance ville emploi, *Achat socialement responsable. Recueil des fondamentaux des facilitateurs*, 2024, Fiche C7.

Mathias AMHILAT et Jean-François KERLÉO, *Recours par l'État aux cabinets de conseil : des réformes toujours nécessaires*, Observatoire de l'Éthique Publique, mise à jour du 20/07/2023, 30 p.

Samira BOUSSETA, *Evaluation Study of Relevance and EU added value of the Public Procurement legislation*, Commission européenne 2025.

Roberto CARANTA, *Coherence in the EU Public Procurement Directives*, Commission européenne, 2025.

Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon Uzenat, *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique*, Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, 2025.

Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, 2e éd., n° 2021/C 237/01, mise à jour du 26/05/2021.

Commission européenne, *Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, 01/04/ 2020, 2020/C 108 I/01.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe*, 14 décembre 2007, COM(2007) 799, 12 p.

Cour des comptes européenne, *Rapport spécial : Marchés publics dans l'Union européenne. Recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021*, n° 28/2023, 2023.

European Commission, *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement – 10 elements of good practice*, 2007, SEC(2007) 280, 26 p.

Willem A. JANSSEN, *The coherence of public procurement legislation in the European union*, Commission européenne, 2025.

Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, Guide d'utilisation, 2022, 53 p.

Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Dématérialisation des marchés publics*, Guide pratique, mise à jour du 01/12/ 2012, 78 p.

Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance, Direction des Affaires juridiques, *Rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2017-2019*, mise à jour du 01/02/2022, 103 p.

Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *La sous-traitance*, Fiche technique, mise à jour du 01/04/2019.

Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les modalités de mise en concurrence des contrats de concession*, Fiche technique, mise à jour du 01/01/2020.

Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les modalités de publicité applicables à la passation des contrats de concession*, Fiche technique, mise à jour du 01/01/2020.

Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices*, Fiche technique, mise à jour du 01/04/2019.

Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, Fiche technique, mise à jour en avr. 2019.

Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Guide pratique de l'achat public innovant*, mai 2019, 48 p.

Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des Affaires juridiques, *Rapport à la Commission européenne relatif à la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2014-2016*, avr. 2018, 63 p.

Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des achats de l'État, *Réussir son achat responsable. Comment faire de son achat un outil au service de l'insertion des publics éloignés de l'emploi ?*, Guide thématique n° 2, mise à jour du 01/03/2023.

Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des achats de l'État, *Réussir son achat responsable. Comment veiller au respect des droits de l'Homme au travail dans les chaînes d'approvisionnement ?* Guide thématique n° 1, mise à jour du 01/04/2021.

Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des Affaires juridiques, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, mise à jour en 2023.

Piotr MÜLLER, *Rapport sur la passation des marchés publics, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs*, Parlement européen, 2024/2103(INI), 2025.

Stéphane SAUSSIER et Jean TIROLE, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Notes du conseil d'analyse économique* 2015, n° 3, 2015. 1.

ANNEXES



ANNEXE 1 : RECOMMANDATIONS INITIALES DE LA CHAIRE

Dans le cadre des premiers travaux menés par la Chaire en 2024, 27 recommandations ont pu être proposées.

Axe 1 : Le champ d'application des directives

1. Supprimer la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice, et aligner le régime des pouvoirs adjudicateurs sur celui des entités adjudicatrices.
2. Introduire la notion de « *satisfaction d'un besoin* » de l'acheteur dans la définition des marchés publics à l'article 2 §1 de la *Directive 2014/24*.
3. Préciser la qualification d'organisme de droit public en codifiant la jurisprudence européenne y relative.
4. Simplifier le *in house*, en particulier le *in house* ascendant et le critère du contrôle analogue.

Axe 2 : La concurrence

5. Supprimer les conditions de recours à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable en procédure de droit commun pour les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs, par mimétisme avec les entités adjudicatrices.
6. Renforcer la pleine exploitation de la négociation en appliquant aux secteurs spéciaux les règles plus précises de la *directive Marchés* et en encourageant l'identification par l'autorité contractante des aspects du marché devant être négociés en priorité.
7. Sécuriser la mise en œuvre du dialogue compétitif, notamment en appliquant à cette procédure les règles relatives à la protection des informations confidentielles et à l'égalité de traitement des candidats applicables à la procédure négociée jusqu'à présent.
8. Créer un nouveau motif de recours à la procédure négociée sans publication préalable pour les prestations permettant un gain significatif d'efficacité en cas de circonstances particulières mettant en cause la continuité du service public.
9. Clarifier les motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable, en particulier celui tenant à l'urgence impérieuse et celui relatif à la répétition de travaux ou services similaires.

10. Énumérer dans un considérant des *directives Marchés et Concessions* des exemples de documents admis au titre de preuve du lien entre le soumissionnaire principal et l'entité tierce sur les capacités desquelles il s'appuie.
11. Supprimer le document unique de marché européen (« DUME ») dont la généralisation est encouragée par l'article 59 de la *Directive 2014/24*.
12. Créer un registre européen dématérialisé des opérateurs économiques « fiables » qui serait alimenté par les autorités nationales habilitées à délivrer une autorisation de conclure les contrats de la commande publique dépassant les seuils européens.

Recommandation subsidiaire : Créer un registre européen des opérateurs économiques des États membres recensant les condamnations prononcées par un jugement définitif pour les motifs d'exclusion obligatoires.

13. Rédiger des conseils relatifs à l'utilisation du motif d'exclusion prévu par les *directives 2014/23* et *2014/24* visant l'opérateur économique qui s'est rendu coupable d'une « faute professionnelle grave » mettant en cause son « intégrité ».

Recommandation subsidiaire : Clarifier l'utilisation du motif d'exclusion lié à des « *défaillances persistantes de l'opérateur économique* », lors d'un précédent contrat, qui ont donné lieu à une « *résiliation ou une sanction comparable* » en : 1) supprimant cette dernière mention ; 2) en précisant que la saisine d'une juridiction ou d'une autorité administrative aux fins de contestation est suspensive de la décision.

14. Consacrer et encadrer juridiquement la pratique des scénarios alternatifs.
15. « Codifier » dans les *directives Marchés et Concessions* l'obligation qui pèse sur l'autorité contractante d'identifier et de rejeter les offres identiques présentées par des entreprises liées.
16. Encadrer l'utilisation de l'intelligence artificielle en matière de commande publique.

Axe 3 : Les objectifs horizontaux

17. Hiérarchiser les objectifs « stratégiques » du droit de la commande publique.
18. Imposer aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer les marchés publics à l'« offre la plus avantageuse » en fonction de critères sociaux et environnementaux.
19. Rendre l'allotissement obligatoire.

Recommandation subsidiaire : Autoriser les autorités contractantes à tenir compte, par un critère d'attribution, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises, tout en imposant une pondération minimale.

20. Créer une structure européenne d'appui pour les autorités contractantes dans le cadre de l'innovation ou, à défaut, d'un label européen « innovation », ou encourager la création de telles structures au niveau national.

Axe 4 : Les techniques d'achat

21. Préciser les interdictions de recours à l'accord-cadre, *a minima* en codifiant l'obligation d'indiquer la quantité ou la valeur maximale et en encadrant les facultés de modification de cette quantité ou valeur.
22. Indiquer expressément que l'accord-cadre constitue un contrat.
23. Étendre la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans.
24. Indiquer expressément que le(s) attributaire(s) d'un accord-cadre bénéficie(nt) en principe d'une exclusivité pour les prestations couvertes par l'accord, sauf en présence d'une clause de non-exclusivité remplissant certaines conditions.
25. Indiquer que la résiliation de l'accord-cadre n'entraîne pas nécessairement la fin des bons de commande et marchés subséquents en cours d'exécution, et déterminer s'il est possible de modifier un bon de commande ou un marché subséquent après la fin de l'accord-cadre.

Axe 5 : L'exécution, la durée et la fin du contrat

26. Reformuler l'article 18 de la *Directive 2014/23/UE* relatif à la durée des concessions.
27. Encadrer la prolongation des concessions au-delà de leur terme.

ANNEXE 2 : RECOMMANDATIONS SOUMISES AUX ENQUÊTES

Dans le cadre des entretiens, ont pu être évaluées à travers les échanges avec les interviewés les quarante-cinq recommandations ci-après recensées, provenant de six travaux récents¹⁸⁶⁹ :

- François LICHÈRE, Etienne MULLER et Fabrice MELLERAY (Dir.), *Bilan et réforme des directives*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2026 [Rapport Chaire DCP] ;
- Commission d'enquête du Sénat présidée par Simon UZENAT, *L'urgence d'agir pour éviter la sortie de route : Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique*, Rapport n° 830 (2024-2025), tome I, 2025 [Rapport Sénat] ;
- Piotr MÜLLER, *Rapport sur la passation des marchés publics*, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, 2024/2103(INI), 2025 [Rapport Müller] ;
- Willem A. JANSSEN, *The coherence of public procurement legislation in the European union*, Commission européenne, 2025 [Rapport Janssen] ;
- Samira BOUSSETA, *Evaluation Study of Relevance and EU added value of the Public Procurement legislation*, Commission européenne, 2025 [Rapport Bousseta] ;
- Roberto CARANTA, *Coherence in the EU Public Procurement Directives*, Commission européenne, 2025 [Rapport Caranta]¹⁸⁷⁰.

Axe 1 : Le champ d'application des directives

1. Exclure du champ d'application des directives sur les marchés publics la coopération entre les autorités publiques [Rapport Müller].
2. Simplifier le in house, en particulier le in house ascendant et le critère du contrôle analogue [Rapport Chaire DCP].
3. Introduire la notion de « satisfaction d'un besoin » de l'acheteur dans la définition des marchés publics à l'article 2 §1 de la Directive 2014/24 [Rapport Chaire DCP].
4. Préciser la qualification d'organisme de droit public en codifiant la jurisprudence européenne y relative [Rapport Chaire DCP].

¹⁸⁶⁹ Aucune recommandation utile n'est à relever dans le rapport sur l'évaluation de la transparence et de l'intégrité des contrats de la commande publique en Europe (Isabel DA ROSA, Tünde TATRAI, Dávid TRESO, *Evaluation of Transparency and Integrity. 2014 Public Procurement Directives*, Commission européenne, 2025) qui concerne spécifiquement les données sur la commande publique.

¹⁸⁷⁰ Une seule recommandation est retenue dans ce rapport.

Axe 2 : La concurrence

5. Autoriser le remplacement sans publicité ni mise en concurrence préalables du titulaire d'un marché ou d'un lot en cas de défaillance liée à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire *[Rapport Sénat]*.
6. Attribuer les marchés publics en se fondant sur le meilleur rapport qualité-prix et non le critère unique du prix *[Rapport Müller]*.
7. Créer un nouveau motif de recours à la procédure négociée sans publication préalable pour les prestations permettant un gain significatif d'efficacité en cas de circonstances particulières mettant en cause la continuité du service public *[Rapport Chaire DCP]*.
8. Autoriser par principe les variantes dans le cadre des marchés passés selon une procédure formalisée, sauf mention contraire dans l'avis de marché ou l'invitation à confirmer l'intérêt *[Rapport Sénat]*.
9. Supprimer les conditions de recours à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable en procédure de droit commun pour les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs, par mimétisme avec les entités adjudicatrices *[Rapport Chaire DCP]*.
 À l'instar de ce qui est autorisé pour les entités adjudicatrices, permettre aux pouvoirs adjudicateurs de recourir librement à une procédure formalisée avec négociation, sans justification *[Rapport Sénat]*.
10. Renforcer la pleine exploitation de la négociation en appliquant aux secteurs spéciaux les règles plus précises de la directive Marchés et en encourageant l'identification par l'autorité contractante des aspects du marché devant être négociés en priorité *[Rapport Chaire DCP]*.
11. Clarifier les motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable, en particulier celui tenant à l'urgence impérieuse et celui relatif à la répétition de travaux ou services similaires *[Rapport Chaire DCP]*.
12. Limiter le recours aux critères linguistiques afin de favoriser la participation des opérateurs économiques des États membres aux marchés publics transfrontaliers *[Rapport Müller]*.
13. Adopter des règles communes en ce qui concerne la participation des opérateurs économiques des États tiers *[Rapport Müller]*.
14. Sécuriser la mise en œuvre du dialogue compétitif, notamment en appliquant à cette procédure les règles relatives à la protection des informations confidentielles et à l'égalité de traitement des candidats applicables à la procédure négociée jusqu'à présent *[Rapport Chaire DCP]*.
15. Énumérer dans un considérant des directives Marchés et Concessions des exemples de documents admis au titre de preuve du lien entre le soumissionnaire principal et l'entité tierce sur les capacités desquelles il s'appuie *[Rapport Chaire DCP]*.
16. Créer un registre européen des opérateurs économiques des États membres recensant les condamnations prononcées par un jugement définitif pour les motifs d'exclusion obligatoires *[Rapport Chaire DCP]*.

Permettre le partage d'informations entre les États membres en ce qui concerne les opérateurs économiques exclus des marchés publics *[Rapport Müller]*.

Utiliser davantage la technologie de manière proactive afin de fournir des informations plus fiables et plus facilement accessibles sur les opérateurs économiques *[Rapport Caranta]*.

17. Rédiger des conseils relatifs à l'utilisation du motif d'exclusion prévu par les Directives 2014/23 et 2014/24 visant l'opérateur économique qui s'est rendu coupable d'une « *faute professionnelle grave* » mettant en cause son « *intégrité* » *[Rapport Chaire DCP]*.
18. Clarifier l'utilisation du motif d'exclusion lié à des « *défaillances persistantes de l'opérateur économique* », lors d'un précédent contrat, qui ont donné lieu à une « *résiliation ou une sanction comparable* » en : supprimant cette dernière mention, et en précisant que la saisine d'une juridiction ou d'une autorité administrative aux fins de contestation est suspensive de la décision *[Rapport Chaire DCP]*.
19. « *Codifier* » dans les directives Marchés et Concessions l'obligation qui pèse sur l'autorité contractante d'identifier et de rejeter les offres identiques présentées par deux personnes morales différentes néanmoins dépourvues d'autonomie commerciale *[Rapport Chaire DCP]*.
20. Encadrer l'utilisation de l'intelligence artificielle dans la commande publique *[Rapport Chaire DCP]*.
21. Limiter la possibilité, pour les acheteurs publics, d'imposer aux entreprises candidates à un marché public des conditions relatives à leurs capacités techniques et opérationnelles aux seuls cas où de telles exigences sont justifiées par l'objet ou les conditions d'exécution du marché et proportionnées à l'objectif poursuivi *[Rapport Sénat]*.
22. Prévoir de nouvelles dispositions visant à protéger les droits de propriété intellectuelle des soumissionnaires, y compris pendant la procédure d'appel d'offres *[Rapport Müller]*.

Axe 3 : Les objectifs horizontaux

23. Hiérarchiser les objectifs « stratégiques » du droit de la commande publique pour faciliter leur articulation *[Rapport Chaire DCP]*.

Hiérarchiser les objectifs stratégiques en prenant le soin de distinguer les procédures relatives aux marchés standards de celles relatives aux marchés à fort impact *[Rapport Janssen ; Rapport Bousseta]*.

24. Imposer aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer les marchés publics à l'offre durablement la plus avantageuse *[Rapport Chaire DCP]*.

Renforcer les normes sociales et environnementales *[Rapport Müller]*.

25. Rendre l'allotissement obligatoire *[Rapport Chaire DCP ; Rapport Müller]*.

26. À l'instar de ce qui est autorisé pour les entités adjudicatrices, permettre aux pouvoirs adjudicateurs de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays non-signataires d'un accord relatif aux marchés publics avec l'Union européenne [Rapport Sénat].

Défendre une exception alimentaire à l'échelle européenne pour faciliter le recours aux producteurs locaux [Rapport Sénat].

Instaurer un principe général de préférence européenne dans les achats des personnes publiques [Rapport Sénat].

27. Autoriser les autorités contractantes à tenir compte, par un critère d'attribution, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises, tout en imposant une pondération minimale [Rapport Chaire DCP].

28. Instaurer une préférence en faveur des PME et des entreprises innovantes en cas d'offres équivalentes ou en leur réservant des marchés ou une partie de ceux-ci [Rapport Müller].

29. Créer une structure européenne d'appui pour les autorités contractantes dans le cadre de l'innovation ou, à défaut, d'un label européen « *innovation* », ou encourager la création de telles structures au niveau national [Rapport Chaire DCP].

30. Simplifier et préciser la définition de l'innovation en droit de la commande publique [Rapport Sénat].

31. Instituer, à l'occasion de la révision des directives européennes sur la commande publique, un *Small Business Act* européen réservant aux PME une part d'au moins 30 %, en valeur, des marchés publics passés par l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs [Rapport Sénat].

Dans le cadre du *Small Business Act* européen, réserver aux TPE et PME les marchés publics d'un montant inférieur au seuil des procédures formalisées pour les fournitures et les services et à 100 000 euros HT pour les travaux, sauf en cas d'infructuosité d'une première procédure [Rapport Sénat].

32. Permettre le recours aux variantes afin de favoriser l'innovation [Rapport Müller].

33. Instaurer un régime de responsabilité solidaire des opérateurs économiques et des sous-traitants face aux abus de la sous-traitance [Rapport Müller].

Axe 4 : Les techniques d'achat

34. Indiquer expressément que l'accord-cadre constitue un contrat [Rapport Chaire DCP].

35. Indiquer que la résiliation de l'accord-cadre n'entraîne pas nécessairement la fin des bons de commande et marchés subséquents en cours d'exécution, et déterminer s'il est possible de modifier un bon de commande ou un marché subséquent après la fin de l'accord-cadre [Rapport Chaire DCP].

36. Indiquer expressément que le(s) attributaire(s) d'un accord-cadre bénéficie(nt) en principe d'une exclusivité pour les prestations couvertes par l'accord, sauf en présence d'une clause de non-exclusivité remplissant certaines conditions *[Rapport Chaire DCP]*.
37. Étendre la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs à huit ans *[Rapport Chaire DCP]*.
38. Permettre l'allongement de la durée maximale des accords-cadres, l'adaptation des prix en cas de surcoûts imprévisibles et l'érection de la procédure négociée en principe dans les marchés consécutifs à un accord-cadre *[Rapport Müller]*.
39. Préciser les interdictions de recours à l'accord-cadre, a minima en codifiant l'obligation d'indiquer la quantité ou valeur maximale et en encadrant les facultés de modification de cette quantité ou valeur *[Rapport Chaire DCP]*.

Axe 5 : L'exécution, la durée et la fin des contrats

40. Encadrer la prolongation des concessions au-delà de leur terme *[Rapport Chaire DCP]*.
41. Reformuler l'article 18 de la Directive 2014/23/UE relatif à la durée des concessions *[Rapport Chaire DCP]*.

Axe 6 : La simplification des procédures

42. Appliquer le principe de la transmission unique d'informations en matière de marchés publics *[Rapport Muller]*.

Les soumissionnaires ne doivent plus être tenus de fournir qu'une seule fois certaines informations standards aux autorités et aux administrations *[Rapport Müller]*.

43. Mettre en place des procédures simplifiées en matière de sous-traitance et au profit des « *petits pouvoirs adjudicateurs* », conformément à l'*Accord sur les marchés publics* (AMP) *[Rapport Müller]*.
44. Procéder à une révision simultanée des trois directives marchés et concessions et de tous les autres textes législatifs européens comportant des dispositions en lien avec les marchés publics et les concessions dans un souci de cohérence *[Rapport Janssen]*.
45. Supprimer le document unique de marché européen (« *DUME* ») dont la généralisation est encouragée par l'article 59 de la Directive 2014/24 *[Rapport Chaire DCP]*.

SOUS LA DIRECTION DU PR. FRANÇOIS LICHÈRE,

COLLECTION DES RAPPORTS THÉMATIQUES

DE LA CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

Dans la même collection :

François LICHÈRE (dir.), *Crise sanitaire et contrats publics* (Avril 2021)

François LICHÈRE (dir.), *Liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics* (Octobre 2021)

François LICHÈRE (dir.), *Prévention de la corruption et contrats publics* (Mars 2022)

François LICHÈRE (dir.) *Environnementalisation des marchés publics* (Septembre 2022)

François LICHÈRE (dir.), *Modification des contrats de la commande publique* (Juillet 2023)

François LICHÈRE (dir.), *La digitalisation de la commande publique* (Décembre 2023)

François LICHÈRE, Fabrice MELLERAY et Laurent RICHER (dir.), *La répartition et le traitement du risque dans la commande publique* (Juillet 2024)

Caroline CHAMARD et François LICHÈRE (dir.), *Le statut des biens dans les contrats publics* (Juillet 2025)

François LICHÈRE, Fabrice MELLERAY et Étienne MULLER (dir.), *La simplification du droit de la commande publique* (Janvier 2026)

L'ensemble des rapports est disponible sur le site internet de la Chaire de droit des contrats publics à l'adresse suivante : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapports-thematiques>.

BILAN ET RÉFORME DES DIRECTIVES

Sous la direction de :

F. Lichère, M. Ubaid-Bergeron et L. Richer

Equipe de recherche :

Cédric Bernard, Chercheur
Alice Lassale, Chercheuse post-doc
Rosalie Le Moing, Chercheuse post-doc
Joyce Rengouwa, Chercheuse
Fikahin Yéo, Chercheur

Les rapports sont réalisés par les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics, grâce au concours des partenaires financiers, des membres du conseil scientifique et du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu à des interviews conduites dans le cadre d'enquêtes qualitatives et de celles ayant répondu à des questionnaires en ligne selon la méthode de l'enquête quantitative.

Présentation du Rapport sur le Bilan et la réforme des directives :

Le dixième anniversaire de l'adoption des directives Marchés (2014/24/UE et 2014/25/UE) et Concessions (2014/23/UE) invitait naturellement la Chaire de droit des contrats publics à dresser un bilan de cette réforme.

La parution en 2023 d'un rapport de la Cour des comptes européenne fustigeant un net recul de la concurrence, ainsi que le vœu émis par la candidate Ursula Van der Layen en 2024 de réformer la directive Marchés, ont révélé avec davantage d'acuité l'intérêt de ce sujet. En s'appuyant sur les retours d'expérience de plus de 350 praticiens, la présente étude ambitionne d'identifier les principales difficultés rencontrées dans la pratique et de recommander les évolutions qui semblent les plus opportunes en prévision des futures directives.

Les enquêtes menées entre mai et juin 2024 par la Chaire ont permis de constater plusieurs difficultés rencontrées par les praticiens concernant le champ d'application des directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, la mise en concurrence des contrats de la commande publique (notamment la distinction des régimes des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, la limitation du recours à la négociation, ou encore la mise en œuvre des motifs d'exclusions), les objectifs horizontaux (en particulier les considérations sociales et environnementales, l'accès des TPE et PME, ainsi que les problématiques liées à l'innovation dans les contrats de la commande publique), les techniques d'achat (principalement l'insatisfaction tenant au cadre juridique des accords-cadres), l'encadrement de la durée des marchés publics et des contrats de concession, et l'accès des opérateurs économiques issus de pays tiers à l'Union européenne.

A la suite de l'annonce par la Commission européenne de sa volonté de réviser les directives Marchés (et éventuellement de la directive Concessions), et de la publication de rapports nationaux et européens, les travaux de recherche ont été relancés. La finalité poursuivie avec la deuxième phase d'enquêtes (2025-2026) est l'évaluation du taux d'adhésion des praticiens aux diverses pistes de réflexion d'évolution des directives proposées par la Chaire (dans le cadre des premiers travaux sur le sujet), le Sénat français (dit « Rapport Uzenat »), le Parlement européen (dit « Rapport Müller ») et la Commission européenne (à travers quatre rapports).

L'ensemble des données récoltées lors de ces deux phases d'enquêtes a permis de dresser une liste de 10 propositions de révision des directives :

- Renforcer la négociation dans la passation des marchés des pouvoirs adjudicateurs ;
- Permettre la conclusion de gré-à-gré d'un marché comblant une défaillance importante ou persistante d'un titulaire d'un marché en cours d'exécution ;
- Créer un registre européen des opérateurs économiques admissibles à la commande publique ;
- Instaurer un principe de « préférence européenne » dans la commande publique dans les secteurs stratégiques et sous réserve des accords internationaux ;
- Intégrer, dans les secteurs stratégiques, des considérations liées à la sécurité de la chaîne d'approvisionnement ;
- Étendre aux pouvoirs adjudicateurs, la faculté de rejeter les offres des marchés de fournitures intégrant plus de 50 % de produits originaires de pays-tiers non-signataires d'un accord avec l'Union européenne ;
- Instaurer, dans le silence du contrat, un principe de non-exclusivité dans les accords-cadres ;
- Préciser les conséquences de la fin d'un accord-cadre sur les bons de commande et les marchés subséquents quant à leur validité ou leur modification ;
- Préciser la notion de modification substantielle en rendant exhaustives les hypothèses prévues ;
- Assouplir le régime des modifications de faible montant en supprimant la limite tenant aux seuils européens du montant de la modification.

Site internet de la Chaire de droit des contrats publics :

<https://chairedcp.univ-lyon3.fr/>

RAPPORT
JUN
2026

