

Les marchés et les contrats publics dans l'Union européenne

Kris Wauters^(*)

- Une coopération nécessite une stratégie commune et une union des efforts des partenaires
- Le marché doit servir effectivement à l'exercice de l'activité relevant des secteurs spéciaux
- La possibilité de démontrer avoir pris une mesure correctrice est un droit de l'opérateur économique
- Un pouvoir adjudicateur ne peut pas écarter automatiquement une offre au prix de zéro euro

1 Marché public

1. — Qualification. — Afin de qualifier une opération composée de plusieurs actes comme un marché public, il convient d'examiner l'opération dans sa globalité et tenir compte de sa finalité¹.

2 Champ d'application *ratione personae*

2. — Pouvoir adjudicateur. — La notion de pouvoir adjudicateur doit être interprétée d'une manière large et fonctionnelle. Par ce biais, il est question d'exclure la possibilité de donner une préférence à des entreprises « nationales » ou le fait que des organismes de droit public puissent se baser sur des considérations autres qu'économiques. La notion de pouvoir adjudicateur ne nécessite pas qu'un organisme doive respecter l'un ou l'autre modèle d'organisation spécifique².

Un pouvoir adjudicateur assure une fonction d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Une telle entité n'exerce pas, à titre principal, une activité lucrative sur le marché³.

3. — Organisme de droit public. — Il s'agit de tout organisme de droit public créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, doté de la personnalité juridique, et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public⁴.

4. — Opérateur économique. — Un opérateur économique se définit comme toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y com-

pris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché⁵. La notion d'opérateur économique doit être interprétée au sens large et comprendre quiconque d'actif sur le marché, indépendamment de son statut juridique. Dès qu'une entité offre certains services sur le marché, il ne peut être exclu que cette dernière participe à des procédures de passation de marchés publics⁶.

3 Champ d'application *ratione materiae*

A. Droit primaire

5. — Répartition des compétences⁷. — Un transfert de compétences, volontaire ou pas, au sein d'un État membre ne relève pas du champ d'application de droit primaire applicable à la passation des contrats publics. Un tel transfert implique qu'une autorité publique se décharge de l'obligation et du droit d'exécuter une mission publique donnée tandis qu'une autre autorité est désormais investie de cette obligation et de ce droit⁸.

Selon l'article 4, alinéa 2, TUE, l'Union européenne doit respecter l'organisation interne d'un État membre, ce qui vise notamment la répartition des compétences. Dans le cadre d'un transfert de compétences entre autorités publiques, l'autorité publique nouvellement investie peut organiser l'exécution des missions qui relèvent de sa compétence et établir le cadre réglementaire relatif à ces missions. Elle peut également se prévaloir d'une autonomie financière. Elle acquiert la responsabilité principale concernant les compétences transférées et n'est pas soumise à une approbation préalable de ces décisions. Elle exerce sa compétence en toute autonomie et sous sa propre responsabilité⁹.

Toutefois, cette autorité publique ne doit pas nécessairement être soustraite à toute influence de la part d'une quelconque autre autorité publique. Un certain droit de regard sur les missions liées au service public ainsi transféré est toujours possible. Le fait que l'au-

(*) Avocat, professeur à la Faculté de droit, UCLouvain, Belgique. L'auteur remercie vivement Elvira Saitova pour son aide précieuse. Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être communiqués à K.Wauters@janson.be. Période couverte : 2020. (1) C.J., arrêt du 28 mai 2020, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, aff. C-796/18, EU:C:2020:395, point 38. (2) C.J., arrêt du 4 juin 2020, *Asmel*, aff. C-3/19, EU:C:2020:423, point 54. (3) *Ibidem*, point 70. (4) *Ibidem*, point 53. (5) C.J., arrêt du 30 janvier 2020, *Tim*, aff. C-395/18, EU:C:2020:58, point 32. La notion d'opérateur économique n'est pas un élément essentiel pour déterminer le champ d'application de la réglementation sur les marchés publics. (6) C.J., arrêt du 11 juin 2020, *Parsec Fondazione*, aff. C-219/19, EU:C:2020:470, points 20-22. (7) La présente section a été placée ici, car l'élément « répartition des compétences » ne détermine pas uniquement l'application du droit secondaire, mais également l'application du droit primaire. (8) C.J., arrêt du 18 juin 2020, *Porin kaupunki*, aff. C-328/19, EU:C:2020:483, point 46. (9) *Ibidem*, point 48.



torité publique originellement compétente est encore représentée dans un organe de l'autre autorité publique exclut, en principe, toute immixtion dans les modalités concrètes d'exécution des missions qui relèvent de la compétence transférée¹⁰.

6. — Principe de la libre administration. — Des autorités investies d'un pouvoir normatif sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services. Elles ont le choix d'exécuter leurs missions d'intérêt public en utilisant leurs propres ressources, en coopération avec d'autres autorités ou en déléguant ces missions à des opérateurs économiques¹¹. Il s'agit d'un choix qui n'est pas illimité. Ce choix doit se faire dans le respect des règles fondamentales prévues par le TFUE, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi que des principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence¹².

Les États membres ont le libre choix de privilégier un mode de prestation de services, d'exécution de travaux ou d'approvisionnement en fournitures au détriment des autres. Ce choix se fait à un stade antérieur à celui de la passation d'un marché et il ne relève donc pas du champ d'application de la directive 2014/24¹³. Les autorités peuvent choisir d'exécuter leurs missions d'intérêt public en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités, ou de déléguer ces missions à des opérateurs économiques. Cette faculté n'est pas illimitée. Ce choix doit respecter les règles fondamentales du TFUE¹⁴.

7. — Intérêt transfrontalier certain. — Le droit primaire de l'Union européenne s'applique dans le cadre de la passation d'un contrat public, si ce contrat présente un intérêt transfrontalier certain. La présence d'un tel intérêt peut être constatée sur base de plusieurs critères objectifs : le montant d'une certaine importance du marché en cause en combinaison avec le lieu d'exécution des travaux ou encore les caractéristiques techniques du marché et les caractéristiques spécifiques des produits concernés. Il est également possible de tenir compte de l'existence de plaintes introduites par des opérateurs situés dans d'autres États membres, à condition qu'il soit vérifié que ces dernières sont réelles et non fictives. Seule l'appréciation concrète des circonstances permet de déterminer si le contrat a un intérêt transfrontalier certain¹⁵.

B. Droit secondaire

1. Secteurs spéciaux

8. — Services postaux. — Au sens, de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2014/25 relative à la passation de marchés par des

entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux¹⁶, les services postaux sont des services consistant en la levée, le tri, l'acheminement et la distribution d'envois postaux, tandis que les autres services que les services postaux constituent les services de gestion de services courrier ainsi que les services concernant des envois distincts des envois postaux, tels que le publipostage ne portant pas d'adresse. La directive 2014/25 s'applique aux marchés qui ont pour objectif la poursuite des activités prévues par les articles 8 à 14 de cette dernière¹⁷.

La directive 2014/25 est également applicable aux marchés qui ont un lien avec ou qui servent à l'exercice des activités prévues aux articles 8 à 14 de cette dernière, pour autant que le marché soit passé en rapport à et pour l'exercice de ces activités¹⁸. On vise donc également des activités ou services liés à la prestation de services postaux¹⁹.

Ce lien n'est pas de n'importe quelle nature. Une contribution positive ou un accroissement de la rentabilité des activités de l'entité adjudicatrice ne sont pas suffisants. L'activité doit servir effectivement à l'exercice de l'activité relevant du secteur des services postaux en permettant la réalisation de manière adéquate de cette activité, eu égard à ses conditions normales d'exercice, à l'exclusion des activités exercées à des fins autres que la poursuite de l'activité sectorielle concernée. Ceci vaut également pour les activités qui, ayant un caractère complémentaire et transversal, pourraient, dans d'autres circonstances, servir à l'exercice d'autres activités ne relevant pas du champ d'application de la directive 2014/25. Des services de conciergerie, d'accueil et de surveillance des portiques des bureaux du fournisseur sont en effet indispensables afin de fournir de manière adéquate des services postaux²⁰.

9. — Contrat mixte. — Pour autant qu'un marché viserait plusieurs activités, l'entité adjudicatrice peut décider de passer des marchés distincts pour chacune des différentes activités ou de passer un marché unique. Si elle passe un marché unique, l'entité suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné²¹.

2. Secteurs classiques

10. — À titre onéreux. — Un marché public est un contrat à titre onéreux. Le marché public est un acte juridique à caractère synallagmatique, ce qui est un élément essentiel de cette figure juridique²². Le caractère synallagmatique implique la création d'obligations juridiquement contraignantes pour chacune des parties au contrat, dont l'exécution doit pouvoir être réclamée en justice²³.

(10) *Ibidem*, point 49. (11) C.J., ordonnance du 26 novembre 2020, *Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta*, aff. C-835/19, EU:C:2020:970, points 45-46.

(12) *Ibidem*, point 50. (13) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, J.O., L 94, p. 65. (14) C.J., ordonnance du 6 février 2020, *Azienda ULSS n. 6 Euganea*, aff. C-11/19, EU:C:2020:88, points 41-45 ; C.J., ordonnance du 6 février 2020, *Rieco*, aff. jointes C-89/19 à C-91/19, EU:C:2020:87, points 33-37. (15) C.J., ordonnance du 12 novembre 2020, *Novart Engineering*, aff. C-170/20, EU:C:2020:908, points 34-35. (16) Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 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, J.O., L 94, p. 243. (17) C.J., arrêt du 28 octobre 2020, *Pegaso et Sistemi di Sicurezza*, aff. C-521/18, EU:C:2020:867, points 35-36. (18) *Ibidem*, point 37. (19) *Ibidem*, points 38-39. (20) *Ibidem*, points 42-45. (21) *Ibidem*, points 49. (22) C.J., arrêt du 28 mai 2020, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, aff. C-796/18, EU:C:2020:395, point 40 ; C.J., arrêt du 18 juin 2020, *Porin kaupunki*, aff. C-328/19, EU:C:2020:483, point 47 ; C.J., ordonnance du 30 juin 2020, *Ge.Fi.L.*, aff. C-618/19, EU:C:2020:508, point 22 ; C.J., arrêt du 10 septembre 2020, *Tax-Fin-Lex*, aff. C-367/19, EU:C:2020:685, point 25. (23) Arrêt *Tax-Fin-Lex d.o.o.*, aff. C-367/19, *op. cit.*, point 26.

Chroniques

L'élément « à titre onéreux » du côté de l'opérateur économique est présent lorsque le pouvoir adjudicateur reçoit une prestation qui comporte pour lui un intérêt économique direct²⁴. L'élément « à titre onéreux » du côté du pouvoir adjudicateur ne nécessite pas le versement d'une somme d'argent. Sa prestation peut prendre d'autres formes de contreparties, telles que le remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu. Si le pouvoir adjudicateur ne doit rien prêter, il ne s'agit pas d'un marché public, car il ne relève pas de la notion de contrat à titre onéreux. Un contrat dont la valeur économique serait la possibilité pour l'opérateur économique d'accéder à une autre procédure de marché public ne saurait suffire à le qualifier de « contrat à titre onéreux »²⁵.

“Un contrat dont la valeur économique serait pour l'opérateur économique d'accéder à une autre procédure de marché public ne peut être qualifié de contrat à titre onéreux”

3. Directive concessions

11. — Notion de concession. — Une concession de services, au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2014/23 sur l'attribution de contrats de concession²⁶, est un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix. Si l'opérateur économique a reçu d'un pouvoir adjudicateur le transfert de l'exploitation d'une prestation ou la gestion d'un service et qu'il est rémunéré par des tiers, nous sommes face à une concession de services. Il exploite ainsi à ces propres risques et pour son propre compte²⁷.

4. Exclusions

12. — Services ambulanciers. — L'exclusion de l'application des règles de passation des marchés publics visée à l'article 10, sous h), de la directive 2014/24 couvre la prise en charge de patients en situation d'urgence dans un véhicule de secours par un secouriste/ambulancier, couverte par le code CPV 75252000-7 (services de secours) ainsi que le transport en ambulance qualifié, couvert par le code CPV 85143000-3 (services ambulanciers), pour autant, s'agissant du transport en ambulance qualifié, qu'il est effectivement assuré par un personnel dûment formé aux premiers secours et qu'il vise un patient pour lequel existe un risque de dégradation de son état de santé durant ce transport. Ceci suppose, en outre, que le service ambulancier soit fourni par des organisations ou des associations à but non lucratif et qu'une situation d'urgence soit caractérisée²⁸.

13. — In house. — Une situation *in house* n'est pas soumise au champ d'application de la législation européenne en matière d'attribution de marchés publics. Dans une telle situation, le pouvoir adjudicateur est réputé avoir recours à ses propres moyens. L'opérateur économique/pouvoir adjudicateur fait quasiment partie des services internes du « vrai » pouvoir adjudicateur. Tel est le cas si deux conditions cumulatives sont remplies. Premièrement, le pouvoir adjudicateur doit exercer sur l'entité attributaire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Deuxièmement, cette entité doit réaliser l'essentiel de ses activités au profit du ou des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent²⁹.

Nous sommes en présence d'un contrôle analogue lorsque le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital de l'entité attributaire. Un tel contrôle analogue peut également être présent indépendamment du critère de la détention d'une fraction du capital ou d'une approche capitalistique³⁰. Il suffit que des pouvoirs publics aient, par le biais d'un accord avec le pouvoir adjudicateur, un contrôle effectif, structurel et fonctionnel sur l'entité³¹.

L'entité réalise l'essentiel de ses activités au profit du ou des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent, si elle réalise l'essentiel de son activité avec les collectivités prises dans leur ensemble et pas seulement avec l'une de ces collectivités en particulier³². Il faut ainsi tenir compte de toutes les activités visées par les différents accords avec les pouvoirs adjudicateurs³³.

L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 précise pour les contrats *in house* les conditions à respecter pour un pouvoir adjudicateur lorsqu'il conclut une opération interne. Si ces conditions sont remplies, cette opération est exclue du champ d'application de la directive 2014/24³⁴. Cette disposition autorise un État membre à subordonner la conclusion d'une opération interne, notamment, à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité, tant que le choix exprimé en faveur d'un mode de prestation de services en particulier, et effectué à un stade antérieur à celui de la passation de marché public, respecte les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence³⁵.

14. — Contrôle conjoint. — L'article 12, paragraphe 3, sous a) à c), de la directive 2014/24 prévoit les conditions auxquelles un pouvoir adjudicateur qui exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public peut attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer cette directive. Le contrôle conjoint est un contrôle analogue à celui que les pouvoirs adjudicateurs exercent sur leurs propres services. Cette disposition ne contient aucune exigence relative aux conditions dans lesquelles une administration acquiert dans une société, dont les actionnaires sont d'autres administrations, des participations au capital³⁶.

(24) Arrêt *Informaticgesellschaft für Software-Entwicklung*, aff. C-796/18, *op. cit.*, point 40 ; arrêt *Porin kaupunki*, aff. C-328/19, *op. cit.*, point 47 ; ordonnance *Ge.Fi.L.*, aff. C-618/19, *op. cit.*, point 22 ; arrêt *Tax-Fin-Lex*, aff. C-367/19, *op. cit.*, point 25. (25) Arrêt *Tax-Fin-Lex*, aff. C-367/19, *op. cit.*, points 26-28.

(26) Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, J.O., L 94, p. 1. (27) C.J., ordonnance du 25 mai 2020, *Resopre*, aff. C-643/19, EU:C:2020:388, points 24-26. (28) Ordonnance *Azienda ULSS n. 6 Euganea*, aff. C-11/19, *op. cit.*, point 52. (29) Arrêt *Porin kaupunki*, aff. C-328/19, *op. cit.*, point 66. (30) *Ibidem*, points 67-68. (31) *Ibidem*, point 70. (32) *Ibidem*, point 71. (33) *Ibidem*, point 76. (34) Ordonnance *Azienda ULSS n. 6 Euganea*, aff. C-11/19, *op. cit.*, point 40 ; ordonnance *Rieco*, aff. jointes C-89/19 à C-91/19, *op. cit.*, point 32.

(35) Ordonnance *Azienda ULSS n. 6 Euganea*, aff. C-11/19, *op. cit.*, point 46 ; ordonnance *Rieco*, aff. jointes C-89/19 à C-91/19, *op. cit.*, point 38.

(36) Ordonnance *Rieco*, aff. jointes C-89/19 à C-91/19, *op. cit.*, points 44-46.



15. — Coopération non institutionnalisée. — L'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24 exclut sous certaines conditions du champ d'application de cette directive un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus. Un tel marché est exclu s'il est établi ou met en œuvre une coopération entre des pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun. En outre, la mise en œuvre de cette coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public. Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs participants doivent réaliser sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération³⁷.

La notion de « marché » se confond avec celle de « marché public »³⁸. Ces marchés, qui concernent la fourniture conjointe de services publics, sont exclus du champ d'application de la directive 2014/24 s'ils sont conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services n'est placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents³⁹. Dans la mesure où il s'agit de marchés publics, les principes de la passation (égalité, transparence, libre concurrence, proportionnalité, droit du travail, droit de l'environnement et droit social) de ce genre de contrats continuent à s'appliquer.

L'une des conditions à remplir est le fait que le marché public est établi ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun. Il doit s'agir d'une coopération effective⁴⁰. L'accord de coopération doit être l'aboutissement d'une démarche de coopération entre les parties contractantes⁴¹. La coopération nécessite la participation conjointe de toutes les parties et ne peut pas se limiter au paiement d'un prix de l'un à l'autre⁴². Il y a une dimension intrinsèquement collaborative. Les parties à l'accord définissent en commun leurs besoins et les solutions à y apporter. Les partenaires ont une stratégie commune et unissent leurs efforts pour fournir des services publics⁴³. La coopération doit garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun. Il n'est pas nécessaire que l'activité de service public soit assurée en commun. Les services publics peuvent être différents. Une telle coopération entre personnes publiques peut viser n'importe quel type d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux. Cela peut également concerner une activité accessoire à un service public, pour autant que cette activité accessoire contribue à la réalisation effective de la mission de service public qui fait l'objet de la coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants⁴⁴.

L'interdiction pour les pouvoirs adjudicateurs participants à une coopération de traiter plus favorablement une entreprise privée par rapport à ses concurrents est une condition à remplir pour

qu'une telle coopération soit exclue du champ d'application de la directive 2014/24⁴⁵.

4 Principes

16. — Obligations dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. — Le respect des obligations dans les domaines du droit environnemental, social et du travail dans le cadre de l'exécution d'un marché public est un principe du droit européen des marchés publics. Il s'agit d'une valeur cardinale qui doit être respectée par les États membres⁴⁶.

5 Modalités d'attribution

17. — Centrale d'achat. — Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur qui achète des biens ou des services ou qui conclut des marchés publics pour d'autres pouvoirs adjudicateurs⁴⁷. Elle ne peut pas offrir des services sur un marché ouvert à la concurrence des entreprises privées. Une centrale n'agit pas dans son propre intérêt commercial⁴⁸.

Les États membres peuvent donner la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs de faire appel à une centrale d'achat. Un tel appel ne doit pas respecter la réglementation en matière d'attribution de marchés publics, pour autant que la centrale d'achat l'a fait⁴⁹. En outre, les États membres ont la possibilité d'adapter les modèles d'organisation des centrales d'achat en fonction de leurs propres besoins et aux circonstances particulières⁵⁰. Ainsi, ils peuvent prévoir un système qui interdit la participation d'entreprises privées dans la centrale d'achat.

Un État membre peut limiter le champ d'action territorial d'une centrale d'achat aux territoires des pouvoirs adjudicateurs qui les ont créées, afin de s'assurer que ces centrales d'achat agissent dans l'intérêt public de ces entités, et non pas dans leur propre intérêt commercial, au-delà de ces territoires⁵¹.

6 Sélection qualitative

18. — Exclusion automatique. — Une exclusion automatique d'un opérateur économique, qui pose donc une présomption irréfragable, ne donne pas la possibilité à un pouvoir adjudicateur d'examiner les conditions d'application d'un motif d'exclusion facultatif et empêche qu'un opérateur économique puisse démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un manquement dans le chef de l'un de ses sous-traitants. Ceci est contraire au principe de proportionnalité⁵².

(37) Ordonnance Azienda ULSS n. 6 Euganea, aff. C-11/19, *op. cit.*, point 48 ; ordonnance *Ge.Fi.L.*, aff. C-618/19, *op. cit.*, point 24. (38) Arrêt *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, aff. C-796/18, *op. cit.*, point 36 ; ordonnance *Ge.Fi.L.*, aff. C-618/19, *op. cit.*, point 23. (39) Arrêt *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, aff. C-796/18, *op. cit.*, point 67. (40) Ordonnance *Ge.Fi.L.*, aff. C-618/19, *op. cit.*, point 25. (41) C.J., arrêt du 4 juin 2020, *Remondis*, aff. C-429/19, EU:C:2020:436, point 28 ; *Ibidem*, point 26. (42) Arrêt *Remondis*, aff. C-429/19, *op. cit.*, point 29 ; ordonnance *Ge.Fi.L.*, aff. C-618/19, *op. cit.*, point 27. (43) Arrêt *Remondis*, aff. C-429/19, *op. cit.*, points 32-34. (44) Arrêt *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, aff. C-796/18, *op. cit.*, points 57-60 ; ordonnance *Ge.Fi.L.*, aff. C-618/19, *op. cit.*, point 32. (45) Arrêt *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, aff. C-796/18, *op. cit.*, point 76. (46) Article 18, paragraphe 2 et article 57, paragraphe 4, sous a), de la directive 2014/24 ; C.J., arrêt du 30 janvier 2020, *Tim*, aff. C-395/18, EU:C:2020:58, points 39 et s. (47) C.J., arrêt du 4 juin 2020, *Asmel*, aff. C-3/19, EU:C:2020:423, point 50. (48) *Ibidem*, points 63-64. (49) *Ibidem*, point 58. (50) *Ibidem*, point 61. (51) *Ibidem*, point 70. (52) Arrêt *Tim*, aff. C-395/18, *op. cit.*, point 53.

Chroniques

19. — Motifs d'exclusion. — Un État membre a la faculté ou non de prévoir un motif d'exclusion dans sa réglementation nationale. L'intégration peut se faire avec un degré qui peut être variable selon les cas, en fonction de considérations d'ordre juridique, économique ou social prévalant au niveau national. Ce même État membre peut ou non appliquer un motif d'exclusion et s'il l'applique, il en détermine les conditions d'application⁵³.

20. — Obligations dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. — La condition de respecter les obligations dans les domaines du droit environnemental, social et du travail est stipulée de manière impersonnelle. Un pouvoir adjudicateur doit donc aussi avoir la possibilité, voire l'obligation, d'exclure un sous-traitant qui manque à cette obligation. Si une telle possibilité ou obligation est prévue, le pouvoir adjudicateur doit l'appliquer à tous les opérateurs économiques et à tous leurs sous-traitants. Cependant, lorsque le non-respect a lieu pendant l'exécution d'un contrat, la réglementation nationale peut prévoir dans un tel cas le remplacement du sous-traitant⁵⁴.

Le principe de proportionnalité impose au pouvoir adjudicateur de tenir compte du caractère mineur d'une infraction, surtout lorsqu'il s'agit d'un manquement d'une personne autre que l'opérateur économique⁵⁵.

21. — Mesures correctrices. — Même si l'on se trouve dans une situation d'exclusion, un opérateur économique ou son sous-traitant a toujours la possibilité de démontrer qu'il a pris une mesure correctrice (*self-cleaning*) qui démontre sa fiabilité. Si la mesure est suffisante, l'opérateur économique ne doit pas être exclu de la procédure de passation de marché. Le pouvoir adjudicateur va apprécier les éléments de preuve apportés par cet opérateur en fonction de la gravité de la situation et des circonstances particulières de l'espèce⁵⁶.

La possibilité de démontrer avoir pris une mesure correctrice est un droit de l'opérateur économique qui ne peut être enlevé par un État membre ou un pouvoir adjudicateur. Cela vise à souligner l'importance attachée à la fiabilité de l'opérateur économique et à garantir une évaluation objective des opérateurs économiques et à assurer une concurrence effective. Les États membres ont uniquement le pouvoir de déterminer les conditions procédurales et matérielles visant à encadrer l'exercice dudit droit⁵⁷.

Chaque État membre est libre de déterminer quelle autorité publique va évaluer si un opérateur économique a pris une mesure correctrice suffisante. Si on charge une autorité judiciaire de cette compétence, cette procédure doit respecter toutes les conditions imposées par le droit de l'Union européenne. Cette autorité doit pouvoir évaluer le caractère approprié des mesures correctrices et ceci dans un délai compatible avec les délais imposés par la procédure de passation⁵⁸.

7 Prix anormaux

Un pouvoir adjudicateur ne peut pas écarter automatiquement une offre au prix de zéro euro

22. — Prix de zéro euro. — Il n'est pas permis à un pouvoir adjudicateur d'écarter automatiquement une offre au prix de zéro euro soumise dans le cadre d'un marché public, une offre par laquelle un opérateur propose de fournir au pouvoir adjudicateur les travaux, les fournitures ou les services que celui-ci souhaite acquérir sans demander de contrepartie⁵⁹.

23. — Procédure à suivre. — Si un pouvoir adjudicateur veut qualifier une offre au prix de zéro euro d'offre anormalement basse, il doit suivre une procédure contradictoire. Il doit demander au soumissionnaire des explications quant au montant de l'offre, en invitant le soumissionnaire à expliquer le prix ou les coûts proposés dans son offre. Ces explications contribuent à l'évaluation de la fiabilité de l'offre et permettent de prouver que l'offre n'affectera pas l'exécution correcte du marché. Les éléments de preuve fournis doivent expliquer de manière satisfaisante le prix ou les coûts proposés. Le pouvoir adjudicateur doit effectuer l'évaluation de ces informations dans le respect des principes d'égalité et de non-discrimination entre les soumissionnaires, ainsi que de transparence et de proportionnalité⁶⁰.

8 Modification substantielle

24. — Notion. — Une modification substantielle d'un marché public est une modification apportée aux conditions du contrat pendant la durée de sa validité. Une nouvelle passation d'un contrat s'impose, lorsqu'il s'agit effectivement d'une modification qui présente des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et qui sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché⁶¹.

9 Protection juridictionnelle

25. — Recours d'office. — Un recours d'office octroyé à une autorité de contrôle comme possibilité n'est en soi pas contraire au droit de l'Union européenne. Cependant, un tel recours ne peut pas porter atteinte au droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial conféré à des particuliers⁶².

Une telle procédure de recours d'office doit respecter le droit de l'Union, y compris les principes généraux de ce droit, dont fait partie le principe général de sécurité juridique⁶³.

26. — Intérêt. — Une procédure de recours doit être accessible à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation

(53) *Ibidem*, point 34. (54) *Ibidem*, points 46-47. (55) *Ibidem*, point 48. (56) *Ibidem*, points 49-50 ; C.J., arrêt du 11 juin 2020, *Vert Marine*, aff. C-472/19, EU:C:2020:468, point 16. (57) Arrêt *Vert Marine*, aff. C-472/19, *op. cit.*, points 22-24. (58) *Ibidem*, points 29-31 et 35. (59) Arrêt *Tax-Fin-Lex*, aff. C-367/19, *op. cit.*, point 30. (60) *Ibidem*, points 31-34. (61) C.J., arrêt du 26 mars 2020, *Hungeod e.a.*, aff. jointes C-496/18 et C-497/18, EU:C:2020:240, point 89 ; C.J., arrêt du 14 mai 2020, *T-Systems Magyarország e.a.*, aff. C-263/19, EU:C:2020:373, point 61. (62) Arrêt *Hungeod e.a.*, aff. jointes C-496/18 et C-497/18, *op. cit.*, points 64 et 74 ; Arrêt *T-Systems Magyarország e.a.*, aff. C-263/19, *op. cit.*, point 43. (63) Arrêt *Hungeod e.a.*, aff. jointes C-496/18 et C-497/18, *op. cit.*, point 86.

alléguée. Ainsi, on protège l'opérateur économique contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur et on assure l'existence de moyens de recours efficaces, afin de garantir l'application effective des règles de l'Union en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées⁶⁴.

27. — Délai. — Un délai de forclusion doit, dans le cadre de la sécurité juridique, être fixé à l'avance et être suffisamment prévisible. Il n'est pas conforme au principe de protection de la confiance légitime qu'une autorité nationale de contrôle puisse encore introduire un recours alors que le délai de forclusion prévu par la réglementation antérieure, applicable à la date de ces modifications, a expiré⁶⁵.

28. — Gouvernance. — Les citoyens, les parties concernées ainsi que d'autres personnes ou organismes qui n'ont pas accès à ces procédures de recours ont un intérêt légitime en qualité de contribuables à ce qu'il existe de bonnes procédures de passation de marché et ils doivent, dès lors, disposer de la possibilité, autrement qu'au moyen des systèmes de recours prévus par les directives 89/665 et 92/13 et sans se voir nécessairement conférer qualité pour agir en justice, de signaler d'éventuelles violations des directives 2014/24 et 2014/25 à une autorité ou à une structure compétente. Les États membres doivent instaurer une telle autorité ou structure⁶⁶.

29. — Sanction. — Un État membre peut prévoir dans sa réglementation nationale une sanction qui peut être imposée au pouvoir adjudicateur et à l'adjudicataire, lorsqu'il y a une infraction tenant à la modification d'un contrat de marché public en cours d'exécution en violation des règles de passation des marchés publics⁶⁷.

Le montant de l'amende, qui peut être imposée par un pouvoir adjudicateur doit être conforme au principe de proportionnalité. Ce montant ne peut aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs visés par les directives marchés publics. Pour la fixation du montant, il ne peut être uniquement tenu compte du fait que les parties contractantes agissent conjointement pour qu'il y ait modification de leur contrat de marché public. Il convient également de tenir compte du comportement ou des agissements des parties au contrat pendant la période au cours de laquelle elles voulaient modifier celui-ci. Ainsi, il pourrait être pertinent de tenir compte du fait que l'adjudicataire a pris l'initiative de proposer la

modification du contrat ou qu'il a suggéré, voir exigé du pouvoir adjudicateur, de ne pas organiser de procédure de passation de marché pour répondre aux besoins nécessitant de modifier ce contrat. Le montant de l'amende n'est pas déterminé sur la base du fait que le pouvoir adjudicateur n'a pas lancé une nouvelle procédure de passation. En effet, une telle décision relève uniquement des prérogatives du pouvoir adjudicateur⁶⁸.

Brexit

30. — Relation UE-Royaume-Uni. — Le Brexit a eu pour conséquence que les directives marchés publics et concessions ne s'appliquent plus au Royaume-Uni, à l'exception de l'Irlande du Nord. Dans un tel cas, ce sont en principe les règles de l'Accord sur les marchés publics⁶⁹ (ci-après l'« AMP ») qui s'appliquent. Le 30 décembre 2020, l'Union européenne, l'Euratom et le Royaume-Uni ont signé un accord de commerce et de coopération (ci-après l'« ACC »), devenu définitif le 29 avril 2021⁷⁰. Cet accord comporte également des dispositions en matière de marchés publics (titre VI). L'objectif du titre est de garantir l'accès des fournisseurs de chaque partie contractante à des possibilités accrues de participer aux procédures de marchés publics et d'améliorer la transparence de ces procédures. Ces dispositions élargissent les garanties couvertes par l'AMP.

Les marchés publics couverts par l'ACC sont largement ceux couverts par l'AMP, ainsi que ceux énumérés dans l'annexe PPROC-1 de l'ACC initial. L'ACC étend l'accès au marché, entre autres, au secteur de la distribution de gaz et de chaleur, aux services publics en monopole privé et à une série de services auxiliaires dans les secteurs de l'hôtellerie, des télécommunications, de l'immobilier, de l'éducation et d'autres secteurs commerciaux.

Pour les marchés publics, dont la procédure de passation à commencer avant le 30 décembre 2020, les dispositions des directives pertinentes continuent à s'appliquer.

31. — Évolutions Royaume-Uni. — Le 15 décembre 2020, le gouvernement de Westminster a publié son « Green paper » : Transforming public procurement⁷¹. Dans ce document, le gouvernement donne sa vision sur le droit qui devrait être applicable en matière de marchés publics⁷².

(64) *Ibidem*, points 71-72 ; Arrêt *T-Systems Magyarország e.a.*, aff. C-263/19, *op. cit.*, points 50-51. (65) Arrêt *Hungeod e.a.*, aff. jointes C-496/18 et C-497/18, *op. cit.*, points 80-82. (66) *Ibidem*, points 93-97. (67) Arrêt *T-Systems Magyarország e.a.*, aff. C-263/19, *op. cit.*, point 55. (68) *Ibidem*, points 71-74. (69) https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/rev-gpr-94_01_f.pdf. (70) Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, J.O., L 149, p. 10. (71) https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/943946/Transforming_public_procurement.pdf. (72) Pour une première évaluation de ce document : S. Arrowsmith, « Transforming public procurement law after Brexit : some reflections on the Government's Green Paper », *P.P.L.R.*, 2021, n° 3, pp. 103-123.