

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	27
SECTION 1. – Les libertés de circulation et la formation du droit européen de la commande publique	27
§ 1. – <i>L'imbrication des marchés publics dans la mise en œuvre des libertés de circulation</i>	28
A. Centralité du marché commun et marchés publics	28
B. L'encadrement des marchés publics et la formation du marché commun	31
C. Marchés publics et contentieux des libertés de circulation	34
§ 2. – <i>L'identification des pratiques litigieuses sur le fondement des libertés de circulation</i>	39
A. Les pratiques incompatibles avec les libertés économiques	39
1) Entraves discriminatoires	39
2) Entraves indistinctement applicables	41
B. Les possibilités de justifications	44
1) Les justifications fondées sur le traité	45
2) Les exigences impératives et impérieuses d'intérêt général	48
a) Évolution des raisons impérieuses dans le contentieux de la commande publique	49
b) Vers une prise en compte renforcée d'impératifs de solidarité ?	52
c) Motifs propres aux régimes spécifiques d'autorisation (concessions de jeux)	54

SECTION 2. – La consécration de principes fondamentaux de la commande publique	59
§ 1. – <i>La genèse des principes fondamentaux de la commande publique</i>	62
A. Une reconnaissance jurisprudentielle progressive	63
B. La systématisation des principes fondamentaux	66
§ 2. – <i>La condition d'applicabilité des principes fondamentaux : l'intérêt transfrontalier certain</i>	68
A. La fonction de l'intérêt transfrontalier certain	68
B. Les critères de l'intérêt transfrontalier certain	71
C. Nécessité pour le juge de caractériser l'intérêt transfrontalier certain	73
§ 3. – <i>Le contenu des principes fondamentaux</i>	76
A. L'application du principe d'égalité de traitement à la commande publique	76
1) Reconnaissance du principe d'égalité	77
2) Implications du principe d'égalité	79
B. La mise en œuvre du principe de non-discrimination	83
C. La portée du principe de transparence	84
1) La garantie d'une publicité adéquate	85
2) La garantie d'une impartialité des procédures	88
3) La protection contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur	91
§ 4. – <i>La réception dans les droits nationaux des principes fondamentaux</i>	94
A. La généralisation du caractère fondamental des principes de la commande publique	95
B. La délimitation du champ des principes fondamentaux	97
SECTION 3. – L'articulation du cadre européen de la commande publique avec le droit de la concurrence	102
§ 1. – <i>La convergence des finalités</i>	102
A. L'objectif de développement d'une concurrence effective	102
B. L'articulation des contentieux	106
§ 2. – <i>La complémentarité l'encadrement européen de la commande publique avec le régime des aides d'État</i>	108
A. L'exclusion de la qualification d'aide par le respect des procédures de commande publique	109
B. L'imbrication des règles européennes de commande publique avec le régime des SIEG	111

CHAPITRE 2. – LES SOURCES INTERNATIONALES DU DROIT EUROPÉEN	
DE LA COMMANDE PUBLIQUE	119
SECTION 1. – L’encadrement international des marchés publics	119
§ 1. – <i>L’accord sur les marchés publics (AMP) et son intégration en droit de l’Union</i>	120
A. Contenu de l’accord relatif aux marchés publics	120
B. La réception de l’AMP en droit de l’Union	124
§ 2. – <i>Les accords commerciaux de nouvelle génération et les marchés publics</i>	126
SECTION 2. – Les enjeux de la réciprocité commerciale	128
§ 1. – <i>Le déséquilibre de l’ouverture des marchés publics</i>	129
§ 2. – <i>L’instrument de protection : la proposition d’instrument relatif aux marchés publics internationaux</i>	130
A. La proposition initiale de défense commerciale	131
B. La proposition modifiée de défense commerciale	132
CHAPITRE 3. – LE DROIT DÉRIVÉ ET LES PAQUETS SUCCESSIFS DE DIRECTIVES	
« MARCHÉS PUBLICS »	135
SECTION 1. – La succession des paquets législatifs	137
§ 1. – <i>La genèse : les directives 71/305/CEE et 77/62/CEE</i>	137
§ 2. – <i>La structuration du droit européen de la commande publique : le second paquet législatif</i>	140
§ 3. – <i>La consolidation et la simplification : le troisième paquet législatif</i>	142
SECTION 2. – Le paquet législatif adopté en 2014 et sa mise en œuvre dans les États membres	144
§ 1. – <i>L’extension du champ de la réglementation européenne</i>	145
A. L’encadrement par le droit dérivé des contrats de concession	145
1) Contexte et déroulement de la négociation de la directive « concession »	145
2) L’adoption d’un modèle hybride	150
B. L’approfondissement de l’harmonisation	151
1) Le maintien de la distinction entre les marchés « classiques » et les marchés « en réseau »	151
2) Les ajouts matériels	152
C. Le renforcement de la négociation	154
§ 2. – <i>La transposition des directives de 2014 par les États</i>	156

CHAPITRE 4. – LA NORMALISATION ET L’HARMONISATION TECHNIQUE	163
SECTION 1. – Une nomenclature commune : le vocabulaire commun des marchés publics	165
§ 1. – <i>Contenu de la nomenclature.</i>	166
§ 2. – <i>Interprétation de la nomenclature.</i>	168
SECTION 2. – Les référentiels communs pour la conclusion des marchés . .	170
§ 1. – <i>Document unique de marché européen.</i>	170
§ 2. – <i>La standardisation des avis et des formulaires</i>	174
§ 3. – <i>La facilitation de l'accès à l'information</i>	175

PARTIE II LE CHAMP DES RÈGLES HARMONISÉES

CHAPITRE 1. – LES PARTIES AUX CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE	181
SECTION 1. – Le pouvoir adjudicateur	181
§ 1. – <i>Les pouvoirs adjudicateurs par définition</i>	185
A. L'État	185
B. Les autorités régionales ou locales	187
§ 2. – <i>Les pouvoirs adjudicateurs par qualification d'organisme de droit public</i>	189
A. Consistance de l'organisme de droit public	190
B. L'application des critères de l'organisme de droit public	192
1) La compréhension des critères dans la jurisprudence de la Cour	193
a) L'appréciation des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial. . .	194
b) La nature du contrôle sur l'organisme	199
2) La systématisation réfragable des critères par l'annexe I de la directive 2014/24	202
C. L'extension de la qualification de pouvoir adjudicateur : les marchés subventionnés	204
SECTION 2. – L'opérateur économique.	206
§ 1. – <i>La définition large de l'opérateur économique</i>	206
A. Justification et contenu de la définition large	206
B. L'admission d'offres émanant d'administrations et de collectivités	209

§2. – <i>La coopération entre opérateurs économiques pour la participation à un appel d'offres</i>	213
A. Demande de participation conjointe	213
B. Recours aux capacités d'autres entités	215
CHAPITRE 2. – L'OBJET DES CONTRATS.	219
SECTION 1. – La définition européenne du marché public	221
§1. – <i>Le caractère onéreux</i>	221
A. Le caractère onéreux comme contre-prestation	221
B. La réception dans la jurisprudence nationale	225
§2. – <i>L'objet du marché</i>	227
A. L'identification de l'objet	227
1) Les marchés de travaux	227
a) Définition issue des directives	228
b) La détermination des travaux et l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur	230
2) Les marchés de services	233
a) Définition	233
b) Régime spécifique pour les services sociaux et les services spécifiques	235
3) Les marchés de fourniture	238
B. La qualification des marchés mixtes	239
1) Pluralité d'objets dans le champ des directives	239
2) Recherche de la prépondérance du contrat	241
§3. – <i>Les marchés publics et les partenariats public-privé</i>	242
A. L'absence de cadre normatif dédié pour les partenariats public-privé en droit de l'Union	243
B. La reconnaissance d'une forme spécifique de partenariat : le partenariat public-privé institutionnalisé (PPI)	245
C. L'intégration des marchés globaux dans la définition des marchés publics	247
SECTION 2. – L'objet de la concession	250
§1. – <i>Une définition prétorienne fondée sur le risque d'exploitation</i>	252
A. La lente affirmation d'une approche unique des contrats de concession	252
B. Construction progressive sur le risque d'exploitation	255

§ 2. – <i>La systématisation du risque d'exploitation par la directive 2014/23/UE</i>	260
A. Codification de la jurisprudence	260
B. Diversité des formes concessives	261
CHAPITRE 3. – LA DÉFINITION DES SEUILS	265
SECTION 1. – Montant des seuils	267
§ 1. – <i>Seuils européens</i>	267
§ 2. – <i>Tableau général des seuils</i>	271
SECTION 2. – Calcul des seuils	273
CHAPITRE 4. – LES RÉGLEMENTATIONS SECTORIELLES	277
SECTION 1. – Les secteurs spéciaux dans le cadre des marchés en réseau	277
§ 1. – <i>La notion de « secteurs spéciaux »</i>	278
A. La spécificité des marchés en réseau dans le droit de la commande publique	278
1) Caractère monopolistique des marchés en réseau	278
2) Cadre normatif	282
B. La détermination du champ matériel de la directive 2014/25/UE	284
1) Identification des activités en réseau	284
2) Appréciation de l'ouverture à la concurrence	286
3) Exceptions liées au caractère accessoire de l'activité en réseau	289
§ 2. – <i>Le champ organique de la réglementation applicable aux activités de réseau : la notion d'entité adjudicatrice</i>	290
A. Méthode d'identification des entités adjudicatrices	291
B. Diversité des formes juridiques	292
SECTION 2. – Les marchés publics de défense	297
§ 1. – <i>Objet de la directive 2009/81/CE</i>	298
§ 2. – <i>Dispositions dérogatoires</i>	300
SECTION 3. – Les contrats comportant des obligations de service public de transport	303
§ 1. – <i>Régime d'attribution des contrats de service public dans le règlement « OSP »</i>	303
§ 2. – <i>Spécificités du régime des contrats de services publics de transport</i>	306

SECTION 4. – Les marchés publics de l'Union.	307
§ 1. – <i>La réglementation des marchés publics de l'Union issue du règlement financier 2018/1046.</i>	308
§ 2. – <i>Principes et règles de passation des marchés publics de l'Union</i>	310
CHAPITRE 5. – LES CONTRATS EXCLUS.	315
SECTION 1. – Une exclusion générale : les opérations internes ou coopération public-public	317
§ 1. – <i>La construction prétorienne de l'exception in house.</i>	318
A. Les fondements de l'exception	319
B. Les critères de l'exception	321
1) Le critère tiré du contrôle analogue	322
a) La caractérisation du contrôle analogue	322
b) Les conséquences associées à l'approche restrictive	323
2) Le critère lié à l'essentiel des activités	326
C. Le périmètre de l'exception	328
1) Le <i>in house</i> vertical	328
2) Le <i>in house</i> et l'exercice d'un contrôle conjoint	331
D. L'extension de la logique du <i>in house</i> : l'exception d'intercommunalité	333
§ 2. – <i>La codification des opérations internes au secteur public par les directives marchés et concession.</i>	336
A. Un assouplissement marginal des critères prétoriens du <i>in house</i>	337
1) <i>In house</i> unilatéral	337
2) <i>In house</i> conjoint	340
B. Les critères de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs	341
§ 3. – <i>La coopération public-public dans le cadre des activités en réseau.</i>	342
A. L'entreprise liée	342
B. La coentreprise	344
SECTION 2. – Les exclusions liées à l'absence de contrat à titre onéreux	345
§ 1. – <i>Les contrats de travail</i>	345
§ 2. – <i>Les subventions</i>	346
§ 3. – <i>L'existence d'un droit exclusif.</i>	348

SECTION 3. – Les exclusions sectorielles des marchés de services.	349
§ 1. – <i>Identification</i>	349
§ 2. – <i>Justifications</i>	351
PARTIE III	
LA PASSATION DES CONTRATS	
CHAPITRE 1. – LA PRÉPARATION DU CONTRAT	361
SECTION 1. – La détermination des besoins	361
§ 1. – <i>Les consultations préalables</i>	361
A. La pratique du sourcing	362
B. Les consultations préalables du marché.	364
§ 2. – <i>La rédaction des spécifications techniques</i>	365
A. Fonctions des spécifications	366
B. Contenu des spécifications	366
§ 3. – <i>Le choix de l'allotissement</i>	368
SECTION 2. – La publicité et la transparence de la passation	369
§ 1. – <i>L'appel à la concurrence</i>	370
A. Avis de préinformation.	370
B. Avis de marché	374
C. Articulation avec la publicité nationale.	377
§ 2. – <i>Les moyens électroniques</i>	379
CHAPITRE 2. – LA PASSATION DES MARCHÉS	383
SECTION 1. – Les étapes de la passation	383
§ 1. – <i>L'appréciation des candidatures par les critères de sélection</i> <i>qualitatifs</i>	385
A. Les critères d'exclusion	385
1) Identification des motifs	386
2) Contrôle de la mise en œuvre des motifs : impossibilité d'une exclusion automatique et exigence de proportionnalité.	390
B. L'appréciation de l'aptitude	394
1) Aptitude professionnelle	395
2) Capacité économique et financière.	395
3) Capacités techniques et professionnelles.	397

§2. – <i>L'évaluation des offres par les critères d'attribution du marché</i>	399
A. Le sens de l'offre économiquement la plus avantageuse	399
1) Pluralité de critères	400
a) Latitude du pouvoir adjudicateur	400
b) Évolution du critère du prix	402
2) Intégration du coût du cycle de vie	403
3) La prise en compte de critères sociaux et environnementaux	405
a) Importance croissante et crise sanitaire.	406
b) Les marchés réservés.	408
c) Les considérations sociales et environnementales en tant que clauses d'attribution	410
d) La reconnaissance des labels	413
e) Les considérations sociales et environnementales en tant que clauses d'exécution.	415
B. Les exigences liées à la détermination des critères.	419
1) Prévisibilité et clarté des critères	420
2) La pondération des critères.	422
C. Le traitement des offres anormalement basses	425
SECTION 2. – Les procédures et les techniques d'achat	430
§1. – <i>Les procédures formalisées d'attribution</i>	430
A. Les procédures d'appels d'offres	431
1) Procédure ouverte	431
2) Procédure restreinte.	432
B. Les procédures de dialogue	435
1) Dialogue compétitif	436
2) Partenariat d'innovation.	439
C. Les procédures négociées	442
1) Procédure négociée sans publication préalable.	443
2) Extension des procédures négociées à titre de procédures formalisées	447
§2. – <i>Les techniques spécifiques d'achat</i>	449
A. Techniques d'achat et anticipation des besoins	450
1) Les accords-cadres	450
2) Système d'acquisition dynamique et système de qualification	453
B. Techniques d'achat et recherche d'effet de masse sur les prix. .	456
1) Les centrales d'achat	456

2) Les catalogues électroniques	458
3) Les enchères électroniques	458
C. Les concours	459
§ 3. – <i>Les procédures dans le champ des secteurs spéciaux</i>	460
SECTION 3. – L'attribution du marché	462
CHAPITRE 3. – LA PASSATION DES CONCESSIONS	465
SECTION 1. – Les obligations de publicité	466
SECTION 2. – Une liberté aménagée pour la conclusion des concessions	469
§ 1. – <i>Prévisibilité des critères de sélection</i>	469
§ 2. – <i>Absence de procédure unique de passation</i>	470
§ 3. – <i>Justification de l'attribution par l'avantage économique global</i>	472
 PARTIE IV L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE	
CHAPITRE 1. – L'ENCADREMENT DES MODIFICATIONS DU CONTRAT EN COURS	
D'EXÉCUTION	479
SECTION 1. – Mise en perspective du régime de l'exécution avec les principes fondamentaux de la commande publique	479
§ 1. – <i>Typologie des modifications du contrat dans l'affaire Preettext</i>	480
§ 2. – <i>Application de la jurisprudence Preettext</i>	483
SECTION 2. – Codification du régime des modifications par les directives	486
§ 1. – <i>Une reprise adaptée des hypothèses issues de l'arrêt Preettext</i>	486
A. Modifications autorisées	487
B. Modifications réputées substantielles	492
§ 2. – <i>L'intégration du régime des modifications</i>	494
CHAPITRE 2. – L'ENCADREMENT DU RECOURS À LA SOUS-TRAITANCE	501
SECTION 1. – L'affirmation d'une liberté de recourir à la sous-traitance	503
§ 1. – <i>Fondement de la liberté de sous-traitance</i>	503
§ 2. – <i>La consolidation du raisonnement sur le terrain des principes fondamentaux</i>	506
SECTION 2. – Le contrôle de l'autorité contractante	507
§ 1. – <i>La connaissance de l'identité des sous-traitants</i>	508
§ 2. – <i>Le renforcement des liens entre l'acheteur et les sous-traitants</i>	510

PARTIE V
LES RECOURS CONTRE LES CONTRATS

CHAPITRE 1. – LE CADRE DES RECOURS	519
SECTION 1. – La nature des instances de recours.	519
§ 1. – <i>L'importance du renvoi aux droits nationaux</i>	519
§ 2. – <i>L'indistinction de l'instance responsable des recours</i>	522
§ 3. – <i>La diversité des instances responsables</i>	524
SECTION 2. – Les pouvoirs reconnus aux instances de recours	525
§ 1. – <i>Nature des pouvoirs</i>	525
A. L'adoption de mesures provisoires	526
B. La possibilité d'annuler des mesures illégales	527
1) Recours avant la conclusion du contrat	527
2) Recours après la conclusion du contrat	528
C. L'octroi de dommages-intérêts.	530
D. L'intensité du contrôle juridictionnel	531
§ 2. – <i>L'exercice des recours</i>	533
A. Les titulaires des recours	533
B. Les actes attaquables	535
C. Les règles de délai	537
1) Délai de suspension	538
2) Délai de forclusion	539
CHAPITRE 2. – LA DIVERSITÉ DES SCHÉMAS NATIONAUX DE RECOURS	543
SECTION 1. – La compétence juridictionnelle	543
§ 1. – <i>Les référés</i>	544
A. Le référé précontractuel.	544
B. Le référé contractuel	545
§ 2. – <i>L'alignement sur les procédures existantes</i>	546
SECTION 2. – L'institution d'organes <i>ad hoc</i>	547
 TABLE DE JURISPRUDENCE	 549
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	569
INDEX THÉMATIQUE	573