

ACTUALITE DE LA COMMANDE PUBLIQUE – JUILLET 2023

A LA UNE

- **Le projet de loi relatif à l'industrie verte adopté en première lecture par le Sénat**

Le projet de loi vise notamment à favoriser la prise en compte des enjeux environnementaux dans tous les aspects de la commande publique.

Deux nouveaux motifs d'**exclusion des procédures de passation des marchés et des contrats de concession** sont prévus pour les opérateurs économiques qui ne satisferaient pas leurs obligations de publication d'informations en matière de durabilité issues de la directive n°[2022/2464](#) du 14 décembre 2022 (directive « CSRD ») ou de bilan des émissions de gaz à effet de serre.

En outre, il serait précisé, dans le code de la commande publique, que l'**offre économiquement la plus avantageuse** est déterminée sur la base de **critères qui peuvent comprendre des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux**. Enfin, les **schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables** seraient **étendus à l'Etat**. Autrement dit, l'article [L. 2111-3](#) du code de la commande publique serait modifié afin d'étendre son champ d'application aux acheteurs de l'Etat.

Source : [Lettre DAJ n°358 du 24 mai 2023](#)

JURISPRUDENCE

- **Le Conseil d'Etat précise les possibilités pour la personne publique de modifier ou de résilier unilatéralement un contrat dont une clause serait illicite**

Par un [arrêt du 8 mars 2023](#) (n°464619), le Conseil d'Etat précise les possibilités de modification ou de résiliation unilatérales des contrats administratifs dont bénéficie la personne publique contractante lorsque son contrat comporte une clause illicite, selon que cette dernière soit divisible ou non du contrat.

Ainsi, « la personne publique peut, lorsqu'une clause du contrat est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu et à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat, y apporter de manière unilatérale les modifications permettant de remédier à cette irrégularité. Si la clause n'est pas divisible du reste du contrat et que l'irrégularité qui entache le contrat est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge ».

Source : [Lettre DAJ n°354 du 23 mars 2023](#)

- **Le Conseil d'État précise les effets du secret des affaires sur le droit à la communication de documents administratifs à un candidat évincé**

Dans un [arrêt du 15 mars 2023](#) (n°465171), le Conseil d'État estime que, dans leur ensemble, « **les documents et informations échangés entre l'administration et un candidat lors de la phase de négociation d'un contrat de la commande publique**, dès lors qu'ils révèlent par nature la stratégie commerciale du candidat, entrent dans le champ du 1° de l'article L. 311-6 et **ne sont**, par suite, **pas communicables** ». Ceci fait donc obstacle à la communication de tels documents à un candidat évincé dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence.

En revanche, selon le Conseil d'État, **dès lors que les éléments relatifs aux engagements de la société attributaire sur les quantités et la qualité des prestations ne mentionnent ni les prix unitaires ni les caractéristiques précises de ces prestations, ces informations ne révèlent pas en eux-mêmes des procédés de fabrication ou la stratégie commerciale de l'entreprise et sont donc communicables.**

Source : [Lettre DAJ n°355 du 6 avril 2023](#)

- **Le Conseil d'État précise les obligations de la personne publique à l'égard de son cocontractant défaillant lorsqu'elle a recours à un contrat de substitution**

Aux termes d'un [arrêt du 5 avril 2023](#) (n°463554), le Conseil d'État précise, dans le cadre du suivi de l'exécution du contrat de substitution par le cocontractant défaillant, d'une part, que si une personne publique doit, dans tous les cas, lui notifier ce contrat, elle n'est tenue de lui communiquer les pièces justifiant de la réalité des prestations effectuées qu'en cas de demande en ce sens et, d'autre part, que le cocontractant défaillant ne peut contester son montant en se prévalant de son invalidité.

Source : [Lettre DAJ n°356 du 19 avril 2023](#)

- **La Cour de Justice précise le degré de justification que doit apporter un pouvoir adjudicateur lorsqu'un candidat évincé l'interroge sur le caractère anormalement bas de l'offre retenue**

Dans son [arrêt n°101/22](#) « *Sopra Steria Benelux* » du 11 mai 2023, la Cour de Justice de l'Union européenne détaille ce qui est attendu des pouvoirs adjudicateurs en termes d'information des candidats évincés et la procédure qu'ils doivent suivre pour contrôler les offres anormalement basses respectivement au titre de l'article 170 du [règlement financier](#) et du point 23 de son annexe I.

Selon la CJUE, « **dès lors qu'un soumissionnaire évincé, qui ne se trouve pas dans une situation d'exclusion et qui satisfait aux critères de sélection, demande, par écrit et de manière motivée, au pouvoir adjudicateur d'exposer les raisons pour lesquelles il n'a pas considéré l'offre retenue comme étant anormalement basse, ce dernier est tenu de fournir une réponse détaillée** ».

Les explications de l'acheteur doivent démontrer que le prix de l'offre n'est pas sous-évalué et n'est pas de nature à mettre en péril la bonne exécution du marché. Selon les cas d'espèce, il pourra être difficile de concilier cette obligation avec le respect du secret des affaires qui prohibe la communication à des tiers d'informations liées à la stratégie commerciale d'un opérateur. Les acheteurs doivent donc veiller à trouver un équilibre dans le degré de détail des informations données afin de satisfaire à l'obligation de justification posée par la Cour sans porter atteinte au secret des affaires.

Source : [Lettre DAJ n°360 du 22 juin 2023](#)