

Les exceptions dans le Code de la commande publique

Le droit de la commande publique est souvent perçu comme un droit procédural et rigide à l'intérieur duquel il n'y aurait guère de marge de manœuvre. Le Code de la commande publique démontre toutefois que ce droit n'est pas rétif aux exceptions et offre une certaine adaptabilité.

Les acteurs du droit de la commande publique, qu'il s'agisse des acheteurs et des autorités concédantes ou des opérateurs économiques, critiquent son manque de souplesse. Ils considèrent que cette faible malléabilité freine la bonne marche des activités économiques et la mise en place d'une concurrence saine et effective. L'enthousiasme récemment exprimé lorsque le Gouvernement a annoncé le relèvement du seuil permettant de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable témoigne de ce sentiment¹. Pourtant, l'objectif même du droit de la commande publique est d'assurer les conditions d'une telle concurrence en mettant en œuvre les principes d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès et de transparence des procédures, identifiés comme des principes fondamentaux. D'ailleurs, ces principes doivent permettre « d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » (CCP, art. L.3). Il existe donc un décalage entre la perception des acteurs et les objectifs affichés. En réalité, le droit de la commande publique cherche à concilier les règles qui sont nécessaires pour la réalisation de ses objectifs avec la diversité des situations que peuvent rencontrer les acheteurs et les autorités concédantes. La pluralité des règles et des procédures témoigne de cette volonté de faire du Code un outil qui puisse s'adapter aux situations. Surtout, loin de constituer un ensemble monolithique, le Code prévoit de nombreuses exceptions qui permettent, au moins en partie, de répondre aux critiques qui lui sont adressées.

L'exception peut se définir comme une règle spéciale qui permet de déroger à la règle générale en vue de soumettre la situation concernée à un régime particulier². De ce point de vue la lecture du Code de la commande publique permet d'identifier de multiples exceptions, et ce dès ses premières lignes. En effet, alors qu'en principe, tous « les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques » sont des contrats de la commande publique (CCP, art. L. 2), il est précisé que les « transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs ou entre autorités concédantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles », les subventions et les conventions d'occupation domaniale ne sont pas soumis au code (CCP, L. 1100-1). Cela signifie donc que les contrats qui relèvent de ces catégories dérogent à la définition des contrats de la commande publique et sont, par exception, soumis à des régimes juridiques spécifiques. De nombreuses autres exceptions se retrouvent ailleurs dans le Code. La difficulté est alors de savoir quelles sont les règles générales pour pouvoir, ensuite, identifier les exceptions. Afin de bien comprendre la logique des exceptions retenues, il est préférable d'avoir recours à une approche large des règles générales et de considérer qu'il peut même exister des exceptions aux exceptions : cela signifie que l'exception à une règle générale peut elle-même être considérée comme une règle générale pour laquelle d'autres exceptions sont

¹ F. Jourdan, « Relèvement des seuils : une bouffée d'air pour les marchés publics », *JCP A* 2019, act. 577

² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018

prévues. Ainsi, si la possibilité de passer des marchés en procédure adaptée en raison de leur objet peut être considérée comme une exception à la règle générale selon laquelle les marchés supérieurs aux seuils européens sont passés selon une procédure formalisée, des exceptions permettent également de déroger à la procédure adaptée en ayant recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable. Le champ des exceptions contenues dans le Code de la commande publique est donc particulièrement étendu.

Du point de vue quantitatif, les exceptions sont plus nombreuses parmi les règles applicables aux marchés publics que parmi celles qui concernent les contrats de concession. La protection de la concurrence est en effet moins aboutie pour ces derniers. Par conséquent, dans la mesure où les règles applicables aux contrats de concessions sont moins contraignantes et précises que celles qui s'appliquent en matière de marchés publics, les exceptions y sont moins utiles et il est donc logique que leur nombre soit moins important. Il n'y a cependant pas d'intérêt à tenter d'établir un panorama des exceptions contenues dans le code de la commande publique, d'autant qu'il semble délicat de construire une liste exhaustive. Les raisons qui expliquent la présence de ces exceptions peuvent en revanche être interrogées. En effet, le droit de la commande publique est construit autour d'une logique concurrentielle forte. Les principes fondamentaux de la commande publique découlent directement du droit primaire de l'Union européenne et ils irriguent l'ensemble de la matière³. Alors qu'il était traditionnellement admis que la logique concurrentielle s'exprimait essentiellement lors de la phase de passation, elle s'étend désormais aux règles d'exécution. C'est la Cour de justice qui a d'abord affirmé la nécessité d'encadrer les modifications en cours d'exécution⁴, avant que les textes ne consacrent ce cadre⁵. Davantage qu'auparavant, la logique concurrentielle se présente comme dominante et transcendante.

Il reste toutefois à déterminer si les exceptions contenues dans le Code de la commande publique s'inscrivent dans le cadre de cette logique concurrentielle ou si elles s'y opposent. Ainsi, l'étude des exceptions recoupe les interrogations sur les fondements du droit de la commande publique avec la question de savoir si le droit de la commande publique est exclusivement construit autour de la logique concurrentielle ou s'il repose également sur d'autres logiques. Les exceptions peuvent en effet être considérées soit comme la traduction de l'existence ou de l'émergence de fondements complémentaires soit, plus simplement, comme la concrétisation d'aménagements raisonnables admis par la logique concurrentielle elle-même.

En réalité, les exceptions posées par le Code de la commande publique ne peuvent pas être appréhendées dans un même ensemble. Certaines ne sont que des exceptions intrinsèques à la logique concurrentielle qui confortent cette dernière, tandis que d'autres ont des origines extrinsèques et traduisent l'existence de logiques différentes dont la portée doit être mesurée.

³ V. not. J.-F. Brisson, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Impr. Nationale, 2004 ; L. Richer, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, LGDJ, 2009 ; M. Amilhat, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'UE*, Thèse Bruylant 2014

⁴ CJCE 19 juin 2008, *Pressetext*, aff. C-454/06, Rec. CJCE 2008, I, p. 4401 ; Dr. adm. 2008, comm. 132, R. Noguellou ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 186, W. Zimmer ; *AJDA* 2008, p. 2008, J.-D. Dreyfus ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, repère 9, F. Llorens et P. Soler-Couteaux

⁵ V. not. H. Hoepffner, « La modification », in dossier Les nouvelles dispositions sur les contrats de la commande publique, *RFDA* 2016, p. 280 ; E. Pourcel, « avenants, décisions de poursuivre, sujétions techniques imprévues, marchés complémentaires : vitit et non vitit ? », *Contrats-Marchés publ.* 2017, étude 10 ; H. Hoepffner, « Exécution des marchés publics », *Contrats-Marchés publ.* 2019, dossier 7

I. Des solutions face à l'inefficacité de la concurrence

Parmi les exceptions consacrées par le Code, certaines ont pour objectif de répondre aux limites intrinsèques à la concurrence. En effet, si la logique concurrentielle était systématiquement appliquée ou poussée à son paroxysme, elle aboutirait à des effets contreproductifs. Les exceptions techniques et pratiques permettent de répondre à ces difficultés.

A. Les exceptions techniques

Tout d'abord, le Code consacre des exceptions qui peuvent être qualifiées de techniques. Dans ce cas les dérogations sont justifiées par des raisons pratiques qui rendent impossible la mise en œuvre des règles générales. Parmi elles, il est possible d'évoquer les entorses admises au principe de l'allotissement dans le cadre des marchés publics. Ce principe existe pour s'assurer que la mise en concurrence soit la plus large possible. Pourtant, par exception, les acheteurs peuvent y déroger lorsque l'objet du marché « ne permet pas l'identification de prestations distinctes », c'est-à-dire lorsque l'allotissement est techniquement impossible (*CCP, art. L. 2113-10*). Des justifications techniques se retrouvent également parmi les motifs qui permettent de passer des marchés ou des contrats de concession sans publicité ni mise en concurrence. Ainsi, il peut arriver que des raisons techniques justifient que le contrat ne puisse être passé qu'avec un opérateur économique déterminé, ce qui empêche la mise en œuvre d'une procédure de publicité et de mise en concurrence (*CCP, art. R. 2122-3 et R. 3121-6*).

Les exceptions techniques se retrouvent également en matière de publicité, c'est-à-dire dans la mise en œuvre du principe de transparence. Ainsi, si par principe les documents de la consultation doivent être disponibles sur le profil d'acheteur, il en va autrement lorsque cette forme de mise à disposition est impossible en raison de leur caractère trop volumineux (*CCP, art. R. 2132-5*). Dans le même sens, l'obligation d'utiliser des moyens de communication électronique ne s'applique pas lorsque des raisons techniques rendent cette utilisation difficile ou impossible (*CCP, art. R. 2132-12*).

Enfin, des exceptions techniques se retrouvent aussi lors de la phase d'exécution du contrat. Ainsi, alors que la passation d'un nouveau marché devrait s'imposer, le Code admet qu'un marché permettant la livraison de fournitures complémentaires soit passé sans publicité ni mise en concurrence lorsqu'un changement de fournisseur serait techniquement préjudiciable au regard des risques d'incompatibilité ou des difficultés d'utilisation ou d'entretien (*CCP, art. R. 2122-4, 2°*). Dans le même sens, à propos de la modification du contrat en cours d'exécution, il est admis, par exception, que la modification ait lieu sans qu'un nouveau marché ou un nouveau contrat de concession ne soit passé lorsque celle-ci porte sur des travaux, des

fournitures ou des services supplémentaires qui sont devenus nécessaires (*CCP, art. L. 2194-1, 2° et L. 3135-1, 2°*).

Toutes ces exceptions techniques s'inscrivent dans la logique concurrentielle. En effet, les dérogations qu'elles mettent en place n'ont pas pour objectif de s'opposer à cette logique mais, plutôt, de mettre en place des aménagements qui permettent de faire face aux difficultés rencontrées lorsque celle-ci est appliquée de manière stricte. Elles ne constituent ainsi que des « semi-exceptions » et rejoignent en cela les exceptions pratiques.

B. Les exceptions pratiques

Les exceptions pratiques sont des exceptions induites par la concurrence elle-même et par son application. Elles se traduisent de différentes manières.

Tout d'abord, certaines exceptions ont pour objectif d'éviter la superposition d'exigences concurrentielles car cela nuirait à leur efficacité. Ainsi, il arrive qu'une procédure en amont assure le respect des exigences concurrentielles et justifie que de telles exigences ne s'appliquent pas en aval. Cette situation se retrouve notamment s'agissant de la définition des acheteurs et, plus spécifiquement, des entités adjudicatrices. En principe, les organismes de droit privé qui bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs entrent dans la catégorie des entités adjudicatrices et doivent, à ce titre, appliquer le Code. Toutefois, lorsque de tels droits leur ont été accordés « à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires », ils ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs et les personnes qui en bénéficient échappent donc à la qualification d'entités adjudicatrices et n'ont pas à appliquer le Code (*CCP, art. L.1212-1*). De la même manière, l'utilisation d'un avis de préinformation permet aux acheteurs de ne pas recourir à un avis d'appel à la concurrence par la suite (*CCP, R. 2131-4*). Ce raisonnement se retrouve lorsque les acheteurs mettent en place un système d'acquisition dynamique (*CCP, art. R. 2162-37 et s.*), lorsque les entités adjudicatrices ont recours en amont à un système de qualification (*CCP, art. R. 2162-8 et s.*) ou lorsque le Code prévoit que, par exception, la modification du contrat en cours d'exécution peut être réalisée sans une nouvelle procédure si les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (*CCP, art. L. 2194-1, 1° et L. 3135-1, 1°*).

Par ailleurs, certaines exceptions permettent de neutraliser les règles générales lorsque la concurrence ne permet pas d'atteindre ses objectifs. L'hypothèse la plus connue est celle des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence lorsqu'ils répondent à un besoin dont la valeur estimée hors taxe est inférieure à 25 000 euros (*CCP, art. R. 2122-8*), ce seuil devant prochainement être relevé à 40 000 euros⁶. Dans ce cas la concurrence continue de s'appliquer au travers des principes fondamentaux de la commande publique, mais les règles normales de publicité et de mise en concurrence sont écartées. Il s'agit d'éviter que le surplus de concurrence au regard du faible montant du marché ne soit préjudiciable à la concurrence elle-même, notamment en entraînant une augmentation des coûts. Cette logique explique également que les

⁶ F. Jourdan, « Relèvement des seuils : une bouffée d'air pour les marchés publics », *préc.* ; P. Villeneuve, « Projet de décret modifiant le Code de la commande publique - . - Les mots pour le dire », *JCP A* 2019, act. 588

contrats de la commande publique puissent être modifiés en cours d'exécution sans nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence lorsque les modifications sont de faible montant (*CCP, art. L. 2194-1, 6° et L. 3135-1, 6°*) ou non substantielles (*CCP, art. L. 2194-1, 5° et L. 3135-1, 5°*). La mise en œuvre d'une nouvelle procédure s'avèrerait en effet disproportionnée et peu efficace. Cette même volonté se retrouve ailleurs dans le Code. C'est notamment le cas en matière d'allotissement pour les marchés publics. En principe, l'allotissement est la règle afin de susciter la concurrence la plus large possible (*CCP, art. L. 2113-10*). Toutefois, l'acheteur peut décider de ne pas allotir si l'allotissement a un effet inverse et risque de restreindre la concurrence ou si sa mise en œuvre ne permet pas d'atteindre les objectifs concurrentiels et « risque de rendre » l'exécution plus coûteuse (*CCP, art. L. 2113-11*). Un raisonnement comparable est retenu s'agissant du sort des offres irrégulières (*CCP, art. R. 2152-2*).

D'autres exceptions visent à pallier l'inefficacité des règles concurrentielles. Ainsi, il peut arriver que la mise en œuvre des procédures de passation des contrats de la commande publique ne permettent pas la conclusion du contrat soit parce qu'il n'y a eu aucune candidature ou aucune offre, soit parce que seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été présentées. Dans ce cas, et sous certaines conditions, les acheteurs ont la possibilité de déroger aux règles normales pour passer le contrat sans publicité ni mise en concurrence préalables (*CCP, art. R. 2122-2 et R. 3121-6*).

Il existe même des exceptions qui, sans mettre frontalement en cause l'efficacité des règles concurrentielles, admettent des dérogations lorsque le résultat obtenu est plus avantageux. Ainsi, parmi les hypothèses permettant de passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalable, le Code intègre la possibilité de passer un tel contrat avec une entreprise en cessation d'activité, faisant l'objet d'un plan de sauvegarde, placée en redressement judiciaire, en liquidation judiciaire, ou faisant l'objet d'une procédure équivalente (*CCP, art. R. 2122-5*). C'est donc le bénéfice espéré au regard des difficultés de cette entreprise qui justifie que les règles concurrentielles soient écartées ! De la même manière, un marché de fournitures peut être passé sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque des conditions particulièrement avantageuses se présentent (*CCP, art. R. 2122-11*).

Enfin, il existe des hypothèses dans lesquelles les règles normales sont écartées car il serait peu logique d'appliquer pleinement les exigences concurrentielles. C'est le cas des contrats que le Code envisage comme relevant de la catégorie des « autres marchés publics » (*CCP, art. L. 2511-1 à L. 2511-9*) ou de celle des « autres contrats de concession » (*CCP, art. L. 3211-1 à L. 3211-9*) parce qu'ils établissent des « relations internes au secteur public ». Il s'agit des hypothèses de quasi-régie, de coopération entre pouvoirs adjudicateurs, ainsi que des hypothèses dans lesquelles le contrat est attribué à une entreprise liée ou à une coentreprise par une entité adjudicatrice. Dans de telles situations c'est la relation particulière et la proximité entre les entités qui justifie que les procédures normales ne s'appliquent pas. Surtout, la dérogation est considérée comme acceptable car elle n'est que ponctuelle et parce que les contrats concernés restent soumis au respect des principes fondamentaux de la commande publique⁷.

⁷ v. not. H. Hoepffner et P. Terneyre, « La place des principes dans le code de la commande publique », RFDA 2019, p. 206 ; CE, 15 déc. 2017, n° 413193, *Synd. Mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit* ; Contrats-

Les exceptions techniques comme les exceptions pratiques apparaissent donc comme intrinsèques à la logique concurrentielle et permettent d'offrir des solutions adaptées lorsque la mise en œuvre de la concurrence s'avère insuffisamment efficace. Ce ne sont toutefois pas les seules exceptions consacrées par le Code.

II. Des bornes pour la concurrence

Toutes les exceptions ne sont pas là pour assurer l'efficacité de la concurrence, d'autres cherchent à en établir les limites. Elles révèlent ainsi l'existence de logiques concurrentes dans le Code, même s'il est difficile d'affirmer qu'elles s'imposent face à la logique concurrentielle.

A. Des exceptions fondées sur des motifs variés

Lorsqu'elles ne découlent pas de la mise en œuvre de la logique concurrentielle, les exceptions traduisent la prise en compte de considérations d'intérêt général. Elles viennent alors justifier une non-application ou une application plus mesurée des exigences concurrentielles.

Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de relever que de telles considérations sont largement mobilisées pour justifier que certains contrats soient inclus dans la catégorie des autres marchés publics ou des autres contrats de concession et relèvent d'un régime amplement dérogatoire. C'est notamment le cas des contrats conclus par les acheteurs qui bénéficient de droits exclusifs en application d'une disposition légalement prise (*CCP, L. 2512-4, L. 3213-1 et L. 3214-1*). En effet, la mission d'intérêt général assurée par le cocontractant justifie qu'il bénéficie de droits exclusifs et, par conséquent, que les contrats passés avec lui n'aient pas à respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence⁸. C'est aussi le caractère d'intérêt général de la mission assurée qui paraît justifier l'intégration parmi les autres marchés et autres contrats de concession de certains contrats de services passés dans le secteur audiovisuel et de la radiodiffusion (*CCP, art. L. 2513-1, L. 2514-4 et L. 3212-4, 8°*) ou de certains contrats en matière de communication électroniques (*CCP, art. L. 2513-2 et L. 3213-2*). De la même manière de telles considérations justifient que les marchés publics et les contrats de concession qui portent sur des services d'incendie et de secours, de protection civile, de sécurité nucléaire, ou sur certains services ambulanciers soient intégrés dans la catégorie des autres marchés ou contrats de concession lorsqu'ils sont conclus une organisation ou une association à but non lucratif (*CCP, art. L. 2512-5, 7° et L. 3212-4, 6°*). Dans le même sens, sont intégrés dans cette catégorie les contrats qui portent sur des « services liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique » (*CCP, art. L. 2512-5, 8° et L. 3212-4, 7°*).

Marchés publ. 2018, comm. 46, note P. Devillers ; CE, 5 févr. 2018, n° 414846, *Sté Peyrani* ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 78, note M. Ubaud-Bergeron

⁸ CE, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géométrie, n° 276928

D'autres considérations d'intérêt général sont mobilisées à plusieurs reprises ailleurs dans le Code. La prise en compte de la sécurité constitue un exemple topique. Ainsi, pour assurer la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat, le Code prévoit que les contrats qui portent sur des prestations qui relèvent à la fois de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et sur des prestations qui relèvent du droit commun applicable aux marchés, aux marchés de partenariat, aux marchés de défense ou de sécurité ou aux contrats de concession sont soumis au régime juridique dérogatoire prévu pour les autres marchés publics et pour les autres contrats de concession (*CCP, art. L. 1330-1*). Cette exception est loin d'être négligeable : en effet, ce seraient près de 50% des acquisitions militaires qui dérogeraient au droit commun de la commande publique sur son fondement⁹. Dans le même sens, parmi les autres marchés publics, le Code envisage certains marchés de défense ou de sécurité (*CCP, art. L. 2515-1*). C'est d'autant plus surprenant qu'un régime spécifique – et dérogatoire – est prévu pour les marchés de défense ou de sécurité (*CCP, art. L. 2300-1 et s.*). En réalité, les contrats envisagés se différencient des marchés de défense ou de sécurité « classiques », soit parce qu'ils relèvent de règles de droit international spécifiques, soit parce qu'ils relèvent de relations établies par la France avec un autre Etat, soit en raison de leur degré d'importance du point de vue de la sécurité de l'Etat. Sont notamment concernés les marchés destinés aux activités de renseignements. D'ailleurs, à l'identique, certains contrats de concession de défense ou de sécurité sont considérés comme relevant de la catégorie des autres contrats de concession (*CCP, art. L. 3215-1*).

La notion d'urgence occupe elle aussi une place essentielle parmi les motifs d'intérêt général qui justifient des exceptions. Elle se retrouve à plusieurs reprises, sans que le Code n'apporte de précisions particulières sur cette notion. Suivant les exceptions, elle envisagée soit comme une simple « urgence », soit comme une « urgence impérieuse ». Ainsi, parmi les hypothèses qui permettent de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence, le Code précise qu'une telle procédure est ouverte « lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées » (*CCP, art. R2122-1*). Certains exemples de situations devant être considérées comme des urgences impérieuses sont donnés, comme les risques en matière de santé publique « notamment » en cas « de danger ponctuel imminent » (*CSP, art. L. 1311-4*) ou les dangers imminents pour la santé ou la sécurité des occupants d'immeubles insalubres (*CSP, art. L. 1331-26-1*). La simple « urgence » se retrouve quant à elle à propos des délais de réception des candidatures et des offres. Elle permet de déroger aux délais minimaux de réception tant dans le cadre de l'appel d'offres ouvert (*CCP, art. R. 2161-3*) ou restreint (*CCP, art. R. 2161-6 et R. 2161-8*), que dans le cadre de la procédure avec négociation (*CCP, art. R. 2161-12 et R. 2161-15*). Elle se retrouve également à propos des contrats de concession qui peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence. Le Code prévoit en effet cette possibilité « en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'autorité concédante publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service concédé par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, à la condition, d'une part, que la continuité du service soit justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, que la durée de ce nouveau contrat de concession n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation » (*CCP, art. R. 3121-6*).

⁹ B. Heunineckx, « Évolutions récentes du droit européen des marchés publics de Défense », *Pyramides*, 21 | 2011, 139-172.

Enfin, il est possible d'évoquer la prise en compte des exigences sociales et environnementales pour fonder certaines exceptions. Ainsi, dans une logique de protectionnisme européen, le Code permet aux acheteurs et aux autorités concédantes d'imposer que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie » du contrat « soient localisés sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales » (CCP, art. L. 2112-4 et L. 3114-3). Dans le même sens, les marchés publics et les contrats de concession réservés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés et défavorisés ou aux entreprises de l'économie sociale et solidaire constituent une exception à la liberté d'accès et à l'égalité de traitement des candidats, fondée sur des considérations sociales (CCP, art. L. 2113-12 à L. 2113-16 et art. L. 3113-1 à L. 3113-3). Ce sont d'ailleurs des considérations similaires qui justifient que les organismes d'habitations à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux bénéficient de certaines exceptions, notamment à propos de la maîtrise d'ouvrage publique (CCP, art. L. 2412-2) et du recours aux marchés de conception-réalisation (CCP, art. L. 2171-2).

Différents motifs d'intérêt général sont donc utilisés pour justifier les exceptions dans le Code de la commande publique. Ils révèlent l'existence de logiques concurrentes mais la question demeure de savoir quelle est leur place par rapport à la logique concurrentielle.

B. Des logiques concurrentes mais secondaires

Les exceptions sont généralement avancées pour ce qu'elles sont, à savoir des outils à disposition des acheteurs et des autorités concédantes. Elles méritent d'être connues car elles permettent d'éviter que les règles de publicité et de mise en concurrence constituent un carcan indépassable et inadapté. Pourtant, les exceptions fondées sur des considérations d'intérêt général sont davantage que cela : elles expriment la prise en compte d'enjeux différents de ceux exprimés par les principes fondamentaux de la commande publique.

Elles expriment donc des logiques concurrentes par rapport à la logique concurrentielle. Elles peuvent être rattachées aux notions de service public, de puissance publique, à celles de sécurité et d'urgence, au principe de continuité de l'Etat, ou encore aux « nouvelles » exigences sociales et environnementales. A propos de ces dernières, il a ainsi pu être relevé que les considérations sociales et, surtout, environnementales¹⁰ permettent de relativiser « l'objectif d'ouverture à la concurrence »¹¹, d'autant qu'elles acquièrent de l'importance y compris dans le discours des autorités européennes¹². Un même constat peut être réalisé pour les autres

¹⁰ N. Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, p. 617 ; P. Idoux, « Les considérations sociales et environnementales », *RFDA* 2016, p. 260 ; A. Emorine, « Nouvelle commande publique et environnement. L'écoresponsabilité gagne du terrain », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, Novembre 2016, dossier 48

¹¹ L. Richer, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *Contrats-Marchés publ.* 2015, étude 2

¹² Commission européenne, communication du 3 octobre 2017 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe, COM(2017) 572 final

considérations d'intérêt général prises en compte pour justifier des exceptions à l'intérieur du droit de la commande publique. Il est en effet incontestable qu'elles relativisent la portée de cet objectif d'ouverture à la concurrence, même si les justifications retenues paraissent plus traditionnelles.

La question reste alors de savoir si, toutes concurrentes qu'elles soient, il s'agit de logiques supérieures ou secondaires par rapport à la logique concurrentielle. Il peut être tentant, au moins pour certaines d'entre elles, de considérer qu'il s'agit de logiques supérieures qui s'imposent vis-à-vis de la logique concurrentielle. C'est notamment le cas des exigences de sûreté ou de sécurité de l'Etat et, plus largement, de celles liées à la puissance publique. Ce raisonnement pourrait être étendu à la logique de service public qui ressortirait de certaines exceptions explicites mais aussi de l'urgence attachée à certaines situations, permettant ainsi de ne pas porter atteinte au principe de continuité du service. Toutefois, il ne faut pas surestimer l'importance de ces logiques dans le droit de la commande publique. Elles ne trouvent place dans le Code qu'au travers d'exceptions ponctuelles et ne peuvent donc pas être envisagées comme des logiques générales, au même titre que la logique concurrentielle. Elles révèlent la prise en compte de certaines exigences étatiques par le droit européen des contrats publics mais elles ne remettent pas en cause les fondements même de ce droit qui, eux, reposent sur la logique concurrentielle. Parce qu'elles découlent d'exceptions, les logiques concurrentes qui apparaissent ne peuvent donc être que des logiques secondaires. Bien qu'elles ne fondent que de simples tempéraments face à une logique concurrentielle qui reste dominante et transcendante, elles ont une utilité indéniable pour asseoir cette logique. En effet, sans ces exceptions le droit de la commande publique serait un droit inadapté, incapable de tenir compte de l'ensemble des enjeux économique et sociaux.

Ainsi, si les exceptions confirment que le droit de la commande publique demeure un droit exigeant et procédural fondé sur la concurrence, elles révèlent également un droit soucieux de s'adapter aux réalités du marché et à des enjeux qui ne sont pas uniquement économiques.