

## TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	V
INTRODUCTION.....	1

### **PARTIE I LES SOURCES DU DROIT EUROPÉEN DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

<b>CHAPITRE 1. – LE DROIT PRIMAIRE ET LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE .....</b>	<b>15</b>
SECTION 1. – Les libertés de circulation et la formation du droit européen de la commande publique.....	15
§ 1. – <i>L'imbrication des marchés publics dans la réalisation des libertés de circulation .....</i>	16
A. Centralité du marché commun et marchés publics .....	16
B. L'encadrement des marchés publics et la formation du marché commun.....	18
C. Marchés publics et contentieux des libertés de circulation ....	22
§ 2. – <i>L'identification des pratiques litigieuses sur le fondement des libertés de circulation .....</i>	25
A. Les pratiques incompatibles avec les libertés économiques ....	26
B. Les possibilités de justifications .....	28
1) Les justifications fondées sur le traité .....	28
2) Les exigences impératives et impérieuses d'intérêt général ...	30
a) Rejet des motifs à caractère économique .....	30
b) Motifs propres au régime des concessions de jeux.....	32
c) Vers une prise en compte renforcée d'impératifs de solidarité ?.....	35
SECTION 2. – La consécration de principes fondamentaux de la commande publique .....	38

§ 1. – <i>L'origine des principes fondamentaux</i> . . . . .	39
A. Une reconnaissance jurisprudentielle progressive . . . . .	39
B. La systématisation des principes fondamentaux . . . . .	42
§ 2. – <i>La condition d'applicabilité des principes fondamentaux : l'intérêt transfrontalier certain</i> . . . . .	45
A. La signification de l'intérêt transfrontalier certain . . . . .	45
B. Les critères de l'intérêt transfrontalier certain . . . . .	47
§ 3. – <i>Le contenu des principes fondamentaux</i> . . . . .	50
A. L'application du principe d'égalité de traitement à la commande publique . . . . .	51
1) Fondement du principe d'égalité en matière de commande publique . . . . .	51
2) Implications du principe d'égalité . . . . .	53
B. La mise en œuvre du principe de non-discrimination . . . . .	56
C. La portée du principe de transparence . . . . .	58
1) La garantie d'une publicité adéquate . . . . .	58
2) La garantie d'une impartialité des procédures . . . . .	61
3) La protection contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur . . . . .	64
D. La systématisation du cadre juridique des marchés inférieurs aux seuils . . . . .	66
§ 4. – <i>La réception dans les droits nationaux des principes fondamentaux</i> . . . . .	69
<b>CHAPITRE 2. – LES SOURCES INTERNATIONALES DU DROIT EUROPÉEN</b>	
<b>DE LA COMMANDE PUBLIQUE</b> . . . . .	75
SECTION 1. – L'Accord sur les marchés publics et son intégration . . . . .	75
§ 1. – <i>Le contenu de l'accord relatif aux marchés publics</i> . . . . .	75
§ 2. – <i>La réception de l'AMP en droit de l'Union</i> . . . . .	79
SECTION 2. – Les enjeux de la réciprocité commerciale . . . . .	80
§ 1. – <i>Le projet initial de défense commerciale</i> . . . . .	81
§ 2. – <i>La proposition modifiée de défense commerciale</i> . . . . .	83
<b>CHAPITRE 3. – LE DROIT DÉRIVÉ ET LES PAQUETS SUCCESSIFS DE DIRECTIVES</b>	
<b>« MARCHÉS PUBLICS »</b> . . . . .	85
SECTION 1. – La succession des paquets législatifs . . . . .	86
§ 1. – <i>La genèse : les directives 71/305/CEE et 77/62/CEE</i> . . . . .	87
§ 2. – <i>La structuration du droit européen de la commande publique :            le second paquet législatif</i> . . . . .	89

§3. – <i>La consolidation et la simplification : le troisième paquet législatif</i> .....	91
SECTION 2. – Le paquet législatif adopté en 2014.....	93
§1. – <i>Les enjeux de la négociation</i> .....	94
A. L'inscription de la commande publique dans sa fonction économique et sociale .....	94
B. L'approfondissement de l'harmonisation .....	98
C. Le renforcement de la négociation .....	100
§2. – <i>La nouvelle structure du droit européen de la commande publique</i> .....	101
A. Triple encadrement par le droit dérivé .....	102
1) Maintien de la dualité droit commun/secteurs spéciaux. ...	102
2) Directive spécifique sur les contrats de concession .....	103
a) Sécurité juridique et marge de manœuvre des collectivités .....	103
b) Choix du modèle normatif .....	106
B. Transposition progressive par les États .....	108
<b>CHAPITRE 4. – LA NORMALISATION ET L'HARMONISATION TECHNIQUE</b> .....	111
SECTION 1. – Une nomenclature commune : le vocabulaire commun des marchés publics .....	113
SECTION 2. – Les référentiels communs pour la conclusion des marchés. ...	116
§1. – <i>Document unique de marché européen</i> .....	116
§2. – <i>La standardisation des avis et des formulaires</i> .....	119
§3. – <i>La facilitation de l'accès à l'information</i> .....	121

## PARTIE II LE CHAMP DES RÈGLES HARMONISÉES

<b>CHAPITRE 1. – LES PARTIES AUX CONTRATS DE MARCHÉS ET DE CONCESSIONS</b> . . .	127
SECTION 1. – Le pouvoir adjudicateur.....	127
§1. – <i>Les pouvoirs adjudicateurs par définition</i> .....	130
A. L'État.....	130
B. Les autorités régionales ou locales .....	132
§2. – <i>Les pouvoirs adjudicateurs par qualification d'organisme de droit public</i> .....	134
A. Identification de l'organisme de droit public .....	134

B. L'application des critères de l'organisme de droit public . . . . .	136
1) La compréhension des critères dans la jurisprudence de la Cour . . . . .	137
a) L'appréciation des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial. . . . .	138
b) La nature du contrôle sur l'organisme . . . . .	143
2) La systématisation réfragable des critères par l'annexe I de la directive 2014/24 . . . . .	145
C. L'extension de la qualification de pouvoir adjudicateur : les marchés subventionnés . . . . .	148
SECTION 2. – L'opérateur économique. . . . .	149
§ 1. – <i>L'appréhension large de l'opérateur économique</i> . . . . .	150
§ 2. – <i>La coopération entre opérateurs économiques           pour la participation à un appel d'offres</i> . . . . .	151
A. Demande de participation conjointe . . . . .	152
B. Recours aux capacités d'autres entités . . . . .	153
C. La sous-traitance . . . . .	155
§ 3. – <i>L'admission d'offres émanant d'administrations           et de collectivités</i> . . . . .	156
<b>CHAPITRE 2. – L'OBJET DES CONTRATS.</b> . . . .	161
SECTION 1. – La définition européenne du marché public. . . . .	162
§ 1. – <i>Le caractère onéreux</i> . . . . .	162
A. Le caractère onéreux comme contre-prestation. . . . .	163
B. La réception dans la jurisprudence nationale. . . . .	166
§ 2. – <i>L'objet du marché</i> . . . . .	168
A. L'identification de l'objet . . . . .	168
1) Les marchés de travaux. . . . .	168
a) Définition issue des directives . . . . .	168
b) La détermination des travaux et l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur . . . . .	171
2) Les marchés de services . . . . .	174
a) Définition . . . . .	174
b) Régime spécifique pour les services sociaux et les services spécifiques . . . . .	176
3) Les marchés de fourniture. . . . .	178
B. La qualification des marchés mixtes . . . . .	179

1) Pluralité d'objets dans le champ des directives.....	179
2) Recherche de la prépondérance du contrat.....	180
§3. – <i>Les marchés publics et les partenariats public-privé</i> .....	181
A. L'absence de cadre normatif dédié pour les partenariats public-privé en droit de l'Union.....	182
B. La reconnaissance d'une forme spécifique de partenariat : le partenariat public-privé institutionnalisé (PPI).....	183
C. Le corollaire de l'approche large des marchés publics : l'intégration des marchés globaux.....	185
SECTION 2. – L'objet de la concession.....	187
§1. – <i>Une définition prétorienne fondée sur le risque d'exploitation.</i>	188
A. La mise à l'écart initiale des concessions de services du champ des directives marchés.....	188
B. Construction progressive sur le risque d'exploitation.....	191
§2. – <i>La systématisation du risque d'exploitation        par la directive 2014/23/UE</i> .....	196
A. Codification de la jurisprudence.....	196
B. Diversité des formes concessives.....	197
<b>CHAPITRE 3. – LA DÉFINITION DES SEUILS</b> .....	199
SECTION 1. – Montant des seuils.....	200
§1. – <i>Seuils figurant dans les directives</i> .....	200
§2. – <i>État des seuils révisés</i> .....	204
SECTION 2. – Calcul des seuils.....	205
<b>CHAPITRE 4. – LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES</b> .....	209
SECTION 1. – Les secteurs spéciaux dans le cadre des marchés en réseau .	209
§1. – <i>La notion de « secteurs spéciaux »</i> .....	210
A. La spécificité des marchés en réseau dans le droit de la commande publique.....	210
1) Suspicion à l'égard des marchés en réseau fermés.....	210
2) Cadre normatif.....	211
B. La détermination du champ matériel de la directive 2014/25/UE.....	213
1) Identification des activités en réseau.....	213
2) Appréciation de l'ouverture à la concurrence.....	215
3) Exceptions liées au caractère accessoire de l'activité en réseau.....	218

§ 2. – <i>Le champ organique de la réglementation applicable aux activités de réseau</i> .....	220
A. La spécificité de la partie contractante : l'entité adjudicatrice ..	220
1) Caractères de l'entité adjudicatrice .....	220
2) Diversité des formes juridiques de l'entité adjudicatrice ...	221
B. La définition des droits exclusifs et spéciaux .....	223
1) Détermination des droits exclusifs et spéciaux.....	223
a) Détermination.....	223
b) Exclusion de la qualification de droits spéciaux ou exclusifs.....	225
2) Articulation avec l'article 106, § 2, TFUE.....	226
SECTION 2. – Les marchés publics de défense .....	229
§ 1. – <i>Objet de la directive 2009/81/CE</i> .....	230
§ 2. – <i>Dispositions dérogatoires</i> .....	232
SECTION 3. – Les marchés publics de l'Union.....	234
<b>CHAPITRE 5. – LES EXCLUSIONS</b> .....	239
SECTION 1. – Une exclusion générale : la coopération public-public .....	240
§ 1. – <i>La construction prétorienne de l'exception in house</i> .....	242
A. Les fondements de l'exception .....	242
B. Les critères de l'exception .....	244
1) Le critère tiré du contrôle analogue.....	245
a) La caractérisation du contrôle analogue .....	245
b) Les conséquences associées à l'approche restrictive ...	246
2) Le critère lié à l'essentiel des activités.....	248
C. Le périmètre de l'exception .....	250
1) Le <i>in house</i> vertical .....	250
2) Le <i>in house</i> et l'exercice d'un contrôle conjoint.....	252
D. L'extension de la logique du <i>in house</i> : l'exception d'intercommunalité.....	254
§ 2. – <i>La systématisation de l'exception public-public par les directives marchés et concession</i> .....	255
A. Un assouplissement marginal des critères prétoriens du <i>in house</i> .....	256
1) <i>In house</i> unilatéral .....	257
2) <i>In house</i> conjoint .....	259

3) Mise en œuvre dans les droits nationaux. . . . .	260
B. Les critères de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs . . .	262
§3. – <i>La coopération public-public dans le cadre des activités en réseau.</i> . . . . .	263
A. L'entreprise liée. . . . .	264
B. La coentreprise . . . . .	265
SECTION 2. – Les exclusions liées à l'absence de contrat à titre onéreux . . .	265
§1. – <i>Les contrats de travail</i> . . . . .	266
§2. – <i>Les subventions</i> . . . . .	267
§3. – <i>L'existence d'un droit exclusif.</i> . . . . .	268
A. Mise en œuvre. . . . .	268
B. Droits exclusifs dans le cadre du règlement (CE) n° 1370/2007 (OSP). . . . .	270
SECTION 3. – Les exclusions sectorielles des marchés de services. . . . .	271
§1. – <i>Identification</i> . . . . .	271
§2. – <i>Justifications</i> . . . . .	273

### PARTIE III

## LA CONCLUSION DES MARCHÉS ET DES CONCESSIONS

<b>CHAPITRE 1. – LA PRÉPARATION DU CONTRAT</b> . . . . .	281
SECTION 1. – La détermination des besoins . . . . .	281
§1. – <i>Les consultations préalables.</i> . . . . .	282
A. La pratique du <i>sourcing</i> . . . . .	282
B. Les consultations préalables du marché. . . . .	284
§2. – <i>La rédaction des spécifications techniques</i> . . . . .	285
A. Fonctions des spécifications . . . . .	285
B. Contenu des spécifications . . . . .	286
§3. – <i>Le choix de l'allotissement</i> . . . . .	287
SECTION 2. – La publicité et la transparence de la passation . . . . .	289
§1. – <i>L'appel à la concurrence.</i> . . . . .	289
A. Avis de préinformation. . . . .	289
B. Avis de marché . . . . .	294
C. Articulation avec la publicité nationale. . . . .	298
§2. – <i>Les moyens électroniques</i> . . . . .	299

<b>CHAPITRE 2. – LA PASSATION DES MARCHÉS</b> .....	303
SECTION 1. – Les étapes de la passation .....	303
§ 1. – <i>L'appréciation des candidatures par les critères de sélection qualitatifs</i> .....	305
A. Les critères d'exclusion .....	305
1) Identification des motifs .....	305
2) Contrôle de la mise en œuvre des motifs .....	309
B. L'appréciation de l'aptitude .....	312
1) Aptitude professionnelle .....	313
2) Capacité économique et financière .....	314
3) Capacités techniques et professionnelles .....	315
§ 2. – <i>L'évaluation des offres par les critères d'attribution du marché</i> .....	317
A. Le sens de l'offre économiquement la plus avantageuse .....	318
1) Pluralité de critères .....	318
a) Latitude du pouvoir adjudicateur .....	318
b) Évolution du critère du prix .....	320
2) Intégration du coût du cycle de vie .....	322
3) La prise en compte de critères sociaux et environnementaux .....	323
a) Les marchés réservés .....	325
b) Les considérations sociales et environnementales en tant que clauses d'attribution .....	327
c) La reconnaissance des labels .....	329
d) Les considérations sociales et environnementales en tant que clauses d'exécution .....	332
B. Les exigences liées à la détermination des critères .....	335
1) Prévisibilité et clarté des critères .....	336
2) La pondération des critères .....	338
C. Le traitement des offres anormalement basses .....	341
SECTION 2. – Les procédures et les techniques d'achat .....	346
§ 1. – <i>Les procédures formalisées d'attribution</i> .....	347
A. Les procédures d'appels d'offres .....	347
1) Procédure ouverte .....	348
2) Procédure restreinte .....	349
B. Les procédures de dialogue .....	351



1) Dialogue compétitif . . . . .	353
2) Partenariat d'innovation. . . . .	355
C. Les procédures négociées . . . . .	358
1) Procédure négociée sans publication préalable. . . . .	359
2) Extension des procédures négociées à titre de procédures formalisées. . . . .	362
§ 2. – <i>Les techniques spécifiques d'achat</i> . . . . .	363
A. Techniques d'achat et anticipation des besoins . . . . .	364
1) Les accords-cadres . . . . .	364
2) Système d'acquisition dynamique . . . . .	367
B. Techniques d'achat et recherche d'effet de masse sur les prix . . . . .	368
1) Les centrales d'achat . . . . .	368
2) Les catalogues électroniques. . . . .	370
3) Les enchères électroniques . . . . .	371
C. Les concours . . . . .	372
§ 3. – <i>Les procédures dans le champ des secteurs spéciaux</i> . . . . .	372
§ 4. – <i>Les procédures dans le cadre de la directive        sur les secteurs spéciaux</i> . . . . .	372
SECTION 3. – L'attribution du marché . . . . .	374
<b>CHAPITRE 3. – LA CONCLUSION DES CONCESSIONS.</b> . . . . .	377
SECTION 1. – Les obligations de publicité . . . . .	378
SECTION 2. – Une liberté aménagée pour la conclusion des concessions . . . . .	381
§ 1. – <i>Prévisibilité des critères de sélection</i> . . . . .	381
§ 2. – <i>Absence de procédure unique de passation</i> . . . . .	382
§ 3. – <i>Justification de l'attribution par l'avantage        économique global</i> . . . . .	384

## PARTIE IV

### L'EXÉCUTION DES MARCHÉS ET DES CONCESSIONS

<b>CHAPITRE 1. – LE RENFORCEMENT DES CONTRAINTES SUR LES CONDITIONS D'EXÉCUTION DES CONTRATS.</b> . . . . .	391
SECTION 1. – Reconnaissance prétorienne de l'encadrement de l'exécution. . . . .	391
SECTION 2. – Codification du régime des modifications par les directives . . . . .	394

§ 1. – <i>Une reprise adaptée des hypothèses issues de l'arrêt Pressetext</i> . . . . .	394
A. Modifications réputées non substantielles . . . . .	395
B. Modifications réputées substantielles . . . . .	397
§ 2. – <i>Une extension aux concessions</i> . . . . .	398
<b>CHAPITRE 2. – L'ENCADREMENT DU RECOURS À LA SOUS-TRAITANCE</b> . . . . .	399
SECTION 1. – Conditions de recours à la sous-traitance . . . . .	399
SECTION 2. – Proportion de sous-traitance dans le marché . . . . .	402

## PARTIE V LES RECOURS CONTRE LES CONTRATS

<b>CHAPITRE 1. – LE CADRE DES RECOURS</b> . . . . .	409
SECTION 1. – La nature des instances de recours . . . . .	409
§ 1. – <i>La part du renvoi aux droits nationaux</i> . . . . .	409
§ 2. – <i>L'indistinction de l'instance responsable des recours</i> . . . . .	411
§ 3. – <i>La diversité des instances responsables</i> . . . . .	413
SECTION 2. – Les pouvoirs reconnus aux instances de recours . . . . .	414
§ 1. – <i>Nature des pouvoirs</i> . . . . .	414
A. L'adoption de mesures provisoires . . . . .	415
B. La possibilité d'annuler des mesures illégales . . . . .	416
1) Recours avant la conclusion du contrat . . . . .	416
2) Recours après la conclusion du contrat . . . . .	417
C. L'octroi de dommages-intérêts . . . . .	419
D. L'intensité du contrôle juridictionnel . . . . .	420
§ 2. – <i>L'exercice des recours</i> . . . . .	422
A. Les titulaires des recours . . . . .	422
B. Les actes attaquables . . . . .	423
C. Les règles de délai . . . . .	424
1) Délai de suspension . . . . .	425
2) Délai de forclusion . . . . .	425
<b>CHAPITRE 2. – LA DIVERSITÉ DES SCHEMAS NATIONAUX DE RECOURS</b> . . . . .	429
SECTION 1. – La compétence juridictionnelle . . . . .	429
§ 1. – <i>Les référés</i> . . . . .	429

TABLE DES MATIÈRES	465
A. Le référé précontractuel . . . . .	430
B. Le référé contractuel . . . . .	431
§ 2. – <i>L'alignement sur les procédures existantes</i> . . . . .	432
SECTION 2. – L'institution d'organes <i>ad hoc</i> . . . . .	432
TABLE DE JURISPRUDENCE . . . . .	435
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE . . . . .	449
INDEX THÉMATIQUE . . . . .	451