



NOTE
DE VEILLE
REGLEMENTAIRE

Janvier 2024

/ RÉDACTEUR : CKS PUBLIC



www.cks-public.fr

Fixation des nouveaux seuils de procédures formalisées pour les années 2024 et 2025

Le montant des seuils de procédures formalisées pour la passation des marchés publics et des contrats de concession est révisé tous les deux ans par la Commission européenne. Cette révision tient compte de l'évolution du taux de change entre l'euro et les droits de tirage spéciaux calculés à partir de diverses monnaies.

Pour les années 2024 et 2025, ils ont été augmentés par voie d'un « Avis relatif aux seuils de procédures et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique », publié au Journal officiel du 7 décembre 2023.

À compter du 1er janvier 2024, les nouveaux seuils de procédures formalisées sont :

	2022-2023	2024-2025
Marchés de fournitures et de services des autorités publiques centrales	140 000 €	143 000 €
Marchés de fournitures et services des autres pouvoirs adjudicateurs	215 000 €	221 000 €
Marchés de fournitures et services des entités adjudicatrices et marchés de fournitures et services de défense ou de sécurité	431 000 €	443 000 €
Marchés de travaux et les contrats de concessions	5 382 000 €	5 538 000 €

L'augmentation des seuils est de +2.8 % pour les marchés de fournitures et services (alors qu'elle n'était que de 0.5% entre 2021 et 2022). S'agissant des marchés de travaux, l'augmentation des seuils est de l'ordre de +2.9 % (elle n'était que de 0.6% entre 2021 et 2022).

[Cf. Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique](#)

L'indemnisation du manque à gagner d'un candidat évincé est subordonnée à la démonstration des chances sérieuses de remporter le contrat, au contraire de tous les autres candidats (Conseil d'Etat, 28 novembre 2023, n°468867, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer)

En l'espèce, la société La Royale Plage avait été évincée irrégulièrement d'un contrat de délégation de service public par la Commune de Saint-Cyr-sur-Mer. Devant le juge administratif, cette société demandait à être indemnisée de son manque à gagner causé par son éviction irrégulière du contrat.

Dans son arrêt en date du 28 novembre 2023, le Conseil d'Etat prend une approche inédite en la matière en affirmant que « Pour juger que la société La Royale Plage avait droit à être indemnisée de son manque à gagner causé par son éviction irrégulière du contrat, la cour administrative d'appel de Marseille s'est fondée sur la seule circonstance qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'offre finale de cette société aurait eu une valeur inférieure à celles des trois autres candidats admis à négocier. En statuant ainsi, alors qu'il lui revenait d'apprécier si, en l'absence de faute de la commune, la société La Royale Plage aurait eu des chances sérieuses d'emporter le contrat au contraire de tous les autres candidats, la cour a commis une erreur de droit. ».

Commentaire : Il ressort de cet arrêt que le candidat irrégulièrement évincé doit avoir été le seul et l'unique à disposer d'une chance sérieuse de remporter le marché ou la concession pour être indemnisé du manque à gagner. Jusqu'alors, le recours indemnitaire était généreux dans la jurisprudence administrative qui allait jusqu'à indemniser le manque à gagner si l'opérateur économique « disposait d'une chance sérieuse d'emporter le marché » (CE, Section, 13 mai 1970, Monti, n° 74601, p. 322 ; CE, 8 février 2010, Commune de La Rochelle, n° 314075, p. 14).

Ainsi, la jurisprudence passée laissait penser que la notion de « chance sérieuse » n'impliquait pas forcément la notion d'unique candidat à pouvoir emporter le contrat, si l'irrégularité n'était pas survenue. En ce sens, le rapporteur public M. DACOSTA Bertrand, dans ses conclusions sur l'affaire Commune de la Rochelle précitée, allait jusqu'à estimer qu'il suffisait qu'il dispose de plus de 50 % de chance d'emporter le contrat pour avoir droit à une indemnisation intégrale du manque à gagner.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat affine et restreint les conditions d'indemnisation. En l'espèce, 4 autres candidats pouvaient justifier d'un manque à gagner et réclamer une indemnisation, ce nombre important a sûrement motivé la restriction de la notion de « chance sérieuse ».

[Cf. Décision du Conseil d'État](#)

[Cf. Commentaire de François LICHERES dans "L'Essentiel du Droit des Contrats Publics - Décembre 2023"](#)

CE, 17 octobre 2023, Commune de Viry-Châtillon : Le Conseil d'État précise la frontière entre fournisseur et sous-traitant en s'inspirant de la jurisprudence judiciaire

Dans la jurisprudence judiciaire, un fournisseur peut être qualifié de sous-traitant dans le cas où, malgré qu'il ne procède pas à l'installation ou à la mise en place d'un bien, il l'a néanmoins fabriqué spécialement pour un marché (Cass., 3e Civ., 7 novembre 2012, n° 11-18.138).

Dans son arrêt du 17 octobre 2023 "Commune de Viry-Châtillon", le Conseil d'Etat s'inspire de cette jurisprudence judiciaire et adopte la même approche. Il considère que « des biens présentant des spécificités destinées à satisfaire des exigences particulières d'un marché déterminé ne peuvent être regardés comme de simples fournitures » sans préciser qu'il soit nécessaire de poser ou d'installer ces biens. Ainsi, un fournisseur qui ne livre pas seulement des biens standards au titulaire d'un marché mais qui confectionne des biens spécifiques pour l'exécution dudit marché revêt la qualité de sous-traitant, et non pas de fournisseur.

Conformément à l'article L2193-2 du code de la commande publique, la sous-traitance est définie comme « l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur. » Un fournisseur, quant à lui, est une entreprise chargée de remettre au titulaire les biens nécessaires à la bonne exécution du marché sans en exécuter elle-même une partie. Selon l'article L2193-11 du CCP, le sous-traitant direct du titulaire du marché peut être payé directement pour la part du marché dont il assure l'exécution, contrairement à un fournisseur.

Dans le cas d'espèce, l'entreprise fournissait des menuiseries fabriquées pour répondre aux spécifications techniques d'un ouvrage. Le Conseil d'Etat, en retenant la qualification de sous-traitant pour cette société, considère qu'elle peut à ce titre bénéficier du paiement direct par le maître d'ouvrage.

Toutefois, comme le souligne le rapporteur public M. LABRUNE Nicolas, cette décision ne précise pas si les biens spécifiques fournis doivent être à l'usage exclusif du marché. Dans ses conclusions sur cette décision, il réalise une analogie entre la distinction fabricant/fournisseur en matière de garantie décennale et celle entre sous-traitant/fournisseur. En effet, le Conseil d'État a déjà considéré que le fait qu'un bien livré au titulaire spécifiquement pour un marché puisse être ensuite revendu ou réutilisé auprès d'autres clients écarte la qualification de fabricant. En suivant cette posture, il serait envisageable qu'un bien spécifiquement fourni pour un marché ne suffise pas à caractériser une sous-traitance si ce bien est commercialisable pour d'autres clients du fournisseur.

[Cf. Décision du Conseil d'État](#)

La qualité d'ancien exploitant d'une délégation de service public ne suffit pas pour agir dans le cadre d'un recours ouvert aux tiers visant à mettre fin à l'exécution d'un contrat administratif (CE, 24 octobre 2023, n°470101)

Par son arrêt du 30 juin 2017 « Syndicat Mixte de Promotion de l'Activité Transmanche », le Conseil d'Etat avait ouvert une nouvelle voie de recours de plein contentieux aux tiers contre les actes d'exécution d'un contrat administratif. A cette occasion, le juge avait affirmé qu'« un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat ».

C'est sur cette notion d'« intérêts lésés de façon suffisamment directe et certaine » que la récente décision du Conseil d'Etat apporte des précisions :

En l'espèce, une société avait introduit une demande auprès du juge administratif afin de mettre fin à l'exécution d'une convention de DSP (délégation de service public) passée par la commune des Baux-de-Provence avec l'un de ses concurrents, dans le cadre du recours dit « Transmanche ». Cette DSP avait fait l'objet d'une procédure de mise en concurrence régulière en mars 2009.

Pour motiver son recours, le requérant se prévalait de sa qualité d'ancien exploitant de la DSP et de l'intérêt qu'il aurait à se présenter candidat à une nouvelle procédure de mise en concurrence en vue de son éventuelle réattribution. La société avait donc introduit une demande auprès du juge administratif afin de mettre fin à l'exécution de convention de DSP. D'abord rejetée par le tribunal administratif, sa demande a été accordée par une décision de la Cour Administrative d'Appel de Marseille. L'attributaire de la DSP s'est pourvu en cassation.

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat s'intéresse à la question de l'intérêt lésé. Il juge que la CAA « en statuant ainsi, alors que ni la circonstance que la société ait exploité le site par le passé, ni la circonstance qu'elle pourrait se porter candidate à une éventuelle réattribution de la délégation au terme de celle actuellement en cours ne suffisent à justifier qu'elle serait susceptible d'être lésée dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la poursuite de l'exécution de la convention, la cour administrative d'appel a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

Dès lors, il ressort de cette solution que les qualités d'ancien exploitant et de potentiel futur candidat ne suffisent pas pour agir dans le cadre du recours dit « Transmanche », ouvert aux tiers et visant à mettre fin à l'exécution d'un contrat administratif. Ainsi, ce recours ne permet aux tiers à un contrat de ne sanctionner qu'un défaut d'exécution suffisamment grave et compromettant manifestement l'intérêt général.

[Cf. Décision du Conseil d'Etat](#)

Le pouvoir adjudicateur n'est pas soumis à une obligation de communiquer aux candidats les barèmes utilisés pour apprécier les sous-critères de notation des offres (CE, 7ème chambre, 02/08/2023, 472976)

En l'espèce, une société de travaux publics a déposé une demande de suspension - ou d'annulation à défaut - de la procédure de passation du marché de travaux public pour laquelle elle avait été évincée auprès du juge des référés du tribunal administratif de Besançon. Cette société se prévalait que l'acheteur avait méconnu l'obligation de transparence des procédures en ne portant pas à la connaissance des candidats les éléments d'appréciation associés à un barème de notation permettant l'évaluation de trois sous-critères.

Le tribunal administratif avait fait droit à sa demande. La communauté de communes de Rahin et Chérimont s'est pourvue en cassation devant le Conseil d'État face à cette décision.

Dans son arrêt en date du 2 août 2023, le Conseil d'État effectue d'abord un rappel : lorsqu'un acheteur fixe des sous-critères pondérés ou hiérarchisés pour l'appréciation de ses critères de notation, leur pondération ou leur hiérarchisation doit également être connue des candidats « dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats et [ils] doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ».

Toutefois, il ajoute que l'acheteur « n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres lorsqu'il se borne à mettre en œuvre les critères annoncés ». Ainsi, le barème de notation des sous-critères est ici considéré comme relevant de la méthode de notation des offres, et ne doit pas être considéré comme un critère de sélection à part entière, dès lors que les sous-critères de notation sont déjà suffisamment détaillés dans les documents de la consultation.

En ce sens, les conclusions du rapporteur public précisent que « en présence de sous-critères suffisamment détaillés, comme en l'espèce, l'information des candidats est en général suffisante et il faut vraiment qu'apparaisse dans le barème de notation une caractéristique très particulière de l'offre et très valorisée pour qu'il y ait irrégularité. Or tel n'était pas le cas en l'espèce. Pour chacun des trois sous-critères en cause, les items du barème de notation ne visaient pas à isoler une caractéristique de l'offre distincte du sous-critère lui-même et, par ailleurs, aucun de ces items n'avait une pondération suffisamment différente des autres pour en faire un sous-sous-critère individualisable. »

[Cf. Décision du Conseil d'Etat](#)

[Cf. Conclusions du rapporteur public sur cette décision du Conseil d'Etat](#)

[Cf. Lettre de la DAJ "Un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de communiquer aux candidats les barèmes utilisés pour apprécier les sous-critères de notation des offres"](#)

NOTE

DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Le délai de recours raisonnable d'un an à compter de la connaissance de l'acte en dépit de l'absence de publicité régulière (jurisprudence Czabaj) s'applique au recours en contestation de la validité d'un contrat administratif. (Conseil d'Etat, 19 juillet 2023)

Dans son arrêt d'assemblée du 13 juillet 2016 dit « Czabaj », le Conseil d'Etat a jugé qu'un requérant dispose d'un délai d'un an pour contester par la voie de l'excès de pouvoir une décision administrative qui oublierait de mentionner les voies et délais de recours, sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant. Qualifié de « délai raisonnable », cette durée d'un an trouve son fondement dans le principe de sécurité juridique, ce dernier faisant obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative eu égard à la consolidation des situations par l'effet du temps.

Cette solution prétorienne a depuis lors été appliquée dans différents domaines : en matière de travaux publics, de décisions pécuniaires, de titres exécutoires...

Par sa décision du 19 juillet 2023, le juge administratif a étendu au recours en contestation de validité d'un contrat administratif ladite jurisprudence « Czabaj » selon laquelle, en l'absence de publicité régulière, le délai de recours raisonnable contre une décision administrative individuelle est d'un an à compter de la connaissance de l'acte.

En l'espèce, la société requérante avait introduit un recours en contestation de la validité du contrat le 4 juin 2012. Toutefois, l'avis d'attribution du marché concerné avait été publié le 9 octobre 2010. En application de la jurisprudence « Czabaj », le Conseil d'Etat a jugé que le recours était tardif, car introduit plus d'un an à compter de la publication de l'avis d'attribution du contrat.

Cette solution retenue est valable à la fois pour les recours liés à la jurisprudence « Tropic travaux » (CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291545) et ceux liés à la jurisprudence « Tarn-et-Garonne » (CE, Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994).

[Cf. Décision Conseil d'Etat](#)

[Cf. Lettre de la DAJ "Extension de la jurisprudence Czabaj au recours en contestation de la validité d'un contrat administratif"](#)

[Cf. Commentaire de Laurent RICHER dans "L'Essentiel du droit des Contrats Publics - Octobre 2023"](#)

Le recours Tarn-et-Garonne est ouvert à l'un des titulaires de l'accord-cadre multi-attributaires (Conseil d'Etat, avis 23 novembre 2023, n° 474108)

L'article L113-1 du Code de justice administrative permet au juge, avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, de transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat afin qu'il examine la question soulevée et rende une décision qui n'est susceptible d'aucun recours (un « avis »).

Dans le cadre de son avis du 23 novembre 2023, le Conseil d'Etat devait se positionner sur les questions suivantes :

- 1°) *Appartient-il au juge du contrat, saisi de conclusions en ce sens par l'un des titulaires d'un accord-cadre multi-attributaire à bons de commande, notamment dévolus par une méthode dite " en cascade ", de prononcer l'annulation ou la résiliation de cet accord-cadre en tant qu'il a été conclu avec un ou plusieurs de ses autres titulaires, alors qu'une telle annulation ou résiliation aurait pour effet de ramener le nombre des titulaires de cet accord-cadre à un nombre inférieur à celui fixé en vertu des dispositions du règlement de la consultation publié pour la passation du contrat en litige voire à aboutir à ce que seul l'un de ses titulaires en assure l'exécution*
- 2°) *Les irrégularités constatées par le juge du contrat saisi d'un recours en contestation de la validité d'un accord-cadre multi-attributaire formé par l'un de ses titulaires, alors même qu'elles ne porteraient que sur la candidature ou sur l'offre de l'un de ses titulaires, peuvent-elles le conduire à prononcer l'annulation ou la résiliation totale de l'accord-cadre en litige*

Dans sa réponse, le Conseil d'Etat précise que « lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, chacun de ses titulaires doit être regardé, pour l'exercice de l'action en contestation de la validité du contrat, comme un tiers à cet accord en tant que celui-ci a été conclu avec les autres opérateurs. ». L'accord-cadre multi-attributaires ne doit donc pas être regardé comme un contrat unique conclu avec plusieurs opérateurs économiques, mais bien comme plusieurs contrats distincts liés les uns aux autres.

Ainsi, s'il est saisi par l'un des titulaires d'un accord-cadre multi-attributaires, le juge administratif ne peut prononcer la résiliation ou l'annulation totale de cet accord-cadre. La résiliation ou l'annulation ne sera que partielle, dès lors que l'accord litigieux est affecté de vices qui ne permettent pas la poursuite de son exécution.

Enfin, le Conseil d'Etat précise que si une telle annulation ou résiliation aurait pour effet de ramener le nombre des titulaires de cet accord-cadre à un nombre inférieur à celui envisagé par le règlement de la consultation, cela est sans incidence sur la possibilité pour le juge de la prononcer.

[Cf. Avis du Conseil d'Etat](#)

[Cf. Commentaire de François LICHERES dans "L'Essentiel du Droit des Contrats Publics - Décembre 2023"](#)

Adoption de la loi visant à promouvoir l'accès aux PME et aux TPE aux procédures de marchés publics

Nous l'abordions dans notre dernière note de veille réglementaire, la loi visant à promouvoir l'accès aux PME et aux TPE aux procédures de marchés publics a désormais été adoptée le 22 décembre 2023. Trois mesures ont été adoptées en faveur des PME et TPE :

L'introduction d'un nouveau régime des avances : Bien que l'interdiction des avances reste le principe, le pouvoir adjudicateur dispose de la faculté d'en prévoir l'octroi dans les documents de marché. Désormais, cette faculté se transforme en obligation, dans le cas d'une procédure autre que la procédure négociée sans publication préalable, si le titulaire du marché est une PME ou TPE.

L'octroi d'une indemnité de soumission : En dehors des cas où il utilise la procédure ouverte ou la procédure négociée directe avec publication, le pouvoir adjudicateur est désormais soumis à une obligation de prévoir une indemnité de soumission dont le montant et la date de paiement doivent être prévus dans les documents du marché, dans le cas où il est demandé aux soumissionnaires de remettre des maquettes, des échantillons, et toute conception graphique dans une plus large mesure.

Une limite existe toutefois en cas de remise d'une offre substantiellement irrégulière ou inacceptable, le pouvoir adjudicateur peut ne prévoir aucune indemnité de soumission ou prévoir une indemnité réduite.

L'obligation de communiquer à chaque soumissionnaire le classement attribué à son offre : Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de communiquer à chaque soumissionnaire, via e-procurement, sa place individuelle dans le classement provisoire des offres reçues. A noter que cette obligation est subordonnée aux conditions cumulatives suivantes :

- Le marché est inférieur aux seuils européens
- Le marché est passé par procédure ouverte ou restreinte
- L'offre économiquement la plus avantageuse est exclusivement déterminée sur la base du prix
- Le marché public concerné ne porte pas sur un secteur identifié par le Roi comme présentant un risque accru d'ententes faussant la concurrence.

Cette loi dispose que les soumissionnaires ne peuvent pas communiquer leur place individuelle dans le classement provisoire à d'autres candidats, soumissionnaires ou participants, ni à des tiers dont les sous-traitants.

Les mesures entrent en vigueur aux dates suivantes :

- 1er janvier 2024 pour les avances et la publicité à posteriori relative à l'indemnité de soumission ;
- 1er février 2024 pour l'indemnité de soumission ;
- 1er juin 2024 pour la communication de la place individuelle dans le classement provisoire.

[Cf. Article publié par SPF Chancellerie du Premier Ministre - Direction générale Communication externe sur news.belgium](#)

[Cf. Article "Renforcement de l'accès des PME aux marchés public !"](#)

NOTE

DE VEILLE REGLEMENTAIRE



Vers l'obligation progressive de la méthodologie BIM pour les marchés publics de construction espagnols et portugais

Le Conseil des Ministres Espagnol a approuvé, le 27 juin 2023, le Plan d'incorporation de la méthodologie BIM dans les marchés publics de l'Administration Générale de l'État et ses organismes publics et entités de droit public liés ou dépendants.

Qu'est-ce que le BIM ? : Le BIM (*Building Information Modeling* ou Modélisation des Informations d'une Construction) désigne une méthode de travail collaborative autour d'une maquette numérique 3D. Il s'agit d'une manière de concevoir et de construire un bâtiment dont l'objectif est de produire une véritable maquette digitale de l'immeuble à construire afin de le tester, de déceler rapidement et de corriger virtuellement les erreurs éventuelles, tout ceci avant le lancement des travaux de construction. Outil collaboratif, le BIM permet aux différents intervenants de travailler de manière coordonnée, chacun sur sa propre modélisation 3D. Tous les modèles sont ensuite combinés en un seul modèle unique ou fédéré.

Le Plan BIM dans les marchés publics espagnols va plus loin que son homologue français. Le gouvernement espagnol a décidé d'introduire une obligation progressive du BIM dans la commande publique. Pour cela, le plan fixe des seuils économiques à partir desquels les maîtres d'ouvrage utiliseront le BIM dans les marchés publics, selon un calendrier progressif qui s'étend de 2024 à 2030 et par niveaux croissants d'application du BIM. Ainsi, à partir du 1^{er} avril 2024, le plan prévoit un processus progressif d'utilisation des exigences du BIM, depuis un niveau initial jusqu'à un niveau intégré.

Dans la même veine, le BIM va également devenir obligatoire au Portugal à compter de janvier 2030. Cela a été encadré par un décret en date du 8 janvier 2024 : « A compter du 1er janvier 2030, il est obligatoire de présenter des projets architecturaux, prévus au RJUE (Régime Juridique de la Construction et de l'Urbanisme Portugais), modélisés numériquement et paramétriquement selon la méthodologie Building Information Modeling (BIM). »

Rappelons que ce sont les directives européennes de 2014 relatives aux marchés publics qui ont laissé la possibilité aux États membres d'imposer le recours à des outils de modélisation électronique des données du bâtiment, ou des outils similaires, dans le cadre de la passation de leurs marchés publics.

A titre de comparaison, la France n'a pas fait le même choix que ses voisins en la matière, et le BIM n'est qu'une simple faculté dans ses marchés publics. En ce sens, l'article R. 2132-10 du Code de la commande publique dispose que l'acheteur public « peut, si nécessaire, exiger l'utilisation d'outils et de dispositifs qui ne sont pas communément disponibles, tels que des outils de modélisation électronique des données du bâtiment ou des outils similaires »

[Cf. Article du Ministère des transports et de la mobilité durable - Espagne](#)

[Cf. Décret du 8 janvier 2024 - Portugal](#)

Nouvelle interdiction de soumissionner en cas de non-respect de l'obligation de publication d'informations en matière de durabilité

L'ordonnance du 6 décembre 2023 relative à la publication et à la certification d'informations en matière de durabilité et aux obligations environnementales, sociales et de gouvernement d'entreprise des sociétés commerciales, a introduit au sein de la commande publique, de par son article 27, un nouveau dispositif d'exclusion des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession pour les opérateurs économiques qui ne satisfont pas à leur obligation de publication d'informations en matière de durabilité. La loi du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte avait en ce sens habilité le gouvernement à prévoir, par voie d'ordonnance, ce nouveau motif d'exclusion.

On retrouve cette introduction au sein des articles L. 2141-7-1 et L. 3123-7-1 du code de la commande publique :

« Article L2141-7-1 : L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes soumises à l'article L. 225-102-4 du code de commerce qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un plan de vigilance comportant les mesures prévues au même article L. 225-102-4, pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation. »

« Article L3123-7-1 : L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui, soumises à l'article L. 225-102-4 du code de commerce en vertu du nombre de salariés qu'elles emploient, ne sont pas en mesure de présenter un plan de vigilance dûment réalisé pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis de concession ou d'engagement de la consultation »

La motivation sous-jacente du gouvernement est d'inciter les opérateurs économiques à respecter le nouveau cadre de *reporting* extra-financier, issu de la directive n° 2022/2464/UE du 14 décembre 2022, dont la transposition est assurée par l'ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 précitée. La transposition de ladite directive européenne impose ainsi à certaines entreprises de publier un rapport de durabilité.

Cette mesure sera effective pour les marchés publics et contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de publicité est envoyé à la publication à compter du 1er janvier 2026.

Ce délai de plus de deux ans avant l'entrée en vigueur a pour objectif de permettre à tous les acteurs – opérateurs économiques, acheteurs autorités concédantes – de disposer du temps d'adaptation nécessaire pour mettre en place ces nouvelles exigences de reporting extra-financier en matière de durabilité.

[Cf. Lettre de la DAJ "Une nouvelle interdiction de soumissionner pour les opérateurs économiques qui ne satisfont pas à leur obligation de publication d'informations en matière de durabilité"](#)



Modification des formulaires types pour la publication des avis de marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est supérieure aux seuils européens : Adoption du second amendement au règlement « eForms »

Le règlement d'exécution (UE) 2019/1780 de la Commission du 23 septembre 2019, dit règlement « eForm », établit les formulaires types pour la publication des avis de marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est supérieure aux seuils européens. Ce dernier a fait l'objet d'un second amendement, adopté le 20 décembre 2023 dernier.

L'objet de cet amendement est, dans un souci de clarté, de lisibilité et de cohérence des rapports, de mettre en place une distinction entre les différentes catégories de champs obligatoires («M» (obligatoire), «CM» (obligatoire dans certaines conditions) et «EM» (obligatoire si existant)) et d'introduire des champs liés à la mise en œuvre des textes suivants :

- Le règlement (UE) 2022/1031 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers (IMPI),
- Le règlement (UE) 2022/2560 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.

Découle de ce nouvel amendement le calendrier transitoire suivant :

A partir du 1er juin 2024 : les champs liés à la mise en œuvre des règlements précités pourront être utilisés pour la transmission des avis de publicité, en plus des champs existants et tels que résultant du règlement 1780 modifié par le règlement 2022/2303 (1er amendement au règlement "eForm")

A partir du 1er novembre 2024 : pourront être utilisés, concomitamment les formulaires résultant du règlement 1780 modifié par le règlement 2022/2303 (1er amendement au règlement "eForm") et ceux résultant du règlement 1780 modifié par le règlement 2023/2884 (2nd amendement au règlement "eForm")

L'utilisation des nouveaux formulaires deviendra **obligatoire à partir du 1er mars 2025** : seuls pourront être utilisés les formulaires d'avis de publicité résultant du règlement 1780 modifié par le règlement 2023/2884 (2nd amendement au règlement "eForm").

[Cf. Règlement d'exécution \(UE\) 2019/1780 de la Commission du 20 décembre 2023](#)

Précisions des modalités du recours à une centrale d'achats située dans un autre État membre ainsi que les règles de recours contentieux applicables (CJUE, 23 novembre 2023, Aff. C-480/22)

En l'espèce, une entité adjudicatrice dont le siège est situé en Bulgarie, a eu recours à une centrale d'achats située en Autriche pour la passation et le suivi d'exécution d'un accord-cadre exécuté sur le territoire Bulgare. Le contrat disposait que le tribunal administratif régional de Basse-Autriche était l'instance responsable des procédures de recours, et que le droit autrichien était le droit applicable « à la procédure de passation de marché et à toutes les prétentions en découlant » tandis que le droit bulgare s'appliquait à « l'exécution du contrat ».

Deux entreprises bulgares ayant pris part à la procédure de passation de l'accord-cadre, ont saisi le tribunal administratif régional de Basse-Autriche afin de contester le rejet de leur offre. Cette juridiction s'est déclarée incompétente, confrontée à la question de savoir si une entreprise bulgare pouvait conclure avec une entité adjudicatrice bulgare un contrat devant être exécuté en Bulgarie et relevant du droit de cet Etat, créait un conflit avec le principe de territorialité reconnu par le droit international. L'autorité bulgare de contrôle des marchés publics s'est également déclarée incompétente. A cette occasion, deux questions préjudicielles relatives aux centrales d'achats ont été adressées à la CJUE :

- **Question 1** : Une activité d'achat centralisée peut-elle être regardée comme réalisée par une centrale d'achats située dans un autre Etat membre au sens de la directive 2014/25/UE lorsque l'entité adjudicatrice a son siège dans un autre Etat membre que celui dans lequel est situé le siège de la centrale d'achats ?
- **Question 2** : La règle de conflit des lois prévue par la directive 2014/25/UE vise-t-elle également la législation en matière de procédures de recours et la compétence de l'instance de recours au sens de la directive 92/13 ?

Cet arrêt rendu par la CJUE apporte les réponses suivantes :

- Une centrale d'achats doit être regardée comme située dans un autre Etat membre lorsque le siège de l'acheteur qui y a recourt est situé dans un Etat membre autre que celui dans lequel le siège de la centrale d'achats est situé.
- Les règles contentieuses applicables aux activités d'achat centralisées fournies par la centrale d'achats sont celles de l'Etat membre dans lequel cette dernière se situe.

Cf. Décision de la CJUE

Cf. Lettre de la DAJ "La Cour de justice précise les modalités du recours à une centrale d'achats située dans un autre Etat membre ainsi que les règles de recours contentieux applicables"

Cf. Commentaire de François LICHERES dans "L'Essentiel du Droit des Contrats Publics - Décembre 2023"

Précision du degré de justification que doit apporter un pouvoir adjudicateur lorsqu'un candidat évincé l'interroge sur le caractère anormalement bas de l'offre retenue (CJUE, 11 mai 2023, n°101/22)

En l'espèce, un groupement d'entreprises avait soumissionné à un marché passé par la Commission européenne. L'offre de ce groupement a été rejetée. Le mandataire du groupement a demandé à la Commission de lui fournir les caractéristiques communicables concernant l'évaluation de l'attributaire. A la réception du rapport d'évaluation détaillé, le candidat évincé a contesté la régularité de la procédure en arguant que l'offre retenue ne pouvait « être viable sans risque de dumping social ». En réponse, la Commission a affirmé qu'après son analyse « l'offre retenue avait révélé qu'elle était en conformité avec les conditions du marché des pays à partir desquels les contractants et leurs sous-traitants exécuteraient les services demandés. ». Le requérant a déposé un recours au Tribunal pour contester le manque de motivation concernant le refus de qualifier l'offre d'anormalement basse. Le Tribunal a donné raison au requérant. La Commission s'est pourvue devant la CJUE.

Par son arrêt, la CJUE est venu préciser ce qui est attendu des pouvoirs adjudicateurs concernant l'information des candidats évincés et la procédure qu'ils doivent suivre pour contrôler les offres anormalement basses. Premièrement, elle rappelle que la vérification du caractère anormalement bas d'une offre se fait en deux temps :

- 1) Le pouvoir adjudicateur effectue un contrôle « prima facies ». Il examine les offres reçues et recherche les indices pouvant laisser présager un caractère anormalement bas au niveau financier.
- 2) En cas de suspicion d'offre anormalement basse, il doit procéder à une analyse plus détaillée en donnant la possibilité au soumissionnaire mis en cause de s'expliquer. S'il n'existe pas de suspicion, il continue la procédure d'attribution sans effectuer le second niveau de vérification sur l'offre concernée.

Toutefois, la Cour précise que le pouvoir adjudicateur ne peut pas se fonder sur le seul motif qu'il n'a pas eu de soupçon susceptible d'engendrer un contrôle plus approfondi pour se justifier auprès d'un candidat évincé qui doute du caractère anormalement bas de l'offre retenue. En outre, la CJUE énonce que les doutes quant au caractère anormalement bas de l'offre retenue peuvent être suscités par un soumissionnaire évincé : « La circonstance qu'un tel soumissionnaire fasse état, de manière étayée, de l'existence de doutes concernant le caractère anormalement bas de l'offre retenue a ainsi pour conséquence de faire basculer le pouvoir adjudicateur dans la seconde phase du contrôle ». Enfin, la Cour conclut que dans ces circonstances « le pouvoir adjudicateur est donc tenu, d'une part, de procéder à une analyse détaillée de l'offre retenue afin d'établir que celle-ci ne présente effectivement pas un caractère anormalement bas et, d'autre part, d'en communiquer les grandes lignes au soumissionnaire évincé qui l'a expressément interrogé sur ce point » afin de respecter le droit à un recours effectif.

[Cf. Lettre de la DAJ "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"](#)

[Cf. Décision CJUE](#)