



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS. PRINCIPES FONDAMENTAUX.*

MATHIAS AMILHAT

Référence de publication : Amilhat, Mathias (2020) Passation des marchés publics. Principes fondamentaux. JurisClasseur Droit administratif (Fasc. 750)

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS. PRINCIPES FONDAMENTAUX.

## POINTS-CLÉS

Le contenu des principes fondamentaux de passation des marchés publics découle des **différentes sources** qui irriguent ce droit (V. n° 1 ).

Ces principes sont tout d'abord ceux de la **commande publique**. Désormais consacrés dans le code éponyme, ces principes ont d'abord été dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne, avant d'être repris en droit français (V. n° 5 à 61 ).

Parmi les principes de la commande publique, trois se distinguent assez largement quant à leurs effets sur le droit des marchés publics . Le premier principe est le **principe de liberté d'accès** (V. n° 7 à 9 ). Il est complété et rejoint par un deuxième principe, le **principe d'égalité** (V. n° 10 à 35 ), qui s'exprime à la fois dans l'accès aux marchés publics (V. n° 12 à 24 ) et dans le choix des cocontractants (V. n° 25 à 35 ). Enfin, le troisième principe essentiel est le **principe de transparence**, dont les conséquences sont tout aussi importantes (V. n° 36 à 49 ).

Pourtant, ces trois principes ne sont pas les seuls à pouvoir être considérés comme fondamentaux . S'ils constituent les principes fondamentaux essentiels, des principes secondaires s'appliquent également. On retrouve parmi eux le principe de **reconnaissance mutuelle** (V. n° 51 à 53 ), le principe de **proportionnalité** (V. n° 54 à 56 ), ainsi que le **droit à une protection juridictionnelle effective** (V. n° 57 à 59 ).

De plus, au-delà des principes , le Code de la commande publique reconnaît l'existence d'objectifs fondamentaux , dont la valeur reste incertaine (V. n° 60 ).

Enfin, à côté des principes de la commande publique, certaines **règles générales complémentaires** applicables à l'ensemble des marchés publics et consacrées par le Code de la commande publique peuvent être considérées comme relevant des principes fondamentaux de passation de ces contrats (V. n° 61 à 69 ).

# INTRODUCTION

## § 1 Pluralité des sources du droit des marchés publics

Le droit des marchés publics est désormais fixé par le Code de la commande publique. Or, les dispositions contenues dans ce code découlent en grande partie de la transposition des directives européennes, qu'il s'agisse des deux directives « marchés » (*PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 65. – PE et Cons. UE, dir. 2014/25/UE, 26 févr. 2014 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 243*) ou de la directive « concessions » (*PE et Cons. UE, dir. 2014/23/UE, 26 févr. 2014 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 1*). Cette transposition a permis de renforcer l'alignement du droit français sur le droit de l'Union européenne, comme en témoigne la consécration de la distinction fondamentale entre les marchés publics et les contrats de concession.

## § 2 Notion de marché public

Alors que, « jusqu'en 2015, il existait un décalage entre les notions européenne et française de marché public [...] ce décalage a disparu » depuis la transposition des directives de 2014 (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs : Dalloz, 2e éd., 2019, p. 155*). Le Code de la commande publique précise désormais que la notion de marché public regroupe à la fois les marchés, les marchés de partenariat et les marchés de défense ou de sécurité (*CCP, art. L. 1110-1*). Alors que les marchés de partenariat et les marchés de défense ou de sécurité font l'objet de définitions spécifiques liées à leurs objets particuliers, c'est la notion française de marché qui transpose véritablement la notion européenne de marché public. Le code précise ainsi qu'« *un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* » (*CCP, art. L. 1111-1*

). Du point de vue organique, la notion d'acheteur englobe à la fois les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ( *CCP, art. L. 1210-1* ). Or, les définitions retenues – que cela soit pour les pouvoirs adjudicateurs ( *CCP, art. L. 1211-1* ) ou pour les entités adjudicatrices ( *CCP, art. L. 1212-1 à L. 1212-4* ) – sont reprises des directives européennes. Cet alignement offre davantage de cohérence à la matière : les contrats qui répondent à la définition de marché public relèvent tous du champ d'application du Code de la commande publique. La distinction antérieure entre les marchés publics soumis au code éponyme et les marchés publics relevant de l'Ordonnance du 6 juin 2005 a donc disparu. Du point de vue matériel, la différence essentielle entre les définitions française et européenne est que le droit français considère que le marché doit répondre aux « besoins » du ou des acheteurs, tandis que le droit de l'Union européenne considère qu'il suffit que les prestations fournies présentent un « intérêt économique direct » pour l'acheteur ( *CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, Helmut Müller : JurisData n° 2010-003820 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 164 , note W. Zimmer*). L'approche européenne de l'intérêt économique direct étant une approche extensive, la notion française apparaît donc comme étant plus restreinte. Dans le même sens, le maintien de l'interdiction du paiement différé par le droit français aboutit également à un décalage avec le droit de l'Union européenne ( *CCP, art. L. 2191-5* ). Pour autant, ces décalages ne doivent pas être surestimés : l'alignement n'est pas d'une perfection absolue mais il a permis de retrouver davantage de cohérence dans la détermination des règles applicables aux différents marchés publics .

### § 3 Principes fondamentaux de la commande publique, principes secondaires et principes généraux de passation des marchés publics

Les principes fondamentaux de la Commande publique ont d'abord été consacrés par la Cour de justice de l'Union européenne dans les affaires *Telaustria* ( *CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH , Telefonadress GmbH : Rec. CJCE 2000, p. I-10745 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 50 , note F. Llorens ; AJDA 2001, p. 106 , note L. Richer ; AJDA 2001, p. 329 , chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey*) et *Bent Moustén* ( *CJCE, ord., 3 déc.*

2001, *aff. C-59/00*, *Bent Moustén Vestergaard* : *Contrats- Marchés publ.* 2002, *comm.* 207, *note F. Llorens*). Ils ont ensuite été repris par les juges français qui ont consacré la formule de « principes fondamentaux de la commande publique », le juge européen se contentant de se référer directement à chacun des principes. C'est d'abord le Conseil d'État qui a précisé dans un avis que les marchés conclus sans formalités préalables relevaient du champ d'application du Code des marchés publics et demeuraient soumis au respect « des principes généraux » posés par l'article 1er du code, alors même que les règles de procédure ne les concernaient pas ( *CE, avis, 29 juill. 2002, n° 246921, Sté Maj Blanchisseries de Pantin* : *JurisData n° 2002-064109* ; *Lebon, p. 29* ; *AJDA 2002, n° 10, p. 755*, *note J.-D. Dreyfus*). Toutefois, c'est le Conseil constitutionnel qui a véritablement consacré la notion. Il a d'abord dégagé le principe d'égalité d'accès à la commande publique dans une décision concernant les contrats de partenariat public-privé sectoriels ( *Cons. const., 22 août 2002, n° 2002-460 DC* : *Rec. Cons. const., p. 198* ; *AJDA 2002, p. 1059*, *note J.-Y. Chérot et J. Trémeau*. – *Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC* : *Rec. Cons. const., p. 204*), avant de faire expressément référence au « droit de la commande publique » dont « les principes découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et sont rappelés par l'article 1er du nouveau Code des [marchés publics](#) » à propos des contrats de partenariat public-privé ( *Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC* : *AJDA 2003, p. 1391*, *note J.-E. Schoettl* ; *AJDA 2003, p. 1404*, *note E. Fatôme*).

Ces principes sont désormais repris par le Code de la commande publique (sur cette question, *M. Amilhat, Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique* : *AJDA 2019, p. 793*). L'article L. 3 du code précise ainsi que « les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique » et qu'« ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures », tout en indiquant que « ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » ( *CCP, art. L. 3* ). Auparavant, ces principes étaient consacrés par l'article 1er du Code des [marchés publics](#) mais tous les contrats de la commande publique ne relevaient pas de ce code.

Au-delà des principes d'égalité de traitement, de liberté d'accès et de transparence des procédures, d'autres principes peuvent être considérés comme des principes fondamentaux de la commande publique. Il s'agit de principes qui complètent les trois principes précités et qui peuvent dès lors être qualifiés de principes secondaires. Avant que la Cour de justice n'ait identifié les

principes de non-discrimination et de transparence dans sa jurisprudence *Telaustria* (CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria*, préc.), la Commission européenne avait considéré que quatre principes devaient s'appliquer aux contrats qualifiables de marchés publics ou de concessions : l'égalité de traitement, la transparence, la proportionnalité et la reconnaissance mutuelle (*Commission européenne, Communication interprétative du 28 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire : JOCE n° C 121, 29 avr. 2000, p. 6*). Ces principes découlent « des règles du traité qui instaurent et garantissent le bon fonctionnement du Marché unique, à savoir » les règles qui interdisent les discriminations en raison de la nationalité, celles relatives à la libre circulation des marchandises, à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, et celles qui concernent la soumission à la concurrence des entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ou qui sont chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal. Pour compléter cet édifice, la Commission a précisé en 2006 que le droit à une protection juridictionnelle effective – qui est un principe général du droit communautaire ( CJCE, 25 juill. 2002, *aff. C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores*, pt 39 : *Rec. CJCE 2002, p. I-6677*. – V. aussi CJCE, 15 oct. 1987, *aff. C-222/86, Heylens*, pt 14 : *Rec. CJCE 1987, p. 4097*) – fait également partie des principes applicables tant aux marchés publics qu'aux contrats de concession (*Commission européenne, Communication interprétative du 23 juin 2006 relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » : JOUE n° C 179, 1er août 2006, p. 2*).

Il est donc possible de considérer qu'il existe trois principes « secondaires » de la commande publique (proportionnalité, reconnaissance mutuelle et droit à une protection juridictionnelle effective) qui complètent les trois principaux principes que sont l'égalité de traitement, la liberté d'accès et la transparence des procédures. Ces principes répondent à deux objectifs, tout aussi fondamentaux mais aux conséquences plus incertaines : l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics .

Enfin, il existe certaines règles qui ne relèvent pas des principes fondamentaux de la commande publique mais qui sont néanmoins applicables à l'ensemble des marchés publics , voire à l'ensemble des contrats de la commande publique. Ces règles générales figurent pour la plupart dans le livre Ier de la deuxième partie du Code de la commande intitulé “*Dispositions générales*”. Ces règles ne relèvent pas des principes fondamentaux de la commande publique mais leur

généralité permet de considérer qu'elles font partie des principes fondamentaux de passation des marchés publics .

#### §4 Plan

Afin de présenter les principes fondamentaux de passation des marchés publics , il convient donc d'évoquer successivement les principes fondamentaux de la commande publique (I) et les principes généraux applicables lors de la passation des marchés publics (II).

### **I. PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE APPLICABLES AUX MARCHÉS PUBLICS**

#### § 5 Présentation et champ d'application

Les principes fondamentaux de la commande publique sont consacrés la fois par le Code de la commande publique et par la jurisprudence européenne (V. n° 3 ). Ils s'appliquent à l'ensemble des marchés relevant du Code de la commande publique, y compris les « autres marchés publics » ( *CE, 15 déc. 2017, n° 413193, Synd. mixte de l'aéroport de Lannion – Côte de granit : JurisData n° 2017-025787 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, comm. 32 , obs. P. Devillers. – CE, 5 févr. 2018, n° 414846, CNES : JurisData n° 2018-001386 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, comm. 78 , note M. U.-B. ; BJCP 2018, p. 143 , n° 118, concl. O. Henrard*). Pour cette catégorie particulière de marchés , les modalités de mise en œuvre des principes fondamentaux restent cependant à préciser (en ce sens, *G. Eckert, Quelle place pour les principes du droit de la commande publique ? : Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, repère 10 . – H. Hoepffner et Ph. Terneyre, La place des principes dans le Code de la commande publique : RFDA 2019, p. 206*).

En pratique, les principes fondamentaux peuvent être dissociés en deux sous-ensembles, en distinguant les principes « principaux » ou « essentiels » (A) et les principes « secondaires » ou « sous-jacents » (B). Enfin, il est nécessaire d'évoquer les objectifs de protection des deniers

publics et d'efficacité de la commande publique en tant qu'objectifs fondamentaux de la commande publique (C).

### *A. Principes fondamentaux essentiels : égalité de traitement, liberté d'accès et transparence des procédures*

## § 6 Plan

L'égalité de traitement, la liberté d'accès et la transparence des procédures constituent des principes essentiels au regard de leurs conséquences concrètes. En effet, il s'agit de principes qui irriguent l'ensemble du droit de la commande publique et qui expliquent une part importante des règles de passation applicables. À l'image des autres principes du droit de la commande publique, ces principes ont été dégagés à partir des règles fondamentales posées par les traités. Ils ont ensuite été repris par les juges français, avant d'être consacrés par le Code de la commande publique (V. n° 3).

Il convient dès lors d'aborder dans un premier temps les différentes obligations imposées par le principe d'égalité de traitement (1°), avant de s'intéresser dans un second temps au principe de transparence et à ses effets sur les procédures de passation des marchés publics (2°).

### 1° Liberté d'accès aux marchés publics

## § 7 Liberté d'accès et égalité d'accès

La liberté d'accès et l'égalité d'accès ne doivent pas être confondues même si ces deux principes se rejoignent souvent en pratique. Le principe de liberté d'accès peut être défini comme le principe selon lequel toutes les personnes intéressées par la conclusion d'un contrat passé par un pouvoir

adjudicateur ou une entité adjudicatrice doivent avoir la possibilité de candidater pour son attribution. La liberté d'accès correspond donc à une liberté de candidater, quel que soit l'opérateur économique.

L'égalité d'accès – ou égalité de traitement dans l'accès – est une des deux composantes du principe d'égalité de traitement, avec l'égalité dans le choix du cocontractant (*V. n° 10 s.*). En réalité, l'égalité d'accès prolonge la liberté d'accès et implique que les opérateurs économiques qui candidatent à l'attribution d'un contrat public puissent le faire « en bénéficiant des mêmes chances » (*CJCE, 25 avr. 1996, aff. C-87/94, Comm. c/ Belgique, Rec. CJCE 1996, p. I-2043 ; RDI 1996, p. 368, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; Europe 1996, n° 6, p. 9, aff. dite des « Bus Wallons »*). Chronologiquement, c'est donc le principe de liberté d'accès qui trouve à s'appliquer en premier mais son contenu est assez limité : il a avant tout été utilisé par la Cour de justice de l'Union européenne pour empêcher les États d'interdire la candidature des opérateurs publics (*CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal : Rec. CJCE 1999, p. I-8121 ; D. 1999, p. 276. – CJUE, 23 déc. 2009, aff. C-305/08, CoNISM a : Rec. CJUE 2009, p. I-12129 ; RFDA 2011, p. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RTD eur. 2011, p. 432, obs. A. L. Durviaux*).

## § 8 Interdiction des discriminations liées à la nature juridique des opérateurs

Le principe d'égalité dans l'accès aux marchés publics interdit la mise en place de discriminations empêchant ou rendant plus difficile l'accès à ces contrats à certaines catégories d'opérateurs. Ce principe a été utilisé par la Cour de justice en tant que fondement pour imposer aux États membres de ne pas exclure les organismes publics lors des procédures de passation des marchés publics. Si le juge européen a d'abord appliqué cette règle aux marchés publics, c'est afin d'établir clairement les frontières de la notion de *in house*. Il apparaît dès lors que, sauf dans la situation particulière des contrats *in house*, la nature publique du cocontractant n'a aucune incidence sur l'application ou non des règles communautaires. Ainsi, dans l'arrêt *Teckäl*, la Cour de justice considère que « la

directive 93/36 est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, tel une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non » ( *CJCE*, 18 nov. 1999, *aff. C-107/98, Teckal* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 8121. – Pour un rappel plus récent du principe, *CJUE*, 23 déc. 2009, *aff. C-305/08, CoNISMa* : *Rec. CJUE* 2009, p. I-12129 ; *Europe* 2010, *comm.* 73 , *note M. Meister* ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2010, *comm.* 61 , *note G. Eckert*). En effet, le droit de l'Union européenne ne prend pas en compte la nature publique ou privée d'un organisme pour déterminer s'il peut ou non se porter candidat à l'attribution d'un marché public (l' article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit ainsi que “*les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres*”).

Ainsi, les personnes publiques sont tout autant que les personnes privées susceptibles de constituer des opérateurs économiques au sens des directives marchés publics . Ce principe a d'ailleurs été rapidement repris en droit français par le Conseil d'État pour qui « aucun texte, ni aucun principe, n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public » ( *CE*, *avis*, 8 nov. 2000, n° 222208, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants* : *Lebon*, p. 492 ; *Dr. adm.* 2000, *comm.* 249 ; *AJDA* 2000, p. 1066 et 987, *chron.* *M. Guyomar et P. Collin* ; *RFDA* 2001, p. 106, *concl.* *C. Bergeal*). Cette indifférence au statut public ou privé du cocontractant est confirmée par le Code de la commande publique qui précise qu'“*est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services*” ( *CCP*, *art. L. 1220-1* ). Il existe néanmoins deux limites à cette possibilité pour les personnes publiques de se porter candidates à l'attribution d'un marché public.

Tout d'abord, et il s'agit là d'une limite classique du droit administratif français, cette possibilité ne leur est offerte qu'à condition de respecter les règles de compétence qui s'imposent à elles. Pour les collectivités territoriales cela implique, notamment, de répondre à un intérêt public local ( *CE*, *ass.*, 30 déc. 2014, n° 355563, *Sté Armor SNC* : *JurisData* n° 2014-032080 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2015, *comm.* 36 , *note L. de Fournoux*). Pour les établissements publics , cela implique le respect du principe de spécialité ( *CE*, 18 sept. 2019, n° 430368 et n° 430474, *Communauté cnes Île-Rousse-Balagne et Office d'équipement hydraulique de la Corse* :

*JurisData n° 2019-015774 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 378 , obs. G. Eckert ; AJDA 2019, p. 2447 , obs. S. Hul).*

Par ailleurs, lorsque des personnes publiques décident de se porter candidates à l'attribution de tels contrats, il convient de vérifier que le statut public de ces opérateurs ne leur permette pas de contrecarrer l'application normale des règles de concurrence. En effet, la Cour de justice considère qu'« il ne saurait être exclu que, dans certaines circonstances particulières, la directive 92/50 oblige les pouvoirs adjudicateurs, ou à tout le moins ne leur permette, de prendre en considération l'existence de subventions, et notamment d'aides non conformes au traité, afin, le cas échéant, d'exclure les soumissionnaires qui en bénéficient » ( *CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-94/99, Arge Gewässerschutz* , pt 29 : *Rec. CJCE 2000, p. I-11037 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2001, chron. 4 , note P. Soler-Couteaux*). Cette position est partagée par le Conseil d'État pour qui il convient de vérifier que l'opérateur public « n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié » ( *CE, avis, 8 nov. 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants* , *préc.*). Ainsi, si le statut public d'un opérateur ne saurait constituer un frein à son action sur le marché, il ne doit pas le placer dans une situation avantageuse par rapport à ces concurrents privés. Pour le Conseil d'État, cela implique un double niveau de contrôle. Le premier niveau relève de la responsabilité des acheteurs. Ainsi, s'il apparaît que le prix d'une offre formulée par une collectivité ou un établissement public est sensiblement inférieur aux prix des offres des autres candidats, les acheteurs doivent de demander la production des documents nécessaires pour vérifier que tous les coûts directs et indirects ont été pris en compte dans le calcul de ce prix. Si ces documents révèlent que tous les coûts n'ont pas été pris en compte, ou s'ils ne sont pas produits par la personne publique candidate, les acheteurs doivent rejeter sa candidature afin de ne pas fausser les conditions de la concurrence sur le marché. Par ailleurs, le Conseil d'État érige les juges administratifs comme second rempart permettant d'assurer le respect des conditions de la concurrence sur le marché. Il précise en effet que, lorsque l'offre de la collectivité ou de l'établissement est malgré tout retenue et que son prix est contesté dans le cadre d'un recours intenté par un tiers, le juge administratif doit vérifier si « le pouvoir adjudicateur ne s'est pas fondé, pour retenir l'offre de la collectivité, sur un prix manifestement sous-estimé au regard de l'ensemble des coûts exposés et au vu des documents communiqués par la collectivité candidate ». Si tel est le

cas, le juge doit en tirer les conséquences ( *CE, 14 juin 2019, n° 411444, Sté Vinci construction maritime et fluvial : JurisData n° 2019-009982 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 254 , obs. G. Eckert ; AJDA 2019, p. 1923 , obs. E. Glaser ; AJDA 2019, p. 1946 , obs. S. Hul ; BJCP 2019, p. 317 , concl. M. Le Corre*).

Dans le même sens, la Cour de justice a également eu l'occasion de préciser que le fait de réserver l'accès aux contrats publics aux seules entreprises détenues « en totalité ou en majorité » par le secteur public d'un État membre est également contraire au principe d'égalité d'accès ( *CJCE, 5 déc. 1989, aff. 3/88, Comm. c/ Italie : Rec. CJCE 1989, p. 4035*). Pour autant, la Cour considère que lorsque la législation nationale autorise les candidatures des personnes publiques, le droit de l'Union n'impose pas la mise en œuvre de mesures correctrices mais seulement le contrôle des offres anormalement basses ( *CJUE, 18 déc. 2014, aff. C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c/ Data Medical Service Srl : Contrats- [Marchés](#) publ. 2015, comm. 37 , note G. Eckert*).

## § 9 Interdiction des discriminations liées à la situation des opérateurs sur le marché

Le principe de liberté d'accès interdit également d'exclure un opérateur de la procédure de passation en invoquant pour seule raison sa participation à la phase préparatoire du contrat ( *CJCE, 3 mars 2005, aff. C-21/03 et 34/03, Fabricom SA c/ État belge : Rec. CJCE 2005, p. I-1559 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2005, comm. 127 , note W. Zimmer ; Europe 2005, comm. 165 , note F. Kauff-Gazin. – V. aussi CAA Versailles, 20 juin 2006, n° 03VE00208, Sté aménagement et développement villes Val-de-Marne : JurisData n° 2006-307181 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2006, comm. 248 , note G. Eckert*). Cette règle est désormais clairement posée par le Code de la commande publique. Ainsi, lorsqu'un opérateur économique a participé à la préparation du marché et a “eu accès à des informations ignorées par d'autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure”, les acheteurs sont tenus de prendre “les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas

*faussée*” ( CCP, art. R. 2111-2, al. 1er ). Pour autant, l'exclusion n'est pas la solution de principe et le code précise que “*cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens*” ( CCP, art. R. 2111-2, al. 2 ). C'est ce qui explique également que le *sourcing* soit désormais prévu et encadré par le Code de la commande publique. Les acheteurs ont la possibilité d'effectuer des études et échanges préalables avec les opérateurs économiques en réalisant des consultations ou des études de marchés , en sollicitant des avis, ou en informant les opérateurs économiques de leurs projets ou des exigences de leurs projets. S'ils ne faussent pas la concurrence, “*les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés*” par les acheteurs ( CCP, art. R. 2111-1 ).

Dans le même sens, un pouvoir adjudicateur ne peut pas exclure un candidat en raison de sa nationalité (en ce sens, *Rép. min. n° 09659 [Quest. 12 déc. 2013, J.-B. Magner] : JO Sénat 21 août 2014, p. 1960 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2014, comm. 284 , obs. B. Roman-Séquence*) ou de son implantation géographique. Sur ce dernier point cependant, il est parfois admis que l'implantation géographique constitue un critère d'attribution du marché si cela est justifié par son objet ou par ses conditions d'exécution (mais ce critère n'est pas admis pour la sélection des candidatures). À titre d'exemple, le juge admet que la nécessité de pouvoir disposer d'une équipe pouvant intervenir rapidement sur le lieu d'exécution du marché afin d'assurer la continuité du service public, ou la nécessité de disposer d'une antenne dans le département d'exécution des prestations constituent des justifications suffisantes (sur l'ensemble de cette question, *Rép. min. n° 4714 [Quest. 18 sept. 2012, P. Morel-A-L'Huissier] : JOAN 4 déc. 2012, p. 7205 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 55 , obs. B. Roman-Séquence*).

## 2° Égalité de traitement

### § 10 Fondements du principe d'égalité de traitement en matière de marchés publics

Le principe d'égalité de traitement « peut être considéré comme un principe général » applicable en matière de marchés publics (S. Alber, concl. sur CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-496/99, Comm . c/

CAS *Succhi di Frutta Agriculture* : Rec. CJCE 2004, p. I-3801 ; Europe 2004, comm. 188 , note E. Meisse) dont le pendant négatif est le principe de non-discrimination. Son respect est systématiquement vérifié par les institutions de l'Union européenne. Ce principe doit être considéré comme « cardinal, car il se situe au carrefour des droits, des objectifs et, au final, des systèmes qui interagissent dans l'Union européenne » (C. Maubernard, *Le principe d'égalité de traitement : un principe cardinal du droit de l'Union européenne* : RMCUE 2010, p. 373 , n° 359). Cette place particulière du principe d'égalité de traitement provient du fait qu'il constitue un principe fondamental du droit de l'Union européenne (V. not. CJCE, 19 oct. 1977, aff. 117/76 et 16/77, *Ruckdeschel* : Rec. CJCE 1977, p. 1753. – CJCE, 19 oct. 1977, aff. 124/76 et 20/77, *Moulins Pont-à-Mousson* : Rec. CJCE 1977, p. 1795. – CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-168/98, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil* : Rec. CJCE 2000, p. I-9131).

Par ailleurs, en ce qui concerne plus spécifiquement les marchés publics , la Cour de justice a d'ailleurs précisé que ce principe « constitue la base des directives » en la matière ( CJCE, 12 déc. 2002, aff. C-470/99, *Universale Bau e.a.* : Rec. CJCE 2002, p. I-11617 ; Europe 2003, comm. 60 , note D. Ritleng ; *Contrats- Marchés publ.* 2003, comm. 49 , note G. Eckert), et que « le devoir de respecter ce principe correspond à l'essence même » de ces textes ( CJCE, 22 juin 1993, aff. C-243/89, *Comm . c/ Royaume Danemark*, aff. « Pont sur le Storebælt » : Rec. CJCE 1993, p. I-3385 ; *Dr. adm.* 1993, comm. 418 ).

Enfin, s'agissant du droit français, le Conseil constitutionnel rattache directement le principe d'égalité de traitement au principe d'égalité devant la loi proclamé à l' article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ( Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC , loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : Rec. Cons. const., p. 382 ; *Dr. adm.* 2003, comm. 188 , A. Ménéménis ; *AJDA* 2003, p. 1391 , J.-E. Schoettl ; *AJDA* 2003, p. 2348 , E. Fâtome et L. Richer ; *RTD civ.* 2004, p. 155 , R. Libchaber et N. Molfessis. – F. Linditch, *Et si le Conseil constitutionnel avait vu juste ?* : *JCP A* 2004, 1230 ). Il offre ainsi à ce principe un fondement constitutionnel qui vient compléter et confirmer sa protection européenne.

## § 11 Composantes du principe d'égalité de traitement

En matière de marchés publics , la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement impose des obligations aux acheteurs à deux moments différents de la procédure. Ces deux moments correspondent respectivement à la phase de sélection des candidatures et à celle de la sélection des offres lors de la passation de ces contrats.

Cette distinction en deux temps correspond à la mise en œuvre des deux composantes du principe d'égalité de traitement. En effet, ce principe impose à la fois un respect de l'égalité dans l'accès aux marchés publics (a), et à la fois un respect de l'égalité dans le choix des cocontractants (b). La possibilité d'inverser les phases de sélection des candidatures et de sélection des offres est sans incidence sur ce point.

### *a) Égalité de traitement dans l'accès aux marchés publics*

## § 12 Définition du principe d'égalité dans l'accès aux marchés publics

Le principe d'égalité dans l'accès aux marchés publics constitue la première composante du principe d'égalité de traitement. Ce principe impose que, lors de la passation d'un marché public, toutes les personnes intéressées puissent transmettre leurs offres aux acheteurs. Il implique donc que « tous les soumissionnaires bénéficient des mêmes chances dans la formulation de leurs offres » ( *CJCE, 25 avr. 1996, aff. C-87/94, Comm . c/ Belgique, préc. n° 7*). Ce principe général emporte des conséquences importantes qui se traduisent dans de nombreuses dispositions du Code de la commande publique et qui ont donné lieu à une jurisprudence importante. Il s'exprime essentiellement au travers de la définition du besoin et lors de la phase d'examen des candidatures.

## § 13 Égalité de traitement et définition du besoin

La définition du besoin est une étape essentielle qui participe au respect du principe d'égalité de traitement. Elle doit permettre à tous les opérateurs un égal accès aux informations concernant le marché avant le lancement de la procédure de passation . Le code précise ainsi que *“la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale”* ( *CCP, art. L. 2111-1* ). La détermination des besoins constitue une obligation pour les acheteurs, quel que soit le type de marché passé. La précision dans la définition des besoins pourra toutefois varier, notamment lorsqu'il est nécessaire de recourir à un type de marché particulier tel que le partenariat d'innovation ( *CCP, art. L. 2172-3* ). Pour déterminer correctement ses besoins, le pouvoir adjudicateur doit « faire appel à quatre considérations principales : l'analyse des besoins fonctionnels des services [...] ; la connaissance aussi approfondie que possible des marchés fournisseurs [...] ; la distinction entre achats structurels et achats spécifiques ; [...] et l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte non seulement le prix à l'achat mais aussi les coûts de fonctionnement et d'usage » ( *F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Code des marchés publics : LGDJ, 2014, n° 337* ).

Le juge administratif n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la définition des besoins ( *CE, 2 oct. 2013, n° 368846, Dpt Oise : JurisData n° 2013-021358 ; Lebon, p. 702 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 280 , note J.-P. Pietri ; BJCP 2014, p. 43 , concl. B. Dacosta* ) mais cela ne l'empêche pas d'exercer un réel contrôle. Celui-ci s'exerce quelle que soit la procédure, comme par exemple dans le cadre d'un dialogue compétitif ( *CAA Bordeaux, 18 déc. 2018, n° 16BX00178, Synd. interdépartemental mixte pour l'équipement rural : JurisData n° 2018-025262 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 78 , note M. Ubaud-Bergeron* ).

La détermination des besoins est essentielle car c'est elle qui va permettre de déterminer l'objet du marché et, ensuite, d'en évaluer le montant. Ainsi, la définition du besoin va conditionner le choix de la procédure de passation . D'ailleurs, toute carence dans la description de l'objet du marché constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence pouvant conduire à son annulation ( *CE, 29 juin 2005, n° 266631 , CCI Calais : JurisData n° 2005-*

068973 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2005, comm. 247 , obs. F. Llorens). Ceci explique que la définition du besoin passe par l'utilisation de spécifications techniques.

## § 14 Principes relatifs à l'utilisation de spécifications techniques

Le Code de la commande publique impose aux acheteurs de définir les prestations attendues lors de la réalisation du marché au moyen de “*spécifications techniques*” ( CCP, art. L. 2111-2 ). Celles-ci permettent de définir “*les caractéristiques requises des travaux, des fournitures ou des services qui font l'objet du marché*” ( CCP, art. R. 2111-4 ). Le contenu de ces spécifications techniques est précisé par l'avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics qui constitue l' annexe n° 5 du Code de la commande publique . Surtout, la formulation des spécifications techniques est encadrée afin que les acheteurs ne les utilisent pas pour rompre l'égalité entre les candidats.

Le code prévoit ainsi qu'en principe “*les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits*”. Ce n'est que par exception qu'une telle mention ou référence sera possible “*si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes “ou équivalent”*” ( CCP, art. R. 2111-7 ).

La nécessité de préserver l'égalité entre les candidats explique que le Code de la commande publique ne permette aux acheteurs de formuler les spécifications techniques que de trois manières :

- 1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats ;
- 2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles ;
- 3° Soit par une combinaison des deux ( CCP, art. R. 2111-8 ).

La formulation des spécifications techniques est encadrée, que celle-ci passe par des normes ou d'autres documents équivalents ( *CCP, art. R. 2111-9* ), ou qu'elle soit opérée en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles ( *CCP, art. R. 2111-10* ). Au-delà de cet encadrement textuel, la formulation des spécifications techniques donne lieu à une jurisprudence importante, tant de la part de la Cour de justice ( *CJCE, 22 sept. 1988, aff. C-45/87, Comm. c/ Irlande*. – *CJCE, 17 nov. 1993, aff. C-71/92, Comm. c/ Espagne : Rec. CJCE 1993, p. I-5923*. – *CJCE, 24 janv. 1995, aff. C-359/93, Comm. c/ Pays-Bas : D. 1996, jurispr. p. 23, obs. M.-C. Bergeres*. – *CJCE, ord., 3 déc. 2001, Bent Moustén Vestergaard, préc. n° 3*. – *CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, Comm. c/ Pays-Bas : JurisData n° 2012-013290 ; RTDE 2013, p. 357, note A.-L. Durviaux et p. 410, note S. Robin-Olivier ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 209, note W. Zimmer*. – *CJUE, 8 juin 2017, aff. C-296/15, Medisanus : JurisData n° 2017-018816 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2017, comm. 228, note M. Ubaud-Bergeron*) que des juridictions nationales (par ex., *CE, 10 févr. 2016, n° 382154 et n° 382153, Sté SMC 2 et a. : Contrats- [Marchés](#) publ. 2016, comm. 96, note P. Devillers*. – *CAA Marseille, 12 nov. 2002, n° 99MA00140 et n° 99MA00328, Ville Draguignan c/ Sté Entreprise d'électricité Combon : Contrats- [Marchés](#) publ. 2004, comm. 72, note F. Olivier*. – *CAA Paris, 23 mai 2016, n° 15PA02272, Sté ACS Production : JurisData n° 2016-010932 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2016, comm. 174, obs. H. Hoepffner*. – *CAA Paris, 20 déc. 2018, n° 17PA03940, Sté Infocom : Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 83, obs. E. Muller*).

Enfin, comme en ce qui concerne la détermination des besoins, il convient de préciser que les spécifications techniques peuvent prendre en compte des exigences environnementales à condition que les critères d'attribution du marché restent liés à l'objet du contrat (sur le contrôle de la prise en compte d'exigences environnementales, *CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-513/99, Concordia Bus Finland : Rec. CJCE 2002, p. I-7213*. – *CJCE, 4 déc. 2003, aff. C-448/01, EVN : Rec. CJCE 2003, p. I-14527 ; Europe 2004, comm. 40, note F. Berrod ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2004, comm. 28, note P. Délelis ; AJDA 2004, n° 6, p. 334, note T. Gliozzo*. – *CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, Comm. CE c/ Royaume des Pays-Bas : Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 209, note W. Zimmer ; Europe 2012, comm. 277, note M. Meister*). Cette solution est confirmée par le Conseil d'État (*CE, 15 févr. 2013, n° 363921, Sté Derichebourg polyurbaine : JurisData n° 2013-003017 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 104, note P. Devillers*). Le Code de la commande publique précise désormais que les caractéristiques définies au travers des spécifications

techniques “peuvent 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, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs” ( CCP, art. R. 2111-4, al. 2 ). Dans le même sens, lorsque les spécifications techniques sont formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, les acheteurs peuvent y intégrer des caractéristiques environnementales ou sociales ( CCP, art. R. 2111-10 ).

Ainsi, si le principe d'égalité d'accès conditionne la formulation des spécifications techniques, il n'enlève pas toute marge de manœuvre aux acheteurs.

## § 15 Obligation d'une remise en concurrence périodique

Le principe d'égalité d'accès implique aussi la mise en place d'une remise en concurrence périodique. De manière générale, le code précise ainsi que “la durée du marché est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique” ( CCP, art. L. 2112-5 ).

La durée peut être indéterminée ( CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich* : Contrats- [Marchés](#) publ. 2008, comm. 186 , obs. W. Zimmer ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2008, repère 9 , F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; Dr. adm. 2008, comm. 132 , obs. R. Noguellou) mais elle doit être prévue par le marché public ( CAA Nantes, 27 juin 2003, n° 00NT00635, *Cne Contres* : *JurisData* n° 2003-236312 ; *AJDA* 2004, p. 820 , note J.-D. Dreyfus). Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire que la durée corresponde à un terme fixe mais que celle-ci doit tenir compte “de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique” ( CCP, art. L. 2112-5 ). Il s'agit ici d'éviter que, par une durée trop longue, le marché public finisse par conférer un avantage économique injustifié au cocontractant. Ainsi, « la date d'achèvement des prestations peut, soit prendre la forme d'une date précise (jj/mm/aaaa), soit correspondre au terme d'un délai d'exécution déterminé et dont le point de départ doit être clairement défini dans le marché (x mois à compter de la date de notification du

marché ou de la survenance d'un événement comme l'émission d'un ordre de service ou la réception de prestations données). Un marché dont la durée serait définie en fonction de la seule survenance d'événements explicitement désignés (comme la réception de prestations), sans qu'un délai d'exécution précis ou prévisionnel ne soit fixé, méconnaîtrait les principes [...] de la commande publique » ( *Rép. min. n° 32665 [Quest. 16 juill. 2013, de F. Verdier] : JOAN 13 août 2013, p. 8757 ; Contrats- Marchés publ. 2013, comm. 269 , obs. B. Roman-Séquence*).

La durée du marché doit donc être fixée par l'acheteur en fonction de ses caractéristiques. Il s'agit d'une appréciation au cas par cas qui ne doit pas pour autant être subjective. Le contrôle du juge n'est cependant qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, afin de concilier le respect du principe d'égalité et la liberté des acheteurs (pour une solution rendue en matière de délégations de service public mais transposable aux marchés publics , *CE, 23 juill. 1993, n° 138504, Cie générale des eaux : JurisData n° 1993-045412 ; RFDA 1994, p. 252, note Terneyre*).

Par ailleurs, le code autorise les acheteurs à prévoir dans leurs marchés une ou plusieurs reconductions mais uniquement si celles-ci ne modifient pas les caractéristiques du marché et à condition que la mise en concurrence ait tenu compte de durée totale du marché, périodes de reconduction comprises. Il s'agit là encore de préserver le principe d'égalité d'accès ( *CCP, art. R. 2112-4* ).

Enfin, pour certains marchés la liberté des acheteurs est réduite car le code fixe une durée maximale ( *CCP, art. L. 2112-5, al. 2* ). C'est le cas des marchés réservés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire ( *CCP, art. L. 2113-16 ; 3 ans maximum* ) ; des marchés de fournitures qui portent sur des livraisons complémentaires et des marchés de travaux ou de services qui portent sur des prestations similaires lorsqu'ils sont négociés sans publicité ni mise en concurrence ( *CCP, art. R. 2122-4 et R. 2122-7 ; 3 ans maximum* ) ; et des accords-cadres ( *CCP, art. L. 2125-1 ; 4 ans ou 8 ans maximum selon si l'acheteur est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice* ). La durée des marchés de partenariat fait également l'objet d'un encadrement spécifique, le code indiquant qu'elle doit être “*déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues*” ( *CCP, art. L. 2213-2* ).

Sous ses diverses formes, l'encadrement de la durée des marchés permet donc de protéger le principe d'égalité d'accès. Plus largement, et comme le relève Philippe Terneyre ( *La durée des contrats : RFDA 2016, p. 276* ), cet encadrement répond « à un impératif d'ordre public qui est de

garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de la commande publique et la transparence des procédures de passation » ( *CE, ass.*, 8 avr. 2009, n° 271737, *Cie générale des eaux et Cne Olivet* : *JurisData* n° 2009-075420 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2009, *comm.* 164 , *note G. Eckert* ; *AJDA* 2009, p. 676 ; *AJDA* 2009, p. 1090 , *chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi* ; *AJDA* 2009, p. 1747 , *étude S. Nicinski* ; *D.* 2009, p. 1209 ; *RFDA* 2009, p. 449, *concl. E. Geffray*. – *CE*, 7 mai 2013, n° 365043, *Sté auxiliaire de parcs de la région parisienne* : *JurisData* n° 2013-008819 ; *AJDA* 2013, p. 1271 , *chron. X. Domino et A. Bretonneau* ; *JCP A* 2013, 2297 , *obs. J.-B. Vila*).

## § 16 Obligation de fournir un dossier de candidature complet

Seuls les candidats dont les dossiers de candidature sont complets sont admis à participer à la procédure de passation du marché. Le code précise que “*Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents, ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé*” ( *CCP, art. R. 2144-7, al. 1* ). Ainsi, en imposant des conditions d'accès identiques à tous les candidats, le code cherche à assurer l'égalité de traitement dans l'accès aux marchés publics .

Il en résulte une interdiction pour le pouvoir adjudicateur d'examiner la candidature d'une entreprise dans l'hypothèse où cette dernière n'a pas fourni tous les documents qui lui étaient demandés ( *CE*, 10 févr. 1997, n° 169309, *Sté Révillon* : *JurisData* n° 1997-050328 ; *Lebon T.*, p. 927. – *CE*, 13 nov. 2002 n° 245355, *Communauté urbaine Mans* : *JurisData* n° 2002-064600 ). À l'inverse, la présence de documents surabondants ne permet pas d'écarter une candidature ( *CE*, 8 août 2008, n° 312370, *Ville Marseille* : *JurisData* n° 2008-074052 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2008, *comm.* 225 , *note W. Zimmer*). Cette appréciation stricte du caractère complet des dossiers déposés est néanmoins nuancée dans la mesure où le code prévoit qu'“*l'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la*

*candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous*” ( CCP, art. R. 2144-2 ). Dans ce cas également, c'est le principe d'égalité de traitement qui justifie que la possibilité de compléter les dossiers de candidature doive être ouverte à tous les candidats et ne puisse être réservée à certains d'entre eux.

## § 17 Égalité d'accès et motifs d'exclusion

Le principe est la liberté et l'égalité dans l'accès aux marchés . Tous les opérateurs économiques peuvent en principe se porter candidats, or la définition de l'opérateur économique est extrêmement large. Il s'agit de *“toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services”* ( CCP, art. L. 1220-1 ). Lorsqu'un opérateur économique *“demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique”* il devient un candidat ( CCP, art. L. 1220-2 ) et, lorsqu'il présente une offre, il est qualifié de soumissionnaire ( CCP, art. L. 1220-3 ). Néanmoins, et par exception à ce principe, le code envisage différents motifs d'exclusion. Pour autant, ces motifs d'exclusion ne remettent pas en cause le principe d'égalité de traitement dans l'accès aux marchés publics . En effet, les motifs sont les mêmes pour tous les candidats et doivent être mis en œuvre dans le respect du principe d'égalité.

Le Code de la commande publique répartit les exclusions en deux ensembles, en distinguant les exclusions de plein droit (anciennement qualifiées d'interdictions de soumissionner obligatoires et générales, CCP, art. L. 2141-1 à L. 2141-6 ) et les exclusions à l'appréciation de l'acheteur (anciennement qualifiées d'interdictions de soumissionner facultatives, CCP, art. L. 2141-7 à L. 2141-11 ).

Les différentes hypothèses d'exclusions découlent des dispositions des directives (V. not. PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 57 ). Celles-ci établissent plusieurs listes de motifs d'exclusion : les directives prévoient que certains motifs entraînent une exclusion

automatique, que certains autres peuvent également justifier une exclusion mais uniquement si les États le décident, et qu'enfin certains motifs peuvent justifier une exclusion laissée à l'appréciation des acheteurs, à moins que les États aient décidé d'en faire des motifs d'exclusion obligatoires. En principe, les listes de motifs fixées par les directives ont un caractère exhaustif ( *CJCE*, 9 févr. 2006, *aff. C-226/04 et C-228/04*, *La Cascina Soc. Coop. Arl. Zilch Srl et Consorzio G. f. M.* : *Rec. CJCE* 2006, p. I-1347 ; *AJDA* 2006, p. 702 , *note J.-D. Dreyfus* ; *AJDA* 2006, p. 702 et 1160, *chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert*). La Cour de justice admet néanmoins que les États puissent prévoir des motifs d'exclusion complémentaires s'ils sont destinés à garantir le respect du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence et s'ils respectent le principe de proportionnalité en prévoyant notamment la possibilité pour l'opérateur exclu de démontrer que sa participation à la procédure de passation ne contrevient pas à ces principes ( *CJCE*, 16 déc. 2008, *aff. C-213/07*, *Michaniki AE* : *Rec. CJCE* 2008, p. I-9999 ; *RDI* 2009, p. 244 , *note R. Noguellou* ; *JCP A* 2009, 2189 , *note O. Dubois* ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2009, *comm.* 35 . – *CJCE*, 19 mai 2009, *aff. C-538/07*, *Assitur Srl* : *Rec. CJCE* 2009, p. I-04219 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2009, *comm.* 227 , *obs. W. Zimmer* ; *JCP A* 2010, 2078 , *comm. O. Dubois*. – *CJUE*, 10 juill. 2014, *aff. C-358/12*, *Consorzio Stabile Libor Lavori pubblici* : *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2014, *comm.* 257 , *note W. Zimmer*. – *CJUE*, 22 oct. 2015, *aff. C-425/14*, *Impresa Edilux Srl* : *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2015, *comm.* 278 , *note W. Zimmer*. – *CJUE*, 8 févr. 2018, *aff. C-144/17*, *Lloyd's of London* : *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2018, *comm.* 80 , *note M. Ubaud-Bergeron*). La Cour considère notamment que les articles 49 et 56 du TFUE ne s'opposent pas à ce que la législation nationale prévoie – y compris pour les marchés passés selon une procédure adaptée – l'exclusion d'un opérateur économique qui a commis une infraction au droit de la concurrence ( *CJUE*, 18 déc. 2014, *aff. C-470/13*, *Generali-Providencia Biztosító Zrt c/ Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság* : *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2015, *comm.* 35 , *note W. Zimmer*).

## § 18 Motifs d'exclusion

Le Code de la commande publique précise quelles sont les hypothèses qui entraînent une exclusion

automatique des candidats de la procédure de passation des marchés publics ( *CCP, art. L. 2141-1 à L. 2141-6* ). Sont concernées :

les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour certaines infractions auxquelles le code renvoie, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne ( *CCP, art. L. 2141-1* ). Les hypothèses envisagées vont du trafic de stupéfiants à la soustraction au paiement de l'impôt, en passant par la participation à une association de malfaiteurs ;

celles *“qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles”* dont la liste figure dans l' Annexe n° 4 du Code de la commande publique . Ces exclusions s'appliquent de plein droit sous réserve d'une régularisation ou d'un accord avant l'examen de la recevabilité de leurs candidatures ( *CCP, art. L. 2141-2* ) ;

les personnes qui sont soumises à une procédure de liquidation judiciaire, qui font l'objet d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer, ou qui sont admises à une procédure de redressement judiciaire sans être habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public ( *CCP, art. L. 2141-3* ). Le Conseil d'État considère cependant que la conclusion d'un contrat avec une entreprise placée en redressement judiciaire qui aurait dû être exclue n'est pas un vice justifiant l'annulation du contrat ( *CE, 21 oct. 2019, n° 416616, Cne Chaumont : JurisData n° 2019-018759 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 1 , note M. Ubaud-Bergeron* ). Il convient par ailleurs de préciser que, jusqu'au 10 juillet 2021, *« Les entreprises admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l' article L. 631-1 du Code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger ne peuvent être exclues, pour ce motif, de la procédure de passation des marchés et des contrats de concessions lorsqu'elles bénéficient d'un plan de redressement »* ( *Ord. n° 2020-738, 17 juin 2020 , portant diverses mesures en matière de commande publique, art. 1er : JO 18 juin 2020, texte n° 14* ) ;

les personnes qui ont été sanctionnées en raison de travail dissimulé, en raison de marchandage illégal, de prêt de main-d'œuvre illicite, ou en raison d'emploi direct ou indirect de travailleurs étrangers non autorisés à travailler ; celles qui ont été condamnées pour discrimination ; celles qui n'ont pas mis correctement en œuvre la négociation annuelle sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise lors de l'année

précédant le lancement de la procédure de passation ; et celles qui ont été condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics ( *CCP, art. L. 2141-4* ). Ces exclusions s'appliquent en principe pour une durée de 3 ans à compter la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction. Ces exclusions peuvent cependant être évitées sous certaines conditions précisées par le code ;

les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative adoptée après avoir eu connaissance d'un procès-verbal relevant une infraction pour travail dissimulé, marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, emploi d'étranger non autorisé à travailler, cumuls irréguliers d'emplois, fraude ou fausse déclaration ( *CCP, art. L. 2141-5* ). Ce motif d'exclusion peut lui aussi être régularisé par les candidats sous conditions.

En principe, les interdictions obligatoires et générales entraînent une exclusion automatique et s'imposent aux acheteurs. Il s'agit d'un moyen permettant d'assurer le respect du principe d'égalité dans l'accès. Toutefois les acheteurs peuvent autoriser de manière exceptionnelle un candidat qui tomberait sous le coup de l'un des motifs d'exclusion obligatoire à participer à la procédure de passation ( *CCP, art. L. 2141-6* ). Cette faculté ne leur est ouverte que s'ils démontrent que la participation de cet opérateur économique est justifiée *“par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché public en cause ne (peut) être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un État membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés publics”*. En dehors de cette hypothèse relativement limitée, le code prévoit certaines exceptions pour tel ou tel motif d'exclusion de plein droit. Au-delà et par principe, les exclusions de plein droit s'imposent aux acheteurs.

Au-delà des motifs d'exclusion automatiques, le code prévoit plusieurs motifs d'exclusion à disposition des acheteurs ( *CCP, art. L. 2141-7 à L. 2141-11* ). Pour autant, la faculté laissée aux acheteurs n'est pas sans limites : ces exclusions ne sont possibles que si l'acheteur a laissé la possibilité à l'opérateur économique concerné de démontrer *“dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement”* ( *CCP, art. L. 2141-11* ).

Il leur est ainsi permis d'exclure :

les personnes qui, lors d'un précédent contrat de concession ou lors d'un précédent marché public, ont été sanctionnées en raison *“d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles”* ( CCP, art. L. 2141-7 . – CJUE, 3 oct. 2019, aff. C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA : Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 367 , note H. Hoepffner* ) ;

les personnes qui ont eu certains comportements répréhensibles au regard de la procédure de passation . Il peut s'agir de personnes qui ont cherché à *“influer indûment [...] le processus décisionnel de l'acheteur”*, qui ont essayé *“d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu”*, ou qui *“ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution”* ( CCP, art. L. 2141-8, 1 . – CE, 24 juin 2019, n° 428866, Dpt Bouches-du-Rhône : *JurisData n° 2019-011015* ; *Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 299 , note H. Hoepffner* ) ;

les opérateurs qui ont participé de manière directe ou indirecte à la phase de préparation préalable à la procédure de passation du marché public s'ils ont eu accès à des informations qui sont *“susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens”* ( CCP, art. L. 2141-8, 2° ) ;

les personnes pour lesquelles l'acheteur est en mesure de *“déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence”* ( CCP, art. L. 2141-9 ) ;

les opérateurs économiques *“qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens”* ( CCP, art. L. 2141-10 ).

## § 19 Conditions de participation et égalité d'accès

*Cadre général.* – Les conditions de participation sont définies par les acheteurs afin de déterminer quels seront les candidats admis à soumissionner. Afin d'éviter que la définition des conditions de participation ne porte atteinte à l'égalité d'accès, la compétence reconnue aux acheteurs est strictement encadrée. Ainsi, les conditions de participation ont un objet limité : elles ont pour seul objet d'apprécier si les candidats « disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à

l'exécution du marché public ». Le principe est « celui du caractère limitatif des critères de sélection établis par les textes » en application de l'article 58 de la directive 2014/24/UE (*M. Ubaud-Bergeron, Droit des contrats administratifs : LexisNexis, 2e éd., 2017, p. 263*). Ainsi, le Conseil d'État considère que la demande de renseignements ou de documents non compris dans les textes affecte la régularité de la procédure de passation ( *CE, 28 mars 2008, n° 303779, Communauté urbaine Lyon : JurisData n° 2008-073322 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2008, comm. 125 , note J.-P. Pietri. – CAA Marseille, 15 oct. 2009, n° 07MA03259, EURL RSD : JurisData n° 2009-015206 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2009, comm. 391 ). Il en va ainsi même lorsque le critère utilisé est un critère normalement prévu pour la sélection des offres, ce qui confirme les objectifs différents des phases de sélection des candidatures et de sélection des offres ( *CE, 11 avr. 2014, n° 375245, min. Défense c/ Sté Legrand Bâtitisseurs : JurisData n° 2014-007123 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2014, comm. 171 , note W. Zimmer*). A contrario, le Conseil d'État a également précisé que les pouvoirs adjudicateurs restent libres de demander moins de renseignements que ce qui est prévu par ces textes ( *CE, 4 nov. 2005, n° 280406, Cne Bourges : JurisData n° 2005-069166 ; Lebon T., p. 965 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2006, comm. 4 , note F. Olivier*).*

Toujours pour assurer le respect de l'égalité dans l'accès, les conditions de participation doivent être "liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution" ( *CCP, art. L. 2142-1* ). Ces conditions et les moyens de preuve acceptables doivent être précisés dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, à défaut, dans les documents de la consultation ( *CCP, art. R. 2142-1* ).

§ 20 Conditions de participation et égalité d'accès *Niveaux minimaux de capacité.* – La définition des conditions de participation passe généralement par l'indication de niveaux minimaux de capacité exigés des candidats dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Le code prévoit cette possibilité, à condition que les niveaux minimaux de capacité soient liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ( *CCP, art. R. 2142-2* ). Ces niveaux minimaux de capacité sont donc envisagés comme des seuils en dessous desquels les candidatures seront automatiquement et légalement écartées par les acheteurs.

Il est cependant possible pour les candidats de faire appel aux capacités d'autres opérateurs pour démontrer qu'ils satisfont aux conditions de participation ( *CCP, art. R. 2142-3 . – CJUE, 18 oct. 2012, aff. C-218/11, Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe , devenue*

*Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe c/ Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság : Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 330 , note W. Zimmer).*

De plus, il convient de préciser que l'indication de ces niveaux minimaux de capacité ne constitue qu'une simple possibilité pour les acheteurs ( *CE, 8 août 2008, n° 307143 , Région Bourgogne : JurisData n° 2008-074047 ; Dr. adm. 2008, comm. 148 , note N. Gardères et P. Labayle-Pabet ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2008, comm. 226 , note J.-P. Pietri*). Ainsi, lorsque l'acheteur n'a pas fait figurer des niveaux minimaux de capacité dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de consultation, il ne peut pas écarter une candidature en faisant référence à de tels critères ( *CE, 20 mai 2009, n° 311379, Cne Fort-de-France : JurisData n° 2009-075546 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2009, comm. 233 , obs. F. Llorens*).

Enfin, il convient d'ailleurs de préciser que lorsque la candidature est présentée par un groupement, ses capacités doivent être appréciées de manière globale ( *CCP, art. R. 2142-55* ) et qu'une même personne n'a pas la possibilité de représenter plus qu'un candidat pour un même marché ( *CCP, art. R. 2142-4* ).

## § 21 Modalités de définition des conditions de participation.

Le code encadre la définition des conditions de participation afin d'éviter que les acheteurs ne les utilisent pour mettre à mal le principe d'égalité de traitement.

Les acheteurs ne peuvent utiliser que des critères liés à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, à la capacité économique et financière, ou aux capacités techniques et professionnelles pour déterminer les conditions de participation à la procédure ( *CCP, art. L. 2142-1* ). Une liste des critères à disposition des acheteurs est fournie par le code pour les différentes catégories de conditions de participation afin de préciser ce qui est possible pour les acheteurs. Ainsi :

pour vérifier l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, il est seulement possible d'exiger une inscription sur un registre professionnel ( *CCP, art. R. 2142-5* ) ;

pour vérifier les capacités économiques et financières, l'acheteur peut utiliser différents critères :

il peut tout d'abord exiger la réalisation d'un chiffre d'affaires annuel minimal ( *CCP, art. R. 2142-6* ). Pour autant, ce chiffre d'affaires ne doit pas être supérieur à deux fois le montant estimé du marché public ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution. Ces justifications doivent alors figurer dans les documents de la consultation ou, à défaut être indiquées dans le rapport de présentation pour les pouvoirs adjudicateurs ou dans les documents conservés par les entités adjudicatrices ( *CCP, art. R. 2142-7* ). De plus, si le marché public est alloti, le plafond concerne chacun des lots même si, par exception, *“l'acheteur peut exiger un chiffre d'affaires annuel minimal pour des groupes de lots, dans l'éventualité où un titulaire se verrait attribuer plusieurs lots à exécuter en même temps”* ( *CCP, art. R. 2142-8* ). Il existe également des modalités de calcul particulières sont prévues en cas d'accord-cadre ou de système d'acquisition dynamique ( *CCP, art. R. 2142-9 et R. 2142-10* ). Enfin, et jusqu'au 31 décembre 2023, les acheteurs ne doivent pas tenir compte *“de la baisse du chiffre d'affaires intervenue au titre du ou des exercices sur lesquels s'imputent les conséquences de la crise sanitaire liée à l'épidémie de covid-19”* ( *Ord. n° 2020-738, 17 juin 2020, art. 3* ),

il peut également vérifier les capacités économiques et financières en demandant des informations sur les comptes annuels, *“notamment le rapport entre les éléments d'actif et de passif”*. Toutefois, lorsque l'acheteur utilise cette possibilité il doit indiquer quels seront les méthodes et les critères qu'il appliquera pour prendre en compte ces informations dans les documents de la consultation : il doit s'agir de méthodes et de critères objectifs et non discriminatoires ( *CCP, art. R. 2142-11* ),

enfin, l'acheteur peut vérifier la capacité économique et financière en exigeant *“un niveau approprié d'assurance des risques professionnels”* ( *CCP, art. R. 2142-12* ) ;

pour vérifier les capacités techniques et professionnelles, l'acheteur peut aussi utiliser différents critères :

il peut tout d'abord *“imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché public en assurant un niveau de qualité approprié”* ( *CCP, art. R. 2142-13* ). L'acheteur peut ainsi, dans le cadre de marchés publics de services ou de travaux ou dans le cadre de marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de service, imposer aux candidats d'indiquer les noms et les qualifications

professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché public en question,

l'acheteur peut également “*exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement*”. Cette possibilité ne doit cependant pas permettre d'exclure automatiquement les nouveaux entrants, ce qui fausserait nécessairement la concurrence. Sur ce fondement, le code précise donc 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*” ( CCP, art. R. 2142-14 ).

Le juge administratif a eu l'occasion de préciser que les opérateurs économiques créés récemment et qui se trouvent dans l'impossibilité objective de produire les documents et les renseignements exigés au titre des conditions de participation peuvent justifier leurs capacités par tout autre moyen ( CE, 9 mai 2012, n° 356455, Cne Saint-Benoît : *JurisData* n° 2012-009732 ; *Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 211 , note W. Zimmer*).

## § 22 Caractère obligatoire de la détermination des conditions de participation

La fixation de conditions de participation et leur examen constituent des étapes obligatoires lors de la procédure de passation ( CE, 28 mars 2008, n° 303779, *Communauté urbaine Lyon* : *JurisData* n° 2008-073322 ; *Contrats- [Marchés](#) publ. 2008, comm. 25 , note J.-P. Pietri ; RJEP 2008, comm. 40 , note D. Moreau. – CE, 29 avr. 2011, n° 344617 , garde des Sceaux, min. Justice et des Libertés : *JurisData* n° 2011-007067 ; RJEP 2011, comm. 50 , note D. Moreau*). Les acheteurs sont donc tenus de fixer au moins une condition concernant l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, la capacité économique et financière, ou les capacités techniques et professionnelles. Cette obligation a pour avantage d'imposer l'existence d'une réelle phase de sélection des candidatures à même d'assurer au mieux « l'efficacité de la commande publique ». Elle a toutefois pour inconvénient d'alourdir la procédure, notamment dans le cadre de la procédure

adaptée (en ce sens, V. le commentaire de *D. Moreau ss CE, 29 avr. 2011, garde des Sceaux et des Libertés, préc.*).

## § 23 Appréciation des conditions de participation

*Respect du principe d'égalité de traitement et proportionnalité des critères.* – Parce qu'elles sont prévues par les textes, les conditions de participation bénéficient d'une présomption de légalité vis-à-vis du principe d'égalité de traitement. Cependant, leur mise en œuvre a toujours pour objectif de différencier les candidats les uns par rapport aux autres. Les conditions de participation peuvent donc être détournées par les acheteurs pour fausser l'égalité de traitement. Pour Paul Cassia, « cette prédétermination [...] ne suffit pas dans tous les cas à garantir l'absence de discrimination entre les candidats, puisque les critères de sélection qualitative peuvent eux-mêmes être fixés de façon discriminatoire » (*P. Cassia, Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement : RTDE 2002, p. 413*).

Le juge vérifie donc l'existence d'un lien entre les conditions de participation et l'objet du marché mais également leur proportionnalité vis-à-vis de cet objet afin d'éviter qu'elles ne soient utilisées pour limiter l'accès aux marchés ( *CE, 30 juin 2004, n° 261919, min. Équip., Transport, Log., Tourisme et Mer c/ Fourgeaud : JurisData n° 2004-067287 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2004, comm. 192, note J.-P. Pietri. – CE, 10 mai 2006, n° 281976, Sté Bronzo : JurisData n° 2006-070097 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2006, comm. 204, note J.-P. Piétri. – CE, 17 nov. 2006, n° 290712, Agence nationale pour l'emploi : JurisData n° 2006-071072 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2007, comm. 4, note W. Zimmer. – CAA Bordeaux, 18 déc. 2012, n° 11BX01413, Dpt Réunion : JurisData n° 2012-031822 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 35, obs. M. Ubaud-Bergeron*). Il convient enfin de préciser que, si en principe les capacités du candidat doivent être appréciées au moment de l'examen des candidatures, la perte de ces capacités en cours de procédure peut entraîner le rejet de son offre au moment de l'examen des offres ( *TA Cergy-Pontoise, 5 juin 2001, Sté Cegelec : Contrats- [Marchés](#) publ. 2001, comm. 205, note Ph. Delelis*).

– CAA Versailles, 5 févr. 2009, n° 07VE02058, Sté SEE Simeoni : *JurisData* n° 2009-005419 ; *Contrats- [Marchés](#) publ. 2009, comm. 130 , note F. Llorens*).

## § 24 Réduction du nombre de candidats

Quelle que soit la procédure utilisée, les acheteurs ont la possibilité de ne pas admettre tous les candidats à soumissionner sans contrevenir au principe d'égalité d'accès. Ils peuvent décider de limiter le nombre de candidats, à condition que le nombre de candidats admis à soumissionner soit suffisant pour permettre la mise en œuvre d'une concurrence effective ( *CCP, art. R. 2142-15* ). Pour déterminer quels seront les candidats admis, les acheteurs doivent utiliser des critères objectifs et non discriminatoires qui doivent porter sur les capacités professionnelles, techniques et financières et être justifiés et proportionnés au regard du marché public. Afin d'assurer la transparence de la procédure, les acheteurs doivent indiquer dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt quels sont les critères qu'ils vont utiliser ainsi que le nombre minimum et, le cas échéant, le nombre maximum de candidats qui seront invités à soumissionner ( *CCP, art. R. 2142-16* ).

En principe, les acheteurs sont libres de fixer le nombre minimum de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue. Néanmoins, s'agissant des acheteurs qui agissent comme pouvoirs adjudicateurs, le nombre minimal est de cinq pour les marchés publics passés en appel d'offres restreint et de trois pour ceux passés selon la procédure avec négociation ou en dialogue compétitif ( *CCP, art. R. 2142-17* ). Lorsque le nombre de candidats qui remplissent les conditions de sélection est inférieur au nombre minimum de candidats qui a été indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les acheteurs ont quand même la possibilité de décider de poursuivre la procédure avec les candidats concernés ( *CCP, art. R. 2142-18* ). Il ne s'agit toutefois que d'une simple possibilité laissée à l'appréciation discrétionnaire des acheteurs.

Le respect de l'égalité dans l'accès aux marchés publics entraîne ainsi des conséquences pratiques importantes pour les acheteurs. Or, il ne s'agit que de l'une des facettes du principe d'égalité : celui-ci s'impose également dans le choix des cocontractants.

### *b) Égalité dans le choix des cocontractants*

#### § 25 Définition du principe d'égalité dans le choix des cocontractants

Le respect du principe d'égalité dans le choix du cocontractant s'exprime lors de la phase de sélection entre les différentes offres des opérateurs économiques qui ont pu accéder aux marchés et sont donc devenus des soumissionnaires ( *CCP, art. L. 1220-3* ). Le principe d'égalité dans le choix du cocontractant constitue donc la seconde composante du principe d'égalité de traitement. Ce principe emporte plusieurs conséquences pour les acheteurs, tant au moment de la vérification des offres que lors de leur appréciation.

#### § 26 Respect des exigences des documents du marché : respect des délais et sort des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables

Selon la Cour de justice le respect du principe d'égalité implique que « toutes les offres soient conformes aux prescriptions du cahier des charges afin de garantir une comparaison objective entre les offres ». En effet, « la procédure de comparaison des offres doit respecter, à tous les stades [...] le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires [...] afin que tous [...] disposent des mêmes chances dans la formulation de leurs offres » ( *CJCE, 22 juin 1993, aff. C-243/89, Comm. c/ Danemark, pt 37 : Rec. CJCE 1993, p. I-3353, affaire « Storebaelt »* ).

En premier lieu, l'égalité impose aux acheteurs d'éliminer les offres reçues hors délai ( *CCP, art. R. 2151-5* ). En effet, le délai doit être le même pour tous les soumissionnaires. Celui-ci

est fixé par l'acheteur “en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre” ( *CCP, art. R. 2151-1* ). De plus dans le cadre des procédures formalisées, des délais minimaux sont fixés pour chacune des procédures ( *CCP, art. R. 2151-2, al. 1er* ). Ceci n'empêche pas que le juge contrôle si les délais prévus ne sont pas manifestement insuffisants pour permettre aux opérateurs économiques de présenter une offre ( *CE, 11 juill. 2018, n° 418021, Communauté agglomération Nord Grande-Terre : JurisData n° 2018-012540 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, comm. 218, note S. Hul* ).

Par ailleurs, et en second lieu, le principe d'égalité impose aux acheteurs de vérifier si les offres restantes ne sont pas des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ( *CCP, art. R. 2152-1 et R. 2152-2* ). En principe ils sont tenus d'éliminer de telles offres ( *CCP, art. L. 2152-1* ) car admettre une offre irrégulière, inacceptable ou inappropriée romprait l'égalité vis-à-vis des offres qui sont régulières, acceptables et appropriées.

Par exception et sous conditions, des régularisations sont possibles lorsqu'elles sont ouvertes à tous les soumissionnaires concernés ( *CCP, art. R. 2152-1 et R. 2152-2* ). En principe, il est en effet interdit aux acheteurs de « prendre en compte les modifications apportées aux offres initiales d'un seul soumissionnaire (car) ce dernier est avantagé par rapport à ses concurrents, ce qui porte atteinte au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires » ( *CJCE, 25 avr. 1996, Comm. c/ Belgique, préc. n° 7* ).

En réalité, la capacité d'appréciation des acheteurs s'agissant de la régularisation des offres varie en fonction du type de procédure mis en œuvre.

Ainsi, quelle que soit la procédure utilisée, les acheteurs peuvent autoriser la régularisation par les soumissionnaires des offres irrégulières s'il ne s'agit pas d'offres anormalement basses. Dans ce cas, la possibilité de régulariser doit être ouverte à tous les soumissionnaires qui ont présenté des offres irrégulières, à condition que cette régularisation ne modifie pas des caractéristiques substantielles de leurs offres ( *CCP, art. R. 2152-2* ).

En dehors de cette possibilité, le sort des offres irrégulières ou inacceptables varie en fonction du type de procédure adaptée mise en œuvre :

s'il s'agit d'une procédure adaptée sans négociation ou d'une procédure d'appel d'offres, ces offres doivent être éliminées ( *CCP, art. R. 2152-1, al. 1er* ). Il n'en ira autrement que pour les offres irrégulières si l'acheteur a autorisé leur régularisation dans les conditions précitées ;

s'il s'agit d'une autre procédure, seules les offres inappropriées doivent automatiquement être éliminées. Il en va autrement des offres irrégulières ou inacceptables, dans la mesure où celles-ci vont pouvoir devenir régulières ou acceptables grâce au jeu de la négociation ou du dialogue, exception faite ici aussi des offres anormalement basses. Pour autant, si ces offres demeurent irrégulières ou inacceptables à la fin du dialogue ou de la négociation, elles doivent être éliminées, à moins que l'acheteur n'autorise la régularisation de toutes les offres irrégulières dans un délai approprié, en dehors des offres anormalement basses ( *CCP, art. R. 2152-2* ). Sur ce point les textes ne reprennent pas tout à fait la jurisprudence antérieure qui autorisait également la négociation avec les candidats ayant présenté des offres inappropriées ( *CE, 30 nov. 2011, n° 353121, min. Défense et Anciens combattants c/ EURL Qualitech : JurisData n° 2011-026704 ; BJCP 2012, p. 86 , concl. N. Boulouis* ).

En définitive, seules les offres inacceptables doivent être systématiquement rejetées.

## § 27 Principe d'égalité et offres anormalement basses

Les offres anormalement basses sont traditionnellement envisagées avec méfiance car elles laissent supposer une absence de fiabilité de l'offre ou un non-respect des règles concurrentielles. L'offre anormalement basse est “*une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché*” ( *CCP, art. L. 2152-5* ) et les acheteurs sont tenus de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour déceler de telles offres ( *CCP, art. L. 2152-6, al. 1er* ). Néanmoins, pour ne pas rompre l'égalité entre les soumissionnaires, ces offres ne peuvent être rejetées avant que ces derniers n'aient pu justifier leurs offres ( *CJUE, 29 mars 2012, aff. C-599/10, SAG ELV Slovensco : JurisData n° 2012-014727 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 179 , note W. Zimmer. – CE, ass., 5 mars 1999, n° 163328, président AN : JurisData n° 1999-050091 ; Lebon, p. 41 ; AJDA 1999, p. 409, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; RD imm. 1999, p. 230 , obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux. – CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Dpt Gard : JurisData n° 2013-024425 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 5 , note J.-P. Pietri* ). Ainsi, le code précise que “*Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur*

économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre” ( CCP, art. L. 2152-6, al. 2 ). Les acheteurs étant tenus de rejeter les offres anormalement basses ( CCP, art. L. 2152-6, al. 3 ), le code encadre la vérification de telles offres pour qu'ils ne rejettent pas à tort des offres valables et pour qu'ils soient bien obligés de rejeter les offres qui sont réellement anormalement basses ( CCP, art. R. 2152-3 à R. 2152-5 ).

Le juge administratif exerce un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation, ce qui laisse une certaine marge de manœuvre aux acheteurs pour apprécier si les offres sont ou non anormalement basses (par ex., CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Dpt Gard : *JurisData* n° 2013-024425 ; *Contrats- [Marchés](#) publ. 2014, comm. 5* ). Cela n'empêche pas qu'un contrôle soit exercé (par ex., CAA Marseille, 20 mai 2019, n° 18MA01161, n° 18MA01291, Sté C Propre : *JurisData* n° 2019-012753 ; *Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 266 , obs. E. Muller* qui rejette l'utilisation de références purement théoriques pour démontrer le caractère anormalement bas. – Ou CAA Marseille, 27 janv. 2020, n° 18MA02886 : *JurisData* n° 2020-002878 ; *Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 105 , obs. J. Diethoeffer* où les juges considèrent que le caractère anormalement bas ne peut pas être démontré par l'analyse du prix de la tranche conditionnelle ni par la référence à l'estimation initiale du marché lorsque l'offre retenue est inférieure à celle rejetée).

## § 28 Principe d'égalité et définition des critères de sélection des offres

En premier lieu, les acheteurs doivent respecter le principe d'égalité dans la définition des critères de sélection des offres. En effet, ces critères ne doivent pas avoir pour objet ni pour effet d'établir des discriminations visant à exclure ou à favoriser un ou plusieurs des cocontractants potentiels. La Cour de justice considère que « les critères d'attribution doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires » ( CJCE, 18 oct. 2001, aff. C-19/00, *SIAC construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo, concl. F.-G. Jacobs : Rec. CJCE 2001, p. I-7725 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2001, comm. 229 , note F. Llorens. – CJUE, 2e ch., 17 févr. 2011, aff. C-251/09, *Comm. c/ Chypre : Europe 2011, comm. 129 , note M. Meister*). Cela signifie*

notamment que les critères appliqués pour l'évaluation des offres doivent être les mêmes d'un soumissionnaire à l'autre.

La difficulté réside ici dans le fait que ces critères doivent néanmoins permettre à la personne en charge du contrat d'évaluer les offres de manière objective afin d'aboutir au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il est donc nécessaire que ces critères permettent de différencier les offres tout en n'ayant pas de caractère discriminatoire. Ce caractère discriminatoire ou non des critères de sélection des offres se révèle ainsi difficile à établir *a priori* et fait généralement l'objet d'une appréciation au cas par cas. Toutefois, la jurisprudence permet d'établir certaines règles générales qui permettent le respect du principe d'égalité dans la définition de ces critères.

## § 29 Égalité dans la définition des critères de sélection des offres

*Cadre général.* – La jurisprudence considère que les critères de sélection des offres doivent être « formulés [...] de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière » (*CJCE, 18 oct. 2001, SIAC construction Ltd, concl. FG Jacobs, préc. n° 28*). La formulation des critères ne doit pas favoriser certains soumissionnaires par rapport aux autres, ils doivent être suffisamment clairs et précis afin que leur interprétation ne soit pas susceptible de différer d'un soumissionnaire à l'autre.

Pour déterminer quelle est l'offre économiquement la plus avantageuse, les acheteurs doivent juger les offres “*sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution*” (*CCP, art. L. 2152-7*). Quelle que soit la procédure mise en œuvre, ils doivent donc classer les offres “*par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution*” (*CCP, art. R. 2152-6*). Ce classement permettra de désigner l'attributaire du marché.

En principe, les acheteurs bénéficient d'une grande liberté dans la détermination des critères de sélection des offres (*CJCE, 27 oct. 2005, aff. C-234/03, Contse SA, Vivol Sarl, Oxygen Salud SA : Contrats- [Marchés](#) publ. 2006, comm. 37, note Zimmer ; JCP A 2006, 1021, chron. Katz.* –

CE, 28 avr. 2006, n° 280197, Cne Toulouse : *JurisData* n° 2006-070072 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2006, *comm.* 165 , *note Eckert*). Toutefois, il ne s'agit pas d'une liberté totale car ces critères ne doivent pas leur offrir “une liberté de choix illimitée” et doivent garantir “la possibilité d'une véritable concurrence”, ce qui justifie qu'ils soient rendus publics ( *CCP, art. L. 2152-8* ).

Le juge vérifie que les critères choisis ne créent pas des discriminations ( *CE, 7 mars 2005, n° 274286, Communauté urbaine Lyon : *JurisData* n° 2005-068181 ; AJDA 2005, p. 1128 , note Markus ; BJCP 40/2005, p. 202 concl. Dacosta ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2005, *comm.* 148 , *note Pietri*), qu'ils présentent bien un lien avec l'objet du marché ( *CE, 25 juill. 2001, n° 229666, Cne Gravelines : *JurisData* n° 2001-062795 ; BJCP 19/2001, p. 490 , concl. Piveteau ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2001, *comm.* 188 , *note Soler-Couteaux*), qu'ils sont suffisamment précis ( *CE, 15 déc. 2008, n° 310380, Communauté urbaine Dunkerque : *JurisData* n° 2008-074760 ; JCP A 2008, 2040 , note F. Linditch ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2009, *comm.* 36 , *note F. Olivier*), mais également si l'acheteur n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation lors du choix des critères ( *CE, 20 févr. 2013, n° 363244 , Sté American express voyages : *JurisData* n° 2013-003239 ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2013, *comm.* 117 , *note J.-P. Pietri*. – *CE, 26 févr. 2020, n° 436428, Cne Saint-Julien-en-Genevois : *JurisData* n° 2020-002489 ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2020, *comm.* 158 , *note G. Eckert*).

Par ailleurs, les acheteurs ne peuvent pas modifier les critères utilisés une fois les offres remises. Il est nécessaire que les acheteurs s'en tiennent « à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure » ( *CJCE, 18 oct. 2001, SIAC construction Ltd, préc. n° 28, pt 43*). Ainsi, la modification de « la pondération des critères d'attribution d'un contrat à la suite d'un premier examen des offres soumises » constitue un manquement aux obligations qui incombent aux acheteurs en vertu du principe d'égalité de traitement ( *CJUE, 18 nov. 2010, aff. C-226/09, Comm. CE c/ Irlande : Contrats- [Marchés](#) publ.* 2011, *comm.* 6 , *note W. Zimmer ; Europe 2011, comm. 18 , note M. Meister*). La modification des critères de sélection des offres après la remise de ces dernières méconnaît ainsi tant le principe d'égalité que le principe de transparence ( *CAA Paris, 28 sept. 2018, n° 18PA01258, Sté Autos Polyservices Remorquages : *JurisData* n° 2018-019766 ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2018, *comm.* 276 , *note G. Eckert*).

En réalité, les acheteurs n'ont que deux options : soit l'utilisation d'un critère unique, soit l'utilisation d'une pluralité de critères ( *CCP, art. R. 2152-7, 1° et 2°*). Ils doivent, en toutes

hypothèses, s'assurer *“que les critères d'attribution retenus puissent être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base”* ( CCP, art. R. 2152-7 ).

### § 30 Critère unique.

Le Code de la commande publique précise que lorsque les acheteurs décident d'utiliser un critère unique pour l'attribution de leurs marchés , ce critère ne peut être que le prix du marché ou son coût ( CCP, art. R. 2152-7, 1° ). Cette restriction se justifie par la nécessité d'assurer le respect du principe d'égalité : le prix et le coût sont des critères qui laissent peu de place à une appréciation subjective.

S'agissant tout d'abord de l'utilisation du critère du prix, les acheteurs ne peuvent l'utiliser comme critère unique que si le public a *“pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre”* ( CCP, art. R. 2152-7, 1°, a ). Cette précision a pour objectif d'éviter que les acheteurs n'utilisent – par facilité – le critère du prix lorsque celui-ci n'apparaît pas comme un critère d'attribution adapté au regard du marché. À ce sujet, le considérant 90 de la directive 2014/24/UE précise que l'objectif est de *“favoriser les passations de marchés publics davantage orientées vers la qualité”*. Le juge administratif a d'ailleurs déjà eu l'occasion de censurer des procédures de passation retenant le prix comme critère unique alors que la complexité de l'objet du marché justifiait au contraire de retenir une pluralité de critères ( CE, 6 avr. 2007, n° 298584, Dpt Isère : *JurisData* n° 2007-071748 ; *Lebon T.*, p. 745 ; *BJCP* 2007, p. 293 , *concl. Boulouis* ; *Contrats- [Marchés publ.](#) 2007, comm. 171 , note J.-P. Pietri*). Cela signifie donc que le critère du prix, comme n'importe quel autre critère, doit être justifié par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution. En tant que critère unique ce ne sera le cas que pour les achats de services ou de fournitures standardisés pour lesquels seul le prix est susceptible de différencier les différentes offres et de faire ressortir celle qui est économiquement la plus avantageuse. En réalité, comme le souligne une réponse ministérielle, « hormis les rares cas des produits simples et standardisés (acquisition de carburant) répondant à des normes qui évitent l'appréciation qualitative par l'acheteur, le prix ne peut, ni ne doit, être le

critère unique » ( *Rép. min. n° 04052 [Quest. 17 janv. 2013, B. Piras] : JO Sénat 28 févr. 2013, p. 708 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 125 , obs. B. Roman-Séquense*).

Toutefois, le prix n'est pas la seule option offerte aux acheteurs lorsque ceux-ci souhaitent utiliser un critère unique. Ils ont également la possibilité d'utiliser le coût en tant que critère d'attribution. Celui-ci doit être “*déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie*” ( *CCP, art. R. 2152-7, 1° , b* ). Lorsque les acheteurs décident d'utiliser le coût comme critère unique et de déterminer ce coût en se fondant sur le coût du cycle de vie, ils doivent indiquer dans les documents de la consultation quelles sont les données que devront produire les soumissionnaires ainsi que la méthode utilisée pour déterminer ce coût du cycle de vie ( *CCP, art. R. 2152-9 et R. 2152-10* ). Les coûts à prendre en compte concernent aussi bien les coûts supportés par les acheteurs ou d'autres utilisateurs que les externalités environnementales produites.

Qu'il s'agisse du simple « coût » ou du « coût du cycle de vie », le coût est un critère plus englobant que le seul prix qui permet de prendre en considération toutes les dépenses liées à un produit fourni, à un service réalisé ou à des travaux exécutés. Ceci explique que son utilisation ne soit pas limitée aux services ou fournitures standardisés. Pour autant, l'utilisation du coût comme critère unique n'est possible que si elle est justifiée par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution.

## § 31 Pluralité de critères.

Le code envisage l'utilisation d'un critère unique d'attribution comme une situation exceptionnelle, ce qui signifie que le principe est l'utilisation d'une pluralité de critères par les acheteurs afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Parmi les caractéristiques exigées, les critères utilisés ne doivent pas être discriminatoires, et ils doivent être liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution ( *CCP, art. R. 2152-7, 2°* ). Par ailleurs, ces critères doivent nécessairement intégrer soit le prix soit le coût parmi la pluralité de critères. Il s'agit d'une nouveauté imposée en application du droit de l'Union européenne. Il apparaît ainsi clairement qu'une procédure d'attribution qui ne ferait appel ni au prix, ni au coût parmi ses critères

d'attribution serait illégale. Néanmoins, cette nouveauté ne signifie pas que la mise en concurrence des soumissionnaires devrait nécessairement passer par le prix ou par le coût du marché public : ces critères peuvent être neutralisés en étant exprimés sous la forme d'un prix ou d'un coût fixe.

De plus, en dehors du critère du prix ou du coût, les acheteurs doivent utiliser d'autres critères intégrant des aspects qualitatifs, des aspects environnementaux ou des aspects sociaux. Le code précise qu'il peut s'agir, par exemple, des critères suivants :

a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ;

b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;

c) 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.

Cette liste n'étant donnée qu'à titre d'exemple, les acheteurs ont la possibilité de prendre en compte d'autres critères si ces derniers sont justifiés par l'objet du marché public ( *CCP, art. R. 2152-7, 2°* . – par ex., *CJCE, 27 oct. 2005, aff. C-234/03, Contse SA , Vivol Sarl, Oxygen Salud SA : Contrats- [Marchés](#) publ. 2006, comm. 37, note Zimmer.* – *CE, 28 avr. 2006, n° 280197, Cne Toulouse : JurisData n° 2006-070072 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2006, comm. 165 , note Eckert.* – *CAA Paris, 31 janv. 2020, n° 17PA20118, n° 17PA20114, n° 17PA20115, n° 17PA20116 et n° 17PA20117 : JurisData n° 2020-002877 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 104 , note J. Diethoeffer).*

De plus, les acheteurs ne bénéficient pas d'une liberté totale dans le choix des critères. En effet, le juge va vérifier que les critères retenus n'offrent pas à l'acheteur la possibilité d'attribuer le marché de manière discrétionnaire ( *CE, 28 avr. 2006, Cne Toulouse , préc.* – *CE, 15 déc. 2008, n° 310380, Communauté urbaine Dunkerque : JurisData n° 2008-074760 ; Contrats- [Marchés](#)*

*publ. 2009, comm. 36, note Olivier*). De plus, le juge vérifiera si les critères de sélection retenus ne sont pas de nature à créer une inégalité entre les soumissionnaires ( *CE, 7 mars 2005, Communauté urbaine Lyon, préc. n° 29*) et s'ils sont bien en relation avec l'objet du contrat ( *CE, 25 juill. 2001, n° 229666, Cne Gravelines : JurisData n° 2001-062795 ; Contrats- Marchés publ. 2001, comm. 188, note Soler-Couteaux. – CE, 15 févr. 2013, n° 363921, Sté Derichebourg polyurbaine : JurisData n° 2013-003017 ; Environnement et dév. durable 2013, comm. 29, note G. Llorens. – V. aussi CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-513/99, Concordia Bus Finland : Rec. CJCE 2002, p. I-7213 ; Contrats- Marchés publ. 2002, comm. 225, note F. Llorens*).

À ce sujet, il convient de relever que les considérations sociales apparaissent parmi les critères d'attribution conformément à la jurisprudence Département de l'Isère ( *CE, 25 mars 2013, n° 364950, Dpt Isère : JurisData n° 2013-005637 ; Lebon, p. 56 ; JCP A 2013, act. 316, obs. L. Erstein ; JCP A 2013, 2150, note F. Jourdan ; AJCT 2013, p. 294, note S. Hul ; AJDA 2013, p. 1398, note J. Martin*) mais que le Conseil d'État exige toujours l'existence d'un lien avec l'objet du marché, ce qui interdit l'utilisation de la responsabilité sociale de l'entreprise comme critère d'attribution ( *CE, 25 mai 2018, n° 417580, Nantes Métropole : JurisData n° 2018-008660 ; JCP A 2018, 2231, note J. Martin*). Des évolutions restent possibles, le Conseil d'État ayant admis dans le cadre d'une délégation de service public qu'un critère relatif à la création d'emplois induits par l'activité objet du contrat présente un lien direct avec les conditions d'exécution de ce dernier ( *CE, 20 déc. 2019, n° 428290, Sté Edeis : JurisData n° 2019-023109 ; Contrats- [Marchés publ. 2020](#), comm. 91, note H. Hoepffner*).

### **Attention**

L'utilisation d'une pluralité de critères s'impose en cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation ( *CCP, art. R. 2152-8* ), ce qui signifie a contrario que ces modalités d'achat interdisent le recours au critère unique du prix.

En toutes hypothèses, les acheteurs doivent choisir des critères de sélection liés et proportionnés à l'objet du marché pour permettre une objectivisation du choix du cocontractant.

## § 32 Information sur les critères d'attribution.

Les critères d'attribution et leurs modalités de mise en œuvre doivent faire l'objet d'une publicité. Cela signifie donc que les acheteurs doivent indiquer quels sont ces critères dans les documents de la consultation ( *CCP, art. R. 2152-11* ). En revanche, ils ne doivent normalement pas indiquer quels sont les sous-critères. Il n'en va autrement que si les sous-critères peuvent être assimilés à de véritables critères ( *CE, 18 juin 2010, n° 337377, Cne Saint-Pal-de-Mons : JurisData n° 2010-009438 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2010, comm. 271 , note Ph. Rees. – CE, 2 août 2011, n° 348711, Synd . mixte Vallée Orge Aval : JurisData n° 2011-015772 ; Lebon T., p. 1006 ; BJCP 2011, p. 435 , concl. B. Dacosta ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2011, comm. 286 , note W. Zimmer ; RJEP 2012, comm. 8 , note F. Brenet. – CAA Nantes, 7 déc. 2018, n° 17NT03800, Sté La Maison Bleue et CAS de Saint-Malo : JurisData n° 2018-024597 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 37 , note M. Ubaud-Bergeron*). Les éléments d'appréciation des sous-critères n'ont, quant à eux, pas à être indiqués aux candidats ( *CE, 6 avr. 2016, n° 388123, Cne Bohalle : JurisData n° 2016-006909 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2016, comm. 147 , note M. Ubaud-Bergeron*). Enfin, il faut préciser que les critères comme les sous-critères doivent permettre de différencier les offres, à défaut de quoi ils seront jugés illégaux ( *CAA Versailles, 29 mai 2019, n° 18VE03767 : JurisData n° 2019-010255 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 260 , note J. Diethoefffer*).

## § 33 Recours à la pondération ou à la hiérarchisation.

Les obligations des acheteurs ne sont pas les mêmes s'agissant du recours à la pondération ou à la hiérarchisation selon si le marché est passé selon une procédure formalisée ou selon une procédure adaptée. Le cadre imposé pour assurer le respect de l'égalité s'avère ainsi plus strict dans le cadre des procédures formalisées que pour les autres procédures.

Ainsi, dans le cadre des marchés passés selon une procédure formalisée, les acheteurs doivent en principe avoir recours à la pondération des critères, cette pondération pouvant “être

*exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié*”. Ce n'est que si cette pondération “*n'est pas possible pour des raisons objectives*” qu'ils peuvent avoir recours à la hiérarchisation, c'est-à-dire indiquer les critères par ordre décroissant d'importance ( *CCP, art. R. 2152-12* ).

En revanche, le code n'impose pas le recours de principe à la pondération et, par exception, à la hiérarchisation des différents critères utilisés dans le cadre des marchés passés en procédure adaptée. Pour autant, « s'il est loisible au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il passe un marché selon une procédure adaptée [...] de pondérer ou de hiérarchiser les critères de sélection qu'il retient, y compris en leur attribuant une égale importance, il est tenu d'informer les candidats de son choix de mise en œuvre des critères de sélection » ( *CE, 26 sept. 2012, n° 359389, GIE « Groupement des poursuites extérieures* » : *JurisData n° 2012-021551* ; *RJEP 2013, comm. 7* , *concl. G. Pelissier*). En réalité, les acheteurs doivent préciser s'ils retiennent une hiérarchisation et/ou une pondération des différents critères, ou alors s'ils donnent la même valeur à tous les critères d'attribution utilisés. Ainsi, même si la liberté des acheteurs est plus grande que dans le cadre des procédures formalisées, elle reste circonscrite afin d'assurer le respect des principes généraux de la commande publique, en particulier l'égalité et la transparence.

## § 34 Choix de la méthode de notation.

Les acheteurs n'ont pas à communiquer la méthode de notation des offres ( *CE, 31 mars 2010, n° 334279* , *Collectivité territoriale de Corse* : *JurisData n° 2010-003023* ; *Lebon T., p. 848* ; *BJCP 2010, p. 241* , *concl. N. Boulouis* ; *Contrats- [Marchés](#) publ. 2010, comm. 240* , *note P. Devillers*) mais le juge va vérifier que la mise en œuvre de la méthode retenue n'a pas faussé la concurrence entre les différents soumissionnaires ( *CAA Lyon, 28 nov. 2019, n° 17LY03188, Cne Beaufort* : *JurisData n° 2019-024112* ; *Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 46* , *obs. E. Muller*). La méthode de notation ne doit pas conduire à une rupture d'égalité au moment du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ainsi, le juge censurera la procédure s'il apparaît que la méthode retenue entraîne une discrimination illégale, notamment parce qu'elle affecte l'importance respective de chacun des

critères ( CE, 18 déc. 2012, n° 362532, Dpt Guadeloupe : JurisData n° 2012-029899 ; Lebon T., p. 844 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 28 , note W. Zimmer ; CP-ACCP 2013, p. 73 , note Jacob et Pictet. – CE, 29 oct. 2013, n° 370789 , Val-d'Oise Habitat : JurisData n° 2013-024424 ; Lebon T., p. 703 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2014, comm. 4 , note P. Devillers. – CE, 15 févr. 2013, n° 363854 à n° 363855, Sté SFR : JurisData n° 2013-002216 ; Lebon T., p. 691 ; BJCP 2013, p. 295 , concl. G. Pellissier ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 105 , note J.-P. Pietri. – CE, 3 nov. 2014, n° 373362, Cne Belleville-sur-Loire : JurisData n° 2014-026334 ; BJCP 2014, p. 112 , concl. G. Pellissier ; AJDA 2015, p. 532 , H. Hoepffner. – CE, 1er juill. 2015, n° 381095, SNEGSO : JurisData n° 2015-016628 ; BJCP 2015, p. 436 , concl. B. Dacosta. – CE, 7 mars 2018, n° 415675, CH Péronne : JurisData n° 2018-003120 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, comm. 102 , note M. Ubaud-Bergeron). Le Conseil d'État a même eu l'occasion de préciser que les acheteurs ne peuvent pas demander aux soumissionnaires de s'autoévaluer sur un critère ou un sous-critère ( CE, 22 nov. 2019, n° 418460, Dpt Isère : JurisData n° 2019-020724 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 40 , note M. Ubaud-Bergeron).

## § 35 Égalité dans le choix du cocontractant et modification du contrat

La Cour de justice est venue préciser, confirmant en cela la position du tribunal de première instance, que le respect du principe d'égalité lors de l'appréciation des offres emporte des conséquences au-delà de la procédure de passation des marchés publics . Ce principe implique que les acheteurs ne peuvent pas « modifier postérieurement les conditions de l'adjudication, et notamment celles portant sur l'offre à présenter, d'une façon non prévue par l'avis d'adjudication lui-même » (*CJCE, 29 avr. 2004, Comm. c/ CAS Succhi di Frutta Agriculture, préc. n° 10, pt 73.* – Dans cet arrêt, la Cour de justice reprend le raisonnement déjà développé en première instance par le Tribunal, *TPICE, 14 oct. 1999, aff. T-191/96 et T-106/97, CAS Succhi di Frutta c/ Comm. : Rec. CJCE 1999, p. II-3181*). En effet, si de telles modifications étaient admises, la procédure d'attribution serait complètement remise en cause. Cette procédure a pour objectif d'attribuer le contrat à la personne la mieux à même de satisfaire les besoins définis par le pouvoir adjudicateur.

Si la définition de l'objet même du contrat était admise postérieurement à sa conclusion, rien ne garantirait que le cocontractant choisi serait toujours le meilleur pour réaliser les prestations attendues. Surtout, les autres candidats à l'attribution se trouveraient privés de la possibilité de se voir attribuer ce contrat et ne seraient donc pas placés dans une situation d'égalité vis-à-vis du cocontractant choisi.

C'est donc le respect du principe d'égalité qui explique que la modification des marchés en cours d'exécution soit désormais encadrée ( *CCP, art. L. 2194-1, L. 2194-2 et R. 2194-1 à R. 2194-10* ). Le Code de la commande publique prévoit six hypothèses dans lesquelles un marché public *“peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence”*. De telles modifications sont possibles :

lorsque :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
- 6° Les modifications sont de faible montant ( *CCP, art. L. 2194-1* ).

Chacune de ces hypothèses est soumise à conditions et, de manière générale, les modifications en cours d'exécution *“ne peuvent changer la nature globale du marché”* ( *CCP, art. L. 2194-1* ). Cette condition générale s'applique à toutes les hypothèses de modifications autorisées prévues par le code ( *CE, ass. gén., avis, 26 avr. 2018, n° 394398, relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes : JurisData n° 2018-024965 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 54, obs. G. Eckert ; AJDA 2018, p. 2318 ; JCP A 2018, act. 898, obs. C. Friedrich* ). La nature globale du contrat « désigne “la contexture du contrat” (ses caractéristiques, ses éléments essentiels) et non pas sa qualification (marché public/concession) » ( *H. Hoepffner, Exécution des marchés publics : Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, dossier 7. – En ce sens, CE, 15 nov. 2017, n° 409728 et n° 409799,*

*Cne Aix-en-Provence* : *JurisData* n° 2017-023023 ; *Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, comm. 15* , note *J.-P. Pietri* ; *BJCP 2018, p. 32* , concl. *O. Henrard*). De plus, “*lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues*” par le code, l'acheteur peut résilier le marché ( *CCP, art. L. 2195-6* ). Ainsi, le respect de l'égalité entre les soumissionnaires est assuré bien au-delà de la phase de passation .

### 3° Respect de la transparence

#### § 36 Plan

Parmi les principes généraux de passation des marchés publics , le principe de transparence revêt une place au moins aussi importante que le principe d'égalité. Pourtant, alors même que le contenu de ce principe en termes d'obligations semble clairement établi (b), son identification en tant que principe autonome suscite davantage de difficultés dans la mesure où ce dernier est étroitement lié au principe d'égalité (a).

#### *a) Identification de la transparence*

#### § 37 Reconnaissance du principe de transparence en droit de l'Union européenne

En droit de l'Union européenne, le respect du principe de transparence – comme en ce qui concerne les principes d'égalité, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité – ne découle pas d'une reconnaissance expresse de ce principe par le droit primaire ni par le droit dérivé. Pour autant, il est possible de considérer que « parée de toutes les vertus, la transparence est [...] devenue une valeur structurante de la construction communautaire » (*A. Vidal-Naquet, La*

*transparence, in J.-B. Auby [dir.], L'influence du droit européen sur les catégories du droit public : Dalloz, 2010, p. 640 ).*

Ce principe de transparence possède une signification particulière suivant le domaine dans lequel il s'applique. En effet, la transparence n'est pas nécessairement entendue comme liée à la concurrence. Il peut également s'agir d'une « condition de l'action des administrations publiques pour laquelle le secret est très limité, voire exceptionnel » (*R. Caranta, Transparence et concurrence, in R. Noguellou et U. Stelkens [dir.], Droit comparé des contrats publics, Bruxelles : Bruylant, 2010, p. 145*). S'agissant du droit de la concurrence, il peut être envisagé de deux façons différentes en fonction des relations qu'il vient régir. En effet, comme le souligne Laurence Idot, le droit de l'Union « appréhende (ce principe) avec méfiance (car) des relations trop transparentes peuvent cacher une entente interdite ». Cependant, dans certains cas particuliers, ce principe peut constituer « un objectif fondamental du droit substantiel de la concurrence » (*L. Idot, La transparence dans les procédures administratives : l'exemple du droit de la concurrence, in J. Rideau [dir.], La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique ? : LGDJ, 1999, p. 121*). Or, c'est dans ce dernier sens que ce principe doit être entendu en matière de contrats publics .

S'agissant des marchés publics , la Cour de justice a d'abord reconnu l'existence d'un principe de transparence applicable aux contrats relevant du champ d'application des directives (*CJCE, 25 avr. 1996, Comm. c/ Belgique, préc. n° 7. – CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-275/98, Unitron Scandinavia : Rec. CJCE 1999, p. I-8291*). Par la suite, c'est la Commission européenne qui a, la première, établi l'existence d'un principe de transparence applicable en dehors de la réglementation sectorielle relative aux marchés publics . En effet, dans sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, la Commission a considéré que, bien que non soumises aux directives « marchés publics », les concessions autres que celles de travaux supérieures aux seuils communautaires devaient être « soumises aux dispositions des articles 28 à 30 et 43 à 55 du traité ou aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour » parmi lesquels figure le principe de transparence (*Commission européenne, Communication interprétative du 28 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire : JOCE n° C 121, 29 avr. 2000, p. 6*). La Cour de justice confirmera cette position en reconnaissant l'application de ce principe aux concessions (*CJCE, 7 déc. 2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH, préc. n° 3*), puis aux marchés

publics ne relevant pas du champ d'application des directives ( *CJCE, ord., 3 déc. 2001, Bent Moustén Vestergaard, préc. n° 3*).

Dans sa communication de 2000, la Commission offre un début de définition de ce que recouvre le principe de transparence en matière de marchés publics et de concessions. En effet, l'application de ce principe au-delà des marchés publics soumis aux directives ne peut pas résulter d'un élargissement des procédures prévues par ces dernières à tous les contrats publics . C'est la raison pour laquelle la Commission européenne a d'abord défini la transparence de manière élargie. Il s'agit d'un principe qui « vise à assurer l'effet utile » du principe d'égalité de traitement « en garantissant des conditions de concurrence non faussées » et en permettant « au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect ». Pour assurer le respect de ce principe, elle précise enfin que « la transparence peut être assurée par tout moyen approprié, y compris la publicité, en fonction et pour tenir compte des secteurs concernés ».

Le contenu exact de ce principe demeure assez délicat à établir à la lecture de cette communication. La transparence semble ainsi cantonnée à son acception la plus simple comme désignant la « qualité de ce qui laisse paraître la réalité tout entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer » (selon la définition apportée par le dictionnaire *Le Robert*). Elle est ainsi envisagée comme un accès à l'information permettant de s'assurer que le principe d'égalité est bien respecté lors de la passation des contrats publics . Ainsi que le souligne la Cour, le principe de transparence est un principe qui impose de « garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture (des contrats) à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures » (*CJCE, 7 déc. 2000, Telaustria, préc., pt 62*).

## § 38 Reconnaissance du principe de transparence en droit interne

Le principe de transparence, comme l'ensemble des principes fondamentaux de la commande publique, fait l'objet d'une double reconnaissance en droit interne. En effet, le juge administratif comme le Conseil constitutionnel ont consacré l'existence de ce principe ce qui, conjugué à sa

reconnaissance par le droit de l'Union européenne, lui accorde une protection juridique hautement efficace à l'intérieur du droit français.

En effet, le Conseil d'État a accordé à la transparence comme aux autres principes le caractère de principes généraux du droit ( *CE, avis, 29 juill. 2002, Sté MAJ Blanchisseries de Pantin* , préc. n° 3. – Dans le même sens, *CAA Paris, 28 sept. 2018, n° 18PA01258, Sté Autos Polyservices Remorquages* : *JurisData n° 2018-019766* ; *Contrats- Marchés publ. 2018, comm. 276* , note *G. Eckert*), tandis que le Conseil constitutionnel leur reconnaît une protection constitutionnelle par renvoi aux dispositions des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 ( *Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC* , *loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*).

### § 39 Distinction des principes de transparence et d'égalité

Le lien étroit qui existe entre les principes de transparence et d'égalité a été confirmé par la Cour de justice lorsqu'elle est venue consacrer l'existence d'un principe de transparence applicable à des contrats exclus du champ d'application des directives « marchés publics ». Ainsi, dans son célèbre arrêt *Telaustria*, la Cour considère que le principe de non-discrimination « implique, notamment, une obligation de transparence » ( *CJCE, 7 déc. 2000, Telaustria, préc. n° 3, pt 61*). Pour l'Avocat général Fennelly, dans ses conclusions sur cette affaire, « le respect matériel du principe de non-discrimination [...] exige que l'octroi d'une concession respecte un degré minimal de publicité et de transparence ».

La principale difficulté lorsque l'on cherche à identifier le principe de transparence consiste donc à le distinguer du principe d'égalité dont il découle. Cette difficulté est accentuée par le fait que la Cour de justice ne distingue pas toujours ces deux principes lorsqu'elle rappelle aux pouvoirs adjudicateurs les obligations qui en découlent. Ainsi, dans son arrêt du 17 février 2011 opposant la Commission européenne à Chypre, la Cour évoque en premier lieu le fait que « les principes d'égalité de traitement et de transparence signifient, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées », ce qui ne relève que de la mise en œuvre du principe d'égalité. Puis,

en second lieu, elle évoque la publication nécessaire des critères d'attribution ainsi que leur application « objective et uniforme » à tous les soumissionnaires, mettant ainsi successivement en œuvre le principe de transparence et celui d'égalité ( *CJCE, 17 févr. 2011, aff. C-251/09, Comm. c/ République de Chypre : Europe 2011, comm. 129, note M. Meister*). Ainsi, le juge fait découler de la combinaison de ces deux principes des obligations qui relèvent de l'un ou de l'autre sans opérer de distinction.

De la même façon, certains auteurs assimilent les deux principes . Ainsi, Paul Cassia n'accorde pas à la transparence une place autonome en tant que principe mais l'intègre aux développements qu'il consacre à la mise en œuvre de « l'égalité dans les procédures de passation des contrats publics » en soulignant « le lien entre la transparence et la non-discrimination » (*P. Cassia, Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement : RTDE 2002, p. 413*).

Pour autant, il apparaît aujourd'hui nécessaire d'identifier la transparence en tant que principe autonome, notamment en raison de son importance accrue dans le droit des contrats publics . Pour Guylain Clamour, en passant « de la pièce rapportée au concept architectural, la colonne de la transparence est devenue vertébrale, structurant aujourd'hui le droit des contrats publics » (*G. Clamour, La transparence et le service public : vade-mecum : D. 2007, p. 2617*). Il serait d'ailleurs erroné de considérer que la transparence ne bénéficie pas d'une définition autonome pour le droit de l'Union européenne. Déjà dans son arrêt *Telaustria*, la Cour de justice définit la transparence comme une obligation « qui incombe au pouvoir adjudicateur (et qui) consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des marchés à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (*CJCE, 7 déc. 2000, Telaustria, préc. n° 3, pt 62*).

Partant de cette définition, il est possible de distinguer les principes de transparence et d'égalité, chacun renvoyant à des obligations spécifiques. À ce sujet, il est possible de reprendre les explications formulées par l'Avocat général Paolo Mengozzi dans ses conclusions du 29 juin 2010 dans une affaire opposant la Commission européenne à l'Irlande ( *CJUE, 18 nov. 2010, aff. C-226/09, Comm. c/ Irlande : Europe 2011, comm. 18, note M. Meister*). En effet, ce dernier précise que « les obligations découlant [...] du droit primaire, et notamment des principes de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services sont essentiellement au nombre de deux. D'une part, les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter le principe de non-discrimination en

raison de la nationalité et le principe de l'égalité de traitement. D'autre part, afin de permettre de vérifier que ces principes sont respectés, l'Administration est soumise à une obligation de transparence ». Or, selon lui, « le principe de transparence a une fonction accessoire par rapport aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. Mais ce caractère accessoire n'implique pas une subordination [...]. Au contraire, l'obligation de transparence est accessoire en ce sens que son respect permet de s'assurer que les deux autres obligations "principales" ont été respectées ». Il conclut son raisonnement à ce sujet en précisant que, « d'un point de vue logique, on pourrait même considérer, à la rigueur, que la vérification du respect de ce principe doit être préalable à celle du respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ».

## § 40 Identification de la transparence

Le principe de transparence ne saurait donc être considéré comme un principe secondaire par rapport à celui d'égalité et il occupe une place au moins aussi importante que ce dernier. Dans le même sens, l'Avocat général Yves Bot considère que « puisque le principe d'égalité de traitement constitue, en tant que tel, un principe général du droit communautaire, le respect de l'obligation de transparence qui en constitue une expression concrète et spécifique s'impose aux États membres dans la même mesure » (*concl. présentées le 27 oct. 2009 sur CJUE, 13 avr. 2010, aff. C-91/08, Wall AG c/ Ville Francfort-sur-le-Main : Europe 2012, comm. 473 , note D. Simon ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 222 , W. Zimmer ; RD imm. 2010, n° 7, p. 385 , note R. Noguellou*). Le principe de transparence peut être défini comme un principe de publicité dont les modalités pratiques de mise en œuvre varient en fonction du contrat public concerné. Ainsi, si la transparence est nécessaire à la réalisation de l'égalité de traitement, elle implique par elle-même certaines obligations qu'il convient de présenter.

## *b) Contenu de la transparence*

### § 41 Cadre général

Le principe de transparence impose des obligations spécifiques aux acheteurs lors de la passation de leurs marchés publics . Le principe de transparence est un principe de publicité qui poursuit deux objectifs principaux : informer les opérateurs économiques de la volonté du pouvoir adjudicateur de passer un marché public – il s'agit donc d'une publicité en amont de la procédure de passation –, et informer les candidats mais aussi les tiers de l'issue de la procédure – ce qui résulte d'une publicité en aval.

Actuellement, c'est la publicité en amont qui occupe la place la plus importante au sein du principe de transparence. En effet, la publicité qui va permettre aux opérateurs économiques de décider s'ils souhaitent ou non candidater pour l'obtention du marché. Cette publicité préalable a pour objectif “*de susciter la plus large concurrence*” et elle va varier en fonction de l'objet du marché public, de la valeur estimée du besoin et en fonction de l'acheteur concerné ( *CCP, art. L. 2131-1* ). Seuls les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalable échappent à l'obligation de mettre en œuvre une telle publicité.

Il ne faut cependant pas négliger l'importance des mesures de publicité qui interviennent en aval de la procédure de passation : les obligations imposées permettent de vérifier que le droit de la commande publique a bien été respecté, en particulier les principes fondamentaux . Ces mesures varient elles aussi en fonction de l'objet du marché, de son montant et de l'acheteur concerné.

### § 42 Publicité en amont

Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables. – Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalable n'échappent pas au champ d'application des principes

fondamentaux de la commande publique (tout comme les « autres marchés » ; V. n° 5 ). Pour autant, cette procédure déroge grandement au principe de transparence et aux obligations de publicité qui en découlent. En effet, elle permet de recourir à une négociation directe avec certains opérateurs économiques, sans devoir mettre en œuvre une procédure de publicité ou de mise en concurrence préalable. Ainsi, les caractéristiques de ces marchés justifient que leur passation puisse se dérouler dans un cadre extrêmement souple, que cela soit en raison de leur montant ou de leur objet ( *CCP, art. R. 2122-1 à R. 2122-9* ) ou en raison de la qualité de l'acheteur ( *CCP, art. R. 2122-10 à R. 2122-11* ).

C'est donc parce que la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable constitue une procédure fortement dérogatoire que son utilisation n'est possible que dans certaines hypothèses strictement définies par le code ( *CCP, art. R. 2122-1 à R. 2122-11* ) et soumises à une interprétation stricte ( *CJUE, 27 oct. 2011, aff. C-601/10, Comm. CE c/ Rép. Hellénique : Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 12, note G. Eckert* ). Or, parmi celles-ci, il faut distinguer l'hypothèse dans laquelle le recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable est justifié par le faible montant du marché, et les autres hypothèses qui permettent d'avoir recours à cette procédure.

En premier lieu, il est possible de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable en raison du montant du marché. C'est tout d'abord le cas lorsque la valeur estimée du marché est inférieure à 40 000 € HT (le seuil de 40 000 € a remplacé l'ancien seuil de 25 000 € depuis le 1er janvier 2020). La seule réserve qui est imposée aux acheteurs est que ces derniers doivent veiller 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”* ( *CCP, art. R. 2122-8* ). Par ailleurs, le recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable en raison du montant est également possible pour *“les lots dont le montant est inférieur à 40 000 euros hors taxes et qui remplissent les conditions”* fixées pour la passation des lots de faible montant selon une procédure adaptée ( *CCP, art. R. 2122-8* ).

### **Attention**

Le décret du 22 juillet 2020 portant relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires ( *D.*

n° 2020-893, 22 juill. 2020 : JO 23 juill. 2020, texte n° 17 ) prévoit des seuils transitoires pour certains marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Pour les marchés de travaux les acheteurs peuvent avoir recours à cette procédure lorsque le marché répond à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 70 000 € hors taxes. Les lots qui portent sur des travaux sont également concernés lorsque leur montant est inférieur à 70 000 € hors taxes. Ce dispositif doit s'appliquer jusqu'au 10 juillet 2021.

Par ailleurs, pour les marchés de fournitures de denrées alimentaires produites, transformées et stockées avant la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, les acheteurs ont la possibilité de passer de tels marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable lorsque leur valeur estimée est inférieure à 100 000 € hors taxes et à condition que les produits soient livrés avant le 10 décembre 2020. Les lots qui portent sur de telles fournitures sont également concernés lorsque leur montant est inférieur à 80 000 € hors taxes.

En second lieu, la passation de marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable peut être justifiée par l'objet du marché. Le Code de la commande publique identifie douze hypothèses dans lesquelles l'objet du contrat permet de recourir à cette procédure :

la première est celle dans laquelle l'acheteur ne peut passer le marché public en respectant les délais minimaux prévus dans le cadre des procédures formalisées en raison d'“*une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir*” ( CCP, art. R. 2122-1 ) ;

la deuxième hypothèse correspond à la situation dans laquelle l'acheteur a lancé une procédure de passation sans succès soit parce qu'il n'a pas reçu de candidatures ou d'offres dans les délais prévus, soit parce qu'il n'a reçu que des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ( CCP, art. R. 2122-2 ) ;

la troisième situation permettant de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable sans que le montant du marché ne le justifie est celle dans laquelle il n'y a qu'un seul opérateur économique qui a la capacité de fournir les travaux, les fournitures ou les services souhaités par l'acheteur ( CCP, art. R. 2122-3 ) ;

la quatrième hypothèse envisagée concerne les marchés complémentaires de fournitures ( CCP, art. R. 2122-4, 1° ) ;

la cinquième hypothèse concerne également des marchés publics de fournitures et permet aux acheteurs de passer le marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque celui-

ci a pour objet *“l'achat de matières premières cotées et achetées en Bourse”* ( CCP, art. R. 2122-4, 2° ) ;

la sixième hypothèse concerne certains marchés publics de fournitures ou de services lorsqu'ils sont *“passés dans des conditions particulièrement avantageuses”* ( CCP, art. R. 2122-5 ) ;

la septième hypothèse concerne les marchés publics de services qui sont attribués par les acheteurs dans un second temps, après l'organisation d'un concours visant à désigner un ou plusieurs lauréats ( CCP, art. R. 2122-6 ) ;

la huitième situation qui permet aux acheteurs de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables concerne les marchés publics de travaux ou de services portant sur des *“prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence”* ( CCP, art. R. 2122-7 ) ;

la neuvième hypothèse permet de passer sans publicité ni mise en concurrence préalables les marchés de fournitures de livres non scolaires ( CCP, art. R. 2122-9 ) ;

la dixième hypothèse concerne les marchés publics de fournitures des pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils ont *“pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement”* ( CCP, art. R. 2122-10 ) ;

la onzième hypothèse s'inscrit dans une perspective similaire et concerne les marchés publics conclus par les entités adjudicatrices, peu importe que ces derniers portent sur des travaux, des fournitures ou des services, lorsqu'ils sont passés *“à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement”* ( CCP, art. R. 2122-11, 1° ) ;

enfin, la dernière hypothèse concerne également les marchés publics conclus par les entités adjudicatrices mais seulement les marchés publics de fournitures lorsque ceux-ci ont pour *“objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente 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”* ( CCP, art. R. 2122-11, 2° ).

Pour chacune de ces hypothèses, des conditions particulières sont fixées par le code. Il s'agit ainsi de limiter le champ d'application des dérogations aux principes fondamentaux, et en particulier au principe de transparence.

### § 43 Possibilité de publier un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif pour faire connaître son intention de passer un marché public.

En principe, la publicité préalable est effectuée au travers d'un avis de marché ou par une publicité adaptée lorsque le montant et l'objet du marché public le justifient. Il est néanmoins parfois possible de déroger à ce principe en utilisant un avis de préinformation (pour les pouvoirs adjudicateurs) ou un avis périodique indicatif (pour les entités adjudicatrices) pour faire connaître son intention de passer un marché (*CCP, art. R. 2131-1*).

Or, les acheteurs ont la possibilité d'utiliser l'avis de préinformation ou l'avis périodique indicatif pour lancer un appel à la concurrence (*CCP, art. R. 2131-4 à R. 2131-11*). Les conditions imposées sont cependant nombreuses et le code distingue les règles applicables aux marchés de services sociaux et autres services spécifiques (*CCP, art. R. 2131-7 à R. 2131-9*) et celles qui s'appliquent pour les autres marchés (*CCP, art. R. 2131-4 à R. 2131-6*).

§ 44 *Marchés passés selon une procédure formalisée.* – Lorsque les acheteurs passent un marché public selon une procédure formalisée, ils sont tenus de publier un avis de marché pour assurer la publicité (à moins qu'ils n'utilisent un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif pour faire connaître leur intention). Pour autant, les modalités de publication de cet avis de marché varient en fonction de la catégorie à laquelle appartient l'acheteur (*CCP, art. R. 2131-16 et R. 2131-17*).

Ainsi, les acheteurs soumis à un régime juridique fortement empreint de droit public – c'est-à-dire l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements – doivent publier cet avis de marché à la fois dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE) (*CCP, art. R. 2131-16, 1°*). Les autres

acheteurs, qu'ils soient des personnes publiques ou privées, ne sont tenus de publier cet avis de marché qu'au *Journal officiel de l'Union européenne*. Ils ne sont donc pas obligés d'effectuer une publication au BOAMP ( *CCP, art. R. 2131-16, 2°* ).

Par ailleurs, le format de l'avis de marché n'est pas choisi librement par les acheteurs. Ces derniers doivent publier un avis conforme au modèle fixé par la Commission européenne ( *CCP, art. R. 2131-17* ).

Enfin, les acheteurs ont toujours la possibilité de recourir à une publicité supplémentaire effectuée sur un autre support ( *CCP, art. R. 2131-18* ). Cette publicité ne doit pas être identique à la publicité réalisée à titre principal. Néanmoins, si elle comporte moins de renseignements que l'avis de marché publié à titre principal, elle doit indiquer les références de cet avis afin que les opérateurs intéressés puissent facilement y avoir accès.

## § 45 Marchés passés selon une procédure adaptée.

Les acheteurs ne sont pas nécessairement tenus de publier un avis de marché lorsqu'ils passent un marché selon une procédure adaptée. Les obligations imposées diffèrent en fonction du type de marché passé selon une procédure adaptée, de son montant, et de la nature de l'acheteur. La distinction première reste cependant celle effectuée par le code entre les marchés passés en procédure adaptée parce qu'ils portent sur des services sociaux et autres services spécifiques et les autres marchés passés selon une procédure adaptée.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée qui n'ont pas pour objet des services sociaux ou d'autres services spécifiques, il faut distinguer en fonction de la nature de l'acheteur et en fonction du montant du marché public ( *CCP, art. R. 2131-12 et R. 2131-13* ). L'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements sont tenus de publier un avis de marché au BOAMP ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL) si la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure à 90 000 € HT (et si elle reste inférieure aux seuils européens imposant le recours à une procédure formalisée). En dessous de ce montant, ils ne sont pas tenus de publier un avis de marché mais ils doivent adapter les modalités de la publicité “*en fonction*

*des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause*”. Néanmoins, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au *Journal officiel de l'Union européenne* peut s'imposer aux acheteurs quel que soit le montant du marché passé selon une procédure adaptée en fonction de la nature ou du montant des fournitures, des services ou des travaux qui font l'objet du marché. Cette nécessité d'une publicité supplémentaire est laissée à l'appréciation des acheteurs mais ces derniers doivent s'assurer que les *“opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public”* auront accès aux informations le concernant ( *CCP, art. R. 2131-12* ). Les autres acheteurs ne sont quant à eux jamais tenus de publier un avis de marché lorsqu'ils passent un marché selon une procédure adaptée. Il leur revient de déterminer *“les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause”* ( *CCP, art. R. 2131-13* ).

Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée parce qu'ils ont pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, la publication d'un avis de marché ne s'impose aux acheteurs que lorsque la valeur estimée du besoin est supérieure ou égale à un seuil européen ( *CCP, art. R. 2131-14 et R. 2131-15* ). Cette publication doit être effectuée au *Journal officiel de l'Union européenne*. Actuellement, l'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques figure en annexe n° 3 du Code de la commande publique . Le seuil spécifique à ces marchés est fixé à 750 000 € HT lorsque l'acheteur est un pouvoir adjudicateur et à 1 000 000 € HT lorsqu'il s'agit d'une entité adjudicatrice. L'avis de marché peut toujours être remplacé par un avis de préinformation, un avis périodique indicatif ou un avis sur l'existence d'un système de qualification. En revanche, lorsque le montant du marché passé est inférieur à ces seuils européens, l'acheteur n'est tenu de réaliser qu'une publicité adaptée qui va varier en fonction des caractéristiques du contrat et notamment en fonction de son montant et en fonction de la nature des services sociaux ou spécifiques concernés.

L'appréciation portée sur les modalités de la publicité afin de déterminer si celle-ci est adaptée est délicate et relativement subjective. La jurisprudence permet cependant d'offrir quelques clefs de lecture aux acheteurs ( *CE, 7 oct. 2005, n° 278732, région Nord-Pas-de-Calais : JurisData n° 2005-068985 ; Lebon, p. 423 ; Contrats- [Marchés publ.](#) 2005, étude 17, F. Lichère ; AJDA 2005, p. 2128, note J.-D. Dreyfus* ). Le contrôle de proportionnalité réalisé par le juge permet

de considérer qu'il existe trois critères à prendre en considération pour apprécier si une publicité est ou non adaptée : l'objet du marché en cause, son montant, mais également l'état du secteur concurrentiel dans lequel il intervient. Les acheteurs doivent donc effectuer une évaluation au cas par cas. Ils peuvent même, en cas de doute, choisir d'utiliser les modalités de publicité des procédures formalisées afin d'éviter tout contentieux (sur ces questions, *V. JCl. Contrats et Marchés Publics*, fasc. 60-70 consacré aux marchés passés en procédure adaptée). Il faut néanmoins rappeler que si les acheteurs se réfèrent expressément à une procédure formalisée dans les documents du marché, ils doivent l'appliquer dans son intégralité ( *CCP, art. R. 2123-6* . – Par ex., *CAA Nantes, 6 mars 2020, n° 18NT02092* : *JurisData n° 2020-006255* ; *Contrats- Marchés publ. 2020, comm. 174, note M. Ubaud-Bergeron*).

Enfin, et comme dans le cadre des marchés passés selon une procédure formalisée, les acheteurs ont toujours la possibilité de recourir à une publicité supplémentaire effectuée sur un autre support ( *CCP, art. R. 2131-18* ). Cette publicité ne doit pas être identique à la publicité réalisée à titre principal. Néanmoins, si elle comporte moins de renseignements que l'avis de marché publié à titre principal, elle doit indiquer les références de cet avis afin que les opérateurs intéressés puissent facilement y avoir accès.

## § 46 Publicité en aval

*Information des candidats et des soumissionnaires évincés.* – Le principe de transparence implique une information des candidats et des soumissionnaires évincés en aval de la procédure de passation . Ainsi, le Code de la commande publique impose aux acheteurs d'informer de leur choix les candidats et les soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue à l'issue de la procédure de passation ( *CCP, art. L. 2181-1* ). Cette notification doit intervenir sans délai ( *CCP, art. R. 2181-1* ) et elle concerne toutes les procédures, y compris les marchés passés selon une procédure adaptée. Cette obligation d'information rompt avec la jurisprudence antérieure qui refusait son extension aux marchés passés selon une procédure adaptée ( *CE, 19 janv. 2011, n° 343435* : *JurisData n° 2011-000392* ; *Lebon, p. 11* ; *JCP A 2011, 2095*, note F. Linditch ;

*RJEP 2011, comm. 22 , obs. D. Moreau ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2011, comm. 92 , note G. Eckert).*

Le droit à l'information des candidats et des soumissionnaires évincés ne s'arrête cependant pas là. Il concerne également les motifs qui ont justifié le rejet de leur candidature ou de leur offre et varie en fonction de la procédure utilisée.

Ainsi, lorsque le marché a été passé selon une procédure adaptée, les acheteurs doivent communiquer aux candidats ou aux soumissionnaires qui en font la demande les motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre sous un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande. De plus, lorsque l'offre qui a été rejetée n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, les acheteurs doivent indiquer parmi les motifs justifiant le rejet quels sont "*les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché*" ( *CCP, art. R. 2181-2* ).

Ce droit à l'information est plus poussé encore lorsque le marché a été passé selon une procédure formalisée. En effet, si l'acheteur doit notifier ses décisions de rejet des candidatures ou des offres immédiatement à chaque candidat ou à chaque soumissionnaire concerné, il doit aussi communiquer systématiquement les motifs du rejet des candidatures ou des offres ( *CCP, art. R. 2181-3, al. 1er* ). De plus, si l'acheteur notifie le rejet après l'attribution du marché, il doit communiquer aux candidats ou aux soumissionnaires concernés le nom de l'attributaire du marché, les raisons qui l'ont poussé à choisir son offre, ainsi que la date à partir de laquelle il pourra signer le marché tout en respectant le délai de *standstill* ( *CCP, art. R. 2182-3, al. 2* ). Enfin, les soumissionnaires qui ont fait une offre qui a été rejetée alors qu'elle n'était ni irrégulière, ni inacceptable, ni inappropriée, peuvent demander la communication de certaines informations à l'acheteur qui doit les effectuer dans les meilleurs délais et au plus tard 15 jours à compter de la réception de cette demande. Il s'agit des informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue lorsque des négociations ou un dialogue sont mis en œuvre sans être achevés. En revanche, lorsque le marché a déjà été attribué, ces informations concernent les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ( *CCP, art. R. 2181-4* ).

Cette information des candidats et soumissionnaires évincés a pour objectif d'assurer une protection efficace de la concurrence sur le marché en leur permettant de contester plus facilement la procédure de passation si elle est illégale. Ce dispositif est renforcé par le respect du délai de *standstill* imposé dans le cadre des marchés passés selon une procédure formalisée.

En effet, dans le cadre des marchés publics passés selon une procédure formalisée, les acheteurs doivent respecter un délai minimal entre la date d'envoi des notifications de rejet des offres et la signature du marché public (sur cette question, *F. Dieu, Le respect du délai de standstill. Une obligation essentielle pour les pouvoirs adjudicateurs, une information primordiale pour les entreprises évincées : JCP A 2012, 2103* ). Le respect de ce délai de *standstill* constitue une obligation ( *CE, 1er juin 2011, n° 346405, Sté Koné : JurisData n° 2011-010539 ; Dr. adm. 2011, comm. 85, note F. Brenet ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2011, comm. 219, note J.-P. Pietri ; JCP A 2011, 2258, note F. Linditch* ). Il est en principe de 11 jours mais peut être porté à 16 jours si les notifications de rejet ne sont pas transmises par voie électronique ( *CCP, art. R. 2182-1* ). Toutefois, cette obligation n'a pas à être respectée si le marché est attribué au seul opérateur économique qui a participé à la consultation, ni lorsque l'attribution concerne des marchés subséquents fondés sur un accord-cadre ou des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique ( *CCP, art. R. 2182-2* ). Enfin, alors que certaines juridictions du fond avaient considéré qu'un délai de *standstill* « adapté » devait être mis en place dans le cadre de la procédure adaptée ( *CAA Bordeaux, 7 juin 2011, n° 09BX02775, Assoc. Collectif des citoyens de Breuil-Coiffault : JurisData n° 2011-014463 ; Mon. TP 29 juill. 2011, suppl. TO, p. 22 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2011, comm. 257, obs. F. Llorens. – CAA Versailles, 15 juill. 2011, n° 10VE01838, Cne Aubervilliers : CP-ACCP 2011, n° 115, p. 15 ; BJCP 2011, n° 79, p. 475. – CAA Marseille, 19 déc. 2011, n° 09MA02011, Sté Hexagone 2000 : JurisData n° 2011-032409 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 88 ; CP-ACCP 2012, n° 121 [A. Ruellan, *Marchés à procédure adaptée : quelle information des candidats et soumissionnaires évincés ?*]. – TA Cergy-Pontoise, 27 avr. 2012, *Gachi c/ Cne Villeneuve-la-Garenne : Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 217 ; AJDA 2012, p. 1607. – CAA Nantes, 28 mars 2013, n° 11NT03159, SAS Guèble : CP-ACCP 2013, n° 131, p. 13, obs. C. Ribot* ), le Conseil d'État a rejeté cette solution et continue de considérer que le délai de *standstill* ne s'impose que dans le cadre des procédures formalisées ( *CE, 11 déc. 2013, n° 372214, Sté antillaise de sécurité : JurisData n° 2013-028688 ; JCP A 2013, act. 979 ; JCP A 2014, 2144, note F. Linditch* ). Il a également précisé que le non-respect d'un délai de *standstill* facultatif par l'acheteur n'est pas susceptible d'entraîner l'annulation du marché dans le cadre d'un référé contractuel ( *CE, 17 déc. 2014, n° 385033, Communauté cnes canton de Varilhes : JurisData n° 2014-033091 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2015, comm. 41, 53 et 54, obs. M. Ubaud-Bergeron ; JCP A 2015, 2118, obs. F. Linditch* ).*

## § 47 Publication d'un avis d'attribution.

Au-delà des mesures de publicité imposées antérieurement à la passation de leurs marchés publics, les acheteurs sont parfois tenus d'opérer une publication (après la notification du marché au titulaire ; *CCP, art. R. 2182-4*) afin de rendre *“public le choix de l'offre retenue”* (*CCP, art. L. 2183-1*). Toutefois, cette obligation ne concerne que les marchés qui répondent à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens.

La publication doit intervenir sous un délai de 30 jours à compter de la signature du marché et ses modalités varient en fonction de la nature de l'acheteur à l'origine de la procédure de passation et en fonction du type de marché. Ainsi, l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements doivent publier cet avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au *Journal officiel de l'Union européenne*. Les autres acheteurs ne sont tenus de le publier qu'au JOUE. De la même manière, et quel que soit l'acheteur, une publication au JOUE suffit pour les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques (*CCP, art. R. 2183-1*). En toutes hypothèses, le contenu de l'avis d'attribution doit être établi conformément au modèle proposé par la Commission européenne (*CCP, art. R. 2183-2*). De plus, si un avis de préinformation ou un avis d'attribution a été utilisé pour effectuer l'appel à la concurrence et que les acheteurs décident de ne pas attribuer de nouveaux marchés lors de la période couverte par l'avis, ils doivent le faire apparaître expressément dans l'avis d'attribution (*CCP, art. R. 2183-6*).

Pour autant, la transparence n'est pas absolue et certaines informations peuvent ne pas figurer dans l'avis d'attribution *“au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques”* (*CCP, art. R. 2183-5*). Dans le même sens, les informations concernant la nature et la quantité des services peuvent être limitées si le marché a été passé par une entité adjudicatrice et qu'il porte sur des services de recherche et développement (*CCP, art. R. 2183-7*).

Enfin, des règles particulières s'appliquent lorsque sont passés des marchés subséquents fondés sur un accord-cadre, des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition

dynamique ou des marchés ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques ( *CCP, art. R. 2183-3 et R. 2183-4* ).

## § 48 Transparence et impartialité

La Cour de justice de l'Union européenne consacre l'impartialité comme l'une des conséquences du principe de transparence, impliquant un contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution (*CJCE, 7 déc. 2000, Telaustria, préc. n° 3. – CJUE, 19 avr. 2018, aff. C-65/17, Oftalma Hospital Srl. – CJUE, 19 déc. 2018, aff. C-375/17, Stanley International Betting et Stanleybet Malta* ). Ce principe est repris depuis plusieurs années par le juge administratif français, qui l'identifie comme un principe général du droit « dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence » ( *CE, 14 oct. 2015, n° 390968, Sté Applicam : JurisData n° 2015-022864* . – *CE, 12 sept. 2018, n° 420454, Synd. intercommunal des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse : AJDA 2018, p. 2246, note S. Agresta et S. Hul* ).

Pour autant, l'impartialité ne fait pas partie des principes fondamentaux consacrés par le code : elle est simplement évoquée dans les articles qui permettent aux acheteurs et aux autorités concédantes d'exclure les personnes dont la participation à la procédure créerait une situation de conflit d'intérêts ( *CCP, art. L. 2141-10 et L. 3123-10* ). Ainsi, à défaut de constituer un principe fondamental essentiel, l'impartialité peut être envisagée comme un principe fondamental sous-jacent au principe de transparence.

## § 49 Respect de la transparence

*Conclusion.* – L'étendue des obligations de publicité continue de varier en fonction du marché passé, mais des obligations communes minimales se dégagent. Le principe de transparence apparaît ainsi comme un principe majeur des contrats publics dont l'importance ne cesse de croître.

Il constitue d'ailleurs « un facteur d'extension de l'obligation de publicité et de mise en concurrence » (F. Llorens, *Principe de transparence et contrats publics : Contrats- [Marchés](#) publ. 2004, chron. 1* ).

Il est ainsi possible de considérer, à l'image de Ghislaine Alberton, que les principes d'égalité et de transparence forment le « noyau dur » du droit des contrats publics (G. Alberton, *Vers une inévitable refonte du droit français des contrats publics sous l'effet des exigences communautaires ?*, in *Contrats publics , Mél. en l'honneur du Professeur Michel Guibal : Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 779*) et peuvent à ce titre être identifiés comme des principes essentiels. Pour autant, d'autres principes dégagés au niveau européen viennent prolonger et préciser les principes d'égalité et de transparence et constituent également des principes fondamentaux , pouvant alors être qualifiés de « secondaires » ou de « sous-jacents ».

### *B. Principes fondamentaux secondaires : reconnaissance mutuelle, proportionnalité et droit à une protection juridictionnelle effective*

#### § 50 Plan

Les principes de transparence et d'égalité sont complétés par d'autres principes dont l'importance ne doit pas être minimisée. Il s'agit de principes qui viennent préciser la façon de mettre en œuvre les principes d'égalité et de transparence.

Parmi eux, les principes de reconnaissance mutuelle (1°) et de proportionnalité (2°) sont ceux qui sont le plus souvent avancés comme complétant le corpus des obligations applicables en matière de marchés publics . Par ailleurs, le principe du droit à une protection juridictionnelle effective vient compléter cet ensemble et conditionner son bon fonctionnement en assurant une protection réelle aux autres principes (3°).

## 1° Principe de reconnaissance mutuelle

### § 51 Définition générale

Le principe de reconnaissance mutuelle découle de l'actuel article 34 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui interdit les restrictions quantitatives à l'importation et les mesures d'effet équivalent. Il est l'un des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne en matière de libre circulation des marchandises, des personnes et des services. Ce principe n'apparaît pas dans le droit primaire, il a été dégagé pour la première fois par la Cour de justice en matière de libre circulation des marchandises dans l'affaire Cassis de Dijon ( *CJCE*, 20 févr. 1979, aff. 120/78, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* : *Rec. CJCE* 1979, p. 649).

Le principe de reconnaissance mutuelle est parfois qualifié de principe d'origine, de principe d'équivalence ou de principe Cassis de Dijon. Ce principe permet la mise en œuvre pratique des libertés de circulation en considérant comme équivalentes les différentes réglementations nationales. Ainsi, « en vertu de ce principe, un État membre ne saurait interdire la vente sur son territoire d'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre État membre, même si ce produit est fabriqué selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à ses propres produits ». De la même façon, « en matière de services, [...] un opérateur économique prestant un service de manière légale dans un État membre doit pouvoir librement prester le même service dans les autres États membres. L'État membre de destination ne peut s'opposer à une prestation qui serait légalement fournie par le prestataire dans un autre État membre » (*Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen du 16 juin 1999, La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du Plan d'action pour le Marché intérieur, COM (1999) 299 final : non publiée au Journal officiel*). Enfin, le principe de reconnaissance mutuelle interdit à un État de soumettre à des conditions nationales de qualification le ressortissant d'un autre État si « les règles nationales en question (font) abstraction des connaissances et qualifications déjà acquises par l'intéressé dans un autre État

membre » ( *CJCE*, 7 mai 1991, *aff. C-340/89, Vlassopoulou* : *Rec. CJCE 1991*, p. I-2357). En effet, la Cour considère que l'application de telles règles serait contraire au droit d'établissement garanti par le traité. La libre circulation des marchandises, des services et des personnes est donc assurée par la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle.

## § 52 Limites d'application

Dans de rares situations les États membres disposent de la possibilité de limiter la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle. En effet, les États de destination peuvent justifier l'application de leurs réglementations nationales lorsque celles-ci sont reconnues nécessaires pour répondre à des exigences impératives ou à des raisons impérieuses d'intérêt général.

La Cour de justice a reconnu l'utilisation de différentes exigences impératives pour limiter la liberté de circulation des marchandises. Dans son arrêt *Cassis de Dijon* (*CJCE*, 20 févr. 1979, *préc. n° 51*), elle reconnaît comme de telles exigences l'efficacité des contrôles fiscaux, la protection de la santé publique, la loyauté des transactions commerciales et la défense des consommateurs. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive et d'autres justifications ont été considérées comme des exigences impératives, notamment l'intérêt des consommateurs ( *CJCE*, 12 mars 1987, *aff. 178/84, Comm. c/ Allemagne* : *Rec. CJCE 1987*, p. 1227), ou encore la protection de l'environnement ( *CJCE*, 20 sept. 1988, *aff. 302/86, Comm. c/ Danemark [Bouteilles danoises]* : *Rec. CJCE 1988*, p. 4607).

Par ailleurs, l'article 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit la possibilité pour les États de mettre en place des “*interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale*”. Pour autant, qu'il s'agisse des exigences impératives ou des interdictions et restrictions de l'article 36,

ces exceptions à la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle sont très restrictivement entendues.

Dans le même sens, la Cour de justice admet que les États mettent en place des restrictions aux autres libertés de circulation lorsque celles-ci sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. Ont notamment été reconnus comme des raisons impérieuses d'intérêt général :

« la protection des consommateurs contre les risques de dépendance excessive et d'addiction au jeu ainsi que la prévention de la fraude » ( *CJCE*, 13 sept. 2007, *aff. C-260/04, Comm. c/ Italie*, pts 26 à 32 : *Rec. CJCE* 2007, p. I-7083) ;

le fait de permettre d'« éviter un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale » ( *CJCE*, 16 mai 2006, *aff. C-372/04, Watts*, pt 103 : *Rec. CJCE* 2006, p. I-4325 ; *Europe* 2006, *comm.* 212, *note L. Idot* ; *RDSS* 2006, p. 843, n° 5, *note L. Azoulai*) ;

« la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux » ( *CJUE*, 1er juill. 2010, *aff. C-233/09, Dijkman et Dijkman-Lavaleije*, pt 58 : *Rec. CJUE* 2010, p. I-6649 ; *Europe* 2011, *comm.* 160, *note F. Kauff-Gazin*) ;

ou encore le fait de « garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers » ( *CJUE*, *gr. ch.*, 24 mai 2011, *aff. C-47/08, Comm. c/ Belgique*, pt 97 : *Europe* 2012, *comm.* 80, *note V. Michel*).

Le juge de l'Union exerce un contrôle sur l'ensemble de ces mesures pour vérifier qu'elles soient fondées sur un motif légitime et qu'elles soient bien proportionnées au but poursuivi. Il ne s'agit que d'exceptions limitées, le principe demeurant celui de la reconnaissance mutuelle.

## § 53 Application en matière de marchés publics

Les obligations qui découlent de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle occupent une place essentielle en matière de marchés publics .

Ainsi, en ce qui concerne les qualifications exigées, le considérant 42 de la directive 2004/18/CE précisait que “*les règles communautaires en matière de reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres preuves de qualification formelle sont applicables*” (en ce sens,

V. not., CJCE, 9 juill. 1987, aff. 27/86 et 29/86, *SA Construction et Entreprise industrielle [CEI]* : *Rec. CJCE 1987, p. 3347*). Cette formule ne se retrouve pas dans les directives de 2014 mais le premier considérant de la directive 2014/24/UE précise que “*la passation de marchés publics par les autorités des États membres ou en leur nom doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme [...] la reconnaissance mutuelle*” (pour un rappel jurisprudentiel, par ex. *CJUE, 2 juin 2016, aff. C-410/14, Dr. Falk Pharma GmbH* ). La reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres preuves de qualification s'applique donc en matière de marchés publics comme dans tout autre domaine relevant du marché intérieur.

Il faut néanmoins relever – et regretter – l'absence du principe de reconnaissance mutuelle parmi les principes fondamentaux de la commande publique consacrés à l'article L. 3 du Code de la commande publique (en ce sens, *M. Amilhat, article préc. n° 3*). Cet « oubli » n'a cependant pas d'incidence sur l'effectivité du principe et plusieurs dispositions du Code de la commande publique veillent à sa mise en œuvre.

En ce sens, le principe de reconnaissance mutuelle trouve à s'appliquer lors de la définition des spécifications techniques attendues. Ainsi, le code précise que “*lorsque l'acheteur formule une spécification technique par référence à une norme ou à un document équivalent, il ne peut pas rejeter une offre au motif que celle-ci n'est pas conforme à cette norme ou à ce document si le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences définies par cette norme ou ce document*” ( *CCP, art. R. 2111-11* ). Surtout, lorsque les spécifications techniques sont établies par référence à des normes ou à des documents, ceux-ci doivent obligatoirement être accompagnés de la mention “*ou équivalent*” ( *CCP, art. R. 2111-9* ). Cette obligation d'accepter les normes et documents équivalents permet ainsi d'assurer une application efficiente du principe de reconnaissance mutuelle.

De la même manière, la reconnaissance mutuelle s'applique en ce qui concerne la preuve de la situation personnelle des soumissionnaires. Il est en effet prévu que lorsque l'acheteur “*demande à un candidat de fournir un certificat, une attestation ou tout autre document prouvant qu'une exigence a été satisfaite, l'acheteur accepte tout document équivalent d'un autre État membre de l'Union européenne*” ( *CCP, art. R. 2143-5* ).

Enfin, et toujours dans le même sens, *“les candidats inscrits sur une liste officielle d'opérateurs agréés d'un État membre de l'Union européenne ou munis d'un certificat délivré par un organisme de certification répondant aux normes européennes en matière de certification peuvent présenter au pouvoir adjudicateur un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente ou le certificat délivré par l'organisme de certification compétent, à condition que ces opérateurs soient établis dans l'État membre qui a dressé la liste officielle”*. Or, cette inscription *“constitue une présomption d'aptitude en ce qui concerne les motifs d'exclusion et les conditions de participation couvertes par la liste officielle ou le certificat”* ( CCP, art. R. 2143-15 ).

Les obligations qui découlent du principe de reconnaissance mutuelle en matière de marchés publics permettent ainsi le respect effectif du principe d'égalité. L'ouverture des procédures de passation de ces contrats aux opérateurs économiques d'autres États membres ne peut en effet être effective que grâce à la reconnaissance mutuelle des produits, diplômes et titres fournis entre les États. Ce principe apparaît donc comme étant un principe essentiel, bien qu'il soit un principe secondaire par rapport à ceux d'égalité et de transparence. Or, une même logique prévaut s'agissant du principe de proportionnalité.

## 2° Principe de proportionnalité

### § 54 Définition

Le principe de proportionnalité est consacré par les traités européens depuis 1992. Actuellement, l' article 5, § 4 du traité sur l'Union européenne prévoit qu'*“en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités”*. Il a été reconnu par la Cour de justice comme faisant partie des principes généraux du droit de l'Union européenne à partir de 1989 ( CJCE, 9 juill. 1989, aff. C-265/87, *Hermann Schröder* , pt 21 : *Rec. CJCE 1989, p. 2237*).

La proportionnalité peut être définie de différentes manières. Ainsi, Jacques Ziller distingue trois fonctions de la proportionnalité : la fonction contentieuse, la fonction de « guide de l'action de tutelle », et la « fonction principale du principe » qui « est d'orienter l'action des

autorités publiques » (*J. Ziller, Le principe de proportionnalité : AJDA 1996, p. 185* ). Brunessen Bertrand et Jean Sirinelli considèrent quant à eux qu'il existe « deux aspects de la proportionnalité : d'abord comme méthode juridictionnelle, ensuite comme principe » (*B. Bertrand et J. Sirinelli, La proportionnalité, in J.-B. Auby [dir.], L'influence du droit européen sur les catégories du droit public : Dalloz, 2010, p. 624* ). S'agissant des marchés publics , la proportionnalité s'exprime avant tout en tant que principe dans sa fonction d'orientation des autorités publiques. Pour autant, la reconnaissance et l'application de ce principe par la Cour ont été plus tardives qu'en ce qui concerne les principes d'égalité et de transparence.

## § 55 Application en matière de marchés publics

La Cour de justice n'évoque pas un quelconque principe de proportionnalité dans sa jurisprudence *Telaustria (CJCE, 7 déc. 2000, Telaustria, préc. n° 3)*. L'application de ce principe en matière de marchés publics résulte de la Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000 (*Commission européenne, Communication interprétative du 28 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire : JOCE n° C 121, 29 avr. 2000, p. 6*). Dans ce texte, la Commission considère que le principe de proportionnalité fait partie des règles que la Cour de justice a dégagées à partir du Traité pour l'ensemble des marchés publics et qui, au-delà, s'appliquent à tous les contrats publics . Il se trouve ainsi placé au même rang que les principes d'égalité et de transparence.

Selon la Commission européenne, le principe de proportionnalité aurait vocation à s'appliquer à deux niveaux. Tout d'abord, elle considère que « ce principe, tout en laissant aux organisations (adjudicatrices) la faculté de définir, notamment en termes de performances et de spécifications techniques, l'objectif à atteindre, exige cependant que toute mesure choisie soit à la fois nécessaire et appropriée au regard de l'objectif fixé ». La Commission précise ainsi que le principe de proportionnalité implique qu'« un État membre ne saurait exiger, lors de la sélection des candidats, des capacités techniques, professionnelles ou financières disproportionnées et excessives par rapport à l'objet » du contrat passé. À ce titre, la Cour de justice utilise le principe

de proportionnalité pour contrôler « le degré de détail des spécifications techniques d'un marché public » au-delà de ce qui est expressément prévu par les dispositions de la directive 2014/24/UE ( CJUE, 25 oct. 2018, aff. C-413/17, « Roche Lietuva » UAB). Plusieurs dispositions du Code de la commande publique rappellent la nécessité de respecter le principe de proportionnalité. Ainsi, les conditions de participation définies par l'acheteur doivent être *“liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution”* ( CCP, art. L. 2142-1 ). De plus, *“Lorsque l'acheteur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut exiger que des niveaux minimaux liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution”* ( CCP, art. R. 2142-2 ). Dans le même sens, les caractéristiques définies en tant que spécifications techniques doivent être *“lié(e)s à l'objet du marché et proportionné(e)s à sa valeur et à ses objectifs”* ( CCP, art. R. 2111-4 ). Il précise également, en cas de prolongation du délai de réception des offres, que la durée de cette prolongation doit être *« proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées »* ( CCP, art. R. 2151-4 ).

Par ailleurs, la Commission souligne que « le principe de proportionnalité exige aussi de concilier concurrence et équilibre financier ; la durée (des contrats) doit donc être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis ». Ce second aspect de la proportionnalité se retrouve lui aussi exprimé dans le code. Il est ainsi prévu que *“la durée du marché est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique”* ( CCP, art. L. 2112-5 ). Dans le même sens, la prolongation des délais de réception des offres lorsqu'elle est possible doit être *“proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées”* ( CCP, art. R. 2151-4 ).

Ainsi, le principe de proportionnalité se traduit par des obligations concrètes qui imposent de le considérer comme l'un des principes de la commande publique, même s'il ne s'agit que d'un principe secondaire. En réalité, ce caractère secondaire découle de son articulation avec les principes essentiels d'égalité et de transparence.

## § 56 Articulation avec les principes d'égalité et de transparence

La Cour de justice de l'Union européenne rappelle régulièrement que le principe de proportionnalité a également pour fonction de venir limiter les compétences des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des mesures qui visent à protéger les principes d'égalité et de transparence. Dans son arrêt *Fabricom* du 3 mars 2005 (*CJCE, 3 mars 2005, Fabricom SA c/ État belge, préc. n° 9*), la Cour précise ainsi que le principe d'égalité de traitement justifie de traiter de façon différente des personnes qui sont dans des situations différentes. Pour autant, elle considère que la possibilité de mettre en place des différences de traitement, bien que fondées sur des réalités objectives, ne signifie pas que les pouvoirs publics puissent agir de manière incontrôlée. Dès lors, il est nécessaire de vérifier que la mise en œuvre des obligations qui découlent du principe d'égalité de traitement respecte le principe de proportionnalité. À ce titre, l'exclusion automatique des candidats à l'obtention d'un marché public parce qu'ils auraient participé à des travaux préparatoires en lien avec ce marché n'est pas justifiée. Les atteintes à la concurrence et au principe d'égalité de traitement n'étant pas systématiques, le principe de proportionnalité interdit la mise en place de mesures d'exclusions de nature automatique. Cette idée se retrouve aujourd'hui exprimée en matière d'“*aide à la définition du besoin*”. En effet, le Code de la commande publique reconnaît désormais la pratique du *sourcing* au travers des “*études et échanges préalables avec les opérateurs économiques*” ( *CCP, art. R. 2111-1* ). Or, dans le même temps, il rappelle que les acheteurs sont tenus d'adopter des mesures pour s'assurer que la concurrence ne soit pas faussée lorsqu'un opérateur économique participe à la préparation du marché ( *CCP, art. R. 2111-2, al. 1er* ). Ceci pourrait laisser penser que la participation préalable à la préparation d'un marché impose d'exclure l'opérateur économique en cause. Ce n'est cependant pas le cas : l'opérateur ne pourra être “*exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens*” ( *CCP, art. R. 2111-2, al. 2* ). Ainsi, si l'égalité impose aux acheteurs de prendre les mesures nécessaires pour protéger la concurrence, le principe de proportionnalité interdit une exclusion automatique et impose d'adopter des mesures réellement « proportionnées ».

Dans le même sens, le rejet automatique des offres anormalement basses est prohibé et le pouvoir adjudicateur doit laisser la possibilité aux opérateurs économiques ayant présenté de telles offres de se justifier ( *CJCE, 27 nov. 2001, aff. C-285/99 et C-286/99, Lombardini et Mantovani,*

pt 55 : *Rec. CJCE 2001, I-9233. – CJUE, 29 mars 2012, aff. C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., pt 28 : JurisData n° 2012-014727 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 179 , note W. Zimmer).* La nécessité d'opérer un contrôle proportionné des offres anormalement basses est elle aussi clairement organisée par le Code de la commande publique ( *CCP, art. L. 2152-5, L. 2152-6 et R. 2152-3 à R. 2152-5* ).

Le principe de proportionnalité doit également guider l'action des acheteurs dans la mise en œuvre des motifs d'exclusion facultatifs ( *CJUE, 30 janv. 2020, aff. C-395/18, Tim : JurisData n° 2020-001577* ). Ceci explique que le Code de la commande publique impose aux acheteurs, lorsqu'ils mettent en œuvre de telles exclusions facultatives, de permettre à tout opérateur concerné *“de présenter ses observations afin d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement”* ( *CCP, art. L. 2141-11* ).

De la même manière, le principe de proportionnalité interdit aux États de mettre en place des réglementations instaurant une incompatibilité générale entre certains secteurs. Ainsi, à titre d'exemple, la Cour considère qu'« une disposition nationale, [...] qui instaure une incompatibilité générale entre le secteur des travaux publics et celui des médias d'information, a pour conséquence d'exclure de l'attribution [...] des entrepreneurs [...] sans leur laisser aucune possibilité de démontrer, face à d'éventuels indices mis en avant, par exemple, par un concurrent, que, dans leur cas, il n'existe pas de risque réel » ( *CJCE, 16 déc. 2008, aff. C-213/07, Michaniki AE , pts 60 et 62 : Rec. CJCE 2008, p. I-09999 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2009, comm. 35 , note W. Zimmer*). Dans le même sens, la Cour précise que le principe de proportionnalité interdit aux États membres d'adopter une réglementation qui exclut de façon automatique les entreprises liées des procédures de passation des marchés publics . En effet, bien que la participation de ces entreprises présente un risque vis-à-vis du respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, « une telle réglementation, qui est fondée sur une présomption irréfragable selon laquelle les offres respectives d'entreprises liées pour un même marché auraient nécessairement été influencées l'une par l'autre, méconnaît le principe de proportionnalité en ce qu'elle ne laisse pas à ces entreprises la possibilité de démontrer que, dans leur cas, il n'existe pas de risque réel de survenance de pratiques susceptibles de menacer la transparence et de fausser la concurrence entre les soumissionnaires » ( *CJCE, 19 mai 2009, aff. C-538/07, Assitur Srl , spéc. pt 30 : Rec. CJCE 2009, I-04219 ; Contrats-*

*Marchés* publ. 2009, comm. 227, note W. Zimmer. – Pour une application plus récente à propos d'une réglementation nationale excluant automatiquement les entreprises liées par un rapport de contrôle ou d'association, CJUE, 8 févr. 2018, aff. C-144/17, *Lloyd's of London*).

Néanmoins, le principe de proportionnalité ne s'oppose pas à la mise en œuvre des principes d'égalité de traitement et de transparence. Le juge communautaire considère qu'il est « nécessaire (de mettre) en balance les principes généraux en cause » ( TPICE, ord., 15 juill. 2008, aff. T-202/08 R, *CLL Centre de langues c/ Comm. CE : Rec. TPICE 2008, p. II-00143*) pour vérifier que cette mise en œuvre soit conforme au principe de proportionnalité.

En réalité, « le principe de proportionnalité exige que les actes des institutions ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés ». Ainsi, « ce principe impose au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il est confronté à une offre ambiguë et qu'une demande de précisions sur le contenu de ladite offre serait capable d'assurer la sécurité juridique de la même manière que le rejet immédiat de l'offre en question, de demander des précisions au candidat concerné, plutôt que d'opter pour le rejet pur et simple de l'offre de celui-ci » ( TPICE, 10 déc. 2009, aff. T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV c/ Comm. CE : Rec. TPICE 2009, II, p. 04439*). Plus récemment, la Cour a indiqué que le principe de proportionnalité impose que le montant des amendes prononcées en cas de modification illégale d'un marché public « doit être fixé en prenant en considération les comportements propres à chacune de ces parties » ( CJUE, 14 mai 2020, aff. C-263/19, *T-Systems Magyarország e.a., pts 68 à 75*).

Enfin, il convient de souligner que le principe de proportionnalité n'est pas seulement utilisé pour contrôler la mise en œuvre correcte des principes d'égalité de traitement et de transparence. Ce principe va également être utilisé par le juge pour contrôler l'admissibilité d'exceptions à ces principes. Ainsi que le rappelle la Commission dans sa Communication interprétative de 2000 (*Commission européenne, Communication interprétative du 28 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, préc. n° 55*), toutes les exceptions à l'application des règles et principes prévues par le Traité doivent respecter le principe de proportionnalité. Le juge contrôlera donc « le caractère proportionnel » des mesures nationales (*C. Stix-Hackl, concl. sur CJCE, 21 juill. 2005, aff. C-231/03, Coname : Rec. CJCE 2005, p. I-07287*).

Le principe de proportionnalité est donc un principe particulier venant guider l'action des pouvoirs adjudicateurs. Il apparaît ainsi davantage comme un instrument de contrôle de la mise en œuvre des autres principes de passation des marchés publics .

### 3° Droit à une protection juridictionnelle effective

#### § 57 Définition

Le droit de l'Union européenne reconnaît le droit à un recours juridictionnel effectif en faveur des justiciables au sein de l'Union. Il s'agit d'un principe général du droit de l'Union européenne reconnu comme tel par la Cour de justice dans son arrêt Johnston de 1986 ( *CJCE, 15 mai 1986, aff. 222/84, Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary : Rec. CJCE 1986, p. 1682*). En France, le Conseil constitutionnel garantit également le droit à un recours juridictionnel effectif à partir de l' article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel : “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*” ( *Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-129 QPC : JurisData n° 2011-017230 ; JO 14 mai 2011, texte n° 72 ; JCP A 2011, 2212 , note L. Domingo*). Il lui reconnaît même expressément une valeur constitutionnelle ( *Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, cons. 83 : JO 13 avr. 1996, p. 5724 ; Rec. Cons. const., p. 43*). Le droit à un recours juridictionnel effectif est donc un principe qui dépasse le seul cadre des marchés publics mais qui les concerne néanmoins.

#### § 58 Application aux marchés publics

En matière de marchés publics , la Commission européenne a eu l'occasion de préciser que le principe du droit à un recours juridictionnel effectif ne s'applique pas uniquement en matière de

contrats relevant des directives « marchés publics » (*Communication interprétative*, 23 juin 2006, de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » : JOCE n° C-179/2, 1er août 2006). Avant elle, la Cour de justice avait également consacré l'existence de ce principe en matière de marchés publics dans son arrêt *Telaustria* (CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria et Telefonadress*, préc. n° 3). Depuis son arrêt *Fastweb*, elle se réfère même au « principe fondamental » ou au « droit fondamental » imposant une protection juridictionnelle effective ( CJCE, 11 déc. 2014, aff. C-19/13, *Fastweb* . – CJUE, ord., 23 avr. 2015, aff. C-35/15 , *Comm. c/ Vanbreda Risk & Benefits*. – CJUE, 15 sept. 2016, aff. C-439/14 et C-488/14, *SC Star Storage SA* . – CJUE, ord., 14 févr. 2019, aff. C-54/18 , *Cooperativa Animazione Valdocco* : *JurisData* n° 2019-004146 ).

Selon la Commission, « pour que l'exigence d'une protection juridictionnelle effective soit respectée, il faut qu'à tout le moins les décisions faisant grief à une personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché donné, telles que la décision d'éliminer un candidat ou un soumissionnaire, puissent faire l'objet d'un recours destiné à établir d'éventuelles violations des normes fondamentales découlant du droit communautaire primaire. Pour rendre possible l'exercice effectif de ce droit à un tel recours, les entités adjudicatrices ont l'obligation de faire connaître les motifs des décisions susceptibles de recours, soit dans la décision elle-même, soit sur demande, dans une communication ultérieure » (*Communication interprétative*, 23 juin 2006, préc.). Le principe du droit à une protection juridictionnelle effective impose donc aux États membres d'assurer en droit interne une protection effective aux principes d'égalité, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité ; tandis que dans le même temps ces principes doivent assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective ( CJUE, 28 janv. 2010, aff. C-456/08, *Comm. c/ Irlande* : *Europe 2010*, *comm. 114* , *note M. Meister*).

En France, le juge administratif consacre également le droit à une protection juridictionnelle effective en matière de marchés publics ( CE 23 févr. 2005, n° 264712, *ATMMP* : *JurisData* n° 2005-068145 ; *AJDA* 2005, p. 668 , *note J.-D. Dreyfus* ; *RFDA* 2005, p. 483, *concl. D. Casas* ; *RTD eur.* 2006, p. 301 , *chron. D. Ritleng*. – CE, 15 févr. 2013, n° 364325, n° 364491 et n° 364549, *Sté Novergie et a.* : *JurisData* n° 2013-003025 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2013, *comm. 116* , *note J.-P. Pietri*) ; mais sa mise en œuvre pratique demeure plutôt rare (pour une décision rejetant la mise en œuvre du principe, V. not., CE, sect., 30 juin 2017, n° 398445,

*SMPAT : JurisData n° 2017-012989 ; AJDA 2017, p. 1669 , chron. G. Odinet et S. Roussel ; AJ contrat 2017, p. 387, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2017, p. 937, concl. G. Pellissier. – CAA Bordeaux, 21 déc. 2010, n° 09BX01490, Dpt Haute-Vienne).*

## § 59 Principes fondamentaux secondaires

*Conclusion.* – Consacrés par le droit de l'Union européenne, les principes fondamentaux « secondaires » ou « sous-jacents » peinent à s'affirmer en droit interne. En effet, alors que les obligations qui découlent de ces principes sont nombreuses et reprises par le Code de la commande publique, son article L. 3 ne consacre pas la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et le droit à une protection juridictionnelle effective parmi les principes fondamentaux de la commande publique. Il s'agit d'un oubli regrettable car ces principes permettent de mieux comprendre la logique du droit des contrats publics et les modalités de mise en œuvre des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Cet oubli est d'autant plus regrettable que le législateur délégué n'a pas hésité, lors de la codification, à consacrer des objectifs fondamentaux dont les conséquences pratiques restent incertaines.

*C. Objectifs fondamentaux poursuivis : l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics*

## § 60 Une valeur et une invocabilité incertaines

Après avoir rappelé les principes fondamentaux de la commande publique (égalité de traitement, liberté d'accès et transparence des procédures), l'article L. 3 du code précise que *“ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers*

*publics* ». Les principes fondamentaux de la commande publique poursuivent donc deux objectifs qui apparaissent comme tout aussi essentiels. Pourtant la question du rôle et de la valeur de ces objectifs reste posée (sur cette question, *M. Amilhat*, *article préc. n° 3*).

La reconnaissance de ces objectifs ne constitue pas une nouveauté : ils figuraient déjà dans les différentes versions du Code des marchés publics depuis 2001. Toutefois, leur consécration véritable reste incertaine.

La jurisprudence constitutionnelle reconnaît la bonne utilisation – ou « bon usage » – des deniers publics comme un objectif à valeur constitutionnelle ( *Cons. const.*, 22 mars 2012, n° 2012-651 DC : JO 28 mars 2012, p. 5605 ), même si le Conseil constitutionnel l'envisage souvent comme une exigence constitutionnelle. Pourtant, le juge constitutionnel considère que cet objectif ne peut pas être invoqué « en lui-même [...] sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution » ( *Cons. const.*, 5 déc. 2014, n° 2014-434 QPC, *Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilabs* : JO 7 déc. 2014, p. 20465 ). En réalité, lorsque le Conseil constitutionnel mobilise cet objectif c'est en le combinant avec d'autres règles dont l'invocabilité et la juridicité ne font pas de doute. Ainsi, il utilise le principe d'égalité devant la commande publique lorsqu'il est question de contrats publics mais, dans d'autres domaines, il fait appel à d'autres dispositions comme l'article 13 de la DDHC ( *Cons. const.*, 5 août 2015, n° 2015-715 DC : JO 7 août 2015, p. 13616 . – *Cons. const.*, 4 août 2016, n° 2016-736 DC : JO 9 août 2016, *texte n° 8* ) ou la prévention des atteintes à l'ordre public et la bonne administration de la justice ( *Cons. const.*, 11 avr. 2014, n° 2014-390 QPC : JO 13 avr. 2014, p. 6693 ).

La reconnaissance est encore plus difficile pour l'objectif d'efficacité de la commande publique. Le Conseil constitutionnel ne semble pas lui reconnaître une valeur constitutionnelle, ce qui signifierait que cet objectif n'aurait qu'une valeur législative et ne serait pas un objectif à valeur constitutionnelle. En effet, au-delà des hypothèses dans lesquelles le juge cite l'article 1er de l'ancien code, l'efficacité de la commande publique n'apparaît qu'en 2001, lors du contrôle de la loi MURCEF ( *Cons. const.*, 6 déc. 2001, n° 2001-452 DC : JO 12 déc. 2001, p. 19712 ). Or, même dans cette décision, il n'érige pas l'efficacité de la commande publique au rang d'objectif à valeur constitutionnelle.

La situation évoluera peut-être mais l'affirmation des objectifs de protection des deniers publics et d'efficacité de la commande publique par le code revêt aujourd'hui une portée

essentiellement déclaratoire, sans que ces objectifs n'entraînent de conséquences concrètes sur le régime juridique des marchés publics .

## **II. PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES LORS DE LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS**

### § 61 Délimitation et plan

Ces règles générales sont regroupées dans le livre Ier de la deuxième partie du Code de la commande publique consacrée aux marchés publics . Ce titre est intitulé “*Dispositions générales*” et il est divisé en neuf titres qui comportent un certain nombre de règles générales applicables lors de la passation des marchés publics .

Néanmoins, toutes les règles contenues dans ce livre ne sont pas suffisamment générales pour être considérées comme des principes généraux. En réalité, il est possible d'identifier trois catégories de règles générales complémentaires applicables en matière de marchés publics : celles relatives au recours à l'allotissement (A), celles relatives à la forme du marché (B), et celles relatives à son prix (C).

#### *A. Recours à l'allotissement*

§ 62 Le recours à l'allotissement peut être considéré comme une règle générale applicable en matière de marchés publics , même si des exceptions restent admises.

## § 63 Principe du recours obligatoire à l'allotissement

En principe, les acheteurs sont tenus de passer leurs marchés en lots séparés ( CCP, art. L. 2113-10, al. 1er ). Cette obligation a pour principal objectif de favoriser l'accès des PME à la commande publique : il s'agit d'un objectif affiché du Gouvernement ( Rép. min. n° 18889 [Quest. 16 avr. 2019, M. Orphelin] : JOAN 2 juill. 2019, p. 6137 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 395 , obs. B. Koebel. – Rép. min. n° 24402 [Quest. 12 nov. 2019, F. Lasserre] : JOAN 25 févr. 2020, p. 1483 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 133 , obs. B. Koebel. – Rép. min. n° 13195 1025 [Quest. 21 nov. 2019, C. Giudicelli] : JO Sénat 27 févr. 2020, p. ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 172 , obs. B. Koebel ; [www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oeap/publications/documents\\_ateliers/pme\\_commande\\_publicque/guide\\_de\\_bonnes\\_pratiques.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publicque/guide_de_bonnes_pratiques.pdf)) et l'Observatoire économique de la commande publique est chargé de mener des travaux sur ce sujet (D. Conté, OECP : résultats de l'enquête réalisée auprès des acheteurs concernant certaines de leurs pratiques d'achat : Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, alerte 27 ; [www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oeap/recensement/OECP-Questionnaire-aux-acheteurs.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/recensement/OECP-Questionnaire-aux-acheteurs.pdf)).

Ainsi, afin de favoriser l'accès des PME à la commande publique, les textes permettent aux acheteurs de limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique ( CCP, art. L. 2113-10, al. 3 ). Les acheteurs qui décident de mettre en place une telle limitation doivent la respecter sous peine de voir la passation des lots en cause annulée ( CE, 11 juill. 2018, n° 418021, Communauté agglomération Nord Grande-Terre : JurisData n° 2018-012540 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, comm. 218 , note S. Hul). En principe les offres doivent être appréciées lot par lot et les opérateurs économiques ne sont pas autorisés à présenter des offres variables en fonction du nombre de lots susceptibles d'être obtenus ( CCP, art. L. 2151-1 ). Cette possibilité leur était offerte par la version initiale de l'ordonnance du 23 juillet 2015 mais la loi Sapin 2 est revenue sur ce dispositif afin qu'il ne préjudicie pas les PME ( L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 , relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : JO 10 déc. 2016, texte n° 2 ).

La possibilité de soumissionner pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots doit être indiquée dans les documents de la consultation ( CCP, art. R. 2113-1 ). De la même manière, s'il fait le choix d'une limitation, l'acheteur doit indiquer le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire. D'ailleurs, il doit également prévoir quelles seront les règles applicables dans l'hypothèse où la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.

La Cour de justice est néanmoins venue préciser que pour le calcul des différents seuils, le pouvoir adjudicateur est tenu de prendre en compte la valeur globale de l'ensemble des lots afin d'éviter que l'allotissement ne serve à détourner les règles de publicité et de mise en concurrence ( CJCE, 21 févr. 2008, aff. C-412/04, Comm . c/ Rép. Italienne : Rec. CJCE 2008, p. I-619 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2008, comm. 52 , note W. Zimmer).

## § 64 Exceptions au principe de l'allotissement

L'obligation d'allotir ne s'applique pas lorsque l'objet du marché ne permet pas d'identifier des prestations distinctes ( CCP, art. L. 2113-10, al. 1 ). Par ailleurs, deux autres hypothèses permettent aux acheteurs de ne pas procéder à l'allotissement du marché public qu'ils souhaitent passer. La première c'est lorsque l'acheteur “n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination” ( CCP, art. L. 2113-11, 1° ). La seconde, c'est lorsque “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” ( CCP, art. L. 2113-11, 2° ). Dans de telles hypothèses, les acheteurs doivent motiver leur décision de ne pas allotir “en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement” de leur décision ( CCP, art. L. 2113-11, al. 2 ). Cette obligation de motivation s'applique de manière différente en fonction de la valeur estimée du marché public. Si le marché public est un marché passé selon une procédure formalisée, c'est-à-dire si la valeur estimée du marché est supérieure aux seuils européens, la motivation doit figurer dans les documents de la consultation ou dans le rapport de présentation si l'acheteur agit en tant que pouvoir adjudicateur ( CCP, art. R. 2113-3, 1°

). Elle devra figurer dans les informations conservées en application des articles R. 2184-7 et R. 2184-8 si l'acheteur passe le marché en tant qu'entité adjudicatrice ( CCP, art. R. 2113-3, 2° ). Si le marché public est passé selon une procédure adaptée – en raison de son montant ou en raison de son objet –, la motivation doit figurer dans les documents relatifs à la procédure ( CCP, art. R. 2113-2 ). Ces documents doivent être conservés pendant une durée minimale de 5 ans qui s'apprécie à compter de la date de signature du marché public lorsqu'il s'agit de documents relatifs à la procédure de passation ( CCP, art. R. 2184-12 ) et pendant une durée minimale qui va de 5 à 10 ans lorsqu'il s'agit de documents faisant partie des pièces constitutives du marché ( CCP, art. R. 2184-3 ).

Lorsque les acheteurs décident de ne pas allotir, le juge administratif exerce un contrôle normal sur cette décision ( CE, 11 août 2009, n° 319949, Communauté urbaine Nantes Métropole : JurisData n° 2009-007570 ; JCP A 2009, act. 955 ; AJDA 2009, p. 2181 , note J.-D. Dreyfus ; BJCP 2009, p. 451 , concl. B. Dacosta. – CE, 27 oct. 2011, n° 350935, Dpt Bouches-du-Rhône : JurisData n° 2011-023218 ; Lebon T., p. 1009 ; JCP A 2011, act. 706 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2009, comm. 348 , note F. Olivier ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2011, comm. 343 , note G. Eckert ; BJCP 2012, p. 9 , concl. N. Boulouis. – CE, 11 avr. 2014, n° 375051, Cne Montreuil : JurisData n° 2014-007121 ; Lebon T., p. 738-830 ; JCP A 2014, act. 349 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2014, comm. 170 , note P. Devillers ; RJEP 2014, comm. 42 , concl. B. Dacosta).

En revanche, il n'exerce qu'un contrôle restreint sur les modalités de l'allotissement, c'est-à-dire sur le nombre et la consistance des lots ( CE, 25 mai 2018, n° 417428, Office public de l'habitat Hauts-de-Seine Habitat : JurisData n° 2018-008657 ; AJDA 2018, p. 1440 , chron. S. Roussel et C. Nicolas ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, comm. 156 , note M. Ubaud-Bergeron. – CAA Paris, 31 janv. 2020, n° 17PA02280 , M. A. : JurisData n° 2020-002722 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 109 , obs. E. Muller). Ce choix quant au nombre et à la consistance des lots révèle ainsi la marge d'appréciation laissée aux acheteurs lors de la passation de leurs marchés .

Enfin, il faut préciser que certaines catégories de marchés publics échappent par principe à l'obligation d'allotir. C'est tout d'abord le cas des marchés publics de défense ou de sécurité pour lesquels la passation en lots séparés est laissée à la libre appréciation des acheteurs ( CCP, art. L. 2313-5 ). C'est également le cas, eu égard à leur objet, des marchés publics globaux : marchés de conception-réalisation, marchés globaux de performance et marchés globaux sectoriels ( CCP, art. L. 2171-1 . – CE, 8 avr. 2019, n° 426096 et n° 426914, Sté Orange et Région Réunion :

JurisData n° 2019-005594 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 188 , note H. Hoepffner). Enfin, les marchés de partenariat échappent également à l'obligation d'allotir ( CCP, art. L. 2200-1 ).

## *B. Forme du marché*

### § 65 Obligation de recourir à un acte écrit

En principe, les contrats administratifs peuvent être conclus tacitement. Il s'agit d'une solution classique ( CE, sect., 20 avr. 1956, Épx Bertin : Lebon, p. 167 ; RDP 1956, p. 869, concl. M. Long ; D. 1956, jurispr. p. 433, note A. de Laubadère ; AJDA 1956, p. 221 , chron. J. Fournier et G. Braibant ; Rev. adm. 1956, p. 496 , note G. Liet-Veaux ; GAJA 2001, p. 508 ; GDCC 2002, p. 522. – V. aussi CE, 10 janv. 1930, Cne Pointe-à-Pitre : Lebon, p. 32. – CE, 4 avr. 1952, Cie navale des pétroles : Lebon, p. 211. – CE, 22 déc. 1965, Acquaviva : Lebon, p. 873. – CE, 11 févr. 1972, IGN c/ Chardonnet : Lebon, p. 1123. – CE, 28 janv. 1983, Johnston : Lebon, p. 28. – CE, 7 janv. 1987, Félicien : Lebon, p. 816), régulièrement rappelée par les juridictions administratives (par ex., CAA Paris, 31 juill. 2015, n° 14PA03547, Sté Foretec et a. : JurisData n° 2015-020430 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2015, comm. 243 , obs. H. Hoepffner).

Pour autant, en matière de marchés publics l'écrit est imposé dans la grande majorité des cas. En effet, lorsque les acheteurs envisagent de passer des marchés publics qui répondent à des besoins dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 € hors taxes, ils doivent obligatoirement conclure ces contrats par écrit ( CCP, art. L. 2112-1 et R. 2112-1 ). Il convient de noter que le relèvement à 40 000 € du seuil permettant de conclure des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable ( CCP, art. R. 2122-8 ) n'a pas été repris s'agissant du seuil imposant le recours à l'écrit. La Direction des affaires juridiques précise toutefois que « la forme de l'écrit est libre : lettre, contrat, devis accompagné de l'accord de l'acheteur, courriel... » ([https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/mp-procedure-adaptee-2020.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/mp-procedure-adaptee-2020.pdf). –

V. F. Linditch, À propos de la mise à jour de la fiche DAJ « MAPA et autres marchés publics de faible montant », : Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, alerte 7 ).

### *C. Prix du marché*

#### § 66 Obligations générales

Les acheteurs ont l'obligation de définir le prix du marché ou ses modalités de fixation au travers des clauses du contrat. Celles-ci doivent également prévoir, *“le cas échéant, ses modalités d'évolution”* ( CCP, art. L. 2212-6 ). En effet, le prix du marché n'est pas nécessairement connu à l'avance. Celui-ci va dépendre à la fois du prix et des quantités de prestations susceptibles d'être réalisées, des clauses incitatives éventuellement insérées dans le marché et, éventuellement, des clauses de variation des prix.

#### § 67 Prix unitaire ou forfaitaire

Les prix des prestations du marché public peuvent prendre deux formes : il peut s'agir de prix unitaires ou de prix forfaitaires. Les prix unitaires sont des prix *“appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées”* tandis que les prix forfaitaires sont des prix *“appliqués à tout ou partie du marché public, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées”* ( CCP, art. R. 2112-6 ).

## § 68 Obligations spécifiques pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public

Lorsque l'acheteur qui passe le marché public est un pouvoir adjudicateur doté d'un comptable public, il est tenu d'indiquer dans les clauses de ce marché quelles sont *“les conditions administratives et techniques auxquelles sont subordonnés l'ordonnancement et le paiement”* ( CCP, art. R. 2112-5 ).

## § 69 Possibilité de conclure des marchés à prix définitifs ou des marchés à prix provisoires en fonction des catégories d'acheteurs

Les acheteurs peuvent passer des marchés à prix définitifs ( CCP, art. R. 2112-7 et s. ) ou des marchés à prix provisoires ( CCP, art. R. 2112-15 et s. ). Néanmoins cette capacité de choix est plus ou moins restreinte en fonction de la nature de l'acheteur. En effet, les marchés passés par l'État, ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements doivent par principe être conclus à prix définitif ( CCP, art. R. 2112-7 ). Cela signifie donc que les modalités de fixation du prix du marché sont plus contraignantes lorsque l'acheteur à l'origine du marché est une personne publique, à moins qu'il ne s'agisse d'un établissement public industriel et commercial de l'État.

Le prix définitif peut être soit un prix ferme, soit un prix révisable ( CCP, art. R. 2112-8 ).

Attention toutefois, les marchés publics de maîtrise d'œuvre passés pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1er de la loi MOP doivent, quant à eux, être obligatoirement passés à prix provisoires ( CCP, art. R. 2112-18 ).

## CONCLUSION

§ 70 La notion de « principes fondamentaux » peut laisser à penser que ces principes disposent d'un contenu assez large dont les implications pratiques seraient assez faibles dans la « vie » concrète des marchés publics .

En réalité la situation est plus complexe et les principes fondamentaux s'avèrent incontournables en pratique, qu'il s'agisse des « principes fondamentaux de la commande publique » et des principes afférents, ou des principes généraux applicables lors de la passation des marchés publics .

## BIBLIOGRAPHIE

### OUVRAGES

**S. Berrada**

*Recherches sur le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire* : Thèse, Bordeaux, 2003

**C. Blumann et L. Dubouis**

*Droit matériel de l'Union européenne* : Montchrestien, 6e éd., 2012

**J.-F. Brisson**

*Les fondements juridiques du droit des marchés publics* : Le Moniteur, 2005

**H. Hoepffner**

*Droit des contrats administratifs* : Dalloz, 2e éd., 2019, p. 155

**J. Molinier et N. De Grove-Valdeyron**

*Droit du marché intérieur européen* : LGDJ, 3e éd., 2011

**R. Noguellou et U. Stelkens**

*Droit comparé des contrats publics* : Bruylant, 2010

**X. Philippe**

*Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises* : Economica, 1990

**L. Richer**

*L'Europe des marchés publics . Marchés publics et concessions en droit communautaire* : LGDJ, 2009

**J. Rideau**

*La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique ?* : LGDJ, 1999, p. 121

**G. Xynopoulos**

*Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre* : LGDJ, 1996

**ARTICLES**

**G. Alberton**

*Vers une inévitable refonte du droit français des contrats publics sous l'effet des exigences communautaires ?*, in *Contrats publics*, Mél. en l'honneur du Professeur Michel Guibal : Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 779

**M. Amilhat**

*Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique* : AJDA 2019, p. 793

**B. Bertrand et J. Sirinelli**

*La proportionnalité*, in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public* : Dalloz, 2010, p. 624

**J.-P. Boivin**

*Le grenelle de l'environnement : nouveaux horizons pour le droit administratif* : AJDA 2007, p. 2337

**P. Cassia**

*Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement* : RTDE 2002, p. 413

**D. Chabanol**

*Le choix du contractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ?*, in *Contrats publics*, Mél. Guibal : PU Montpellier, 2006, p. 83

**G. Clamour**

*La transparence et le service public : vade-mecum* : Dalloz, 2007, p. 2617

**P. Delvolvé**

*Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique* : RD imm. 2003, p. 481

**F. Dieu**

*Le respect du délai de standstill. Une obligation essentielle pour les pouvoirs adjudicateurs, une information primordiale pour les entreprises évincées* : JCP A 2012, 2103

**G. Eckert**

*Quelle place pour les principes du droit de la commande publique ?* : *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2018, repère 10

**M. Fromont**

*Le principe de proportionnalité* : AJDA 1995, p. 156

**H. Hoepffner et Ph. Terneyre**

*La place des principes dans le Code de la commande publique* : RFDA 2019, p. 206

**L. Idot**

*La transparence dans les procédures administratives : l'exemple du droit de la concurrence*, in J. Rideau (dir.), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique ?* : LGDJ, 1999, p. 121

**G. Kalflèche**

*De minimis curat Europae consilium, A propos de la communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés* : Europe 2007, étude 18

*Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives* : LPA 2009, n° spécial sur « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », p. 46

**R. Kovar**

*Le législateur communautaire encadre le régime de la mise des produits dans le marché intérieur* : RTDE 2008, p. 289

**F. Linditch**

*A propos de la mise à jour de la fiche DAJ « MAPA et autres marchés publics de faible montant* : Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, alerte 7

**F. Llorens**

*Principe de transparence et contrats publics* : Contrats- [Marchés](#) publ. 2004, chron. 1

**F. Llorens et P. Soler-Couteaux**

*Que sont les obligations de publicité et de mise en concurrence devenues* : Contrats- [Marchés](#) publ. 2011, repère 7

**C. Maubernard**

*Le principe d'égalité de traitement : un principe cardinal du droit de l'Union européenne* : RMCUE 2010, p. 373 , n° 359

**S. Robin-Olivier**

*Le principe d'égalité en droit communautaire* : PUAM, 1999, p. 19

**Ph. Terneyre**

*La durée des contrats* : RFDA 2016, p. 276

**A. Vidal-Naquet**

*La transparence, in J.-B. Auby (dir.), L'influence du droit européen sur les catégories du droit public* : Dalloz, 2010, p. 640

**J. Ziller**

*Le principe de proportionnalité* : AJDA 1996, p. 185