

Veille Commande publique

Avril 2022

A LA UNE

- **Publication du rapport triennal à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2017-2019**

Conformément à l'obligation faite à chaque État membre de l'Union européenne, par les articles 83 et 85 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, la Direction des affaires juridiques a élaboré pour l'État français un rapport relatif au suivi de la réglementation des marchés publics destiné à la Commission européenne pour la période 2017-2019.

Sur la base d'une analyse quantitative et qualitative, ce rapport publié en février 2022 permet d'améliorer la connaissance par la Commission des politiques intérieures mises en œuvre en lien avec les marchés publics.

À l'occasion du renouvellement de cet exercice triennal, la partie qualitative a été développée et complétée par des analyses de la mise en œuvre des textes par les acteurs territoriaux : à la fois le niveau de participation des PME à la commande publique, mais aussi les incertitudes juridiques récurrentes des acheteurs ainsi que les dispositifs de prévention et de signalement des fraudes et autres irrégularités en la matière. En outre, afin de tenir compte des évolutions apportées au cadre juridique national, une partie sur la dématérialisation des échanges a été ajoutée au volet des stratégies nationales d'achat public portant sur les thématiques fondamentales du développement durable et de l'innovation.

Source :

<https://kiosque.bercy.gouv.fr/alyas/msite/view/lettre-daj/16740>

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/20210712_Rapport-CE-application-r%C3%A9glementation-VF.pdf?v=1645103168

- **Publication du rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale relative aux différentes missions confiées par l'administration de l'État à des prestataires extérieurs**

La mission d'information de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale a rendu en janvier 2022 les conclusions de ses travaux concernant l'externalisation des missions de l'État.

« L'externalisation consiste, pour une administration publique, à confier une mission à un opérateur extérieur ». Cette externalisation revêt des formes contractuelles diverses (marchés publics, globaux et de partenariat, concessions) et concerne un champ très large de domaines.

Si le rapport met en avant les risques que peuvent présenter une externalisation sans maîtrise – notamment la perte des compétences en interne – il présente surtout l'importance de cette opportunité en terme humain et économique ainsi que les clés de sa réussite, notamment à travers les leviers prévus par le code de la commande publique et par une politique d'achats efficace.

Le rapport recommande néanmoins certaines évolutions légales et réglementaires et préconise par ailleurs de renforcer la mutualisation des achats et de s'assurer de la bonne conservation des compétences en interne.

Le rapport revient enfin sur un secteur spécifique d'activité externalisé, à savoir le recours croissant aux cabinets de conseil, pour lequel des marges de progression sont mises en évidence pour une meilleure utilisation et un meilleur encadrement de ces prestations ; rejoignant ainsi pour partie les conclusions rendues par la commission d'enquête sénatoriale sur l'influence des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques dans son rapport présenté le 17 mars 2022.

Source :

https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_fin/l15b4928_rapport-information

JURISPRUDENCE

- **Les exclusions de plein droit des procédures de passation des marchés publics et des concessions ne sont pas des sanctions pénales**

Saisi à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité des dispositions législatives du Code de la commande publique portant exclusion de plein droit des procédures de passation par rapport aux droits et libertés que la Constitution protège, le Conseil constitutionnel a estimé dans une décision du 28 janvier 2022 que de telles exclusions ne sauraient être considérées comme une peine.

Les exclusions des procédures de passation « de plein droit » prévues par Code de la commande publique, s'agissant des marchés ou des contrats de concession, sont celles qui reposent sur des peines prononcées par un juge pénal, des défauts de régularité au regard des obligations sociales ou fiscales. Ces exclusions constitueraient d'après les requérants une peine méconnaissant les principes de nécessité et d'individualisation des peines ainsi que du droit à un recours juridictionnel effectif.

Contrairement à ce que soutenaient les requérants, le Conseil constitutionnel prononce un non-lieu à statuer en estimant que « *les dispositions contestées, qui n'ont pas pour objet de punir les opérateurs économiques mais d'assurer l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics, n'instituent pas une sanction ayant le caractère d'une punition. D'autre part, les principes de nécessité et d'individualisation des peines, qui sont protégés par le droit de l'Union européenne, ne constituent pas des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* ».

En l'absence de mise en cause d'un principe ou d'une disposition communautaire, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne. Dans cette hypothèse, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive ou ce règlement des droits fondamentaux garantis par le traité sur l'Union européenne.

Source :

[Conseil constitutionnel, Décision n° 2021-966 QPC du 28 janvier 2022, M. Cédric L. et autre \[Exclusion de plein droit des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession\]](#)

[« Exclusion automatique des marchés publics en raison de certaines infractions pénales : les parades », François Tenailleau, Le Moniteur, 31 janvier 2022](#)

- **Application au recours Tarn-et-Garonne de la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire**

Pour accompagner les mesures gouvernementales prises au printemps 2020 dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Covid-19 et garantir le droit à un recours effectif durant cette période exceptionnelle, plusieurs ordonnances avaient prévu des dispositions transitoires en matière de recours juridictionnels.

L'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 dispose en effet que « tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli [entre le 12 mars 2020 et le 23 mars 2020] sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois »

Saisi par le TA de La Réunion sur le fondement de l'article 113-1 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat juge, dans un avis contentieux rendu le 3 février 2022, que les dispositions de cet article 2 s'appliquent « aux délais de recours prescrits par la loi ou le règlement ainsi que par la jurisprudence » et qu' « elles le sont, par conséquent, au délai de deux mois, à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, dont disposent les tiers souhaitant contester la validité d'un contrat », c'est-à-dire au recours Tarn-et-Garonne.

Source :

[Conseil d'Etat, avis contentieux, 3 février 2022, Société Osiris Sécurité Run, n°457527](#)

[« La prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire aux termes de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 s'applique aux délais de recours prescrits par la jurisprudence, ce qui inclut le délai de recours issu de la jurisprudence "Tarn-et-Garonne" », Lettre de la DAJ, n°334 du 24 février 2022](#)

- **La Cour de justice de l'Union européenne précise la notion de « succession partielle du contractant initial à la suite d'opérations de restructuration de société »**

La Cour de justice de l'Union européenne précise à l'occasion d'une question préjudicielle la notion de succession partielle d'un opérateur économique à un contractant initial d'un marché à la suite d'opérations de restructurations de société au sens de l'article 72 de la directive 2014/24/UE

La Cour rappelle qu'en principe le changement de titulaire lors de l'exécution d'un marché constitue une modification substantielle impliquant la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation sauf dans le cas d'exceptions limitativement prévues par la directive parmi lesquelles celle transposée en droit français à l'article R.2194-6, 2° du code de la commande publique, à savoir la cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial.

La Cour estime que l'article 72 de la directive précitée doit être interprété en ce sens qu'un opérateur économique n'ayant repris que les droits et obligations d'un accord-cadre conclu avec un pouvoir adjudicateur et un contractant dont la mise en faillite a conduit à sa liquidation, doit être regardé

comme ayant fait l'objet d'une succession partielle à la suite d'opérations de restructuration de société, au sens de cette disposition. Il n'est donc pas besoin, dans ce cas de figure, de recourir à une nouvelle procédure de passation.

Source :

[« La Cour de justice de l'Union européenne précise la notion de succession partielle d'un opérateur économique à un contractant initial d'un marché à la suite d'opérations de restructurations de société au sens de l'article 72 de la directive 2014/24/UE et résultant notamment de l'insolvabilité du titulaire initial qui comprend la faillite aboutissant à la liquidation »](#), Lettre de la DAJ, n°334 du 24 février 2022