

Les marchés publics dans l'Union européenne¹

Pierre Nihoul²

- L'existence du caractère anormalement bas d'une offre peut résulter de l'existence d'un financement public dans le chef de l'attributaire
- Une attribution prioritaire et directe de services peut être non conforme aux directives mais compatible avec les dispositions du Traité relatives à la liberté d'établissement et la libre prestation des services
- Imposer un salaire horaire minimal au sous-traitant d'un attributaire est jugé contraire au principe de la libre prestation des services
- La sanction « Absence d'effets du contrat » est strictement encadrée par la directive recours et doit faire l'objet de la part de l'instance de recours d'un contrôle effectif

1 Champ d'application *ratione temporis*

1. — La directive applicable est, en principe, celle en vigueur au moment où le pouvoir adjudicateur choisit le type de procédure, ce qui lui permet définitivement de savoir s'il a ou non l'obligation de procéder à une mise en concurrence préalable à la passation d'un marché public. Sont, en revanche, inapplicables les dispositions d'une directive dont le délai de transposition a expiré après ce moment³. Le moment en question a été précisé comme étant les règles de droit en vigueur à la date de publication de l'avis d'appel d'offres⁴. Cette précision est intéressante à la veille de la transposition, pour le 18 avril 2016 au plus tard, de la quatrième génération de directives datées du 26 février 2014⁵.

2 Champ d'application *ratione personae*

A. Opérateur économique

2. — **Principe.** — La Cour a confirmé qu'il ne fallait pas interpréter restrictivement cette notion, qui désigne le cocontractant du pouvoir adjudicateur dans les directives.

3. — **Établissement public.** — Est ainsi admise à soumissionner ou à se porter candidate toute personne ou entité, indépendamment de son statut, de droit privé ou de droit public, de la question de savoir si elle est systématiquement active sur le marché ou si

elle n'intervient qu'à titre occasionnel et de la poursuite ou non d'un but lucratif⁶. Il faut toutefois qu'elle respecte les objectifs institutionnels et statutaires déterminés par la législation nationale. En effet, les États membres peuvent autoriser ou non de telles entités à opérer sur le marché selon que l'activité en question est compatible ou non avec leurs objectifs institutionnels et statutaires. Toutefois, si et dans la mesure où de telles entités sont habilitées à offrir certains services contre rémunération sur le marché, même à titre occasionnel, les États membres ne peuvent interdire à celles-ci de participer à des procédures de passation de marchés publics qui portent sur la prestation des mêmes services⁷.

4. — **Organisme public subventionné.** — Le droit de l'Union ne permet pas d'exclure, *a priori* et sans autre examen, un soumissionnaire pour la seule raison que, grâce à des subventions publiques dont il bénéficie, il dépose des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux des soumissionnaires non subventionnés. Sous réserve toutefois de l'obligation, ou à tout le moins de la possibilité, d'exclure un soumissionnaire en raison de subventions qui prennent la forme d'aides non conformes au traité. Tel peut être le cas d'une offre anormalement basse dont la modicité du prix proposé est justifiée par l'obtention d'une aide d'État illégale ou incompatible avec le marché intérieur. La circonstance selon laquelle l'établissement public concerné dispose d'une comptabilité séparée entre ses activités exercées sur le marché et ses autres activités peut permettre de vérifier si une offre est anormalement basse par l'effet d'un élément d'aide d'État. Il s'ensuit que dans le cadre de l'examen du caractère anormalement bas d'une offre, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération l'existence d'un financement public dont bénéficie un tel établissement au regard de la faculté de rejeter cette offre⁸.

(1) Année 2014. (2) Pierre Nihoul est juge à la Cour constitutionnelle de Belgique et chargé de cours à la Faculté de droit de l'U.C.L. Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être communiqués à pini@const-court.be. (3) C.J., 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*, aff. C-213/13, point 31. (4) C.J., 18 décembre 2014, *Data Medical Service*, aff. C-568/13, point 32. (5) Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, et directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, toutes publiées au J.O. L 94 du 28 mars 2014. Voy. P. Nihoul et Th. Bombois, « Les nouvelles directives marchés publics et concessions », *J.D.E.*, 2015, pp. 42-51. (6) C.J., 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, aff. C-574/12, point 33 (a.s.b.l. d'utilité publique) ; 11 décembre 2014, *Azienda sanitaria locale Spezzino e.a.*, aff. C-113/13, point 36 (organismes bénévoles comme la Croix-Rouge). (7) C.J., *Data Medical Service*, précité, points 33-38 (hôpital universitaire public). (8) *Ibidem*, points 43-51.



3 Champ d'application *ratione materiae*

A. Contrats à titre onéreux

5. — Un marché public est un contrat à titre onéreux. N'échappe pas à cette qualification un contrat dont la rémunération est limitée au remboursement des frais encourus pour fournir la prestation convenue⁹.

B. Collaboration entre personnes de droit public

6. — **Principe.** — Il suffit, pour que les directives s'appliquent, qu'un contrat ait été conclu entre un pouvoir adjudicateur et une personne juridiquement distincte de ce dernier, même si cet opérateur est lui-même un pouvoir adjudicateur¹⁰. Ce principe connaît deux exceptions prétorienne.

7. — **Exception *in house*.** — 1^o) Sur le *plan théorique*, 2014 n'apporte aucune nouveauté. Le libellé de l'exception *in house* reste identique¹¹.

2^o) Quant à la *ratio legis*, cette exception est justifiée par la considération qu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services, et que dans de tels cas, elle peut être considérée comme ayant recours à ses propres moyens¹².

3^o) Les deux *cas d'application* en 2014 concernent la condition de « contrôle analogue ». Celui-ci est défini comme étant « la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de l'entité attributaire » et doit « être effectif, structurel et fonctionnel »¹³.

Le premier cas concerne les opérations dites « internes horizontales » ou « triangulaires » dans lesquelles le même pouvoir public exerce un contrôle analogue sur deux opérateurs économiques distincts dont l'un attribue un marché à l'autre (en l'espèce, une université concluant un contrat avec une s.p.r.l. publique, toutes deux contrôlées par la ville de Hambourg). La Cour écarte l'application de l'exception *in house* à de telles opérations au motif évident qu'il n'existe aucun rapport de contrôle entre l'adjudicataire et l'attributaire, le premier n'ayant aucune participation dans le capital du second ni de représentant dans les organes de direction. Le lien interne particulier, constitutif de cette exception, est donc absent dans une telle situation. Au passage, la Cour précise en outre que le contrôle analogue ne peut être partiel, comme en l'espèce où la ville de Hambourg ne contrôlait qu'une partie de l'activité de l'université, à savoir les acquisitions, sans s'étendre aux domaines de la recherche et de l'enseignement dans lesquels l'université dispose d'une large autonomie¹⁴.

Le second cas a trait à une entité attributaire qui est une a.s.b.l. d'utilité publique ayant comme associés minoritaires des institutions privées de solidarité sociale exerçant des activités sans but lucratif. Le fait que l'attributaire ne soit pas constitué sous la forme d'une société et ne possède donc pas de capital social et que ses associés relevant du secteur social ne soient pas des entreprises a-t-il ou non une incidence sur la non-application de principe de l'exception *in house* en présence d'un partenaire privé ? Il est vrai que dans certains de ses arrêts, la Cour s'est référé à des notions comme celles d'entreprises ou de capital social. La Cour relève que ces références ne signifient pas que sa jurisprudence est limitée aux seuls cas de participation, dans l'entité attributaire, d'entreprises commerciales poursuivant des buts lucratifs et qu'elle est fondée sur la forme juridique des associés privés de l'attributaire ou sur le but commercial de ceux-ci. Et ce pour deux raisons qui sont des leitmotivs récurrents dans le chef de la Cour : d'une part, les entités privées obéissent à des considérations propres qui, même si, en l'espèce, elles sont appréciables d'un point de vue social, sont néanmoins de nature différente de celle des objectifs d'intérêt public poursuivis par le pouvoir adjudicateur ; d'autre part, l'attribution directe d'un marché offrirait à l'entité privée présente au sein de l'attributaire un avantage concurrentiel¹⁵. Il ne faut donc pas s'attendre à un assouplissement de la part de la Cour sur cette problématique.

8. — **Collaboration fonctionnelle.** — La Cour maintient l'exception inaugurée en 2009 et confirmée en 2012 en faveur des « contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à celles-ci ». La Cour n'a pas retenu cette exception dans l'hypothèse d'un contrat portant sur l'acquisition par une université d'un système de gestion informatique. Cette « coopération » a été jugée comme n'étant pas destinée à l'accomplissement d'une mission de service public commune¹⁶.

C. Marché public de travaux

9. — Un contrat de location d'immeubles non encore construits peut être qualifié de marché public de travaux en dépit de la présence d'éléments caractéristiques d'un contrat de location. La démarche de qualification d'une opération complexe au regard du droit de l'Union — peu importe à cet égard la qualification retenue en droit interne — s'opère en deux temps. Premièrement, il s'agit de cerner l'objet principal du contrat. La Cour relève à cet égard que lors de la conclusion du contrat, la réalisation de l'ouvrage n'avait pas encore été entamée de sorte que l'objet principal du contrat réside dans cette réalisation que présuppose la location ultérieure. Et la particularité que le montant total des loyers annuels ne représente qu'un cinquième du coût total estimé de l'ouvrage n'y change rien dès lors que l'élément déterminant aux fins de la qualification du contrat est son objet principal et non le montant de la rémunération de l'entrepreneur ou les modalités de son règlement. Deuxièmement, l'ouvrage doit répondre aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Cette condition est remplie

(9) C.J., *Azienda sanitaria locale Spezzino e.a.*, précité, point 37. (10) C.J., 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH*, aff. C-15/13, point 24 (s.p.r.l. de droit privé à capitaux exclusivement publics) ; *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, précité, point 33 (a.s.b.l. d'utilité publique). (11) C.J., *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH*, précité, point 25. (12) C.J., *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH*, précité, point 25 ; *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, précité, point 35. (13) C.J., *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH*, précité, point 26. (14) *Ibidem*, points 28-33. (15) C.J., *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, précité, points 33-44. (16) C.J., *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH*, précité, points 34-35.



Chroniques

lorsque celui-ci « a pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci ». Tel est le cas lorsque le contrat se réfère à un cadre d'exigences établi par le destinataire des lieux, lequel précise les différentes caractéristiques techniques et technologiques de l'ouvrage projeté ainsi que les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs de même que certains besoins communs, et lorsque un article du contrat réserve à l'administration le droit de vérifier, avant la réception de l'ouvrage, la conformité de celui-ci à ce même cadre d'exigences. Un tel contrat place le « locataire » en position d'influer de manière déterminante sur la conception de l'ouvrage à construire¹⁷.

D. Marché de services

10. — Principe. — Les marchés de services sont définis par un renvoi à une liste annexée aux directives, laquelle distingue les services prioritaires (II A) et les services non prioritaires (II B). Leur régime juridique diffère en ce que les premiers sont soumis à l'ensemble des règles de procédure prévues par les directives alors que les seconds doivent respecter les seuls articles 23 et 35, § 4, de la directive 2004/18 ainsi que les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement découlant des articles 49 et 56 TFUE¹⁸.

11. — Services mixtes. — En présence de services qui relèvent à la fois des annexes II A et II B, comme des services de transport sanitaire d'urgence ou d'extrême urgence, c'est le critère de la valeur respective de chacune des deux catégories de services qui permet de déterminer le régime juridique applicable¹⁹.

12. — Attribution directe et prioritaire de services. — Une législation nationale prévoit que les autorités locales confient la fourniture des services de transport sanitaire d'urgence et d'extrême urgence par priorité et par voie d'attribution directe, en l'absence de toute forme de publicité, à des organismes de bénévolat conventionnés et à la Croix-Rouge. La Cour envisage les deux régimes juridiques précités en l'absence de détermination par le juge de renvoi de la valeur respective des services de transport (II A) et des services médicaux (II B).

Dans l'hypothèse de l'application de la directive 2004/18 (valeur prépondérante des services II A), le verdict est clair : une telle réglementation nationale y est totalement contraire.

“Le recours prioritaire et direct à des associations de bénévolat est, dans certaines circonstances, compatible avec les règles de l'Union”

Dans l'hypothèse de l'application des articles 23 et 35, § 4, de la directive 2004/18 et des principes généraux issus du TFUE, la Cour procède à un examen classique de compatibilité mais dont le résultat aboutit à une solution différente de la première hypothèse précitée. Premier stade de l'examen : le marché doit présenter un intérêt transfrontalier certain dont l'existence résulte de la ren-

contre de critères comme l'importance du montant du marché, en combinaison avec son lieu d'exécution ou encore ses caractéristiques techniques, voire l'existence de plaintes, réelles et non fictives, introduites par des opérateurs situés dans d'autres États membres. Seconde étape : la réglementation concernée n'est pas non plus compatible avec les principes généraux issus du TFUE dès lors qu'elle exclut les entités à finalité non bénévole d'une part essentielle du marché en cause, contredisant de la sorte les objectifs poursuivis par le droit de l'Union en matière de marchés publics. Toutefois, la Cour relève que « le mode d'organisation du service de transport sanitaire en cause est motivé par les principes d'universalité, de solidarité, d'efficacité économique et d'adéquation, le recours prioritaire aux organismes de bénévolat conventionnés visant spécialement à garantir que ce service d'intérêt général soit assuré dans des conditions d'équilibre économique sur le plan budgétaire ». Il s'avère que de tels objectifs sont pris en considération par le droit de l'Union. La Cour avance à cet égard trois éléments : 1^o) le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence des États membres d'aménager leurs systèmes de santé publique et de sécurité sociale, soit de décider, sous réserve de ne pas introduire ou maintenir des restrictions injustifiées, du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint ; 2^o) un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale et l'objectif de maintenir, pour des raisons de santé publique, un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous peuvent constituer des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une entrave à la libre prestation des services ; 3^o) la Cour a déjà admis qu'un État membre peut, dans le cadre de sa compétence retenue pour aménager son système de sécurité sociale, considérer qu'un système d'assistance sociale aux personnes âgées dont l'état rend indispensables des prestations sanitaires implique nécessairement, en vue de respecter la finalité exclusivement sociale de ce système, que l'admission à celui-ci d'opérateurs privés en tant que prestataires de services d'assistance sociale soit subordonnée à la condition qu'ils ne poursuivent aucun but lucratif (arrêt *Sodemare* e.a., aff. C-70/95, point 32). En raison de la marge d'appréciation dont il dispose dans ce domaine, un État membre peut donc estimer que le recours prioritaire et direct à des associations de bénévolat correspond à la finalité sociale du service de transport sanitaire d'urgence et est de nature à contribuer à la maîtrise des coûts liés à ce service pour autant qu'un tel système d'organisation du service contribue effectivement à cette finalité et à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire. Pour ce faire, la Cour émet les conditions suivantes : 1^o) les associations de bénévolat ne peuvent poursuivre d'autres objectifs dans le cadre de cette mission ; 2^o) elles ne réalisent aucun profit du fait de leurs prestations, indépendamment du remboursement des coûts variables, fixes et permanents ; 3^o) si le recours à des travailleurs est admissible, l'activité desdites associations doit strictement respecter les exigences posées par la législation nationale à leur égard ; 4^o) eu égard au principe général du droit de l'Union de l'interdiction de l'abus de droit, l'application de cette législation ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives des associations de bénévolat ou encore de leurs membres. Ce n'est qu'à ces conditions que la réglementation nationale en cause est compatible avec les articles 49 TFUE et 56 TFUE²⁰.

(17) C.J., *Impresa Pizzarotti & C. SpA*, précité, points 40-52 (location de biens immobiliers devant servir de siège unique pour l'ensemble des juridictions d'un arrondissement). (18) C.J., *Azienda sanitaria locale Spezzino e.a.*, précité, points 33 et 40-41. (19) *Ibidem*, points 34 et 40-43. (20) *Ibidem*, points 45-65.



Comme on peut le constater, l'applicabilité des principes généraux issus du TFUE ne conduit pas nécessairement au même résultat que celui résultant de l'application des directives, lesquelles contiennent des règles plus détaillées, plus précises et plus strictes et dont le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer, mais facultativement.

E. Concession de services

13. — Régime juridique²¹. — Conformément à une jurisprudence constante, les autorités publiques qui octroient des concessions sont tenues de respecter, à défaut d'application des directives marchés publics²², les règles fondamentales des traités, en particulier les principes d'égalité de traitement et de transparence, pour autant que la concession présente un intérêt transfrontalier certain, ce qui peut résulter, notamment, de l'importance économique de la convention, du lieu de son exécution ou encore de ses caractéristiques techniques.

4 Champ d'application *ratione summae*

14. — Marchés sous les seuils. — Lorsqu'un marché public ne relève pas du champ d'application des directives en raison du fait que sa valeur estimée n'atteint pas le seuil financier pertinent, il est néanmoins soumis aux règles fondamentales et aux principes généraux du TFUE pour autant qu'il présente un intérêt transfrontalier certain²³.

5 Sélection qualitative

15. — Causes d'exclusion. — La Cour a examiné deux clauses d'exclusion prévues par des législations nationales au regard des articles 49 et 56 TFUE, les marchés en cause étant situés sous les seuils financiers.

1^o) Une réglementation nationale oblige les pouvoirs adjudicateurs à exclure un soumissionnaire responsable d'une infraction grave en matière de versement de cotisations de sécurité sociale si l'écart entre les sommes dues et celles versées est d'un montant supérieur, à la fois, à 100 EUR et à 5 % des sommes dues. Tout d'abord, une telle clause d'exclusion constitue une restriction au sens des articles 49 et 56 TFUE. Ensuite, une telle restriction poursuit un objectif légitime d'intérêt général dès lors qu'il s'agit de s'assurer de la fiabilité, de la diligence et du sérieux du soumissionnaire ainsi que du comportement correct de celui-ci vis-à-vis de ses salariés. Enfin, pour ce qui est du principe de proportionnalité, la mesure en cause est jugée pertinente, c'est-à-dire propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi « dès lors qu'un impayé de cotisations de sécurité sociale par un opérateur économique tend à indiquer l'absence de fiabilité, de diligence et de sérieux de ce dernier en ce qui concerne le respect de ses obligations légales et sociales ». Elle est également jugée nécessaire

dès lors que la définition, dans la réglementation nationale, d'un seuil précis d'exclusion garantit non seulement l'égalité de traitement des soumissionnaires mais aussi la sécurité juridique. La Cour examine aussi le niveau dudit seuil d'exclusion. À cet égard, elle se réfère à l'article 45, § 2, sous e), de la directive 2004/18 qui permet aux États membres d'exclure tout opérateur économique qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, sans fixer un quelconque montant minimal des arriérés de cotisations. Dès lors que le fait de prévoir un seuil minimal dans le droit national constitue un assouplissement de ce critère d'exclusion, il n'est pas jugé comme allant au-delà de ce qui est nécessaire²⁴.

2^o) La réglementation nationale prévoit l'exclusion d'un opérateur économique qui a commis une infraction au droit de la concurrence, constatée par une décision de justice ayant acquis force de chose jugée. Cette cause d'exclusion est elle aussi jugée compatible avec les articles 49 et 56 TFUE dans un arrêt toutefois moins pédagogique que le précédent. La Cour invoque tout d'abord l'article 45, § 2, sous d), de la directive 2004/18 qui permet d'exclure tout opérateur « qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier » et estime que la commission d'une infraction aux règles de la concurrence rentre dans cette catégorie de sorte que si une telle cause d'exclusion est possible en application de la directive 2004/18, elle doit *a fortiori* être considérée comme justifiée en ce qui concerne les marchés publics sous les seuils. Elle se réfère ensuite à la directive 2014/24 dont le considérant 101 énonce que les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir la possibilité d'exclure des opérateurs économiques, notamment pour des fautes professionnelles graves, telles que la violation de règles de concurrence, et dont l'article 57, § 4, sous d), prévoit de façon claire et précise cette cause d'exclusion²⁵.

16. — Dossier de candidature incomplet²⁶. — L'impossibilité pour un soumissionnaire de pallier, postérieurement au dépôt de son offre, l'omission du dépôt, en annexe à son offre, d'une déclaration établissant que la personne désignée comme directeur technique ne fait pas l'objet d'une procédure ou d'une condamnation pénales est-elle compatible avec le droit de l'Union en matière de marchés publics ? Lors de l'année 2013 (voy. notre précédente chronique, n° 27), nous avons relevé que le pouvoir adjudicateur peut demander que les données figurant dans un dossier de candidature soient ponctuellement corrigées ou complétées, sauf si les documents du marché imposaient la communication de la pièce ou de l'information manquante sous peine d'exclusion. Tel est précisément le cas de l'espèce soumise à la Cour. L'impossibilité de rectifier dans ce cas une omission est d'abord jugée conforme à la directive 2004/18. La Cour relève qu'il ressort des documents du marché en cause, d'une part, que la « déclaration substitutive » en cause devait être jointe à l'offre sous peine d'exclusion et, d'autre part, qu'il n'était possible de remédier *a posteriori* qu'aux seules irrégularités purement formelles. Dès lors que la production d'une pièce ou d'une information est imposée dans les documents du marché sous peine d'exclusion, il incombe au pouvoir adjudicateur d'observer strictement les critères qu'il a lui-même fixés, ceci en vertu du principe d'égalité de traitement et de

(21) C.J., 6 novembre 2014, *Catiera dell'Adda SpA*, aff. C-42/13, point 47. (22) La quatrième génération de directives contient une directive sur l'attribution de contrats de concession, la directive 2014/23/UE du 26 février 2014, qui doit être transposée pour le 18 avril 2016. Voy. P. Nihoul et Th. Bombois, *op. cit.*, pp. 47-49. (23) C.J., 10 juillet 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, aff. C-358/12, point 24 ; 18 décembre 2014, *Generali-Providencia Biztosító Zrt*, aff. C-470/13, points 27-29. (24) C.J., *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, précité, points 27-41. (25) C.J., *Generali-Providencia Biztosító Zrt*, précité, points 30-37. (26) C.J., *Catiera dell'Adda SpA*, précité.



Chroniques

l'obligation de transparence qui en découle. Il en va dès lors de même au regard de ces deux principes si le marché ne tombe pas sous l'application de la directive 2004/18. Il s'ensuit que dans la mesure où le pouvoir adjudicateur considère qu'une omission ne constitue pas une irrégularité purement formelle, il ne peut pas permettre à ce soumissionnaire de pallier ultérieurement cette omission, de quelque façon que ce soit, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des offres.

6 Documents du marché

17. — Clauses sociales²⁷. — Une réglementation nationale oblige les soumissionnaires ou leurs sous-traitants à s'engager par écrit, au moyen d'une déclaration au pouvoir adjudicateur, à verser à leur personnel, pour l'exécution de marchés de services, un salaire horaire minimal d'un certain montant. La Cour prend d'abord soin de préciser que l'affaire qui lui est soumise ne relève pas de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services dès lors que les travailleurs du sous-traitant, établi dans un autre État membre, exécute les prestations faisant l'objet du marché exclusivement dans le pays d'origine de ce sous-traitant. Examinant ensuite la compatibilité de cette clause avec le droit de l'Union — les directives ne permettant d'imposer de telles clauses que pour autant qu'elles soient euro-compatibles —, la Cour juge cette réglementation contraire à l'article 56 TFUE. Cette mesure, qui représente une charge économique supplémentaire du moins pour les sous-traitants établis dans un autre État membre dans lequel les taux de salaire minimal sont inférieurs, est susceptible de constituer une restriction. Si elle peut être justifiée par l'objectif légitime de la protection des travailleurs, elle ne passe pas pour autant les caps de la pertinence et de la proportionnalité. D'une part, dès lors qu'elle s'applique aux seuls marchés publics, une telle mesure nationale n'est pas considérée comme apte à atteindre ledit objectif s'il n'existe pas d'indices laissant penser que des travailleurs actifs sur le marché privé n'ont pas besoin de la même protection salariale²⁸. D'autre part, elle apparaît disproportionnée en ce que, en imposant, dans une telle situation, un salaire minimal fixe qui est sans rapport avec le coût de la vie prévalant dans l'État membre dans lequel les prestations seront effectuées, la mesure nationale prive les sous-traitants établis dans cet État membre de retirer un avantage concurrentiel des différences existant entre les taux de salaires respectifs. La Cour estime également que la mesure de protection salariale en cause ne peut non plus être justifiée au regard de l'objectif de stabilité des régimes de sécurité sociale dès lors que si ces travailleurs étaient forcés à avoir recours à la sécurité sociale pour assurer un niveau minimal de pouvoir d'achat, ce serait à des aides sociales de leur État membre qu'ils auraient droit, ce qui ne pèserait pas sur le système de sécurité sociale de l'État membre du pouvoir adjudicateur.

18. — Facturation électronique. — Le législateur européen a adopté la directive 2014/55/UE du 16 avril 2014²⁹ qui facilite l'utilisation de la facturation électronique pour les marchés publics soumis aux directives. Les éléments essentiels d'une facture électro-

nique y ont été définis et une norme européenne et une liste de syntaxes seront adoptées en exécution de cette directive.

7 Examen des offres

19. Offres anormalement basses. — La Cour a rappelé deux éléments qui se situent dans la continuité de sa jurisprudence.

1^o) Le pouvoir adjudicateur doit, lors de l'examen du caractère anormalement bas d'une offre, demander au candidat de fournir les justifications nécessaires pour prouver que son offre est sérieuse. Dès lors, l'existence d'un débat contradictoire effectif, situé à un moment utile dans la procédure d'examen des offres, entre le pouvoir adjudicateur et le candidat constitue une exigence destinée à éviter l'arbitraire de l'autorité adjudicatrice et à garantir une saine concurrence entre les entreprises.

2^o) En l'absence de définition de la notion d'« offre anormalement basse », il appartient aux États membres et, notamment, aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer le mode de calcul d'un seuil d'anomalie constitutif d'une « offre anormalement basse ». Toutefois, le législateur de l'Union a précisé que le caractère anormalement bas d'une offre doit être apprécié « par rapport à la prestation ». Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération non seulement les circonstances énoncées dans les directives (article 37, § 2, de la directive 92/50 ou article 55 de la directive 2004/18), mais également tous les éléments pertinents au regard de la prestation en cause, comme l'existence d'un financement public dont bénéficie un tel établissement³⁰.

8 Attribution du marché

20. — Renonciation³¹. — Une décision de retrait d'un appel d'offres doit respecter les articles 41, § 1^{er}, et 43 de la directive 2004/18, soit, dans le premier cas, l'obligation d'informer d'une telle décision, dans les meilleurs délais, les candidats et les soumissionnaires ainsi que d'en indiquer les motifs et, dans le second cas, l'obligation de mentionner ces motifs dans le procès-verbal qui doit être établi pour tout marché public. Pour le surplus, la directive 2004/18 ne contient aucune disposition relative aux conditions de fond ou de forme d'une telle décision. Cette faculté de renonciation ne doit pas être limitée aux cas exceptionnels ou être fondée sur des motifs graves. Toutefois, en exigeant la communication des motifs d'une telle décision, les directives visent à garantir un niveau minimal de transparence et le respect du principe d'égalité de traitement. C'est donc au regard de ces deux exigences que les motifs d'une telle décision doivent être appréciés. Tel est le cas de motifs qui ont notamment un rapport avec l'appréciation de l'opportunité, du point de vue de l'intérêt public, de mener à terme une procédure d'adjudication, compte tenu, entre autres, de la modification éventuelle du contexte économique ou des circonstances factuelles, ou encore des besoins du pouvoir adjudicateur concerné, ou de motifs basés sur le niveau insuffisant de concurrence, un seul soumissionnaire restant en lice à l'is-

(27) C.J., 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei GmbH*, aff. C-549/13. (28) Voy., en ce sens, C.J., 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, points 38-40.

(29) J.O. L 133 du 6 mai 2014, pp. 1-12. (30) C.J., *Data Medical Service*, précité, points 46-50. (31) C.J., 11 décembre 2014, *Croce Amica One Italia Srl*, aff. C-440/13, points 29-37.



sue de la procédure de passation. Cette décision peut également faire l'objet d'une procédure de recours (voy. *infra*).

9 Contrôle du comportement des pouvoirs adjudicateurs

21. — Décisions. — Une décision de retrait d'attribution d'un marché fait partie des décisions qui doivent pouvoir faire l'objet d'une procédure de recours. Quant à la portée de ce contrôle juridictionnel, laquelle n'est pas définie par la directive 89/665, la Cour relève, en vue de ne pas porter atteinte à l'efficacité de tels recours, que le contrôle de légalité ne peut être limité à l'examen du caractère arbitraire des décisions du pouvoir adjudicateur. Pour le surplus, cette directive n'empêche pas le législateur national d'accorder aux juridictions nationales compétentes des pouvoirs plus étendus, comme le pouvoir d'exercer un contrôle d'opportunité³².

22. — Délais de recours. — Les directives exigent que les recours en la matière soient efficaces, ce qui implique que les délais de recours ne commencent à courir qu'à compter de la date à laquelle le requérant a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance des violations alléguées. À cet égard, les directives 2007/66 et 2004/17 ont largement amélioré la situation du soumissionnaire évincé quant à l'information du résultat de la procédure d'attribution et des motifs de la décision prise et quant à la possibilité de demander des informations détaillées. Par ailleurs, le principe de sécurité juridique exige que les informations ainsi obtenues et celles qui auraient pu l'être ne puissent plus servir de fondement pour l'introduction d'un recours après l'expiration du délai prévu par le droit national. Sur la base de ces principes, la Cour est conduite à examiner deux problématiques³³.

1^o) Un pouvoir adjudicateur prend une décision d'attribution, puis, après l'expiration du délai de recours mais avant la signature du contrat, prend une décision susceptible d'avoir une incidence sur la légalité de la décision d'attribution, à savoir l'autorisation de modifier la composition du groupement adjudicataire. Le délai de recours à l'encontre de la décision d'attribution doit-il être rouvert ? La Cour constate tout d'abord que la décision postérieure à la décision d'attribution a une incidence sur la légalité de cette dernière dès lors qu'elle implique une modification substantielle de cette décision d'attribution en raison des particularités du marché concerné. Elle relève ensuite que la décision postérieure concerne des faits (le retrait d'un membre du groupement) qui se sont produits après l'attribution du marché et après l'expiration du délai de recours de sorte qu'aucun des mécanismes précités garantis au soumissionnaire évincé ne lui permettait de connaître ces faits. Enfin, la nouvelle décision a été adoptée avant que le contrat n'ait été conclu. La Cour épingle aussi que la possibilité, prévue par le droit national, de soulever des « moyens nouveaux » dans le cadre d'un recours introduit dans les délais contre la décision d'attribution du marché ne constitue pas toujours une alternative valable de protection juridictionnelle effective, les soumissionnaires étant contraints dans ce cas d'attaquer *in abstracto* la décision d'attribution du marché, sans connaître, à ce stade, les motifs

justifiant ce recours. Dans une telle situation, la Cour conclut à la réouverture du délai de recours pour permettre de vérifier la légalité de la nouvelle décision de l'entité adjudicatrice, ce délai devant commencer à courir à compter de la date à laquelle le soumissionnaire a reçu la communication de cette nouvelle décision ou en a eu connaissance.

2^o) Qu'en est-il du soumissionnaire qui a pris connaissance, après l'expiration du délai de recours, de circonstances antérieures à la décision d'attribution et susceptibles d'avoir une incidence sur la légalité de cette décision (en l'espèce, il s'agissait d'une fausse déclaration indiquant l'absence de condamnations pénales) ? La Cour rejette la réouverture du délai dans l'hypothèse où l'irrégularité soulevée a dû se produire, comme en l'espèce, avant la décision d'attribution du marché. Dans ce cas, le soumissionnaire, vu les informations qui lui ont été communiquées ou qu'il aurait pu obtenir en faisant preuve de diligence normale, était en mesure de former un recours en temps utile, sauf disposition expresse éventuelle du droit national garantissant un tel droit de recours. Il lui reste par ailleurs le recours en dommages et intérêts à introduire dans le respect du délai prévu par le droit national à cet effet.

23. — Absence d'effets du contrat. — L'effet de l'annulation de la décision unilatérale d'attribution du marché sur le contrat conclu par la suite reste problématique, notamment en termes de protection juridictionnelle des soumissionnaires évincés. Autant ceux-ci ont largement accès au prétoire pour contester la décision d'attribution, autant cet accès pour mettre en cause le contrat subséquent est étroit. Tout dépend notamment de la qualification donnée à la législation en matière de marchés publics : législation d'ordre public dont les manquements sont frappés de nullité absolue ou législation impérative sanctionnée par une nullité relative ? Et ce, d'autant plus que la poursuite de l'exécution d'un contrat public conclu irrégulièrement constitue, pour la Cour, une violation du droit de l'Union³⁴. La directive 2007/66/CE a pourvu, à cet effet, le droit des recours en matière de marchés publics d'une nouvelle sanction efficace en insérant, dans la directive 89/665, un article 2^{quinquies} intitulé « Absence d'effets » et obligeant, en son paragraphe 1^{er}, les États membres à prévoir que l'instance de recours compétente déclare le contrat dépourvu d'effets dans certains cas dont la passation non autorisée d'un marché sans publicité³⁵. Toutefois, selon le paragraphe 4 du même article, cette règle connaît une exception lorsque trois conditions sont réunies : 1^o) le pouvoir adjudicateur doit estimer que la passation du marché sans publicité préalable est conforme aux directives ; 2^o) le pouvoir adjudicateur doit avoir publié volontairement un avis *ex ante* exprimant son intention de conclure le marché sans publicité préalable ; 3^o) le marché ne peut avoir été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de la publication de cet avis. Autant les deux dernières conditions sont objectives et aisées à établir, autant la première, plus subjective, pose question. Suffit-il de constater le choix du pouvoir adjudicateur sans pouvoir le contester ou le pouvoir adjudicateur doit-il démontrer, en cas de contestation, que le recours à la procédure négociée sans publicité est conforme aux directives ? Saisie de cette question, la Cour fut amenée à dresser les contours de cette exception, tant en interprétation qu'en validité³⁶.

(32) *Ibidem*, points 34 et 39-46. (33) C.J., 8 mai 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox srl e.a.*, aff. C-161/13. (34) Voy. C.J., 18 juillet 2007, *Commission c. Allemagne*, aff. C- 503/04. (35) La déclaration d'absence d'effets figure aux articles 17 à 21 de la loi belge du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics. (36) C.J., 11 septembre 2014, *Ministero dell'Interno*, aff. C-19/13.

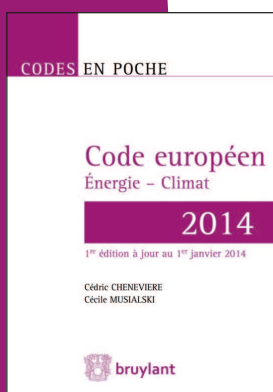


Chroniques

1^o) En interprétation. La Cour apporte d'abord deux précisions. D'une part, cette exception doit faire l'objet d'une interprétation stricte sans toutefois priver celle-ci de ses effets utiles (point 40). D'autre part, cette exception n'est pas facultative et ne permet pas l'application de sanctions nationales plus sévères dans les situations visées par l'article 2^{quinq}ies, § 4, de telles mesures n'étant déterminées que selon les règles prévues par les directives (points 41 et 42). Quant à la *ratio legis* de cette exception, la Cour juge que « le législateur de l'Union tend à concilier les différents intérêts en cause, à savoir ceux de l'entreprise lésée à qui il importe de réserver la faculté d'introduire un référé précontractuel et l'annulation du contrat illégalement conclu ainsi que ceux du pouvoir adjudicateur et de l'entreprise sélectionnée qui impliquent d'éviter l'incertitude juridique susceptible de découler de l'absence d'effets du contrat » (point 44). Cet équilibre ainsi affirmé se traduit dans l'interprétation de cette disposition par, d'une part, l'affirmation que lorsque les trois conditions précitées sont réunies, les juridictions ne peuvent déclarer le marché dépourvu d'effets et par, d'autre part, l'exigence pour l'instance de recours d'exercer un contrôle effectif particulièrement sur la première condition. Qu'est-ce à dire ? L'instance de recours doit vérifier si le pouvoir adjudicateur a agi de manière diligente et s'il pouvait estimer recourir à la passation du marché sans publicité préalable. Pour ce faire, l'instance de recours doit avoir égard aux circonstances et aux raisons mentionnées dans l'avis de marché *ex ante*, lequel doit faire apparaître de façon claire et non équivoque la justification de cette décision (points 46 à 53).

2^o) En validité. La Cour est aussi interrogée sur la validité de l'article 2^{quinq}ies, § 4, au regard du droit à un recours effectif et du principe de non-discrimination (points 55 à 66). En ce qui concerne le droit à un recours effectif, la Cour conclut que cette disposition garantit, par la publication de l'avis *ex ante*, la transparence de l'attribution du marché et met en mesure les intéressés, par le délai d'attente de dix jours, de contester en justice l'attribution du marché avant la conclusion du contrat. Elle relève également qu'après l'expiration de ce délai de dix jours, les opérateurs lésés peuvent toujours introduire une action en dommages et intérêts. Il en va de même du principe de non-discrimination pour les mêmes motifs.

Comme on peut le constater, si les effets liés aux illégalités des marchés publics demeurent largement déterminés par le droit national (article 2, § 7, de la directive), la détermination des sanctions est l'apanage du droit de l'Union, les juridictions nationales étant strictement tenues à l'éventail européen. Cet encadrement est renforcé par la portée du contrôle que doivent effectuer les juridictions nationales, la Cour en précisant de manière assez détaillée les contours. Ce double encadrement s'explique par le subtil équilibre, relevé par la Cour, des intérêts en présence, tel qu'il est arbitré dans la directive recours (voy. le considérant 27), mais aussi par le risque de détournement de procédure qui pourrait résulter d'une application trop systématique de l'article 2^{quinq}ies, § 4, précité. L'avocat général Léger avait d'ailleurs à cet égard proposé une autre interprétation de cette disposition (points 73 à 78).



CODE EUROPÉEN ÉNERGIE - CLIMAT - 2014

1^{re} édition à jour au 1^{er} janvier 2014

Cédric Cheneviere, Cécile Musialski

Nouveau Code, totalement inédit, qui lie les domaines de l'énergie et de l'environnement. Cette approche duale est importante au regard des nombreux rapprochements actuels entre ces deux domaines.

AU SOMMAIRE

Introduction – Extraits pertinents de la version consolidée du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Partie 1 – Fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz

Partie 2 – Promotion de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables

Partie 3 – Lutte contre les changements climatiques

> Collection : Codes en poche
990 p. • 66,00 € • Édition 2014

Découvrez tous les Codes
de la collection sur
www.larciergroup.com



groupe larcier

www.larciergroup.com

commande@larciergroup.com
c/o Larcier Distribution Services sprl
Fond Jean Pâques, 4 b – 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 – Fax 0800/39 068