



**NOTE**  
**DE VEILLE**  
**REGLEMENTAIRE**

Juin 2024

/ RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

**CKS** Public

[www.cks-public.fr](http://www.cks-public.fr)

### *Renforcement de l'accès des PME aux marchés publics en Belgique (entrée en vigueur des mesures prévues par la loi du 22 décembre 2023 modifiant la réglementation relative aux marchés publics en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés publiée au Moniteur belge du 8 janvier 2024 page 3107 (Numac : 2023048742))*

La loi du 22 décembre 2023, modifiant la réglementation relative aux marchés publics en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés, a mis en place trois mesures.

En premier lieu, les acheteurs publics belges tels que l'État, les Régions, les Communautés, les autorités locales et les adjudicateurs, dont les activités sont financées majoritairement par ces derniers et la gestion soumise à leur contrôle, ont désormais l'obligation de prévoir le versement d'avances dans les hypothèses suivantes :

- En cas de procédure négociée sans publication préalable en raison du montant du marché (dépense inférieure à 143.000 euros HTVA) ;
- En cas de procédure négociée sans publication préalable, lorsqu'aucune demande de participation ou demande de participation appropriée, aucune offre ou offre appropriée n'a été déposée à la suite d'une procédure ouverte ou restreinte ;
- En cas de procédure négociée sans publication préalable pour des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement ;
- En cas d'une procédure autre que la procédure négociée sans publication préalable, si l'adjudicataire est une PME.

En deuxième lieu, les acheteurs publics belges, en dehors des cas d'utilisation d'une procédure ouverte ou d'une procédure négociée directe avec publication, doivent, lorsqu'ils demandent aux soumissionnaires de remettre des échantillons, prévoir une indemnité de soumission.

En dernier lieu, les acheteurs publics belges, pour les marchés publics, hors secteurs sensibles aux ententes, inférieurs aux seuils européens, passés par procédure ouverte ou restreinte et pour lesquels l'offre économiquement la plus avantageuse est exclusivement déterminée sur la base du prix, doivent communiquer à chaque soumissionnaire le classement attribué à leur offre.

Pour rappel, en France, sur la même thématique de simplification de l'accès des PME aux marchés publics, le projet de loi de simplification de la vie économique qui est en discussion au Parlement prévoit que :

- À horizon 2028, l'ensemble des marchés publics de l'État, de ses établissements publics, des hôpitaux et des organismes de sécurité sociale seront publiés sur « PLACE » ;
- Les collectivités territoriales intéressées pourront rejoindre la plateforme « PLACE » ;
- Les profils acheteurs seront en outre rendus interopérables.

La France rejoindra ainsi le fonctionnement d'une grande majorité des pays européens en adoptant une publication des marchés publics centralisée.

[Cf. Loi du 22 décembre 2023 modifiant la réglementation relative aux marchés publics en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés](#)

[Cf. Wallonie service public SPW](#)

[Cf. DAE](#)

*Question écrite du Sénat au Gouvernement (n°07174 - 16e législature)  
sur l'application de l'article L. 2112-4 du Code de la commande  
publique (Question publiée au JO Sénat du 8 juin 2023 page 3588 et  
Réponse publiée au JO Sénat du 14 mars 2024 page 1017)*

Une sénatrice a souhaité avoir des précisions sur les modalités d'application de l'article L. 2112-4 du Code de la commande publique : « *un acheteur public peut imposer que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie d'un marché, pour maintenir ou pour moderniser les produits acquis soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements* ».

Cet article, peu utilisé en pratique par les acheteurs publics, fait directement écho aux problématiques entourant aux notions de « *localisme* » et de « *souveraineté européenne* ».

La réponse ministérielle commence par rappeler que, en principe, les critères d'attribution et conditions d'exécution relatifs à la localisation géographique des opérateurs économiques sont prohibés.

De manière dérogatoire, l'article L. 2112-4 du code offre toutefois la possibilité aux acheteurs publics d'imposer, dans leurs cahiers des charges, la localisation des moyens utilisés pour l'exécution de tout ou partie d'une prestation sur le territoire de l'Union européenne.

Cette possibilité ne doit cependant pas porter atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique et ne peut donc pas s'interpréter comme permettant de fonder une préférence européenne.

Il appartient en effet aux acheteurs publics, lorsqu'ils recourent à cette disposition, de démontrer qu'elle est justifiée par l'objet du marché, nécessaire et proportionnée aux objectifs de bonne exécution du contrat.

En d'autres termes, l'acheteur public doit pouvoir démontrer que seule une exigence de localisation de tout ou partie des moyens d'exécution constitue une condition déterminante, adéquate et effective à l'atteinte de ses objectifs.

Deux limites sont donc à respecter :

- L'objet de l'implantation ne peut être imposé que s'il s'agit du seul moyen de répondre aux objectifs ;
- Il n'est pas possible d'exiger une implantation géographique préexistante à l'exécution du marché public. Il ne peut donc s'agir que d'une modalité d'exécution apportée par l'opérateur économique dans son offre.

[Question écrite du Sénat au Gouvernement n°07174 - 16e législature sur l'application de l'article L. 2112-4 du Code de la commande publique](#)

***Absence d'offre anormalement basse dès lors que l'offre respecte la législation sur les salaires minimums (TUE, 20 mars 2024, Westpole Belgium c. Parlement, Aff. T-640/22)***

Dans le cadre d'une procédure de passation portée par le Parlement européen, une entreprise évincée a demandé au Tribunal de l'Union européenne (TUE) l'annulation de la décision d'attribution de la procédure au motif que le Parlement européen n'aurait pas écarté une offre concurrente suspectée être anormalement basse.

Le TUE rappela en premier lieu que rien ne s'opposait à ce qu'un critère mathématique soit utilisé aux fins de détecter les offres anormalement basses tant qu'une vérification contradictoire des offres était ensuite réalisée afin de déterminer la réalité de ce caractère anormalement bas.

Cette vérification contradictoire a, en l'espèce, bien été réalisée par le Parlement européen et des éléments ont été transmis à l'entreprise évincée.

Cette dernière considéra que les taux horaires proposés par l'attributaire devaient nécessairement être analysés comme excessivement bas au regard des expertises demandées.

Le TUE rappela en second lieu qu'il lui appartenait, dans le contrôle afférent aux offres anormalement basses et au-delà de la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de ne contrôler que l'absence d'erreur grave et manifeste d'appréciation.

Le TUE considéra que « *les coûts des différents opérateurs économiques peuvent fortement varier, pour un même service ou pour un même travail, en fonction de circonstances qui leur sont propres. Ainsi, contrairement aux travaux ou aux biens, les soumissionnaires ont plus d'influence sur les éléments constituant le prix de services. Partant, des écarts constatés dans une procédure de mise en concurrence entre ces prix ne seront pas nécessairement de nature à soulever des doutes quant à la fiabilité des offres ni à démontrer le caractère anormalement bas d'une des offres. En effet, l'un des objectifs du système de passation de marchés publics est d'obtenir les meilleures conditions aux meilleurs prix possibles. Il est donc inhérent au système de passation de marchés, sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse, que les soumissionnaires s'efforcent de proposer les prix les plus compétitifs possibles* ».

Ainsi, le TUE considéra que le Parlement européen avait bien suivi l'ensemble des règles procédurales applicables et n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dès lors que l'offre de l'attributaire, bien que plus basse que celle de ses concurrents, respectait la législation sur le salaire minimum et devait donc être regardée comme régulière.

[TUE, 20 mars 2024, Westpole Belgium c. Parlement, Aff. T-640/22](#)

[Lettre de la DAJ](#)

[Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin Lyon III](#)

*Irrecevabilité du recours en contestation de validité d'un ensemble contractuel soumis au droit belge devant les juridictions françaises (CE, 22 mars 2024, Association Bon Sens, n°471048)*

La Commission européenne a conclu un contrat d'achat par anticipation de doses de vaccin sur le fondement duquel l'Agence nationale de santé publique a passé un bon de commande pour le compte de l'État français.

Une association tierce au contrat décida d'attaquer ledit bon de commande afin de voir annuler l'une de ses clauses, relative à l'irresponsabilité du fournisseur de vaccins.

Après que les juridictions administratives françaises du fond se sont déclarées incompétentes pour connaître de cette demande, le Conseil d'État, jugeant en cassation, considéra qu'en principe « *lorsque les institutions de l'Union attribuent des marchés pour leur propre compte, la loi applicable au contrat est le droit de l'Union complété, si nécessaire, par le droit national* ».

Le contrat sur le fondement duquel fut passé le bon de commande litigieux prévoyait en l'espèce qu'il était régi par la législation belge et que, dès lors, les litiges nés de son exécution et donc de l'émission de bons de commande étaient soumis à la compétence des juridictions belges.

Le juge administratif considéra par ailleurs qu'un bon de commande devait être regardé comme formant un ensemble contractuel homogène avec les clauses du contrat.

Le Conseil d'État considéra donc, comme les juridictions du fond avant lui, qu'il n'était dès lors pas compétent pour connaître de ce litige qui devait alors être porté devant les juridictions belges quand bien même l'exécution du bon de commande eut lieu en France.

[CE, 22 mars 2024, Association Bon Sens, n°471048](#)

[Lettre de la DAJ](#)

[Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin Lyon III](#)

# NOTE

## DE VEILLE REGLEMENTAIRE

*Perte d'objet du pourvoi en cassation contre l'ordonnance portant sur un premier référé contractuel lorsque qu'un second référé contractuel ayant le même objet est introduit (CE, 5 avril 2024, Société VOLKL GMBH & CO KG, n°489280)*

Le requérant a d'abord déposé un référé précontractuel, mis en échec par la signature du marché public par l'acheteur.

Le requérant déposa ensuite un référé contractuel, par le biais de la voie ouverte au candidat évincé privé de la possibilité de présenter utilement un recours précontractuel lorsque l'acheteur signe le contrat sans respecter le délai de « *standstill* ».

Ce premier référé contractuel a été rejeté au motif que ledit délai avait été respecté.

Le requérant a donc introduit un second référé contractuel fondé sur d'autres motifs qui a finalement abouti.

Dans l'interstice de ces deux référés contractuels, le requérant a toutefois également introduit un recours en cassation à l'encontre du rejet du premier référé contractuel.

Le Conseil d'État a considéré, en transposant une solution adoptée précédemment en matière de référé-suspension, que dans le cas où « *le requérant, après le rejet d'une première demande, saisit à nouveau le juge des référés de conclusions ayant le même objet et se pourvoit également en cassation contre la première ordonnance ayant rejeté sa demande, l'intervention, postérieurement à l'introduction de ce pourvoi, d'une nouvelle ordonnance rejetant la nouvelle demande rend, eu égard à la nature de la procédure de référé, sans objet les conclusions dirigées contre la première ordonnance, alors même que la seconde n'est pas devenue définitive* ».

Cette décision a donc été motivée au nom du risque d'une « *concurrence entre exercice du recours en cassation et nouvelle saisine du juge des référés* ».

[CE, 5 avril 2024, Société VOLKL GMBH & CO KG, n°489280](#)

[Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin Lyon III](#)

*Soumission du Parlement européen au droit de la commande publique national en application de stipulations contractuelles (TUE, 10 avril 2024, Parlement européen c. UTB SA, Aff. N° T 749/22)*

Dans le cadre de marchés publics de travaux et de services conclus entre le Parlement européen et deux entreprises, ce premier a commandé à ces dernières la réalisation de travaux de préservation et de sécurisation de la toiture de la Maison Jean Monnet.

Des problématiques de nature décennale apparurent toutefois postérieurement à la réception des différentes prestations attendues.

Après avoir tenté une résolution amiable du litige, fondée sur une clause compromissoire contenue dans les stipulations contractuelles des marchés publics concernés, le Parlement européen demanda au TUE la condamnation solidaire des deux entreprises, sur le fondement de la garantie décennale, à réparer financièrement le préjudice né des dommages affectant la toiture de la Maison Jean Monnet.

Le TUE commença par réaffirmer sa compétence pour connaître, en cas d'échec de l'activation d'une clause compromissoire, des litiges opposant une institution de l'Union européenne à son ou ses cocontractant(s).

Le TUE constata ensuite que l'un des contrats prévoyait notamment une soumission au droit de l'Union européenne complété par le droit français.

Le TUE décida donc de résoudre le litige en se fondant sur les différents droits invoqués par les stipulations contractuelles applicables.

Le TUE qualifia ainsi le contrat de marché public de travaux et qualifia par ailleurs le Parlement européen de pouvoir adjudicateur au sens du droit de la commande publique français.

*Le contrat devait dès lors « être considéré, en droit français, comme un contrat administratif. En conséquence, le régime juridique applicable découle du droit administratif français et la jurisprudence pertinente pour trancher le litige est celle des juridictions administratives françaises ».*

[TUE, 10 avril 2024, Parlement européen c. UTB SA, Aff. N° T 749/22](#)

[Lettre de la DAJ](#)

*Les personnes morales de droit privé gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs faute d'influence publique (CE, avis, 11 avril 2024, Région Nouvelle-Aquitaine, n°489440)*

Dans cet avis, le juge administratif a été amené à préciser les critères permettant de qualifier ou non un organisme de droit privé de pouvoir adjudicateur et notamment celui relatif à l'« influence publique ».

Classiquement, il reprend une jurisprudence constante en rappelant que « *la gestion d'une personne morale de droit privé est regardée comme soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur lorsqu'une autorité publique exerce un contrôle actif de sa gestion qui, dans les faits, remet en cause son autonomie, au point de permettre à cette autorité d'influencer ses décisions en matière d'attribution de marchés* ».

Le juge administratif précise ensuite que le critère qualificatif est bien l'existence d'un contrôle de gestion ; ce contrôle devant « *être de nature à créer une situation de dépendance à l'égard de l'autorité publique* » ; il ne vise pas ici un contrôle, a posteriori, de régularité par une autorité publique.

Ainsi, il apparaît que c'est cette distinction entre contrôle de régularité et contrôle de gestion, qui est importante pour déterminer la publicisation ou non des rapports contractuels de ce dernier.

Le rapporteur public a par ailleurs indiqué, dans ses conclusions sur cet avis, que la distinction entre contrôle de régularité et de gestion s'appréciait notamment à l'aune de la finalité des mesures prises par l'autorité d'influence et de l'immixtion engendrée : s'agit-il de finalités purement régulatrices ou de finalités répondant à une logique économique ?

Ici, il faut donc comprendre qu'un contrôle de gestion ou d'opportunité visant une logique économique permet de qualifier de pouvoir adjudicateur un organisme de droit privé ; ce qui, en l'espèce, n'était pas le cas.

[CE, avis, 11 avril 2024, Région Nouvelle-Aquitaine, n°489440](#)

[Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin Lyon III](#)

### *Indemnisation du concurrent irrégulièrement évincé du manque à gagner en cas de résiliation unilatérale du contrat dont il a été privé (CE, 24 avril 2024, Commune de la Chapelle d'abondance, n°472038)*

Classiquement, en matière de contentieux lié à l'indemnisation du manque à gagner du candidat irrégulièrement évincé d'une procédure de passation, le juge administratif rappelle, dans cet arrêt, que ladite indemnisation dépend :

- Du lien causal entre l'irrégularité et le manque à gagner ;
- De l'intensité de la chance du candidat de remporter le contrat ;
- Mais également, du caractère certain du préjudice subi.

En l'espèce, le juge administratif pouvait en effet bel et bien s'interroger sur ce caractère certain dès lors que le contrat, que le candidat évincé aurait pu remporter, a été résilié.

Dans un tel cas de figure, le juge administratif estime ainsi que *« dans le cas où le contrat a été résilié par la personne publique, il y a lieu, pour apprécier l'existence d'un préjudice directement causé par l'irrégularité et en évaluer le montant, de tenir compte des motifs et des effets de cette résiliation, afin de déterminer quels auraient été les droits à indemnisation du concurrent évincé si le contrat avait été conclu avec lui et si sa résiliation avait été prononcée pour les mêmes motifs que celle du contrat irrégulièrement conclu »*.

Le rapporteur public a par ailleurs ajouté dans ses conclusions que *« dès lors que la finalité de toute action en responsabilité est de rétablir la situation dans laquelle le candidat aurait dû se trouver si l'irrégularité n'avait pas été commise, le principe cardinal qui doit vous guider doit être d'appliquer au concurrent irrégulièrement évincé le même sort que celui qu'il aurait connu s'il avait été le titulaire du contrat »*.

Il faut dès lors distinguer deux hypothèses :

- Lorsque le contrat contient une illicéité ou un vice d'une particulière gravité qui aurait empêché le candidat évincé d'exécuter le contrat, l'indemnisation est limitée voire nulle ; le caractère certain du préjudice n'étant pas démontré ;
- Lorsque la résiliation intervient pour un motif propre à l'attributaire, l'indemnisation est intégrale.

En effet, il faut comprendre ici, que rien ne suppose que le candidat évincé aurait été à l'origine de la résiliation et que, dès lors, il convenait de considérer son préjudice comme certain.

[CE, 24 avril 2024, Commune de la Chapelle d'abondance, n°472038](#)

[Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin Lyon III](#)

# NOTE

## DE VEILLE REGLEMENTAIRE

### *De la nature de la « pratique des 3 devis » : pas d'amalgame entre la procédure sans publicité ni mise en concurrence et la procédure adaptée (TA Strasbourg, 16 mai 2024, n°2108389)*

Cet arrêt est l'occasion de repreciser une règle et d'interroger une pratique de nombreux acheteurs publics concernant la réalisation de marchés publics de faible montant.

Classiquement, en dessous des seuils de publicité, les acheteurs publics ont l'habitude voire l'automatisme de recourir à la fameuse pratique des trois devis.

Autrement dit, dès lors que le besoin estimé est inférieur à 40 000 €HT, l'acheteur public sollicite un devis auprès de trois opérateurs économiques puis contractualise avec l'opérateur économique ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ce procédé est admis comme étant une bonne pratique permettant de se conformer aux principes fondamentaux de la commande publique.

Toutefois, il convient de repreciser que cette bonne pratique diffère de l'esprit du Code de la commande publique puisque, en dessous des seuils de publicité, c'est la procédure sans publicité ni mise en concurrence de l'article R. 2122-8 qui devrait naturellement s'appliquer.

Selon cet article, dans ce cas de figure, les acheteurs publics doivent respecter les trois obligations suivantes :

- Choisir une offre pertinente ;
- Faire une bonne utilisation des deniers publics ;
- Ne pas contracter systématiquement avec le même opérateur économique.

Il apparaît qu'il n'est pas exigé de mise en concurrence formelle et donc qu'il n'y a aucune nécessité de solliciter trois devis.

Ainsi, dans cet arrêt, le juge administratif rappelle que la pratique des trois devis ne s'apparente pas à une procédure sans publicité ni mise en concurrence mais doit être rapprochée d'une procédure adaptée qui doit respecter un certain nombre de règles qui n'existent pas pour les procédures sans publicité ni mise en concurrence.

L'acheteur public, lorsqu'il utilise la pratique des trois devis doit dès lors être attentif au respect des règles de la procédure adaptée telles que notamment : la communication en amont des critères d'attribution, la définition d'une DLRO et le respect de celle-ci par les concurrents ou encore l'information des candidats du rejet de leur offre...

[TA Strasbourg, 16 mai 2024, n°2108389](#)  
[Association des acheteurs publics](#)

### *Précision du régime juridique d'obtention de l'indemnisation du manque à gagner d'un candidat irrégulièrement évincé d'une procédure de passation d'un marché public (CE, 24 mai 2024, Commune de Saint-Tropez, n°474763)*

Saisi par une commune contestant sa condamnation à devoir indemniser le manque à gagner d'un candidat évincé, le Conseil d'État a rappelé et précisé le régime juridique applicable aux conditions de réparation du préjudice subi par un candidat évincé du fait de son éviction irrégulière d'une procédure de passation de marché public.

En l'espèce, la Cour administrative d'appel a fait droit à la demande du candidat évincé en considérant que son offre avait été sous-évaluée ou mal évaluée sur plusieurs critères.

Le Conseil d'État considère, quant à lui, que cette simple circonstance est insuffisante pour fonder l'indemnisation du manque à gagner.

En effet, s'il est établi un lien direct de causalité entre le préjudice du manque à gagner et la faute résultant de l'irrégularité de son éviction, le juge administratif doit examiner si le candidat évincé était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat :

- S'il ne disposait d'aucune chance de remporter le contrat, il n'a droit à aucune indemnité ;
- S'il n'était pas dépourvu de toute chance de remporter le contrat, il a droit en principe au remboursement des frais engagés pour présenter son offre ;
- S'il disposait de chances sérieuses d'emporter le contrat attribué à un autre candidat, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner et des frais engagés pour présenter son offre.

Ainsi, il appartient au juge administratif de rechercher si, sans les irrégularités ayant conduit à son éviction, le candidat avait présenté une offre qui aurait été mieux classée que celles des autres candidats et qu'il avait ainsi des chances sérieuses d'emporter le contrat au contraire de tous les autres candidats.

[CE, 24 mai 2024, Commune de Saint-Tropez, n°474763](#)

[Lettre de la DAJ](#)