

ADAPTER ET MODERNISER

le droit de la commande publique

UNE CONCURRENCE LIBRE ET NON FAUSSÉE

Afin de mettre en œuvre le dispositif européen destiné à lutter contre les distorsions de concurrence qui ont pour origine des subventions de pays tiers accordées à des entreprises opérant ou à des productions circulant sur le marché intérieur, la Commission européenne a adopté le 10 juillet 2023 [le règlement d'exécution \(UE\) 2023/1441](#) relatif aux modalités détaillées des procédures mises en œuvre par la Commission en vertu du règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.

Ce texte précise les différents mécanismes de transmission préalable d'informations sur le bénéfice de subventions étrangères prévus par le règlement de base et le déroulement des contrôles par la Commission. Deux annexes présentant des modèles et des informations essentielles complètent ce règlement d'exécution : d'une part, l'annexe 1 relative aux contrôles entrant dans le champ du module concentrations ; d'autre part, l'annexe 2 relative aux obligations de notification et de déclaration dans le cadre des contrats de la commande publique.

Le règlement est accompagné d'une communication de la Commission qui précise les modalités de signature électronique des notifications et les spécifications techniques des documents transmis par voie électronique (JOUE du 13 juillet 2023).

Par une décision Vert Marine du 12 octobre 2020, le Conseil d'Etat a jugé que les dispositions du code de la commande publique n'étaient pas conformes aux articles 38 et 57 des directives du 26 février 2014

relatives à l'attribution de contrats de concession (2014/23/UE) et à la passation des marchés publics (2014/24/UE) en ce qu'elles ne permettaient pas à un opérateur économique, condamné par un jugement définitif pour l'une des infractions prévues au code pénal ou au code général des impôts, de démontrer sa fiabilité malgré ce motif d'exclusion.

Pour remédier à ce défaut de transposition, l'article 15 de [la loi n° 2023-171 du 9 mars 2023](#) portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture (loi DDADUE) prévoit un mécanisme « d'auto-apurement » commun aux exclusions « de plein droit » prévues respectivement aux articles L. 2141-1, L. 2141-4 et L. 2141-5 pour les marchés publics et aux articles L. 3123-1, L. 3123-4 et L. 3123-5 s'agissant des contrats de concession.



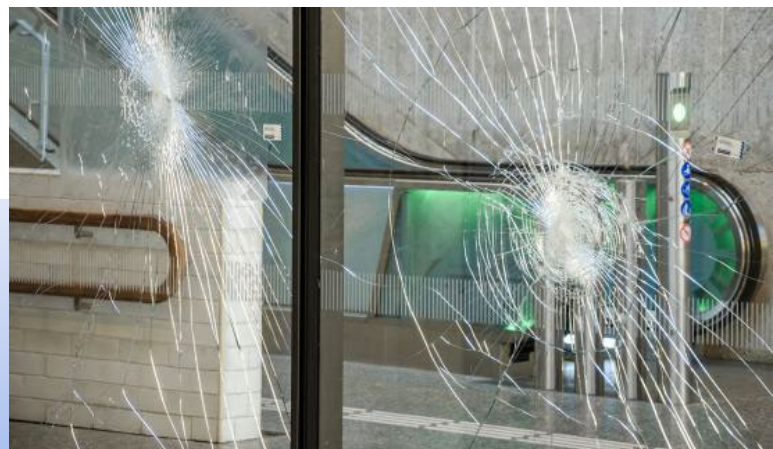
Ce mécanisme consiste à permettre à un candidat, en dehors de l'hypothèse où une peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée à son encontre par le juge pénal, de fournir des preuves qu'il a pris des mesures pour corriger les manquements pour lesquels il a été définitivement condamné (versement d'une indemnité en réparation du préjudice causé, collaboration active avec les autorités chargées de l'enquête, adoption de mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir une nouvelle infraction pénale).

En fonction de la gravité de l'infraction et des circonstances particulières dans lesquelles elle a été commise, il appartient à l'acheteur ou à l'autorité concédante de décider si les mesures prises par le candidat sont suffisantes pour lui permettre de participer à la procédure de passation du marché ou du contrat de concession. Le dispositif d'auto-apurement applicable aux exclusions « à l'appréciation de l'acheteur ou de l'autorité concédante » a également fait l'objet de modifications semblables, propres à assurer une pleine transposition des directives précitées.

UNE COMMANDE PUBLIQUE ADAPTÉE POUR RECONSTRUIRE LES BÂTIMENTS PUBLICS

Afin d'accélérer et de faciliter les opérations de reconstruction ou de réfection des équipements publics et des bâtiments dégradés ou détruits au cours des troubles à l'ordre et à la sécurité publique survenus entre le 27 juin et le 5 juillet 2023, l'article 2 de la [loi n° 2023-656 du 25 juillet 2023](#) a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure permettant aux maîtres d'ouvrage soumis au code de la commande publique, pendant une durée limitée, de conclure en dessous d'un certain seuil des marchés publics de travaux sans publicité préalable mais avec mise en concurrence, **de déroger au principe d'allotissement et de recourir aux marchés globaux**.

Sur le fondement de cette habilitation, la DAJ a conduit les travaux d'élaboration de [l'ordonnance n° 2023-660 du 26 juillet 2023](#) qui adapte, pour une période de 9 mois, les règles de passation des marchés de travaux afin de faciliter le retour au fonctionnement normal des services publics dans les meilleurs délais.



Ainsi, elle permet aux collectivités publiques :

- **de conclure sans publicité préalable**, mais après mise en concurrence, les marchés de travaux nécessaires à la reconstruction ou à la réfection des équipements publics et bâtiments concernés répondant à un besoin dont le montant est inférieur à 1,5 million d'euros hors taxes ;
- **de déroger, sans justification et sans limitation de montant**, au principe d'allotissement des marchés nécessaires à ces reconstructions ou à ces réfections ;
- **de recourir au marché de conception-réalisation** pour confier à un même opérateur économique, quel que soit le montant estimé des travaux, une mission globale portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux nécessaires à la reconstruction ou à la réfection des équipements et bâtiments dégradés ou détruits.

DES GUIDES POUR ACCOMPAGNER LES ACHETEURS

Le guide "prix" : une nouvelle édition enrichie

Dix ans après sa première version, la DAJ a publié en octobre 2023 une mise à jour du [guide pratique sur le prix dans les marchés publics](#), élaboré dans le cadre de l'Observatoire économique de la commande publique (OECF).

Résultat des travaux menés en concertation avec l'ensemble des acteurs de la commande publique, le guide a été enrichi pour prendre en considération les

ADAPTER ET MODERNISER LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

évolutions législatives et réglementaires intervenues au cours des dix dernières années (le paquet législatif européen « marchés publics » de 2014, la codification du droit de la commande publique en 2019, la publication des nouveaux CCAG 2021, etc.) ainsi que les changements des pratiques des acheteurs et des opérateurs économiques dans un contexte marqué par les enjeux de développement durable, mais aussi par les difficultés économiques occasionnées par la flambée des prix et la pénurie des matières premières.



Illustré par davantage de références jurisprudentielles et d'exemples concrets pour mieux comprendre les principes mis en œuvre, ce guide pédagogique a pour objectif **d'aider les acheteurs et les titulaires de marché à faire les choix assurant l'efficacité de l'achat et le maintien d'un bon équilibre économique dans les relations contractuelles.**

Si les principes fondamentaux demeurent, le guide a fait l'objet de nouveaux développements concernant notamment :

- les nouvelles possibilités de modifications des contrats en cours notamment à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 sur les possibilités de modification des prix et autres clauses financières et sur les conditions d'application de la théorie de l'imprévision ;
- l'analyse des méthodes de notation du critère prix ;
- les clauses de réexamen.

Cette refonte est également l'occasion d'approfondir les conseils et recommandations relatifs à d'autres thématiques telles que les avances, les acomptes, les variantes, les prix-plafonds, la retenue de garantie ou encore les accords-cadres dont le régime juridique a été

modifié par une récente décision de la Cour de justice de l'Union européenne qui a posé l'obligation de conclure un accord-cadre avec un montant maximum en valeur ou en quantité.

Des précisions ont enfin été apportées en ce qui concerne les taxes et l'autoliquidation ou encore les modalités de calcul des clauses de variation des prix. Des clés d'analyse de l'appréciation des offres anormalement basses (OAB) ont été ajoutées, notamment à travers la jurisprudence récente.

Mise à jour du guide sur les aspects sociaux de la commande publique

Le [guide sur les aspects sociaux de la commande publique](#), publié en septembre 2022, a été mis à jour par l'OECP en novembre 2023, en lien avec la direction des Achats de l'État (DAE) et la Délégation générale à l'emploi et la formation professionnelle (DGEFP).



Cette nouvelle version du guide intègre des précisions, essentiellement règlementaires et quelques exemples pratiques :

- des informations sur les modifications issues de la loi Industrie verte, publiée le 23 octobre 2023 ;
- le détail des indicateurs obligatoires dans les SPASER (Schémas de promotion des achats socialement et écologiquement responsables) ;
- les obligations des entreprises candidates et attributaires en matière d'égalité entre les femmes et les hommes ;
- les mesures de simplification de la vérification de la qualité d'entreprise de l'Économie sociale et solidaire (ESS) et le nouveau mécanisme de

mécanisme de réservation aux entreprises employant des personnes détenues.

Parallèlement, la déclaration du candidat individuel ou du membre de groupement (DC2) et sa notice ont été mises à jour pour intégrer ce nouveau mécanisme de réservation, mais également pour préciser les preuves pouvant être demandées aux entreprises si celles-ci ne sont pas disponibles en libre accès.

Ce guide a vocation à accompagner les acheteurs dans la mise en œuvre des clauses sociales des CCAG et les préparer à l'obligation de prévoir une condition d'exécution sociale dans les marchés publics supérieurs aux seuils européens en application de l'article 35 de la loi



Climat et résilience, en s'appuyant sur le suivi des objectifs du Plan national d'achats durables (PNAD) (30 % minimum de considérations sociales en 2025).

LES CCRA : UN MODE DE RÈGLEMENT ALTERNATIF DES LITIGES EXEMPLAIRE

Les comités consultatifs de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics (CCRA) sont des **organismes pré-contentieux de conciliation**, qui peuvent être saisis de tout différend survenu au cours de l'exécution d'un marché public.

Ils recherchent les éléments de droit ou de fait en vue **de proposer une solution amiable et équitable aux parties**. Ils émettent des avis que les parties sont libres de suivre ou non. Leur office est gratuit pour les parties.

Il existe un comité national et sept comités locaux : Bordeaux, Lyon, Marseille, Nancy, Nantes, Paris et Versailles. La DAJ assure le soutien et le secrétariat du comité national ainsi que l'animation et la coordination des secrétariats des comités locaux.

Les CCRA constituent une alternative efficace à la saisine du juge et contribuent au désengorgement des tribunaux et à la bonne gestion des deniers publics en évitant des contentieux souvent longs et coûteux, tant pour les entreprises que pour les acheteurs.

Ils permettent par ailleurs de trouver des solutions équilibrées qui préservent mieux les relations ultérieures entre les parties que ne le ferait un procès.

En 2023, les CCRA ont connu **un regain d'activité** par rapport à 2022 avec 196 saisines enregistrées (+ 22 %) et 136 avis rendus (+ 21 %). 71 % des saisines ont concerné l'exécution de marchés de travaux, 20 % de marchés de services et 9 % de marchés de fournitures. Le taux de désistement a été de 15 %.

La plupart des différends concerne des contestations de pénalités et des demandes de rémunération pour prestations supplémentaires. Les montants financiers en jeu vont de quelques milliers d'euros à plusieurs dizaines de millions d'euros.

La majorité des avis rendus ont été suivis par les acheteurs. Les comités sont saisis à 93 % par les titulaires des marchés, le plus souvent représentés par des avocats dont le ministère n'est pourtant pas obligatoire (à hauteur de 55 %).

196
saisines
des CCRA

71 %
saisines
portent sur
des marchés
de travaux



DÉMATÉRIALISER LA COMMANDE PUBLIQUE : UNE NOUVELLE ÉTAPE DANS LE RECUEIL DES DONNÉES

Afin de renforcer la transparence dans les marchés publics et dans une perspective de simplification du processus de déclaration, deux arrêtés du 22/12/2022 relatifs aux données essentielles des marchés publics et aux données essentielles des contrats de concession ont opéré **la fusion des données essentielles et des données du recensement**, prévue par le [décret n°2022-767 du 2 mai 2022](#) relatif aux données essentielles de la commande publique. **Ils impliquent la déclaration de 45 données pour les marchés publics et 25 données pour les concessions à compter du 1er janvier 2024.**

Tout au long de l'année 2023, la DAJ s'est fortement mobilisée aux côtés de ses partenaires (AIFE, DGFIP et DINUM) pour harmoniser les différents schémas techniques existants et coordonner les processus des parties prenantes à la mise en œuvre de la déclaration des données essentielles (acheteurs, éditeurs de plateformes de profils d'acheteurs, gestionnaires de plateformes mutualisées).

Par ailleurs, à compter du 25 octobre 2023, l'utilisation de formulaires d'avis de publicité conformes au format défini par le [règlement d'exécution \(UE\)2019/1780](#) de la Commission du 23 septembre 2019, dit « règlement eForms » est devenu **obligatoire pour publier les avis de marchés publics supérieurs aux seuils européens**. Ces nouveaux standards ont remplacé le format de formulaires établis par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 du 11 novembre 2015. **Ils ont doublé le nombre de champs** susceptibles d'être remplis dans les avis de marchés et donné lieu à **un renforcement des règles d'harmonisation et de contrôle technique de ces champs** par l'Union européenne.

La DAJ a été fortement mobilisée afin **d'accompagner les parties prenantes dans cette transition**, aussi bien les acheteurs que les éditeurs de solutions informatiques de saisie de formulaires d'avis de publicité, et clarifier, avec la Commission européenne, les nouvelles exigences règlementaires et techniques des nouveaux champs de ces nouveaux formulaires.

Par ailleurs, dans la continuité du processus d'ouverture des données des marchés publics, un second amendement au règlement eForms a été adopté le 20 décembre 2023. Il a pour objet de d'introduire de nouveaux champs dans les avis de publicité européens liés à la mise en œuvre des textes suivants :

- règlement (UE) 2022/1031 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers (IMPI) ;
- règlement (UE) 2022/2560 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur ;
- directive (UE) 2023/1791 du Parlement européen et du Conseil du 13 septembre 2023 relative à l'efficacité énergétique et modifiant le règlement (UE) 2023/955.

L'intégration de ces nouveaux champs dans les formulaires d'avis de publicité n'est pas obligatoire pour l'ensemble de ces textes, mais il accompagne la démarche d'ouverture des données des marchés publics organisée par l'Union européenne dont la DAJ s'attache à assurer la bonne articulation avec les objectifs de simplification des procédures des marchés publics portés par le Gouvernement.