

Le développement du droit français de la commande publique au sein de l'Union européenne

Par David Capitant*

Le droit français de la commande publique, qui encadre la passation des marchés publics et des concessions, se trouve largement déterminé par le droit de l'Union européenne. L'adoption en 2014 de nouvelles directives consacrées aux marchés publics et aux concessions et leur transposition en droit français a constitué la dernière étape de l'évolution de ce droit. On replacera ces évolutions dans une perspective historique plus large en évoquant tout d'abord la transformation du droit des marchés publics en droit de la commande publique (I), puis en évoquant l'évolution générale vers un perfectionnement des règles de sélection des opérateurs économiques qui l'a accompagné (II).

I. Du droit des marchés publics au droit de la commande publique [arriba] -

L'intervention du droit européen dans le domaine des marchés publics a eu pour conséquence un changement de perspective fondamental. Alors que ce droit était classiquement envisagé au niveau national comme essentiellement destiné à encadrer la dépense publique, afin de garantir qu'elle reste économiquement la plus avantageuse, et ressortissait ainsi du droit budgétaire et de la comptabilité publique, le nouveau droit européen de la commande publique vise principalement à assurer l'égal traitement des candidats et se rattache ainsi au droit de la concurrence. Envisagé auparavant du point de vue de l'acheteur, à qui il convenait d'imposer des règles de bonne dépense, le droit de la commande publique est désormais envisagé du point de vue des fournisseurs, auxquels il garantit un égal traitement.

Cette transformation impulsée par le droit européen, qui s'est d'abord traduite par une modernisation des sources du droit de la commande publique (A), conduit à envisager de manière parallèle deux types de contrats que tout séparait : les contrats de marchés public et les contrats de concession (B). Elle a également impliqué de trouver un nouveau fondement à l'exclusion des coopérations entre entités publiques du champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence (C). Enfin, c'est également ce changement de paradigme qui a sous-tendu l'évolution des recours ouverts aux justiciables, et particulièrement aux candidats, effectifs ou potentiels, pour contester les conditions d'attribution des contrats de la commande publique. Ce dernier point sera traité dans la seconde partie.

A. La modernisation des sources du droit de la commande publique

La transposition des règles européennes en matière de commande publique a été l'occasion de réorganiser les sources nationales applicables dans ce domaine (1°) tandis que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a donné une assise constitutionnelle aux principes issus du droit européen (2°).

1° – L'articulation du droit européen et du droit national de la commande publique

Plongeant ses racines jusqu'au droit romain, déjà codifié au plan national au 17e siècle par des

ordonnances royales, le droit français de la commande publique fait l'objet d'un encadrement européen depuis le début des années 1970. Les premières directives intervenues dans ce domaine ont fixé des procédures de publicité et de mise en concurrence pour la passation des marchés publics de travaux (1971) puis des marchés publics de fournitures (1976). Les marchés publics de service ont été encadrés en 1992. En 2004, les directives relatives aux marchés publics de travaux, de fourniture et de services ont été regroupées en une seule directive, remplacée désormais par la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 relative aux marchés publics.

Les marchés publics de défense ont fait l'objet d'un encadrement spécifique par la directive 2009/81/CE 13 juillet 2009, ainsi que les marchés passés dans les secteurs en cours de libéralisation, actuellement visés par la directive 2014/25/UE 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.

Enfin, ce sont les concessions qui ont vu le régime de leur passation soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence au niveau européen par la directive 2014/23/UE du 26 février 2014.

Parallèlement, la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989, révisée depuis lors et toujours en vigueur, a imposé aux Etats membres de l'Union européenne d'ouvrir aux candidats des possibilités de recours avant même la signature du marché public en cas d'atteinte aux règles de passation.

La compétence de l'Union européenne pour intervenir dans ce domaine trouve son fondement dans l'actuel art. 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui permet à celle-ci d'harmoniser les réglementations nationales en vue d'établir un marché commun au sein duquel soit assuré, selon les termes de l'art. 26 du même traité, « la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux ». En effet, la trop grande variété des règles applicables dans les Etats membres de l'Union en matière d'achat public, voire parfois l'absence de règles, pouvait constituer un frein à la libre circulation des marchandises et des services et permettre le développement de pratiques contraires au principe de non-discrimination fondée sur la nationalité actuellement proclamé par l'art. 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le droit européen de la commande publique vise ainsi à garantir un égal traitement des entreprises susceptibles de répondre à la commande publique ; il n'est plus, comme cela était traditionnellement le cas au plan national, un droit ressortissant à la compétence budgétaire et comptable, celle-ci restant du domaine de compétence exclusif des Etats membres. Les conséquences de ce changement de paradigme se sont fait sentir dans les domaines les plus variés, comme on le verra par la suite.

Le droit français s'est progressivement adapté aux règles européennes. Le code des marchés publics, adopté sous la forme d'un décret, suffisant jusqu'alors pour imposer des règles de nature comptable à l'administration de l'Etat et, par extension, aux collectivités locales, a dû être complété, lorsque le droit européen a étendu les règles de la commande publique aux personnes privées exerçant une activité de nature administrative, par un texte de nature législative, nécessaire pour encadrer la liberté contractuelle de personnes privées. Ont ainsi coexisté un certain temps un décret applicable aux personnes morales de droit public, plusieurs fois mis à jour - la dernière version mise en vigueur par le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics -, et un texte de valeur législative, essentiellement applicable aux personnes morales de droit privé soumises aux règles européennes, dont la dernière version a été constituée par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Il a été mis un terme à cette complexité héritée de la confrontation entre tradition nationale et nécessité de transposer le droit européen à l'occasion de la transposition de la dernière directive de 2014. Désormais, l'ensemble des règles nationales de transposition relatives aux marchés publics se trouvent rassemblées dans une unique ordonnance : l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016. Les règles relatives aux concessions sont rassemblées dans l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n°2016-86 du 1er février 2016.

Afin de réunir dans un seul texte l'ensemble des règles relatives à la commande publique, l'article 38 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a habilité le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance pour réunir, à droit constant, dans un nouveau « code de la commande publique » les règles contenues dans l'ordonnance relative aux marchés publics et celles relatives aux concessions mises en vigueur par une ordonnance du 29 janvier 2016, ainsi que leurs décrets d'application. Ce nouveau code intégrera également des règles éparpillées dans d'autres textes spécifiques, notamment dans la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, dans la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ou encore les décrets relatifs aux délais de paiement dans les marchés publics. La partie législative devra entrer en vigueur, sous la forme d'une ordonnance, avant le 9 décembre 2018. Ce nouveau code mettra en évidence l'unité du droit de la commande publique, le rendant plus accessible et concourant ainsi à l'objectif de sécurité juridique. Une première partie du code sera consacrée aux principes généraux et au champ d'application du droit de la commande publique ; une seconde aux marchés publics de différents types, y compris les marchés de partenariat et les marchés publics de défense ; la troisième partie sera consacrée aux concessions.

2°/ – Le développement d'un cadre constitutionnel de la commande publique

Le Conseil constitutionnel français a eu l'occasion de rattacher les principes généraux du droit de la commande publique, tels qu'ils sont exprimés dans les premiers articles de la réglementation nationale, aux sources constitutionnelles françaises. Il s'est inspiré ce faisant de la jurisprudence européenne qui avait procédé de même en rattachant aux traités européens les principes généraux exprimés dans les directives applicables aux marchés publics. Dans sa décision du 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, la Cour de justice de l'Union européenne avait dégagé notamment deux grands principes, repris constamment par la suite, et desquels elle fait découler l'ensemble du régime de la commande publique : le principe d'égalité et de non-discrimination d'une part ; le principe de transparence d'autre part. Selon ses termes, « (les autorités des Etats membres sont) tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ».

Les textes nationaux de transposition reprennent ces principes sous une formulation légèrement adaptée. Ainsi par exemple les ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession disposent-elles dans

leurs articles 1ers respectifs que « Les contrats (...) soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

Le Conseil constitutionnel français a constitutionnalisé ces principes en les rattachant d'une part aux art. 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et d'autre part à l'art. 6, dans une décision du 26 juin 2003, n° 2003-473 DC.

L'art. 6 protège le principe d'égalité dans des termes célèbres : « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». C'est ici le point de vue moderne, issu du droit européen qui prévaut : le droit de la commande publique est un droit destiné à assurer l'égalité de traitement entre les opérateurs économiques. L'art. 14 dispose que « Tous les citoyens ont le droit de suivre l'emploi de la contribution publique » tandis que l'art. 15 que « La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ». A travers ces deux articles, c'est l'objectif historiquement premier du droit des marchés publics qui subsiste : assurer la bonne dépense des fonds publics.

Ces principes généraux ont permis à la jurisprudence, européenne comme nationale, d'assurer le respect des exigences de publicité et de mise en concurrence au-delà même du champ d'application des directives relatives aux marchés publics, à l'ensemble de la commande publique (cf. p. ex. CE 23 déc. 2009, Société du musée et du domaine national de Versailles, req. n° 328827, s'agissant en l'espèce d'une convention de délégation de service public).

B. Le rapprochement des marchés publics et des concessions au sein de la nouvelle catégorie de la commande publique

Envisagé traditionnellement comme un droit de la bonne dépense publique, le droit des marchés publics s'est longtemps limité à réglementer les contrats prévoyant le paiement d'un prix par l'administration, et engageant par conséquent une dépense publique. Au contraire, les contrats par lesquels l'administration, sans dépenser directement les fonds publics, concédait à une entreprise le droit d'exploiter un service ou un ouvrage ou encore d'occuper une dépendance du domaine public pouvaient être passés sans publicité ni mise en concurrence. Le Conseil d'Etat indiquait encore en 1986 que : « il est de règle que le concédant a le libre choix du concessionnaire » (CE Ass. 16 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, n° 75040 etc.)

Dans la mesure, en revanche, où les règles de publicité et de mise en concurrence établies au plan européen sont d'abord destinées à assurer l'égalité de traitement des entreprises dans leurs rapports avec l'administration, rien ne justifie plus que les contrats de concession restent exclus de leur champ d'application. La logique même de la notion de commande publique, qui inclut et dépasse les seuls marchés publics, est d'ailleurs de rendre compte du rapprochement au sein d'une même catégorie, de contrats jusque-là bien séparés. Mais la transition d'une logique excluant les concessions du champ d'application des règles de publicité et de concurrence vers une logique d'inclusion rencontre de fortes oppositions politiques et ne s'opère que progressivement. Si des règles de publicité et de mise en concurrence ont été prévues pour l'attribution des concessions, elles restent plus souples que celles qui s'appliquent aux marchés publics (1). L'absence de fondement de la différence de régime ainsi artificiellement maintenue se manifeste par la très grande instabilité du

critère de distinction des deux catégories (2). Le régime d'attribution des contrats d'occupation du domaine public obéit à une logique parallèle (3).

1°/ - La soumission progressive de l'attribution des concessions à des règles de publicité et de mise en concurrence

C'est d'abord au plan européen que de telles règles ont été prévues, par une directive n° 89/440 du 18 juillet 1989 et pour les seules concessions de travaux. Pour les concessions de services, dans le silence des directives applicables, c'est par référence aux traités européens, et notamment aux principes de libre circulation des services et de non discrimination, que la Commission européenne, dans une communication interprétative sur les concessions en droit communautaire (2000/C 121/02), puis la jurisprudence de la CJUE, dans une décision du 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, ont prévu des obligations similaires, laissant le détail de leur mise en œuvre à la discrétion des droits nationaux. Le cadre général ainsi imposé par le droit européen impliquait le respect du principe d'égalité de traitement des candidats (interdiction d'accepter des offres non conformes au cahier des charges ou modifiées postérieurement à leur ouverture ainsi que la prise en compte des solutions alternatives, lorsque cette possibilité n'était pas prévue dès le projet initial notamment), le principe de transparence des procédures et notamment de publicité ou encore le principe de proportionnalité interdisant par exemple d'écarter des entreprises par des exigences trop importantes ou de fixer des durées de concession trop longues, ainsi que du principe du droit au recours.

Parallèlement, au plan national, faisant suite à un rapport sénatorial consacré à la lutte contre la corruption et étendant les règles européennes relatives aux concessions de travaux, le législateur introduisit des obligations de publicité et de mise en concurrence pour l'attribution des contrats de « délégation de service public » par une loi du 6 février 1992 puis par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (dite loi Sapin).

Finalement, et malgré les réticences des Etats-membres soucieux de préserver leurs entreprises nationales d'une mise en concurrence trop poussée, la Commission européenne a pu faire adopter en 2014 une directive spécifiquement consacrée aux concessions. La directive 2014/23, transposée en droit français par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et le décret d'application n° 2016-86 du 1er février 2016, a précisé de manière explicite les règles de publicité et de mise en concurrence qui doivent être respectées pour attribuer les concessions. Ces règles restent plus souples que celles qui sont applicables aux marchés publics puisqu'elle font une place systématique à la négociation qui n'est autorisée que sous certaines conditions dans le cadre de l'attribution des marchés publics. Elles prévoient essentiellement la publication d'un avis de concession (art. 31 de la directive 2014/23), la fixation de critères d'attribution (art. 37 et 41), la fixation de délais de réception des candidatures et des offres (art. 39), la publication d'un avis d'attribution de la concession (art. 32 et 40) et la liberté pour le pouvoir adjudicateur de recourir à la négociation (art. 37.6). La durée des concessions est également limitée pour assurer une remise en concurrence régulière (art. 18.2).

L'état actuel du droit n'est probablement qu'une étape dans la fusion du régime de passation des marchés publics et des concessions. En effet, aucun fondement solide ne peut être trouvé à la différence de régime qui subsiste, qui pourrait permettre de fixer un critère solide de distinction entre les deux types de contrats.

2°/ - L'instabilité du critère de distinction entre marchés publics et concessions

Dans la mesure où le droit de la commande publique n'est plus rattaché à la comptabilité publique et poursuit moins un objectif de bonne dépense publique que la garantie de l'égalité des entreprises dans l'accès à la commande publique, les règles de publicité et de mise en concurrence ne voient pas leur champ d'application limité aux seuls marchés publics comme les seuls contrats faisant circuler de l'argent public. Aussi les contrats de concession ne sont-ils plus passés « *intuitu personae* », c'est à dire librement, mais dans le respect des principes généraux de la commande publique.

Mais aucun élément n'explique de manière convaincante la différence de régime qui subsiste entre marchés publics et concessions. On a pu évoquer la complexité des contrats de concession, qui s'accommoderait mal de la rigueur des procédures prévues en matières de marchés publics. Mais si un tel argument pouvait être soutenu au XIXe siècle, alors que la seule procédure disponible en matière d'attribution des marchés publics était la procédure d'adjudication au moins disant, il n'est plus opérant dès lors que l'adjudication a cédé la place à la procédure d'appel d'offre, qui intègre une multiplicité de critères pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, et que se sont multipliées les procédures alternatives faisant place à la négociation et au dialogue entre pouvoirs adjudicateurs et opérateurs économique. Le droit des marchés publics permet d'ailleurs d'attribuer de manière satisfaisante les marchés de partenariat qui partagent tous les traits des contrats de concession : globalité, complexité et durée du transfert de responsabilité (financement, réalisation et exploitation des ouvrages) et ne s'en distingue que par le critère de l'origine de la rémunération dont on a vu qu'il n'était plus opérant.

A la suite de l'entrée en vigueur de la loi Sapin du 29 janvier 1993, qui utilisait la notion de « délégation de service public », la doctrine française a proposé que le critère de la délégation constitue le critère central de distinction entre marchés publics et concessions au sens large. Les marchés confieraient une mission ponctuelle à un opérateur économique, tandis que la délégation de service public confierait la responsabilité de l'entier service au partenaire de l'administration. C'est dans ce sens que se prononce le Conseil d'Etat dans un avis du 7 avril 1987, en indiquant que « le contrat - nommé ou innommé - par lequel un entrepreneur est chargé de l'exécution même du service public n'est pas un marché et, par suite, n'est pas soumis au Code des marchés publics » (Conseil d'Etat, avis n° 341.356 du 7 avril 1987 - Sections de l'Intérieur et des Finances réunies). Le recours à un tel critère pouvait avoir un sens lorsqu'il s'agissait de qualifier les contrats au regard de leur caractère administratif ou privé. Les contrats de délégation de service public étaient de ce fait même des contrats administratifs par application de la jurisprudence *Epoux Bertin* (Conseil d'Etat, Section, 20 avril 1956, n° 98637), puisqu'ils concernaient en la délégant, l'exécution même du service public. Les marchés publics, en revanche, passés pour les besoins du service - et sauf à contenir des clauses exorbitantes du droit commun - restaient des contrats de droit privé (*Tribunal des conflits*, 5 juillet 1999, n° 03142, *Commune de Sauve c/ Société Gestetner*). Mais depuis l'intervention du législateur qui, par l'art. 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (MURCEF), qualifie administratifs « les marchés passés en application du code des marchés publics », la question de la qualification n'est plus au premier plan.

S'agissant de garantir l'égal accès des opérateurs économiques à la commande publique, le critère de la délégation ne permet pas de justifier une différence de traitement : on ne voit pas en quoi le caractère plus ou moins global de l'opération externalisée devrait conduire à faire varier les modalités de son attribution. Au contraire même, on devrait considérer que l'importance des concessions, ou des autres formes de contrat susceptibles d'entrer dans la catégorie des délégations de service public en application de ce critère (affermage, régie intéressée, gérance ...), devrait conduire à renforcer les procédures de publicité et de mise en concurrence pour garantir l'égal

traitement des opérateurs économique et éviter toute discrimination illégale à leur endroit.

Quoi qu'il en soit, ce critère de la délégation n'a pas été retenu de manière durable par la jurisprudence qui a préféré se livrer à une exégèse quelque peu scolastique des termes de la directive et des textes de transposition qu'il lui appartient d'appliquer pour distinguer concessions et marchés publics, sans pouvoir s'appuyer sur une ratio legis claire. Depuis l'entrée en vigueur de la directive 89/44, les directives européennes définissent continûment la concession comme un contrat présentant les mêmes caractères qu'un marché public « à l'exception du fait que la contrepartie (des travaux réalisés ou des services rendus) consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit dans ce droit assorti d'un prix ». Ce critère de la rémunération n'étant plus opératoire, la commission européenne et la jurisprudence ont fait un effort pour le dépasser et l'ont interprété de manière constructive en considérant que le critère de la rémunération était en réalité l'indice d'un critère plus essentiel qui serait celui du transfert du risque d'exploitation. Une rémunération tirée des usagers serait variable, notamment en fonction de la fréquentation de l'ouvrage ou du service concédé, et traduirait ainsi un risque d'exploitation.

Un tel critère se distingue de celui de la simple origine de la rémunération puisqu'il permet de qualifier de concession un contrat dans lequel la rémunération de l'opérateur économique serait prise en charge directement par l'administration mais assise sur une formule tenant compte des résultats de l'exploitation de l'ouvrage ou du service en cause, à travers une part variable.

En réalité, ce critère n'est pas plus satisfaisant que le critère tiré de l'origine de la rémunération. En effet, il ne repose sur aucune justification solide. Le fait que le co-contractant de l'administration soit soumis à un risque économique découlant de la fréquentation du service ou de l'ouvrage n'implique aucunement un choix impartial de la part du pouvoir adjudicateur. C'est le fait que la structure adjudicatrice soit elle-même soumise à une pression économique qui permet de s'abstraire des règles de publicité et de mise en concurrence au motif que cette pression économique engage à choisir ses fournisseurs de manière économique. L'inverse n'est pas vrai. Par conséquent, la prise en charge d'une part supplémentaire de risque de la part du co-contractant de l'administration ne justifie aucunement l'application de règles de passation plus souples pour les concessions que pour les marchés publics.

L'absence de fondement de ce critère de distinction se marque d'ailleurs dans la difficulté que la jurisprudence rencontre à en préciser les contours alors même qu'il en est fait usage depuis 20 ans bientôt. La jurisprudence française a d'abord tenté, tout en continuant de s'appuyer sur la rémunération, de remplacer son origine – un prix payé par l'administration ou des redevances versées par les usagers – par ses modalités : un prix fixe pour les marchés publics, une rémunération « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation » pour les délégations de service public (CE 15 avril 1996, Préfet de Bouches du Rhône, n° 168325, aux conclusions de M. Chantepy ; solution consacrée dans les textes français par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (MURCEF), art. 3). La question s'est alors posée de savoir ce que signifiait une telle rémunération et la jurisprudence a hésité quant à savoir si elle devait dépendre des résultats financiers de l'exploitation ou bien simplement des quantités livrées. Parallèlement, le droit européen a préféré un critère plus éloigné encore du texte des directives en considérant que la concession était caractérisée par le fait que le mode de rémunération du concessionnaire manifestait le transfert d'un risque à sa charge (communication interprétative sur les concessions en droit communautaire (2000/C 121/02) ; CJCE 13 oct. 2005 Parking Brixen GmbH, C-458/03), bientôt suivi par la jurisprudence française (CE 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794). La directive 2014/23 reprend ce critère du transfert de risque d'exploitation en tentant de le préciser à son art. 5 :

« L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services 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. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique 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 »

La directive tente de distinguer le risque lié à la demande et le risque lié à l'offre en indiquant (point 20 de l'exposé des motifs) que le risque lié à la demande vise le cas où la demande ne correspond pas à l'offre et le risque lié à l'offre le cas où l'offre ne correspond pas à la demande. La différence apparaît très mince ...

Quoi qu'il en soit, et quand bien même on parviendrait à définir de manière stable la notion de transfert de risque d'exploitation, ce critère ne serait guère plus satisfaisant que ceux qui l'ont précédé. S'il y a une véritable évolution par rapport au critère de l'origine de la rémunération, puisqu'un contrat à paiement public peut être une concession s'il transfère une part de risque d'exploitation à travers le calcul du prix payé, alors qu'un contrat rémunéré par de redevances peut être qualifié de marché dans le cas où les usagers sont captifs de sorte que tout risque d'exploitation disparaît, on ne voit pas en quoi le transfert de la part d'aléa qui, au sein du contrat, relève de l'exploitation du service ou de l'ouvrage, c'est-à-dire de sa fréquentation, justifierait une moindre soumission aux règles de publicité ou de mise en concurrence lors de la passation du contrat.

On relèvera enfin que les règles qui s'appliquent respectivement aux marchés publics et aux concessions se rapprochent mutuellement, de sorte que la distinction des catégories, qui repose sur un fondement incertain, ne commandera bientôt plus que des régimes très voisins. En effet, d'une part la directive 2014/23 relative aux concessions précise les règles de publicité et de mise en concurrence applicables à ces contrats, certes en réservant une place centrale à la négociation. Parallèlement, si la procédure d'appel d'offre, exclusive de toute négociation, reste la procédure de droit commun en matière de passation des marchés publics, la nouvelle directive 2014/24 relative aux marchés publics accorde une place accrue à la négociation, notamment en prévoyant une nouvelle « procédure concurrentielle avec négociation » à laquelle il est possible de recourir chaque fois que « 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 de risques qui s'y rattachent ». Il est certain que les concessions, si elles étaient soumises à cette directive, entreraient dans ce cas de figure, tout comme les marchés de partenariat.

3°/ - Les contrats d'occupation du domaine public

Comme pour les contrats de concession, rien n'imposait de soumettre à des règles de publicité et de mise en concurrence les contrats d'autorisation d'occupation du domaine public alors que le but de ces règles, qui ne s'appliquaient alors qu'aux marchés publics, consistait principalement à assurer le bon usage des fonds publics. L'objectif nouveau qui est poursuivi à travers ces règles étant, notamment sous l'angle du droit européen, d'assurer l'égalité de traitement des entreprises, il en découle que ces contrats, ainsi d'ailleurs que les autorisations unilatérales d'occupation du domaine

public, doivent désormais les respecter.

C'est le sens dans lequel s'est prononcée la Cour de justice de l'Union européenne dans une décision du 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, C-458/14 et C-67/15 (cf. IIe partie). Le droit français a transposé cette jurisprudence reposant, comme pour les concessions, sur les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (cf. arrêt précité point 64). L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publique soumet ainsi la passation de ces contrats à compter du 1er juillet 2017 à des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables.

C. Le renforcement de la coopération public-public

Les directives 2014/23 et 2014/24 donnent un fondement écrit à l'exclusion des relations public-public du champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence, qui n'avait reposé jusqu'alors que sur une base jurisprudentielle longuement élaborée.

Dans le cadre de la conception classique du droit des marchés publics comme un droit de la bonne dépense publique, le marché public était défini en droit national comme le contrat passé entre une administration, détentrice de fonds publics, et une entreprise privée. Se plaçant sur le terrain de la protection du marché, le droit européen a défini le marché public comme tout contrat passé entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique. Il s'en est suivi que les relations nouées entre deux collectivités publiques dont l'une pouvait être qualifiée d'opérateur économique, car elle produisait des biens ou offrait des services, pouvait entrer dans le champ d'application des règles de publicité et de concurrence. Une telle mise en concurrence des structures publiques et privées, qui, au-delà des difficultés techniques tenant à la mise en concurrence d'entité obéissant sous certains aspects, notamment fiscaux ou comptables à des règles différentes, pouvait favoriser une certaine privatisation des services publics. Pour éviter d'aller dans ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne a progressivement développé une jurisprudence répondant à divers cas de figure. Dans un premier temps, elle a considéré que les relations « in house » susceptibles d'être nouées entre entités publiques dont l'une dépendait de l'autre échappaient aux règles de publicité et de mise en concurrence (quasi-régie). Le lien de dépendance devait être à la fois organique, l'une des entités publiques exerçant sur l'autre un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, c'est à dire un contrôle incluant les décisions adoptées en matière de marchés public, et économique, l'activité de l'entité publique prestataire devant être essentiellement exercée au profit de l'autre entité publique (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, affaire C-107/98). Le contrôle pouvait également être exercé conjointement par plusieurs entités publiques, ce qui permettait par exemple d'exclure du champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence les relations établies entre des communes et un établissement public de coopération intercommunale. Par la suite cette jurisprudence a été étendue aux relations directement nouées entre collectivités publiques n'entretenant pas de lien de dépendance l'une vis-à-vis de l'autre, à condition que la relation s'inscrive dans une démarche de coopération intercommunale relative à des services incombant aux deux collectivités (CJUE 9 juin 2009, *Commission contre République fédérale d'Allemagne* (aff. *Ville de Hambourg*), C-480/06). L'art. 12 de la nouvelle directive *Marchés publics* et l'art. 17 de la directive *Concessions* reprennent cette jurisprudence, en lui apportant quelques précisions.

II. Le perfectionnement des procédures de sélection des opérateurs économiques [arriba] -

Il n'y a pas lieu de décrire ici dans le détail les procédures applicables en matière de passation des marchés publics mais bien plutôt d'indiquer quelles sont les grandes tendances qui marquent l'évolution de ces règles, notamment en prenant en compte l'entrée en vigueur et la transposition en droit français des dernières directives européennes de 2014. On envisagera ainsi la diversification des critères de sélection auxquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent avoir recours (A), la diversification des procédures mises à leur disposition, et notamment la place accrue accordée aux procédures négociées (B) ainsi que la dématérialisation des procédures (C).

A. La multiplicité des critères d'attribution

Alors que la procédure d'adjudication au moins-disant n'intégrait que le seul critère du prix, le droit de la commande publique s'articule désormais autour de la procédure d'appel d'offre qui vise à choisir l'offre « économiquement la plus avantageuse » (art. 67 de la directive 2014/24). La détermination de cette offre conduit à utiliser des critères variés, qui doivent seulement entretenir un lien avec l'objet du marché, là encore pour éviter toute discrimination illégale (cf. IIe partie). L'art. 67 renvoie ainsi à une liste indicative de critères qui en illustre la variété : « 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 ».

On s'arrêtera un instant sur l'intégration des critères environnementaux et sociaux. Comme il sera exposé dans la seconde partie, ces critères ont d'abord été considérés comme illégaux au regard du droit national des marchés publics, dans la mesure où celui-ci était considéré comme relevant de la seule comptabilité publique et visant à encadrer la dépense publique. L'étanchéité des politiques de dépense publique et des politiques sociales ou environnementales était alors privilégiée. Lorsque le droit de la commande publique a d'abord été considéré, au plan européen, comme une branche du droit de la concurrence destinée à assurer l'égalité de traitement des entreprises candidates, rien ne s'est plus opposé à ce que ces critères fussent intégrés. Aussi est-ce sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, que ces critères ont fait leur entrée d'abord dans les directives de 2004 avant d'être repris par les directives de 2014.

B. La place accrue de la négociation

Alors que la procédure d'appel d'offre, qui reste la procédure de référence, exclut, comme l'ancienne procédure d'adjudication au moins-disant, toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques candidats, l'évolution des textes européens et nationaux accorde une place toujours plus importante à la négociation.

1°/ - D'une part, les marchés qui ne dépassent pas les seuils d'application fixés dans le cadre de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce, auquel l'Union européenne est partie au nom de tous ses Etats membres, peuvent être passés en France selon une procédure dite « adaptée », qui peut être librement organisée par le pouvoir adjudicateur, dans le respect des principes généraux du droit de la commande publique et « en fonction de la nature et des

caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat » (art. 27 du décret sur les marchés publics). Le recours à la négociation est ainsi possible. Les seuils sont actuellement de 5 548 000 € hors taxe pour les marchés de travaux et de 144 000 ou 221 000 € hors taxe pour les marchés publics de fourniture ou de service selon qu'ils sont passés par l'Etat ou par les collectivités territoriales. Ils sont révisés tous les deux ans au regard de l'évolution des seuils fixés par l'Accord sur les marchés publics. Cette possibilité de recourir à la procédure adaptée est également prévue pour les "petits lots" d'un marché passé selon une procédure formalisée (art. 22) ou encore pour les services sociaux que les directives communautaires soumettent à une procédure allégée (art. 28).

Pour les marchés d'un très faible montant, dont le montant estimé est actuellement inférieur à 25 000 € hors taxe, ils peuvent être passés sans formalités préalables, à la seule condition que « l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin » (art. 30.I.8° du décret du 25 mars 2016). Ce seuil a beaucoup varié, passant de 4 000 à 20 000 euros en 2008, puis à 15 000 euros en 2011 et 25 000 euros depuis 2015. Le Conseil d'Etat a fixé les conditions dans un arrêt du 10 février 2010, Perez, n° 329100. Ce seuil de minimis est également très variable selon les Etats membres de l'Union européenne, il est ainsi de 85 000 euros en Belgique. Le gouvernement envisage actuellement de le relever à 100 000 euros pour les achats innovants passés avec les PME.

2°/ - Au-dessus même des seuils précités, le droit européen a multiplié les procédures faisant place à la négociation ou au dialogue entre pouvoir adjudicateur et opérateurs économiques. On en prendra trois exemples en relevant l'introduction dans les directives de 2004 de la procédure de dialogue compétitif ; l'extension, dans la directive de 2014, de la possibilité de recourir à la procédure négociée, désormais appelée « procédure concurrentielle avec négociation » ; enfin la nouvelle procédure du « partenariat d'innovation ».

a - La procédure de dialogue compétitif a été développée, d'abord en France dès 1993 par une procédure dite « appel d'offre sur performance » introduite en marge du droit européen. Celui-ci l'a intégrée dans la directive de 2004 sous le nom de « dialogue compétitif ». Cette procédure permet au pouvoir adjudicateur d'engager un dialogue avec les candidats lorsqu'il n'est pas en mesure de définir lui-même les moyens permettant de satisfaire ses besoins ou encore d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique, par exemple s'agissant de projets innovants, de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou de projets comportant un financement complexe et structuré (point 42 de l'exposé des motifs de la directive 2014/24). En termes de procédure, l'acheteur public dialogue avec les candidats en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre (art. 42 de l'ordonnance sur les marchés publics). L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini. Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisées dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins. Le dialogue est conduit dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les participants. A cette fin, l'acheteur s'abstient de donner toute information susceptible d'avantager certains participants par rapport à d'autres. Lorsqu'il estime que le dialogue est arrivé à son terme, l'acheteur en informe les participants restant en lice et les invite à présenter leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue. Il vérifie que les offres finales comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet. (art. 75 du décret du 25 mars

2016).

b - Cette procédure de dialogue compétitif a connu un grand succès (cf. point 42 de l'exposé des motifs de la directive 2014/24). Elle a été rejointe par une « procédure concurrentielle avec négociation » qui entre directement en concurrence avec elle et devrait la remplacer dans les faits, les conditions de recours étant strictement les mêmes que pour le dialogue compétitif et les contraintes procédurales beaucoup plus souples puisque l'ensemble des éléments du marché peut être négocié. Il est possible notamment de recourir à cette procédure lorsque « les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles » (art. 25 du décret du 25 mars 2016), ce qui en élargit énormément le périmètre, puisque le recours à l'appel d'offres simple n'est désormais plus imposé que pour l'achat de produits, services ou travaux standardisés.

c - Dans le même ordre d'idées, la directive 2014/24 crée une procédure de « partenariat d'innovation » (art. 31) qui fait une large place à la négociation et à laquelle il peut être recouru « lorsque le besoin du pouvoir adjudicateur ne peut être satisfait par des solutions déjà disponibles sur le marché », de sorte que son champ d'application recouvre largement celui de la procédure concurrentielle avec négociation.

C. La dématérialisation des procédures

Les directives européennes adoptées en 2004 avaient déjà imposé aux pouvoirs adjudicateurs l'obligation de transmettre et de publier les avis de publicité, ainsi que de mettre à disposition les documents de consultation, par voie électronique. Les directives de 2014 achèvent le processus de dématérialisation de la commande publique en imposant à compter du 18 octobre 2018 la dématérialisation des procédures de passation. Les textes de transposition en droit français étendent cette obligation à tous les marchés publics de plus de 25 000 € HT, de sorte qu'à compter du 1er octobre 2018, tous les pouvoirs adjudicateurs devront disposer d'une plateforme électronique leur permettant de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques et de recevoir les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires (profil d'acheteur).

Par ailleurs, depuis le 1er avril 2018, les acheteurs ont l'obligation (art. 59 de la directive 2014/24 sur les marchés publics) d'accepter, pour déterminer, au regard de leur qualité technique et financière, les candidats admis à déposer une offre, une déclaration sur l'honneur effectuée de manière harmonisée sur une plate-forme dématérialisée (document unique de marché européen - DUME), de manière à alléger la charge administrative liée à la candidature aux marchés publics. Les opérateurs économiques peuvent ainsi prouver de manière plus simple qu'ils remplissent les critères de sélection et n'entrent pas dans un cas prévu par les interdictions de soumissionner.

Enfin, dans le prolongement de la dématérialisation du droit de la commande publique, le droit français a mis en œuvre une démarche d'open data sur les données essentielles des marchés publics et contrats de concessions à compter du 1er octobre 2018. L'objectif poursuivi consiste à concourir à la prévention et la lutte contre la corruption, ainsi qu'à l'amélioration des politiques d'achat. Un arrêté du 14 avril 2017 précise les données qui devront être publiées pour chaque marché public dont le montant est supérieur à 25 000 € HT et pour chaque contrat de concession.

** Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne).*

Article publié in [Anuario Iberoamericano de Contratación Administrativa](#) - Número 1 - Año 2018 - 17-12-2018