

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	VII
INTRODUCTION	1

PARTIE I LES SOURCES DU DROIT EUROPÉEN DE LA COMMANDE PUBLIQUE

CHAPITRE 1. – LE DROIT PRIMAIRE ET LE CADRE CONCURRENTIEL	
DE LA COMMANDE PUBLIQUE	35
SECTION 1. – Les libertés de circulation et la formation du droit européen de la commande publique	35
§ 1. – <i>L'imbrication des marchés publics dans la mise en œuvre des libertés de circulation</i>	36
A. Centralité du marché commun et marchés publics	36
B. L'encadrement des marchés publics et la formation du marché commun	39
C. Marchés publics et contentieux des libertés de circulation	42
1) L'articulation des marchés publics avec le régime des libertés de circulation	43
2) La reconnaissance d'une applicabilité partielle des libertés de circulation	46
§ 2. – <i>L'identification des pratiques litigieuses sur le fondement des libertés de circulation</i>	48
A. Les pratiques incompatibles avec les libertés économiques	48
1) Entraves discriminatoires	48
2) Entraves indistinctement applicables	50
B. Les possibilités de justifications	53
1) Les justifications fondées sur le traité	53
2) Les exigences impératives et impérieuses d'intérêt général ..	57

a)	Évolution des raisons impérieuses dans le contentieux de la commande publique	58
b)	Tendance contemporaine à l'élargissement des exigences impératives d'intérêt général	60
C.	L'application des libertés économiques aux contrats publics à la « périphérie » de la commande publique	64
1)	Périmètre des contrats à la marge de la commande publique	64
2)	Motifs de justification avancés par les États dans le cadre des contrats à la marge de la commande publique	70
SECTION 2.	– La consécration de principes fondamentaux de la commande publique	73
§ 1.	– <i>La genèse des principes fondamentaux de la commande publique</i>	76
A.	Une reconnaissance jurisprudentielle progressive	76
B.	La systématisation des principes fondamentaux	79
C.	L'articulation avec le principe de proportionnalité	81
§ 2.	– <i>La condition d'applicabilité des principes fondamentaux : l'intérêt transfrontalier certain</i>	84
A.	La fonction de l'intérêt transfrontalier certain	84
B.	Les critères de l'intérêt transfrontalier certain	86
C.	Mise en œuvre de l'intérêt transfrontalier et appréciation par le juge	88
§ 3.	– <i>Le contenu des principes fondamentaux</i>	92
A.	L'application du principe d'égalité de traitement à la commande publique	93
1)	Reconnaissance du principe d'égalité	93
2)	Implications du principe d'égalité	95
B.	La mise en œuvre du principe de non-discrimination	99
C.	La portée du principe de transparence	101
1)	La garantie d'une publicité adéquate	102
2)	La garantie d'une impartialité des procédures	105
3)	La protection contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur	107
§ 4.	– <i>La réception dans les droits nationaux des principes fondamentaux de la commande publique</i>	111
A.	La généralisation du caractère fondamental des principes de la commande publique	112
B.	La délimitation du champ des principes fondamentaux	116

SECTION 3. – L’articulation du cadre européen de la commande publique avec le droit de la concurrence	121
§ 1. – <i>La convergence des finalités</i>	122
A. L’objectif de développement d’une concurrence effective	122
B. Le contentieux des ententes	125
C. L’articulation des contentieux entre les niveaux nationaux et européens	129
§ 2. – <i>La complémentarité l’encadrement européen de la commande publique avec le régime des aides d’État</i>	131
A. L’exclusion de la qualification d’aide par le respect des procédures de commande publique	132
B. L’imbrication des règles européennes de commande publique avec le régime des SIEG.	134
CHAPITRE 2. – LES SOURCES INTERNATIONALES DU DROIT EUROPÉEN DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET LES INSTRUMENTS DE RÉCIPROCITÉ COMMERCIALE	141
SECTION 1. – L’encadrement international des marchés publics et son insertion en droit de l’union	142
§ 1. – <i>L’accord sur les marchés publics (AMP) et son intégration en droit de l’Union</i>	142
A. Contenu de l’accord relatif aux marchés publics.	142
B. La réception de l’AMP en droit de l’Union et les enjeux d’invocabilité par les soumissionnaires d’États tiers	146
C. Les réserves au champ de l’AMP dans un contexte de résurgence des préférences nationales	150
§ 2. – <i>Les accords commerciaux de nouvelle génération et les marchés publics</i>	152
§ 3. – <i>La soft law internationale en droit de la commande publique et son influence en droit de l’Union</i>	155
SECTION 2. – Les nouveaux instruments de réciprocité commerciale applicables aux entreprises d’États tiers.	157
§ 1. – <i>Le règlement « subventions étrangères » et le traitement des offres d’États tiers</i>	159
A. Champ d’application du règlement subventions étrangères	160
B. L’adoption de mesures correctrices	164
C. Premières applications du règlement subventions étrangères en matière de marchés publics	166

§2. – <i>Le règlement IMPI</i>	166
A. Champ d'application de l'instrument sur les marchés publics internationaux (IMPI)	167
B. Prérogatives de la Commission européenne	170
C. Premières applications de l'instrument IMPI	171
§3. – <i>Les autres instruments de défense commerciale en lien avec les marchés publics</i>	171
A. Le règlement « anti-coercition »	172
B. Le règlement « filtrage des investissements »	173
CHAPITRE 3. – LES PAQUETS SUCCESSIFS DE DIRECTIVES « MARCHÉS PUBLICS »	
ET LA DIVERSIFICATION DES SOURCES DE DROIT DÉRIVÉ	175
SECTION 1. – <i>La succession des paquets législatifs</i>	178
§1. – <i>La genèse : les directives 71/305/CEE et 77/62/CEE</i>	178
§2. – <i>La structuration du droit européen de la commande publique : le second paquet législatif</i>	180
§3. – <i>La consolidation et la simplification : le troisième paquet législatif</i>	183
SECTION 2. – <i>Le paquet législatif adopté en 2014 et sa mise en œuvre dans les États membres</i>	185
§1. – <i>L'extension du champ matériel de la réglementation européenne</i>	185
A. L'encadrement par le droit dérivé des contrats de concession.	186
1) Contexte et déroulement de la négociation de la directive « concession »	186
2) L'adoption d'un modèle hybride	190
B. L'approfondissement de l'harmonisation	192
1) Le maintien de la distinction entre les marchés « classiques » et les marchés « en réseau »	192
2) Les ajouts matériels	193
C. Le renforcement de la négociation	195
§2. – <i>La transposition des directives de 2014 par les États</i>	197
A. États membres avec un code transversal applicable aux contrats de la commande publique	198
B. Incorporation des règles de commande publique au sein du droit de la concurrence.	200
C. Adoption de dispositions législatives spécifiques.	200
D. Le cas spécifique du Royaume-Uni	206

SECTION 3. – L'Éclatement des sources de droit dérivé par l'adoption d'instruments liés aux objectifs sociétaux et environnementaux de l'Union.	209
§ 1. – <i>Les effets du Green Deal sur les réglementations</i>	209
§ 2. – <i>Les textes relatifs à la responsabilité sociale et environnementale des entreprises</i>	213
CHAPITRE 4. – LA NORMALISATION ET L'HARMONISATION TECHNIQUE ET DIGITALE.	217
SECTION 1. – Une nomenclature commune : le vocabulaire commun des marchés publics	220
§ 1. – <i>Contenu de la nomenclature.</i>	220
§ 2. – <i>Interprétation de la nomenclature.</i>	223
SECTION 2. – Les référentiels communs dans le contexte de la transformation numérique de la commande publique	224
§ 1. – <i>Document unique de marché européen.</i>	225
§ 2. – <i>La standardisation des avis et des formulaires</i>	229
§ 3. – <i>La facilitation de l'accès à l'information</i>	232

PARTIE II LE CHAMP DES RÈGLES HARMONISÉES

CHAPITRE 1. – LES PARTIES AUX CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE	239
SECTION 1. – Le pouvoir adjudicateur	239
§ 1. – <i>Les pouvoirs adjudicateurs par définition</i>	244
A. L'État	244
B. Les autorités régionales ou locales	246
§ 2. – <i>Les pouvoirs adjudicateurs par qualification d'organisme de droit public</i>	250
A. Consistance de l'organisme de droit public	250
B. L'application des critères de l'organisme de droit public	253
1) La compréhension des critères dans la jurisprudence de la Cour	253
a) L'appréciation des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial	254
b) La nature du contrôle sur l'organisme	260
2) La systématisation réfragable des critères par l'annexe I de la directive 2014/24	264

C. L'extension de la qualification de pouvoir adjudicateur : les marchés subventionnés	267
SECTION 2. – L'opérateur économique.....	268
§1. – <i>La définition large de l'opérateur économique</i>	268
A. Justification et contenu de la définition large	269
B. L'admission d'offres émanant d'administrations et de collectivités	271
§2. – <i>La coopération entre opérateurs économiques pour la participation à un appel d'offres</i>	275
A. Demande de participation conjointe	275
B. Recours aux capacités d'autres entités.....	278
CHAPITRE 2. – L'OBJET DES CONTRATS.....	283
SECTION 1. – La définition européenne du marché public.....	285
§1. – <i>Le caractère onéreux</i>	285
A. Le caractère onéreux comme contre-prestation.....	286
B. L'articulation avec la jurisprudence nationale	290
§2. – <i>L'objet du marché</i>	292
A. L'identification de l'objet	292
1) Les marchés de travaux.....	293
a) Définition issue des directives	293
b) La détermination des travaux et l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur	297
2) Les marchés de services	302
a) Définition	303
b) Régime spécifique pour les services sociaux et les services destinés aux personnes.....	305
3) Les marchés de fourniture.....	308
B. La qualification des marchés mixtes.....	309
1) Pluralité d'objets dans le champ des directives.....	309
2) Recherche de la prépondérance du contrat	311
§3. – <i>Les marchés publics et les partenariats public-privé</i>	313
A. L'absence de cadre normatif dédié pour les partenariats public-privé en droit de l'Union.....	314
B. La reconnaissance d'une forme spécifique de partenariat : le partenariat public-privé institutionnalisé (PPI)	316

C. L'intégration des marchés globaux dans la définition des marchés publics	318
1) Le rattachement des contrats de partenariat aux marchés publics au sens du droit de l'Union.	318
2) Nouvelles formes de contrats de partenariat en matière énergétique	322
SECTION 2. – L'objet de la concession	324
§ 1. – <i>Une définition prétorienne fondée sur le risque d'exploitation</i>	325
A. La lente affirmation d'une approche unique des contrats de concession	325
B. Construction progressive sur le risque d'exploitation	328
§ 2. – <i>La systématisation du risque d'exploitation par la directive 2014/23/UE</i>	333
A. Codification de la jurisprudence	333
B. Diversité des formes concessives	336
CHAPITRE 3. – LA DÉFINITION DES SEUILS	341
SECTION 1. – Montant des seuils	342
§ 1. – <i>Seuils européens</i>	343
§ 2. – <i>Tableau général des seuils</i>	347
SECTION 2. – Calcul des seuils	349
CHAPITRE 4. – LES RÉGLEMENTATIONS SECTORIELLES	353
SECTION 1. – Les secteurs spéciaux dans le cadre des marchés en réseau (directive 2014/25)	353
§ 1. – <i>La notion de « secteurs spéciaux »</i>	354
A. L'évolution du cadre normatif : des premiers encadrements à la directive 2014/25	354
B. Le champ matériel de la directive 2014/25/UE	357
1) Identification des activités en réseau	357
2) Périmètre et consistance des activités	358
C. Le périmètre des activités de réseau et l'intensité concurrentielle du secteur	360
1) Le caractère monopolistique des marchés en réseau et le rôle des entreprises publiques	361
2) Appréciation de l'ouverture à la concurrence	365

§2. – <i>Le champ organique de la réglementation applicable aux activités de réseau : la notion d'entité adjudicatrice</i>	368
A. Méthode d'identification des entités adjudicatrices	368
B. Diversité des formes juridiques	369
C. La souplesse des procédures	374
SECTION 2. – Les marchés publics de défense	375
§1. – <i>Objet de la directive 2009/81/CE</i>	377
§2. – <i>Dispositions dérogatoires</i>	379
SECTION 3. – Les marchés et concessions de transport au sens du règlement « OSP »	383
§1. – <i>L'articulation du règlement « OSP » avec les directives marchés publics</i>	384
§2. – <i>Spécificités du régime des contrats de services publics de transport</i>	387
SECTION 4. – Les marchés publics de l'Union	389
§1. – <i>La réglementation des marchés publics de l'Union issue du règlement financier 2018/1046</i>	389
§2. – <i>Principes et règles de passation des marchés publics de l'Union</i>	392
§3. – <i>Le développement de la pratique des marchés conjoints de l'Union dans le contexte de la crise sanitaire</i>	395
CHAPITRE 5. – LES CONTRATS EXCLUS	399
SECTION 1. – Une exclusion générale : les opérations internes ou coopération public-public	401
§1. – <i>La construction prétorienne de l'exception in house</i>	403
A. Les fondements de l'exception	403
B. Les critères de l'exception	406
1) Le critère tiré du contrôle analogue	406
a) La caractérisation du contrôle analogue	406
b) Les conséquences associées à l'approche restrictive	408
2) Le critère lié à l'essentiel des activités	410
C. Le périmètre de l'exception	412
1) Le <i>in house</i> vertical	413
2) Le <i>in house</i> et l'exercice d'un contrôle conjoint	416
D. L'extension de la logique du <i>in house</i> : l'exception d'intercommunalité	418

§2. – <i>La codification des opérations internes au secteur public par les directives marchés et concession</i>	421
A. Un assouplissement marginal des critères prétoriens du in house	422
1) <i>In house</i> unilatéral	423
2) <i>In house</i> conjoint	426
B. Les critères de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs	427
§3. – <i>La coopération public-public dans le cadre des activités en réseau</i>	428
A. L'entreprise liée	429
B. La coentreprise	432
SECTION 2. – Les exclusions liées à l'absence de contrat à titre onéreux	432
§1. – <i>Les contrats de travail</i>	433
§2. – <i>Les subventions</i>	434
§3. – <i>L'existence d'un droit exclusif</i>	435
SECTION 3. – Les exclusions sectorielles des marchés de services	438
§1. – <i>Identification</i>	438
§2. – <i>Justifications</i>	440

PARTIE III LA PASSATION DES CONTRATS

CHAPITRE 1. – LA PRÉPARATION DU CONTRAT	449
SECTION 1. – La détermination des besoins	449
§1. – <i>Les consultations préalables</i>	449
A. La pratique du sourcing	450
B. Les consultations préalables du marché	452
§2. – <i>La rédaction des spécifications techniques</i>	454
A. Fonctions des spécifications	454
B. Contenu des spécifications	455
§3. – <i>Le choix de l'allotissement</i>	456
SECTION 2. – La publicité et la transparence de la passation	458
§1. – <i>L'appel à la concurrence</i>	459
A. Avis de préinformation	459
B. Avis de marché	463

C. Articulation avec la publicité nationale	466
§2. – <i>Les moyens électroniques</i>	468
CHAPITRE 2. – LA PASSATION DES MARCHÉS	473
SECTION 1. – Les étapes de la passation	473
§1. – <i>L'appréciation des candidatures par les critères de sélection qualitatifs</i>	475
A. Les critères d'exclusion obligatoires	476
B. Les critères d'exclusion facultatifs	479
1) Identification des motifs	479
2) Contrôle de la mise en œuvre des motifs : la centralité du principe de proportionnalité	483
3) La reconnaissance d'un droit à la justification ou « self cleaning »	486
C. L'appréciation de l'aptitude	489
1) Aptitude professionnelle	491
2) Capacité économique et financière	492
3) Capacités techniques et professionnelles	494
D. Le traitement de la confidentialité des candidatures	496
§2. – <i>L'évaluation des offres par les critères d'attribution du marché</i>	499
A. Le sens de l'offre économiquement la plus avantageuse	500
1) Pluralité de critères	500
a) Latitude du pouvoir adjudicateur	500
b) Évolution du critère du prix	503
2) Intégration du coût du cycle de vie	504
B. Les exigences liées à la détermination des critères	506
1) Prévisibilité et clarté des critères	507
2) La pondération des critères	509
C. Le traitement des offres anormalement basses	512
§3. – <i>Le renforcement des exigences sociales et environnementales dans l'appréciation des offres</i>	517
A. L'intégration des exigences environnementales et sociales dans les conditions d'exécution du marché	519
1) Usage des conditions d'exécution	519
2) La formalisation des exigences dans l'exécution : les références aux labels	523

3) La promotion de l'environnement comme fondement de la transformation stratégique des marchés publics dans les droits nationaux.	526
B. Les marchés réservés	527
C. Les considérations sociales et environnementales en tant que clauses d'attribution	529
SECTION 2. – Les procédures et les techniques d'achat	532
§ 1. – <i>Les procédures formalisées d'attribution</i>	533
A. Les procédures d'appels d'offres	533
1) Procédure ouverte	534
2) Procédure restreinte.	535
B. Les procédures de dialogue	537
1) Dialogue compétitif	539
2) Partenariat d'innovation.	542
C. Les procédures négociées	544
1) Procédure négociée sans publication préalable.	545
2) Extension des procédures négociées à titre de procédures formalisées	550
§ 2. – <i>Les techniques spécifiques d'achat</i>	552
A. Techniques d'achat et anticipation des besoins	553
1) Les accords-cadres	553
2) Système d'acquisition dynamique et système de qualification	557
B. Techniques d'achat et recherche d'effet de masse sur les prix. . .	560
1) Les centrales d'achat	561
2) Les catalogues électroniques.	562
3) Les enchères électroniques	563
C. Les concours.	564
§ 3. – <i>Les procédures dans le champ des secteurs spéciaux</i>	564
SECTION 3. – L'attribution du marché	566
CHAPITRE 3. – LA PASSATION DES CONCESSIONS	569
SECTION 1. – Les obligations de publicité	570
SECTION 2. – Une liberté aménagée pour la conclusion des concessions . .	573
§ 1. – <i>Prévisibilité des critères de sélection</i>	573
§ 2. – <i>Absence de procédure unique de passation</i>	574
§ 3. – <i>Justification de l'attribution par l'avantage économique global</i> . .	576

PARTIE IV
L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

CHAPITRE 1. – L'ENCADREMENT DES MODIFICATIONS DU CONTRAT EN COURS	
D'EXÉCUTION	585
SECTION 1. – La mise en perspective du régime de l'exécution des contrats avec les principes fondamentaux de la commande publique.	585
§ 1. – <i>Établissement d'une typologie des modifications du contrat dans l'affaire Priesstext</i>	586
§ 2. – <i>Application de la jurisprudence Priesstext</i>	590
SECTION 2. – La codification du régime des modifications par les directives	592
§ 1. – <i>Une reprise adaptée des hypothèses issues de l'arrêt Priesstext</i>	593
A. Modifications autorisées en cours d'exécution	594
1) <i>Les clauses de réexamen</i>	594
2) Les prestations complémentaires	598
3) Circonstances non prévues	599
4) Substitution encadrée d'un cocontractant	601
5) Modifications de faible montant	604
B. Modifications réputées substantielles	605
§ 2. – <i>L'intégration du régime des modifications</i>	607
CHAPITRE 2. – L'ENCADREMENT DU RECOURS AUX SOUS-CONTRATS	615
SECTION 1. – L'affirmation d'une liberté de recourir à la sous-traitance	618
§ 1. – <i>Fondement de la liberté de sous-traitance</i>	618
§ 2. – <i>La marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur</i>	621
SECTION 2. – Le contrôle de l'autorité contractante.	623
§ 1. – <i>La connaissance de l'identité des sous-traitants</i>	623
§ 2. – <i>Le renforcement des liens entre l'acheteur et les sous-traitants</i>	625

PARTIE V
LES RECOURS CONTRE LES CONTRATS

CHAPITRE 1. – LE CADRE DES RECOURS	635
SECTION 1. – Le renvoi aux droits nationaux	635
§ 1. – <i>Le renvoi à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États</i>	635

§2. – <i>L'interprétation des recours en commande publique à la lumière du droit à un recours effectif</i>	639
SECTION 2. – La nature des instances de recours	643
§1. – <i>L'indistinction de l'instance responsable des recours</i>	643
§2. – <i>La diversité des instances responsables</i>	645
SECTION 3. – Les pouvoirs reconnus aux instances de recours	646
§1. – <i>Nature des pouvoirs</i>	646
A. L'adoption de mesures provisoires	647
B. La possibilité d'annuler des mesures illégales	649
1) Recours avant la conclusion du contrat	649
2) Recours après la conclusion du contrat	649
C. L'octroi de dommages-intérêts	652
§2. – <i>L'exercice des recours</i>	653
A. Les titulaires des recours	653
B. Les actes attaquables	656
C. Les règles de délai	660
1) Délai de suspension	661
2) Délai de forclusion	662
CHAPITRE 2. – LA DIVERSITÉ DES SCHÉMAS NATIONAUX DE RECOURS	665
SECTION 1. – La compétence juridictionnelle	665
§1. – <i>Les référés</i>	666
A. Le référé précontractuel	667
B. Le référé contractuel	668
§2. – <i>L'alignement sur les procédures existantes</i>	669
SECTION 2. – L'institution d'organes <i>ad hoc</i>	670
TABLE DE JURISPRUDENCE	671
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	699
INDEX THÉMATIQUE	703