



Les nouvelles directives européennes sur la commande publique

Deux directives européennes du 26 février 2014 modifient les **règles de la commande publique** dans le cadre de la stratégie Europe 2020 : d'une part, la **directive 2014/24/UE** sur la passation des **marchés publics**, qui remplace la directive 2004/18/CE ; d'autre part, la **directive 2014/23/UE** sur l'attribution de contrats de **concession**¹. Ces nouvelles

directives ne portent pas atteinte à l'organisation nationale des services publics.

Ces textes doivent être **transposés** en droit français au plus tard le **18 avril 2016** (en septembre 2018 pour la soumission des offres par voie électronique).

I. Les marchés publics

1. Un champ d'application précisé

Les marchés publics sont définis comme des contrats à **titre onéreux** conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et **ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services**.

Le champ des marchés de **travaux** est étendu à la réalisation d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Les marchés de travaux doivent franchir le **seuil de 5 186 000 €** pour se voir appliquer le droit européen.

La directive prévoit un **nouveau régime simplifié** pour les marchés de **services** sociaux, de santé, culturels, d'éducation, d'hôtellerie et de restauration et certains services juridiques : seuil fixé à 750 000 €, au lieu de 207 000 €, et procédure allégée déterminée par les États membres. Par ailleurs, il sera possible pour l'acheteur public de réserver certains de ces marchés à des organismes investis d'une mission de service public liée à la prestation de ces services, à condition qu'ils redistribuent ou

réinvestissent leurs bénéfices et soient gérés selon des principes participatifs et pour des marchés d'une durée maximale de trois ans non renouvelable.

Alors que certains **services** étaient déjà **exclus** du champ de la législation européenne (achat ou location de bâtiments existants, médias audiovisuels, arbitrage et conciliation, transactions sur instruments financiers, contrats de travail, services de R&D, services attribués sur la base d'un droit exclusif, etc.), des **services supplémentaires** le sont par la directive : représentation juridique, défense et protection civiles, transports publics de passagers par chemin de fer ou métro, campagnes électorales, etc.

La directive précise également le cas des **marchés mixtes** : lorsqu'un marché public comporte plusieurs objets, l'**objet principal** du contrat permet de savoir s'il s'agit d'un marché de travaux, de fournitures ou de services, l'objet principal étant déterminé en fonction de la plus élevée des valeurs estimées respectives.

Elle prévoit que le recours à une **centrale d'achat**, définie comme « un pouvoir adjudicateur qui réalise des activités d'achat centralisées et éventuellement des activités

¹ En outre, la directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE fixe des règles distinctes pour ces « secteurs spéciaux ».

d'achat auxiliaire », est dispensé de toute mise en concurrence.

La directive n'est applicable que dans la mesure où les **seuils** des montants prévisionnels qu'elle détermine sont atteints.

Ces seuils, révisés tous les deux ans à compter du 30 juin 2013, sont les suivants :

– le **seuil de référence**, fixé à **134 000 €**, concerne principalement les marchés de fournitures et de services passés par les autorités publiques centrales ;

– le seuil de **207 000 €** s'applique aux marchés ayant le même objet passés par des pouvoirs adjudicateurs sous-centraux, dont les collectivités territoriales ;

– le seuil de **5 186 000 €** concerne les marchés publics de travaux (*cf. supra*) ;

– le seuil de **750 000 €** s'applique aux marchés de services sociaux, culturels et de santé (*cf. supra*).

Les méthodes de calcul du montant des seuils, qui visent à éviter les scissions d'achats, sont inchangées.

Certains marchés publics sont exclus du champ d'application de la directive en raison de leur objet (*cf. supra*) et aussi en raison de la qualité de leurs cocontractants.

Les marchés publics conclus entre entités du secteur public

La directive définit, **pour la première fois**, des règles, trouvant généralement leur origine dans la jurisprudence, relatives aux marchés publics pouvant être **conclus entre entités du secteur public sans recourir aux procédures de passation de marchés**. Il existe deux principaux cas de figure :

1°) la coopération au moyen d'entités juridiques distinctes, ou « coopération verticale » (dite aussi exception *in house*) : un acheteur public est dispensé de la procédure de passation si trois conditions sont réunies : il doit exercer sur l'entreprise attributaire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ; l'entreprise contrôlée doit exercer l'essentiel de ses activités, soit plus de 80 %, au profit de l'acheteur public qui la contrôle ; la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, sauf lorsque cette participation est exigée par la loi, mais sans capacité de contrôle ou de blocage ni possibilité d'exercer une influence décisive sur l'entreprise ;

2°) la coopération entre personnes publiques, ou « coopération horizontale » : l'existence d'une véritable coopération de ce type est subordonnée à trois conditions cumulatives : le contrat doit établir ou mettre en œuvre une coopération entre acheteurs publics participants visant à garantir que les services publics à fournir sont réalisés dans le but d'atteindre leurs objectifs communs ; la mise en œuvre de cette coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public ; les acheteurs publics participants doivent réaliser moins de 20 % des activités concernées par la coopération sur le marché concurrentiel.

2. Des procédures modernisées

La directive cherche à **améliorer le droit** de la commande publique.

Dans un souci de **simplification**, elle crée le **document unique du marché européen (DUME)**, une **déclaration sur l'honneur** en lieu et place, **pour les candidats**, des nombreux documents administratifs demandés. **Seul le titulaire du contrat devra fournir les certificats originaux**. En outre, la directive accroît la **dématérialisation des procédures** en prévoyant le passage progressif à la communication électronique complète¹, en organisant la mise à disposition des documents de marché par voie électronique, en incitant au recours aux catalogues électroniques ou en réformant les conditions d'utilisation de *e-Certis*². La **signature électronique** peut être utilisée, mais ne sera **pas obligatoire**.

Si l'appel d'offres reste la procédure de principe, **la place de la négociation**, avec ou sans mise en concurrence, **est renforcée** tout en étant encadrée. Une nouvelle procédure négociée est créée : le **partenariat d'innovation**, qui ne peut être mis en place que si le pouvoir adjudicateur définit un besoin relatif à un produit, un service ou à des travaux innovants qui ne peuvent être satisfaits par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.

Plusieurs dispositions ont pour objectif **d'améliorer l'accès des PME aux marchés publics**, tenant à la situation financière des soumissionnaires – le chiffre d'affaires annuel

¹ *Deviendront obligatoires : d'ici mars 2016, l'envoi par voie électronique des avis à publier et l'accès en ligne aux documents relatifs aux appels d'offres ; d'ici mars 2017, la soumission des offres par voie électronique pour les centrales d'achat ; d'ici septembre 2018, la soumission des offres par voie électronique pour tous les pouvoirs adjudicateurs.*

² *Système d'information en ligne qui renseigne sur les documents administratifs demandés dans les États membres.*

requis ne devra pas être supérieur au double du montant du marché – et à l’attribution du marché en **lots**, qui **devient la règle**.

La directive vise aussi à **améliorer l’usage** de la commande publique.

Les pouvoirs adjudicateurs obtiennent la possibilité de **cibler des achats qui favorisent l’innovation, respectent l’environnement et contribuent à améliorer l’emploi, la santé publique et les conditions sociales**. Des dispositions sont prévues pour lutter contre les conflits d’intérêt, le favoritisme et la corruption. C’est aussi le cas pour lutter contre le **dumping social** : les candidats et attributaires ne respectant pas la législation sociale peuvent être exclus de la procédure, les offres anormalement basses peuvent être rejetées et les sous-traitants sont mieux protégés.

3. Une exécution encadrée

La logique de mise en concurrence est étendue de la phase de passation des marchés publics à celle de leur exécution.

Il est possible d’apporter au marché des **modifications non substantielles**, sans recourir à une nouvelle procédure de mise en concurrence.

La directive autorise les **modifications anticipées**, qui ont été prévues dans les documents de marchés initiaux sous la forme de clauses de réexamen pourvu que celles-ci

indiquent le champ d’application et la nature des modifications éventuelles et les conditions dans lesquelles elles peuvent intervenir. Mais ces clauses ne peuvent conduire à des modifications qui changeraient la nature globale du marché.

La directive autorise également des **modifications spontanées** relatives à l’identité du cocontractant et au **contenu du contrat**.

La directive définit ce qu’est une **modification substantielle** – la modification d’un marché en cours qui le rend sensiblement différent par nature de celui conclu au départ – et précise les hypothèses dans lesquelles une modification doit être considérée comme substantielle.

Une modification substantielle requiert une nouvelle procédure de passation de marché.

Enfin, la directive prévoit trois cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de **résilier un marché en cours** : le marché a fait l’objet d’une modification irrégulière ; l’attributaire aurait dû être exclu de la procédure d’attribution ; le marché a été attribué à la suite d’un manquement grave aux règles européennes de mise en concurrence constaté par la Cour de justice de l’Union européenne.

II. Les concessions

La directive offre un **cadre juridique unique** pour l’ensemble des contrats de concession, alors que seule la passation de concessions de travaux, mais pas de services, était jusqu’à présent soumise à des règles de droit européennes. La situation est différente en France où les délégations de service public relèvent essentiellement de la loi du 29 janvier 1993, dite « loi Sapin », et les concessions de travaux publics de l’ordonnance du 15 juillet 2009.

1. La notion centrale du risque

La directive ne donne **pas une définition unique** de la concession, mais définit, sur la base notamment de la jurisprudence de la Cour de justice, la concession de travaux, d’une part, et la concession de services, d’autre part.

Selon ces deux définitions, **les concessions sont des contrats conclus par écrit et à titre onéreux** – peu importe que leur contenu ait été ou non négocié. Elles visent à **confier** à un ou plusieurs opérateurs économiques l’exécution de travaux ou la prestation de services – la directive ne reconnaît pas la spécificité des concessions de « service public » –, **moyennant le droit, en contrepartie, d’exploiter l’ouvrage ou les services faisant l’objet du contrat ou moyennant ce droit assorti d’un prix**.

En revanche, la directive innove en intégrant la jurisprudence de la Cour de justice relative au **critère du risque d’exploitation**, qui permet d’unifier la catégorie des concessions. La concession se caractérise en effet par le

transfert du risque économique. Dès lors, le mode de rémunération n'est qu'un indice du risque, qui peut être tenu en échec par d'autres éléments du contrat.

Selon la directive, le risque d'exploitation est apprécié aux termes d'une approche qualitative, et non quantitative, fondée sur l'exposition aux aléas du marché et se distingue des risques inhérents à tout contrat (la force majeure par exemple). Le transfert du risque n'a pas besoin d'être intégral, mais la part du risque transféré doit être significative.

2. La marge de manœuvre des États membres préservée

La directive ne cherche pas à encadrer le choix du mode de gestion retenu par les États membres pour exécuter des travaux et fournir des services. De même ne règlemente-t-elle pas toutes les concessions.

L'application de la directive est conditionnée par **trois critères** :

- un **critère matériel** : elle s'applique aux concessions de services ou de travaux ;
- un **critère organique** : elle s'applique aux concessions conclues entre un opérateur économique et un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice exerçant l'une des activités suivantes : gaz et chaleur ; électricité ; transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus ou câble ; services postaux, etc. ;
- un **critère financier** : elle ne s'applique qu'aux concessions dont la **valeur est égale ou supérieure à 5 186 000 €** (chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA).

En cas de contrats mixtes, le critère de l'objet principal est retenu.

La directive exclut de son champ d'application un certain nombre de contrats. Ces **exclusions** sont **matérielles** (certaines d'entre elles sont classiques et d'autres, nouvelles, sont spécifiques, par exemple dans le domaine des communications électroniques, dans celui de l'eau et de l'assainissement et pour des projets de génie hydraulique ou de drainage ou l'évacuation ou le traitement des eaux usées) ou **organiques** (la directive ne s'applique pas aux concessions attribuées à une coentreprise

ni aux concessions entre entités dans le secteur public (cf. l'encadré *supra*).

Contrairement à la situation prévalant pour les marchés publics, la directive n'établit **pas de procédure de passation standard** et se borne à poser des principes généraux et des garanties de procédure. L'organisation de la procédure de passation relève de la liberté du pouvoir adjudicateur, mais est cependant encadrée par des règles formelles.

La directive prévoit des **obligations de publicité**, la procédure s'articule en principe autour de **deux étapes** : la publication d'un avis de concession et celle d'un avis d'attribution, au plus tard 48 heures après l'attribution de la concession.

Le recours à la négociation est libre pour la **sélection des candidatures et des offres**. Cependant, toutes les étapes de la procédure de passation doivent être consignées et des conditions minimales doivent être remplies pour l'attribution des concessions (offre conforme aux exigences minimales fixées, conditions de participation du soumissionnaire, etc.).

La directive introduit une nouveauté relative aux **offres** : elles doivent être attribuées sur la base de **critères objectifs** fixés **préalablement** par le concédant, qui peuvent inclure des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation. Ces critères doivent être **hiérarchisés**, et non pondérés, par ordre décroissant d'importance dans l'avis de concession.

La directive étend la logique concurrentielle à la phase d'exécution. La **durée des concessions**, fixée par le concédant en fonction des travaux et des services demandés, est **limitée** afin de permettre une remise en concurrence régulière. Pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis. En outre, les modalités de modification et de résiliation des concessions sont identiques à celles prévues pour les marchés publics.