

**LES
CARRÉS**



**2021-2022
14^e édition**

L'essentiel du **DROIT DES MARCHÉS PUBLICS**

**À jour
de la loi du
7 décembre 2020,
dite loi ASAP**

Frédéric Allaire

G*ualino* un savoir-faire de
Lextenso

2021
2022
14^e édition

L'essentiel

du

DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

Frédéric Allaire

 *Gualino* un savoir-faire de
 Lextenso

LES CARRÉS



Cette collection de livres présente de manière synthétique, rigoureuse et pratique l'ensemble des connaissances que l'étudiant doit posséder sur le sujet traité. Elle couvre :

- le Droit et la Science Politique,
- les Sciences économiques,
- les Sciences de gestion,
- les concours de la Fonction publique.

Frédéric Allaire, est Maître de conférences HDR à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes. Il est également directeur du Master 2 Droit public des affaires.



© 2021, Gualino, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
ISBN 978-2-297-13399-9

Suivez-nous sur



www.gualino.fr

Contactez-nous gualino@lextenso.fr

PRÉSENTATION

S'il est manifeste que depuis plus d'une dizaine d'années, partant notamment de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, émergent les fondements d'un droit de la commande publique visant à étendre les principes qui ont présidé à la constitution du droit des marchés publics moderne à d'autres formes d'externalisation de l'action publique, il est acquis aujourd'hui qu'est désormais consacré en droit positif, un ***droit de la commande publique*** à part entière. Prosaïquement, il est loisible de l'affirmer depuis qu'est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, le ***Code de la commande publique*** qui soumet à des régimes de publicité et de mise en concurrence, analogues, aussi bien les marchés publics que les concessions. Si les contours du droit de la commande publique ne manqueront pas d'évoluer tant la délimitation est contestée et contestable, il est désormais sensé d'appréhender le droit de la commande publique en tant qu'il constitue la synthèse de régimes de passation des marchés et des concessions qui, par un effort de convergence, ont permis l'adoption d'un régime juridique cohérent et unifié.

Le droit de la commande publique est un régime juridique propre à l'administration lorsqu'elle conclut des contrats pour satisfaire certains de ses besoins. Ce régime impose aux collectivités publiques de mettre en concurrence des opérateurs économiques préalablement à la sélection d'un cocontractant. Le principe de l'appel d'offres n'est pas en soi spécifique à l'administration dans la mesure où les entreprises procèdent dans leurs pratiques commerciales à des mises en concurrence préalablement à l'achat de travaux, de fournitures ou de services. Cependant, pour celles-ci, si la mise en concurrence est utile, elle n'est pas obligatoire. En revanche, l'administration doit, elle, nécessairement suivre une procédure pour garantir ***la transparence, la liberté d'accès et l'égalité de traitement des opérateurs économiques*** sur le marché. Ce sont ces principes qui inspirent l'ensemble des règles du droit de la commande publique, lesquelles se déploient dans une ambiance de droit public imprégnée de la théorie générale des contrats administratifs.

Bien que d'origine ancienne, le droit des marchés publics peine à trouver ses marques. La jurisprudence est, pour l'analyse de ce régime, un soutien utile à la détermination de la portée des obligations. L'analyse du *droit des marchés publics consiste donc à faire émerger l'ensemble des obligations qui pèse sur les collectivités publiques lors de la passation de leurs marchés*. Sa connaissance a non seulement vocation à préserver l'administration du risque contentieux qui peut naître de passations irrégulières, mais aussi et peut-être essentiellement, à lui donner les moyens d'utiliser ce régime juridique comme un levier lui permettant d'assurer la qualité et la viabilité économique de ses achats. Derrière le droit se cache un outil d'aide à la gestion dont la maîtrise doit permettre de comprendre que, même pour l'administration, acheter est un acte commercial dont aucune règle ne suffirait à elle seule garantir la qualité.

PLAN DE COURS

Présentation	3
Introduction – Généralités	11
<hr/>	
1 – Mutations du droit des marchés publics	11
■ <i>Protection des deniers publics</i>	11
■ <i>Lutte contre la corruption</i>	11
■ <i>Constitution du marché commun : favoriser la concurrence</i>	13
■ <i>Efficacité administrative</i>	15
■ <i>L'émergence d'une nouvelle finalité ambiguë</i>	15
2 – Sources	16
■ <i>Normes constitutionnelles</i>	16
■ <i>Droit de l'Union européenne et international</i>	17
■ <i>Droit national</i>	18
■ <i>Doctrine administrative</i>	20
3 – Principes fondamentaux	20
■ <i>Transparence</i>	21
■ <i>Liberté d'accès</i>	21
■ <i>Égalité de traitement</i>	22

Chapitre 1 – La notion de marchés publics	25
1 – Les marchés publics	25
■ <i>Les marchés</i>	25
a) Définition	25
b) Les marchés non soumis au code	31
■ <i>Les accords-cadres</i>	38
■ <i>Les marchés de partenariat</i>	38
2 – Les exclusions	40
■ <i>Les contrats de travail</i>	40
■ <i>Les conventions de transfert de compétences</i>	41
■ <i>Les conventions de subventionnement</i>	41
■ <i>Les conventions domaniales</i>	42
■ <i>Les concessions</i>	43
Chapitre 2 – La définition contractuelle du besoin	45
1 – Pièces constitutives du marché	45
2 – Les caractéristiques du marché	47
■ <i>La structuration contractuelle</i>	47
a) Les accords-cadres	47
b) L'allotissement	49
c) Les tranches	51
■ <i>Les stipulations contractuelles</i>	52
a) La durée	52
b) Prix	53
c) Les spécifications techniques	56
d) Autres clauses	57

Chapitre 3 – La sélection de la procédure

61

1 – Procédures

61

- *Procédures adaptées générales et spéciales* 61
- *Appel d'offres* 63
- *Procédures spéciales* 63
 - a) Procédures avec négociation 63
 - b) Marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables 63
 - c) Dialogue compétitif 63
- *Concours* 64
- *Système d'acquisition dynamique* 64

2 – Champ d'application

65

- *Choix en fonction d'un critère matériel* 66
 - a) Marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques 66
 - b) Urgence impérieuse 66
 - c) Complexité ou spécificité 67
 - d) Infructuosité 68
 - e) Marchés complémentaires, supplémentaires, subsidiaires ou similaires 69
 - f) Les marchés de maîtrise d'œuvre 70
 - g) Les marchés globaux 71
 - h) Les partenariats d'innovation 71
 - i) Hypothèses diverses 71
- *Choix en fonction d'un critère financier* 72
 - a) Procédures conditionnées à la valeur du besoin 72
 - b) Évaluation 74

Chapitre 4 – L’information des opérateurs économiques	79
<hr/>	
1 – Publicité	79
■ <i>Documents de publicité</i>	80
a) Avis de pré-information	80
b) Avis de marché	80
■ <i>Mentions contenues dans l’avis de publicité</i>	81
■ <i>Conditions de publicité</i>	81
a) La publicité adaptée	81
b) La publicité nationale	83
c) La publicité européenne	83
2 – Information des opérateurs demandeurs	83
Chapitre 5 – La mise en concurrence	85
<hr/>	
1 – Instances compétentes	85
■ <i>Commission d’appel d’offres</i>	85
a) Composition	85
b) Fonctionnement	88
c) Rôle	88
■ <i>Jury de concours</i>	89
2 – Temps des procédures	89
■ <i>Les MAPA</i>	90
■ <i>Appel d’offres ouvert</i>	90
■ <i>Appel d’offres restreint</i>	91
■ <i>Procédures avec négociation</i>	93
■ <i>Procédure de dialogue compétitif</i>	94
■ <i>Concours</i>	94
■ <i>Les marchés de conception-réalisation</i>	95
■ <i>Partenariats d’innovation</i>	95

Chapitre 6 – La sélection	99
1 – Sélection des candidatures	99
■ <i>La recevabilité</i>	100
a) Le formalisme	100
b) La spécialité	101
c) L’aptitude	102
d) Les obligations d’honorabilité	103
■ <i>La capacité</i>	104
a) L’appréciation globale	104
b) L’appréciation <i>in abstracto</i>	106
2 – Sélection des offres	109
■ <i>Présentation des offres</i>	109
a) Négociation marginale	109
b) Correctifs	111
■ <i>Sélection de l’offre économiquement la plus avantageuse</i>	112
a) Recevabilité des offres	113
b) Offre économiquement la plus avantageuse	113
Chapitre 7 – L’achèvement de la procédure	117
1 – Formalisme de l’achèvement de la procédure	117
■ <i>Attribution</i>	117
■ <i>Rapport de présentation</i>	118
■ <i>Notification de rejet</i>	118
■ <i>Transmission au contrôle de légalité</i>	119
■ <i>Notification de l’attribution du marché</i>	120
■ <i>Publicité</i>	120
2 – Les recours contentieux	120
■ <i>Les procédures d’urgences</i>	121
a) Référé précontractuel	121
b) Référé contractuel	122
■ <i>Les procédures au fond</i>	123

Chapitre 8 – L'exécution du marché public	127
<i>1 – Modifications affectant les marchés</i>	<i>127</i>
<i>2 – Résiliation</i>	<i>130</i>
<i>3 – Le paiement</i>	<i>131</i>
■ <i>Les avances</i>	<i>131</i>
■ <i>Les acomptes</i>	<i>133</i>
■ <i>Le règlement</i>	<i>134</i>
Bibliographie	136

Introduction

Généralités

Les achats publics représentent environ 15% du PIB en France soit près de 400 milliards d'euros de sorte qu'elle concentre, dans la conjonction des textes européens et nationaux, l'ensemble des enjeux que cette valeur économique fait peser sur les finances publiques, la gestion administrative et le marché économique.

1 Mutations du droit des marchés publics

Le droit des marchés publics a, ces dernières années, évolué sensiblement, recouvrant des finalités différentes qui aujourd'hui se superposent.

■ *Protection des deniers publics*

Le droit des marchés publics est probablement la première expression d'un droit propre aux contrats de l'administration dont on peut dater les origines dès le Moyen Âge lorsqu'imposant des obligations de concurrence, l'État devait attribuer le marché au candidat qui proposait « l'offre de faire la meilleure chose au meilleur compte ». La protection des deniers publics en tant qu'objectif essentiellement financier n'a pas laissé de constituer le fondement des dispositifs qui émaillèrent la lente émergence du droit de la commande publique en passant par la loi et le décret impériaux qui imposèrent sous la monarchie de juillet une obligation de publicité et de mise en concurrence pour l'approvisionnement en fournitures, la réalisation de biens et de prestations de services pour le compte de personnes publiques, jusqu'aux régimes applicables dans les années 1990. Dans cette perspective, la vocation essentielle du droit des marchés publics était l'attribution du marché à l'opérateur proposant *l'offre la moins-disante*.

■ *Lutte contre la corruption*

À compter des années 1990, la recrudescence des scandales politiques et financiers liés en partie à l'absence d'un régime juridique de financement des partis politiques, a généré l'adoption de

dispositions renforçant les procédures de mise en concurrence, en garantissant notamment une stricte séparation entre les collectivités publiques et les entreprises. Ce mouvement réglementaire s'est accompagné de la création d'infractions sanctionnées par le Code pénal visant distinctement à endiguer la corruption à laquelle donnaient lieu les procédures de passation des marchés publics.

Suivant l'article 432-14 du Code pénal, « Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession. »

Cette infraction est celle la plus couramment invoquée dans le droit pénal de l'achat public. La tentative est sanctionnée au même titre et dans les mêmes conditions que la commission de l'infraction (*Cass. crim.*, 15 sept. 1999). Il faut que les dispositions législatives ou réglementaires méconnues soient d'ordre public et claires et précises (*Cass. crim.*, 2 avr. 1998). Ainsi, le recours injustifié à la procédure du marché passé selon une procédure adaptée par le fractionnement illicite d'une même opération en plusieurs pourra être poursuivi pénalement (*Cass. crim.*, 30 juin 1999).

L'élément intentionnel du délit est caractérisé par l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public (*Cass. crim.*, 14 janv. 2004).

En conséquence, le délit de favoritisme peut être constitué même lors de la passation de marchés qui ne sont pas soumis à des procédures formalisées (*Cass. crim.*, 14 févr. 2007, *E. M., C. N., D. S.*). Il en ira de même de la violation des règles relatives à la publicité des procédures de mise en concurrence. Il n'est pas nécessaire, pour que l'infraction soit constatée, que l'autorité publique ait reçu une contrepartie de l'octroi d'avantages injustifiés. La simple conscience par l'auteur de la violation d'une disposition légale ou réglementaire relative à l'attribution des marchés publics suffit à traduire chez ce dernier son intention de favoriser la commission de l'infraction d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics (*CA Saint-Denis de la Réunion*, 20 févr. 2012).

S'ajoutent à cette infraction précisément destinée à la lutte contre la corruption dans la commande publique plusieurs infractions pouvant être constatées à l'occasion de la passation de marchés publics ou de délégations de service public.

Ainsi est sanctionné le *délict de prises illégales d'intérêts* par l'article 432-12 du Code pénal, suivant lequel « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 50 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction. »

De même, sont sanctionnés les délits de corruption passive et le trafic d'influence par l'article 432-11 du Code pénal, suivant lequel « Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui :

1° Soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;
2° Soit pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. »

Chaque année depuis l'an 2000, trente à quarante condamnations sont prononcées pour chacune des infractions de délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts par les juridictions pénales.

Pour le ministère de la Justice, l'arsenal de prévention et de lutte semble suffisant, les entreprises illégalement évincées ayant droit à des dommages et intérêts. L'effort des collectivités publiques doit porter sur la lutte en amont contre ces pratiques. C'est pourquoi le ministère de la Justice rappelle l'importance d'associer les agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF).

■ **Constitution du marché commun : favoriser la concurrence**

De manière contemporaine à l'adoption des dispositifs de lutte contre la corruption dans les années 1990, le droit de l'Union européenne est venu marquer de son empreinte le droit des marchés publics en adoptant une série de directives dans les années 1992 et 1993. La philosophie

de ces régimes est, sans être étrangère pour autant à celle du Code des marchés publics en droit français, différente. Le droit des marchés publics doit servir de levier pour stimuler la concurrence et assurer la construction du marché commun.

Le droit de l'Union a donc élaboré un droit des marchés publics dont la vocation première consistait à assurer la publicité et la mise en concurrence de marchés dont la valeur importante pouvait concerner des opérateurs économiques de toute l'Union européenne.

L'impact du droit de l'Union s'est manifesté de deux manières :

- d'abord, il a **favorisé l'articulation entre le droit des marchés publics et le droit de la concurrence**. Dès lors, le droit des marchés publics a constitué un moyen de lutter contre les atteintes à la libre concurrence (*Ord. 1^{er} déc. 1986*) et notamment les ententes illicites qui peuvent être décelées à l'occasion d'une procédure de passation d'un marché public (*Cons. conc., 26 juin 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien du linge*).

Le droit des marchés publics est l'enjeu de diverses techniques permettant un contournement des règles de concurrence. Lors d'une mise en concurrence, les candidats peuvent s'entendre pour présenter une offre de principe ou offre « carte de visite » ou bien encore une offre de « couverture » :

- dans le premier cas, il s'agit de l'hypothèse où des entreprises qui veulent manifester leur présence sur le marché font une offre qui n'est économiquement pas viable. Le cumul de ces offres lors d'une mise en concurrence contribue à générer une concurrence d'apparence,
 - la seconde hypothèse correspond à celle où des entreprises s'entendent pour se répartir des marchés. Toutes se présentent à divers appels d'offres en prenant soin qu'à chaque mise en concurrence, une seule de ces entreprises soit susceptible d'obtenir le marché. Ces pratiques, prohibées, sont difficiles à détecter et à mettre en évidence. La présence d'un représentant de la DGCCRF dans la commission d'appel d'offres est alors, particulièrement bienvenue ; en toute hypothèse, la reconnaissance par le juge de la concurrence de l'attribution d'un marché public en méconnaissance du droit de la concurrence ouvre droit au pouvoir adjudicateur, sur le fondement du dol incident, à l'indemnisation du préjudice subi (*CE, 19 déc. 2007, Campenon-Bernard*) ;
- le second effet du droit de l'Union réside dans la diffusion d'un dogme de la mise en concurrence qui se traduit **la soumission la plus large possible aux obligations de publicité et de mise en concurrence**. Ainsi, sous la qualification de marchés publics, un nombre toujours plus important de contrats passés par les personnes publiques est soumis aux obligations de transparence et de mise en concurrence, au point d'avoir suscité la consécration du droit de la commande publique.

■ *Efficacité administrative*

Dans la perspective des évolutions suscitées par le droit de l'Union, la philosophie du droit des marchés publics a évolué en droit interne. Si le droit des marchés publics se conforme aux directives communautaires, il n'en adopte pas pour autant la logique. Suivant l'article L. 3 du Code de la commande publique, les objectifs du droit des marchés publics sont l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Les finalités de la commande publique ne sont plus exclusivement la protection des deniers publics. Il faudrait même dire que la protection des deniers publics est devenue l'accessoire d'une finalité plus importante qui consiste à concevoir le droit des marchés publics comme un régime juridique de bonne gestion administrative.

La finalité première n'est donc plus exclusivement de protéger les finances publiques, mais bien de proposer un régime juridique contractuel pour que les marchés conclus soient les meilleurs possibles. C'est ce que l'on désigne par la satisfaction du *mieux-disant* qui doit se substituer à la recherche du moins-disant. Cette logique, louable mais très imparfaite, se manifeste notamment dans l'élaboration d'un régime d'évaluation de la qualité économique des contrats passés. On peut s'interroger sur la pertinence d'une telle évolution qui consiste à « juridiciser » des méthodes de gestion ou des savoir-faire.

Les objectifs de concurrence qui président à la conception unioniste du droit des marchés publics sont ici relégués au rang de moyens d'un achat public performant.

■ *L'émergence d'une nouvelle finalité ambiguë*

La valeur financière que représente la somme des marchés publics passés en Europe emporte une volonté d'utiliser la commande publique comme levier de politiques publiques qu'elles soient économiques, environnementales ou sociales. Il s'agit de faire de la passation de contrats publics, le vecteur d'un transfert d'argent public vers des activités privées qui présentent une valeur ajoutée pour la protection de l'environnement, pour le développement d'un tissu économique spécifique (tel que celui des PME-PMI) ou pour encore la protection sociale.

Cette conception « macro » de l'utilisation de la commande publique constitue les fondements de la théorie économique keynésienne de relance de l'économie par l'investissement public. Néanmoins, si les marchés publics étaient appréhendés comme un outil économique dont les effets induits devaient générer des conséquences macroéconomiques, cette conception n'emportait pas de conséquences particulières pour le droit des marchés publics. Cependant, l'utilisation des marchés publics comme levier politique s'est manifestée depuis quelques années de manière subsidiaire jusqu'à devenir un objectif explicitement affiché des directives « Marchés » du 26 février 2014.

Ainsi, les directives disposent dès leur préambule que cette proposition est motivée par la volonté de « permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au soutien d'objectifs sociétaux communs, par exemple protéger l'environnement, veiller à une meilleure utilisation des ressources et à une plus grande efficacité énergétique, lutter contre le changement climatique, promouvoir l'innovation, l'emploi et l'inclusion sociale et assurer les meilleures conditions possibles pour l'offre de services sociaux de grande qualité ». Cependant, cet objectif portait une ambition qui supposait de rendre subsidiaire l'intérêt économique ressortissant de la commande publique pour faire prévaloir des intérêts environnementaux ou sociaux. Au terme d'un processus législatif laborieux qui a abouti à l'adoption des directives « Marchés » en 2014, la dimension économique reste celle qui prévaut sur les avantages sociétaux ou environnementaux.

Ainsi, les directives « Marchés » ne bouleversent pas la logique qui a présidé à leur adoption depuis les années 1990 et dont la jurisprudence constitutionnelle avait consacré le sens dans l'arrêt du 6 décembre 2001 relatif à la loi *MURCEF* qui avait censuré le régime de préférence à l'endroit des sociétés coopératives comme portant atteinte au principe d'égalité devant la loi en dépit du fait que « le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ». Cependant, il avait limité ce principe en précisant « que, s'il lui est également loisible, dans le même but, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis ».

2 Sources

Si le droit des marchés publics constitue la référence essentielle pour l'achat public, il est l'émanation d'un ensemble de dispositifs juridiques, notamment d'origine européenne, qu'il faut lire à la lumière de plusieurs régimes juridiques contractuels.

■ Normes constitutionnelles

Le droit constitutionnel n'est pas le terrain le plus fertile de la constitution du droit des marchés publics. Néanmoins, il a offert une matrice au développement de celui-ci en consacrant au rang constitutionnel les principes juridiques qui en constituaient les fondements dans le droit de l'Union et le droit national.

Le Conseil constitutionnel a d'abord reconnu une valeur constitutionnelle au **principe d'égalité devant la commande publique** en considérant que « le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ; que, s'il lui est également loisible, dans le même but, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis » (*Cons. const.*, 6 déc. 2001).

Il a ensuite reconnu dans sa décision relative à la loi d'organisation et d'orientation pour la sécurité intérieure la valeur constitutionnelle du **principe de transparence** en matière de marchés publics en tant « qu'il garantit le bon emploi des deniers publics tel que l'article 14 de la Déclaration de 1789 l'exige » (*Cons. const.*, 22 août 2002).

Enfin, le Conseil constitutionnel a jugé que découlaient des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, et à ce titre avaient valeur constitutionnelle, les principes rappelés par l'article 1^{er} du Code des marchés publics, aux termes duquel « les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse » (*Cons. const.*, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*).

■ **Droit de l'Union européenne et international**

Le droit de l'Union constitue une source essentielle dans l'élaboration du droit de la commande publique. Deux séries de directives constituent son socle.

Une première salve de directives datant de 1992 et 1993 a défini les obligations de publicité et de mise en concurrence pour chaque type de marché (travaux, fournitures et services) dans le secteur classique et dans les secteurs exclus (c'est-à-dire, les secteurs bénéficiant de droits exclusifs). Ces directives ont été remplacées par deux directives en date du 31 mars 2004 relatives à la coordination des procédures de passation des marchés de travaux, de fournitures et de services d'une part, et, à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, d'autre part, désormais abrogées et remplacées par deux directives du 26 février 2014.

Une troisième directive relative au recours en matière contractuelle a été adoptée le 11 décembre 2007 et transposée en France par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

Les deux directives « Marchés » du 26 février 2014 sont par ailleurs complétées par une directive Concession du même jour, jusque-là sans précédent. Ces deux directives sont adossées aux principes de libre circulation des personnes et des services interdisant les discriminations en fonction de la nationalité (*CJCE, 26 juin 1978, Kenny*), les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent (*CJCE, 22 mars 1977, Lanelli*), prévoyant l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité (*CJCE, 4 déc. 1974, Van Duyn*) et assurant la libre prestation des services (*CJCE, 28 avr. 1977, Thieffry*).

Les directives sont complétées par divers règlements communautaires notamment pour la fixation de modèles d'avis de publicité ou la fixation annuelle des seuils de passation. Le juge de la Cour de justice de l'Union européenne joue un rôle important dans la constitution et l'interprétation du droit de l'Union relatif au droit des marchés publics.

Outre ce régime européen, l'acheteur garantit aux opérateurs économiques ainsi qu'aux travaux, fournitures et services issus des États parties à l'Accord sur les marchés publics conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne. Dans les autres cas, les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondés sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs autorisés à soumettre une offre.

■ **Droit national**

Le droit national des marchés publics s'est constitué formellement par la réunion des textes assurant la transposition des directives Marché. Après l'adoption de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret du 25 mars 2016 permettant de procéder à la transposition des directives dans les délais impartis, le droit des marchés publics est désormais régi par le Code de la commande publique tel qu'il a été adopté par l'ordonnance du 26 novembre 2018 et le décret du 3 décembre 2018.

Les pouvoirs publics ont ainsi abrogé la plupart des textes antérieurs pour leur substituer un seul régime. Ainsi a été abrogé le Code des marchés publics tel qu'il procédait du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 qui avait succédé au décret du 7 janvier 2004 et à celui du 7 mars 2001 qui avait fondé le premier Code des marchés publics.