

Analyse

Les nouvelles directives marchés publics et concessions

Pierre Nihoul¹ et Thomas Bombois²

- La quatrième génération de directives « marchés publics » consolident et modernisent les règles existantes
- Plusieurs nouveautés quant au champ d'application des directives ainsi qu'aux modalités d'attribution et d'exécution des marchés publics méritent d'être soulignées
- Par ailleurs, pour la première fois, une directive est consacrée aux concessions de services et de travaux

Introduction

L'acte pour le marché unique adopté en avril 2011 avait fixé comme action prioritaire la refonte des directives « marchés publics » du 31 mars 2004. Elle a débouché sur l'adoption de trois directives datées du 26 février 2014³ qui doivent être transposées en droit interne pour le 18 avril 2016. Cette quatrième génération de directives poursuit le même objectif que les précédentes, à savoir rendre les procédures toujours plus transparentes et plus ouvertes à toutes les entreprises européennes afin d'accentuer le niveau de concurrence entre celles-ci. La réforme vise aussi à rendre les procédures plus simples et plus efficaces tant pour les acheteurs publics que pour les entreprises et à permettre des achats publics au meilleur rapport qualité-prix en favorisant l'innovation et l'achat responsable. Ces nouvelles directives ne devraient toutefois pas bouleverser les réglementations des États membres dès lors qu'à première vue, elles ont essentiellement pour objet de consolider et de moderniser les règles existantes⁴. Il n'en reste pas moins que le droit de la commande publique devra — à nouveau — être adapté aux nouveautés qu'elles contiennent. L'objet de cette contribution est d'en donner un aperçu synthétique. En revanche, l'adoption d'une directive qui régleme pour la première fois tant l'attribution que l'exécution des concessions de travaux et de services imposera aux États membres la mise en œuvre d'un chantier sans doute plus conséquent.

1 Le champ d'application des directives « marchés publics »

A. Le champ d'application personnel

Selon l'exposé des motifs de la directive 2014/24, « afin d'indiquer clairement que le champ d'application *ratione personae* de la présente directive devrait demeurer inchangé, il convient de conserver la définition sur laquelle la Cour s'est fondée et d'introduire un certain nombre de clarifications apportées par ladite jurisprudence pour une meilleure compréhension des définitions elles-

mêmes sans viser à modifier la compréhension des concepts tels qu'ils ont été élaborés par la jurisprudence » (point 10).

En ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs, l'article 2 de la directive 2014/24 ne modifie pas l'énumération figurant dans la directive précédente si ce n'est sur deux points. Il distingue désormais les « autorités publiques centrales »⁵ et les « pouvoirs adjudicateurs sous-centraux », ce qui a une incidence sur les seuils financiers d'application des directives. Il précise ensuite que les trois critères constitutifs de la notion d'organisme de droit public sont cumulatifs, ce qui est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice⁶. N'ont pas été reprises dans cette dernière notion les précisions jurisprudentielles relatives aux notions de besoins d'intérêt général autres qu'industriel ou commercial, de financement public majoritaire ou de contrôle public de gestion, les critères demeurant prétoriens.

La notion d'opérateur économique demeure identique sous réserve de la précision que les groupements d'opérateurs peuvent être temporaires, ce qui était déjà admis en droit belge.

B. Le champ d'application matériel

L'article 2, § 5, des directives 2014/24 et 2014/25 reprend mot pour mot la définition générale du concept de marché public contenue dans la directive précédente. Les deux critères génériques restent donc identiques : il doit y aller d'un contrat à titre onéreux.

Les nouveautés se situent dans l'objet des prestations constitutives d'un marché public.

— les marchés de travaux : la définition contient, comme auparavant, trois variantes. La formulation particulièrement large de la troisième variante (« la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ») est maintenue moyennant toutefois une modification importante, à savoir que l'ouvrage doit désormais répondre « aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception » (article 2, § 6). Cette modification a un double impact. D'une part, elle s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour de justice qui exige que le

(1) L'auteur est juge à la Cour constitutionnelle et chargé de cours à la Faculté de droit U.C.L. Il peut être contacté à l'adresse pini@const-court.be.

(2) L'auteur est référendaire à la Cour constitutionnelle. Il peut être contacté à l'adresse thbo@const-court.be. (3) 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., 28 mars 2014, L 94. (4) H. Hoepffner, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation », *Europe*, mai 2014, p. 5. (5) Elles sont énumérées à l'annexe I de la directive 2014/24 (Services publics fédéraux et organismes de droit public fédéraux). (6) C.J., 15 janvier 1998, *Mannesmann*, C-44/96, points 39-41.



pouvoir adjudicateur ait « pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, afin d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci »⁷, ce qui avait pour effet d'exclure de la notion de marché public de travaux la mise en œuvre par une collectivité publique de ses compétences en matière de régulation urbanistique et donc d'éviter une extension incontrôlée de cette notion. D'autre part, elle contre-carre quelque peu cette même jurisprudence qui prévoyait aussi que les travaux devaient présenter, pour le pouvoir adjudicateur, « un intérêt économique direct »⁸. L'absence d'une telle précision dans la directive permettra dès lors une application plus extensive de cette notion au profit d'opérations encadrées par un pouvoir adjudicateur mais sans réel intérêt pour lui ;

— les marchés de services : la distinction entre services prioritaires (annexe II A de la directive 2004/18) et non prioritaires (annexe II B de la directive 2004/18) disparaît au profit d'un régime simplifié pour certains services « sociaux » et « spécifiques » — ceux énumérés à l'annexe XIV (services éducatifs, culturels, soins de santé, certains services juridiques, ...) lorsqu'ils ont une valeur supérieure à 750.000 EUR — et d'une liste supplémentaire d'exclusions dont certains services juridiques (représentation légale, conseils dans la préparation de procédures judiciaires, d'autres services juridiques qui, dans l'État membre concerné, sont liés, même occasionnellement à l'exercice de la puissance publique, ...), les prêts publics, les services liés aux campagnes électorales politiques, certains services de défense et de protection civile (article 10). Les autres marchés de services sont soumis aux règles sur les marchés publics (*cfr infra*) ;

— les marchés mixtes : la réglementation (article 3) est plus détaillée que la précédente (article 1, § 2, d)). Deux catégories sont visées. D'une part, les marchés mêlant les prestations de services, travaux et fournitures (§ 2) : conformément à la jurisprudence de la Cour, le critère retenu pour déterminer la réglementation applicable est celui de l'objet principal des prestations, étant précisé que pour les marchés de services et de fournitures, « l'objet principal est déterminé en fonction de la plus élevée des valeurs estimées respectives des fournitures ou des services ». D'autre part, les marchés mêlant des prestations relevant de la directive 2014/24 et des prestations relevant d'autres régimes juridiques (secteurs spéciaux et concessions) (§§ 3 à 6) : lorsque les différentes parties de ce marché sont objectivement inséparables, le régime juridique applicable est déterminé en fonction de l'objet principal dudit marché⁹ ; lorsque les différentes parties sont objectivement séparables, le régime diffère selon que le marché est scindé ou unique (§§ 4 et 5).

C. La coopération contractuelle entre pouvoirs publics

Les trois directives¹⁰ codifient expressément la jurisprudence relative aux marchés passés entre des entités publiques, plus exactement les trois exceptions retenues par la Cour de justice pour exclure certains de ces marchés des directives marchés publics. Cette codification est justifiée par la circonstance qu'« il existe une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant

au secteur public. La jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne fait l'objet d'interprétations divergentes entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs » (exposé des motifs, point 31).

L'exception in house. Les trois conditions constitutives de cette exception sont reprises telles quelles de la jurisprudence de la Cour, et ce, que l'opérateur public soit contrôlé par un seul ou par plusieurs pouvoir(s) adjudicateur(s) : le contrôle analogue ; l'essentiel des activités ; et l'absence de participation directe de capitaux privés. Des précisions sont apportées sur trois points :

— le contrôle analogue : il est tout d'abord défini comme celui qui permet d'exercer « une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée », ce qui reprend les termes prétoriens de la Cour¹¹. Ensuite, il est précisé que ce contrôle peut être exercé par le pouvoir adjudicateur contractant mais aussi par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur. Enfin, en cas de contrôle exercé conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, les directives reprennent le dernier état de la jurisprudence de la Cour qui, après avoir d'abord exclu puis admis ce contrôle conjoint, l'avait dernièrement encadré plus strictement en exigeant dans ce cas, outre une participation au capital, une participation aux organes de direction et aux prises de décision¹² ;

— l'essentiel des activités : ce critère fonctionnel était particulièrement imprécis, la Cour mesurant l'essentiel comme étant du « principal » ou du « substantiel », le juge compétent devant prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, tant qualitatives que quantitatives. Les directives quantifient désormais cette dépendance économique en la fixant « à plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée » ;

— l'exclusion de partenaires privés : cette exclusion retenue également par la Cour est néanmoins frappée par les directives d'un tempérament, à savoir que l'exception in house reste de mise pour les « formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ». Selon l'exposé des motifs, l'on vise par là « des organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics » pour lesquels « cette règle ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par une disposition législative nationale en conformité avec les traités, à condition que cette participation ne donne pas une capacité de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée » (point 32).

La coopération fonctionnelle. La Cour¹³ avait ouvert la voie à une nouvelle dérogation à l'égard de la conclusion, sans mise en concurrence, de contrats qui « instaurent une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces

(7) C.J., 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, C-451/08, point 67. (8) C.J., 18 janvier 2007, *Auroux*, C-220/05 et *Helmut Müller*, précité. (9) C.J., 6 mai 2010, *Club Hôtel Loutraki* e.a., C-145/08 ; 22 décembre 2010, *Mehiläinen Oy* e.a., C-215/09. (10) L'article 12 de la directive 2014/24, l'article 28 de la directive 2014/25 et l'article 17 de la directive 2014/23. (11) C.J., 17 juillet 2008, *Com. c. Italie*, C-371/05, point 24 ; 13 novembre 2008, *Coditel Brabant* s.a., C-324/07, point 30 ; 10 septembre 2009, *Sea Srl*, C-573-07, point 65. (12) C.J., 29 novembre 2012, *Econord SpA*, C-182/11 et C-183/11. (13) C.J., 9 juin 2009, *Com. c. Allemagne*, C-480/06, points 37-48.



Analyse

dernières » (point 37) pour autant que les conditions suivantes soient remplies : assurer une coopération réciproque marquée par « une assistance et une sollicitude mutuelles » ; être « conclu exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée » ; ne placer « aucun prestataire privé (...) dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents » ; et instaurer une « coopération (...) uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ». Cette jurisprudence a été confirmée par la suite sans toutefois reprendre la condition d'assistance mutuelle et en l'étendant à la coopération entre entités publiques et plus seulement locales¹⁴. Elle est désormais codifiée par les directives qui exigent la réunion des trois conditions suivantes (§ 4) : « a) le marché établi ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ; b) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; et c) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération ».

Le transfert institutionnel ou administratif de compétences et de responsabilités. Sont considérés comme relevant de l'organisation interne de l'État membre concerné et donc exclus du champ d'application des directives les accords, décisions ou autres instruments juridiques qui organisent le transfert de compétences et de responsabilités d'une entité publique à une autre en vue de l'exécution de missions publiques pour autant que ce transfert de prestations ne prévoit pas de rémunération (article 1^{er}, § 6, directive 2014/24 et article 1^{er}, § 4, directive 2014/23).

D. Le champ d'application financier

Quatre seuils financiers sont désormais retenus (article 4 directive 2014/24) : 5.186.000 EUR pour les marchés publics de travaux ; 134.000 EUR pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des autorités publiques centrales ; 207.000 EUR pour les mêmes marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs sous-centraux ; 750.000 EUR pour les marchés publics de services portant sur des services sociaux et d'autres services spécifiques (*cfr supra*).

Les méthodes de calcul de la valeur estimée du marché (article 5) sont les mêmes que celles figurant dans la directive 2004/18 et tendent à éviter la scission des marchés destinée à contenir leur valeur sous les seuils. Une règle nouvelle interpelle toutefois, celle relative à l'unité opérationnelle. Après avoir rappelé que « lorsqu'un pouvoir adjudicateur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée de toutes les différentes unités opérationnelles est prise en compte », l'article 5, § 2, prévoit que « nonobstant le premier alinéa, lorsqu'une unité opéra-

tionnelle distincte est responsable de manière autonome de ses marchés ou de certaines catégories d'entre eux, les valeurs peuvent être estimées au niveau de l'unité en question ». Selon l'exposé des motifs, « on peut considérer que tel est le cas lorsque l'unité opérationnelle distincte mène de manière autonome les procédures de passation de marché et prend les décisions d'achat, dispose d'une ligne budgétaire séparée pour les marchés concernés, conclut le marché de manière autonome et assure son financement à partir d'un budget dont elle dispose » (point 19). Il s'agit là d'une brèche dans la ligne directrice de l'Union de lutter contre les scissions de marchés.

2 La procédure de passation des marchés publics

A. Les types de procédure

La directive 2014/24 reprend les différents types de procédure de passation bien connues en droit des marchés publics que sont les procédures ouvertes ou restreintes, les procédures négociées, avec ou sans publicité (la procédure négociée avec publicité étant rebaptisée pour l'occasion « procédure concurrentielle avec négociation »), ainsi que le dialogue compétitif, tout en y apportant certaines modifications. On relèvera ainsi que les cas dans lesquels il peut être fait appel à une procédure concurrentielle avec négociation — et qui sont désormais identiques aux hypothèses où peut être entamé un dialogue compétitif¹⁵ — sont définis de façon plus large que sous l'empire de la directive 2004/18¹⁶. En revanche, le champ d'application de la procédure négociée sans publicité se restreint¹⁷.

Un nouveau mode de passation est par ailleurs instauré : le « partenariat pour l'innovation », qui traduit l'une des idées maîtresses de la réforme : favoriser le recours à l'innovation dans la commande publique. Cette procédure vise à répondre à un « besoin relatif à un produit, un service ou à des travaux innovants qui ne peut être satisfait par l'acquisition de produits, de services ou de travaux déjà disponibles sur le marché ». Il ne sera pas aisé de faire le départ entre les champs d'application de cette procédure et du dialogue compétitif qui peut, lui aussi, servir à réaliser des « projets innovants »¹⁸.

En substance, il s'agit d'aboutir, après une mise en concurrence initiale, à l'élaboration d'une solution innovante, de la phase de R&D au résultat final, au moyen de différents contrats individuels, au terme de chacun desquels le pouvoir adjudicateur peut réduire le nombre de ses partenaires et « sans qu'il soit nécessaire de procéder à une passation de marché distincte pour l'acquisition » du résultat final¹⁹. Naturellement, une part importante est laissée à la négociation dans cette procédure d'attribution. Du reste, les

(14) C.J., 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, C-159/11, point 35, A.J.D.A., 2013/11, pp. 633-634, note J.-D. Dreyfus ; *Europe*, février 2013, p. 32, note D. Simon ; 16 mai 2013, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a.*, C-564/11, point 37 ; 13 juin 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, C-386/11, points 38-40 ; 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, point 46. Ces conditions sont aussi rappelées de manière théorique dans un autre arrêt du 8 mai 2013, *Eric Libert et alii*, C-197/11 et C-203/11, point 118. (15) Article 26, § 4, de la directive. À la différence toutefois du dialogue compétitif où « tous les aspects du marché » peuvent être négociés (article 30, § 3), « les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations » dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociation (article 29, § 3, alinéa 2). (16) Comme le relève E. Van Nuffel, il suffit pour l'essentiel qu'il y ait un « besoin objectif d'une réponse adaptée, comme une solution innovante ou qui n'est pas immédiatement disponible », ou que le pouvoir adjudicateur soit confronté à une « complexité ou un risque particulier » (« La nouvelle réglementation européenne des marchés publics est publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* », J.T., 2014, p. 284). À ce propos, voy. aussi le considérant 42 de la directive 2014/24 qui met en avant l'utilité des procédures négociées « pour renforcer les échanges transnationaux ». (17) H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 10. Ainsi, ne trouve-t-on plus trace de l'hypothèse visée à l'article 31, 4), a), de la directive 2004/18. (18) Considérant 42 de la directive. En ce sens, voy. H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 10. (19) Considérant 49 de la directive.



règles de passation qui lui sont applicables s'inspirent de la procédure concurrentielle avec négociation²⁰, notamment quant à la possibilité de réduire le nombre de soumissionnaires ayant passé le stade de la sélection qualitative (article 61).

On soulignera encore que les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques, tout comme les achats centralisés et la possibilité de passer des marchés conjoints occasionnels, sont maintenant moyennant certaines adaptations et précisions. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs devront-ils nécessairement respecter les règles applicables aux procédures restreintes dans le cadre des contrats conclus via un système d'acquisition dynamique (article 34, § 2), ce qui « élimine [...] la nécessité des offres indicatives » qui alourdisaient le processus²¹. Une disposition particulière est aussi désormais consacrée aux marchés conjoints occasionnels (article 38).

B. Le déroulement de la procédure d'attribution du marché public

La directive 2014/24 rappelle à juste titre les principes généraux que sont le respect de l'égalité et de la transparence dans la procédure d'attribution d'un marché public. Elle en déduit des règles spécifiques en ce qui concerne les conflits d'intérêts et la consultation préalable des éventuels futurs soumissionnaires.

Le législateur européen manifeste par ailleurs sa volonté de voir les délais de procédure se raccourcir²² et le recours aux échanges électroniques se développer tout au long de la procédure d'attribution. Un nouvel outil, le « catalogue électronique », voit le jour. Les pouvoirs adjudicateurs pourront, en principe, requérir que les offres soient présentées sous un tel format électronique uniformisé (par exemple un format Excel)²³.

La directive innove aussi à propos de la division en lots des marchés publics. Afin de favoriser l'accès des PME à la commande publique, qui constitue, là aussi, une des lignes de force de la réforme, le pouvoir adjudicateur devra indiquer les raisons pour lesquelles il n'a pas subdivisé le marché en lots distincts²⁴. En outre, les États membres seront en principe autorisés à requérir l'allotissement de certains marchés.

L'importance de la prise en compte de la dimension environnementale et sociale de la commande publique est encore réaffirmée à plusieurs reprises. À titre d'exemple, l'article 18, § 2, de la directive contraint expressément les États membres à veiller à ce que les conditions d'exécution du marché public imposent le respect des obligations environnementales et sociales découlant, non seulement du droit interne et du droit de l'Union, mais aussi des conventions collectives et de certaines dispositions de droit international. De même, « les pouvoirs adjudicateurs rejettent l'offre s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations » dont il est question à cet article 18, § 2 (article 69, § 3, alinéa 2).

On a déjà souligné la disparition de la distinction ancienne entre les marchés publics de services, selon qu'ils relevaient de l'annexe II A

ou II B de la directive 2004/18, même si certains marchés de services, visés auparavant à l'annexe II B, sont désormais mentionnés à l'annexe XIV de la directive 2014/24 et continuent de bénéficier à ce titre d'une procédure de passation assouplie²⁵. De même, la nouvelle directive ne contient pas de disposition analogue à l'article 34 de la directive 2004/18 concernant les marchés de travaux relatifs à la conception et construction de logements sociaux.

1. Appel à la concurrence et phase préliminaire de la procédure de passation

Hormis l'hypothèse d'une procédure négociée sans publicité, la publication d'un avis de marché au *Journal Officiel de l'Union européenne* constitue la première étape contraignante de la procédure de passation du marché public. Toutefois, les États membres pourront désormais autoriser les « pouvoirs adjudicateurs sous-centraux » (ce qui couvre non seulement les autorités locales, mais aussi les collectivités fédérées) à ne publier qu'un avis de préinformation, en lieu et place d'un véritable avis de marché, lorsque ceux-ci entendent recourir à une procédure restreinte, ou une procédure concurrentielle avec négociation, mais étonnamment pas lorsqu'ils mettent en œuvre un dialogue compétitif ou un partenariat pour l'innovation. Cet avis de préinformation invite les entreprises à « manifester leur intérêt », intérêt qui devra être confirmé ultérieurement par écrit.

En principe, tous les documents du marché devront être mis à disposition gratuitement, par voie électronique à compter de la publication de l'avis ou de la date d'envoi de l'invitation à confirmer son intérêt pour le marché, si la publicité a été assurée par un avis de préinformation.

2. La sélection des candidats et des offres

La directive innove en prévoyant tout d'abord que, lorsque le pouvoir adjudicateur recourt à une procédure ouverte, il dispose de la faculté d'examiner, dans l'ordre qu'il souhaite, les critères de sélection qualitative, d'une part, et les critères d'attribution, d'autre part (article 56, § 2).

L'étape de la sélection qualitative se caractérise par une augmentation du nombre de motifs d'exclusion, obligatoires ou facultatifs, destinée notamment à mieux lutter contre la fraude fiscale et sociale, à davantage protéger l'environnement et à se prémunir plus efficacement contre les candidats ayant déjà failli à leurs obligations contractuelles. La directive autorise toutefois désormais que, pour certains motifs d'exclusion, l'opérateur économique apporte la preuve qu'il a adopté des « mesures de mise en conformité »²⁶. Par ailleurs, des dispositions spécifiques sont adoptées quant à la durée de la période d'exclusion (article 57, § 7).

En outre, un nouvel instrument est mis sur pied : le « document unique de marché européen » (« DUME »). Il s'agit d'une « déclaration sur l'honneur actualisée », transmise par voie électronique, et qui fait office de « preuve *a priori* » de ce que le candidat ou le soumissionnaire remplit les conditions exigées dans le

(20) Considérant 49 de la directive. (21) Considérant 63 de la directive. Compar. article 33 de la directive 2004/18. (22) On notera ainsi qu'en cas d'urgence, le délai de réception d'une offre pourra être réduit, même dans le cadre d'une procédure ouverte (article 27, § 2, b) (P. Telles et L. R.A. Butler, « Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU », in F. Lichere, R. Caranta et S. Treumer (dir.), *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, 2014, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2443438, p. 6). (23) Voy. considérant 68 de la directive. (24) Toutefois, le considérant 78 de la directive précise que le pouvoir adjudicateur devrait demeurer « libre de prendre sa décision de façon autonome sur la base de tout motif qu'il juge pertinent, sans faire l'objet d'un contrôle administratif ou judiciaire ». (25) Voy. *infra*. (26) Article 57, § 6 et considérant 102 de la directive. Pour une critique de cette faculté, voy. B. Gors et L. Vansnick, « La sélection : une étape intégrée en pleine mutation », in S. Ben Messaoud et F. Viseur (dir.), *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 300.



Analyse

cadre de la sélection qualitative²⁷. Seul l'adjudicataire du marché devra, en principe, présenter les documents justificatifs pertinents avant que le contrat lui soit attribué²⁸.

Afin de faciliter l'accès des PME aux procédures de passation des marchés, l'article 58, § 3, de la directive précise par ailleurs que « le chiffre d'affaires annuel minimal » qui peut être requis de l'opérateur économique, au titre de la sélection qualitative, ne pourra dépasser « le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés ». L'effectivité de cette obligation est toutefois nettement amoindrie par l'explication contenue dans le 83^e considérant de la directive et selon laquelle « dans des cas dûment justifiés, les pouvoirs adjudicateurs devraient demeurer libres de décider de façon autonome s'il serait opportun et pertinent d'imposer des seuils plus élevés de chiffres d'affaires minimum, sans faire l'objet d'un contrôle administratif ou judiciaire ».

Certaines innovations doivent aussi être pointées en ce qui concerne les critères d'attribution. Tout d'abord, la directive n'en retient formellement plus qu'un seul : « l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur ». Le critère du prix le plus bas, caractéristique de l'adjudication, paraît avoir disparu.

La réalité est toutefois plus subtile²⁹. En effet, toujours selon la directive, l'offre économiquement la plus avantageuse « est déterminée sur la base du prix ou du coût ». Le considérant 90 de la directive précise d'ailleurs que l'attribution ne peut faire abstraction du critère du prix ou du coût. Certes, le pouvoir adjudicateur peut y en adjoindre d'autres mais « l'offre économiquement la plus avantageuse pourrait aussi être fondée exclusivement sur le prix ou sur le rapport coût/efficacité », sauf si les États interdisent « le recours au seul critère du coût ou du prix ». Même s'il autorise les États membres à le faire, le législateur européen ne prohibe donc pas le recours à l'adjudication, sauf pour le dialogue compétitif (article 30, § 1^{er}, alinéa 3) et le partenariat d'innovation (article 31, § 1^{er}, alinéa 4).

Il est encore précisé que l'offre économiquement la plus avantageuse « est déterminée sur la base du prix ou du coût selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie³⁰ [...] et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix », eu égard notamment aux « aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché »³¹.

On notera également que « les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché », pourront constituer, non plus seulement un critère de sélection qualitative³², mais aussi un critère d'attribution « lorsque la qualité d[e] personnel peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché »³³.

L'utilisation de labels, lors de la détermination des spécifications techniques, des critères d'attribution ou des conditions d'exécution du marché, est admise de façon générale³⁴ à condition notamment que les exigences de ces labels « ne concernent que des critères qui sont liés à l'objet du marché et sont propres à définir » ses caractéristiques. Plus encore, le législateur européen paraît accorder à ces labels une valeur plus importante que celle qui leur avait été reconnue dans la jurisprudence de la Cour de justice sous l'empire de la directive antérieure³⁵. En effet, la détention de ces labels — ou d'un label équivalent — pourra désormais être exigée du soumissionnaire ou du candidat, sauf lorsque ce dernier n'était pas en mesure de l'obtenir dans les délais requis pour une raison indépendante de sa volonté. Ce n'est que dans ce cas, désormais, que cet entrepreneur pourrait faire valoir, par « d'autres moyens de preuve appropriés », qu'il est satisfait aux exigences concernées par ce label (article 43, § 1^{er})³⁶.

La directive autorise aussi désormais formellement les pouvoirs adjudicateurs à exiger des soumissionnaires qu'ils présentent des variantes³⁷ et ne paraît plus exclure le recours aux variantes dans le cadre d'une procédure où le seul critère d'attribution serait le prix.

3. Phase finale

Au plus tard 30 jours après la conclusion du marché, le pouvoir adjudicateur transmet, par voie électronique, un avis d'attribution de marché à l'Office des publications de l'Union européenne qui se charge de sa publication dans les cinq jours de son envoi. Par ailleurs, l'article 55 de la directive précise les obligations d'information qui pèsent sur le pouvoir adjudicateur à l'égard des candidats et des soumissionnaires écartés. Cette disposition reprend, pour l'essentiel, la réglementation déjà établie par l'article 41 de la directive 2004/18.

C. Cas particuliers

1. Les services sociaux et les services spécifiques visés à l'annexe XIV (« services aux personnes »)³⁸

Des règles de passation plus souples sont élaborées à propos des marchés publics pour les services sociaux et autres services spécifiques visés à l'annexe XIV de la directive. Ce régime particulier est justifié en raison de ce que « par leur nature intrinsèque », ces services ont « une dimension transnationale limitée » et « sont fournis dans un cadre spécifique qui varie grandement d'un État membre à l'autre, du fait de traditions culturelles différentes ». Le législateur européen précise encore que « compte tenu de l'importance du contexte culturel et du caractère sensible de ces services », un régime moins strict doit leur être appliqué³⁹.

(27) Voir les « règles et critères objectifs » qui seront utilisés, le cas échéant, par le pouvoir adjudicateur pour réduire le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection. (28) La directive précise toutefois qu'outre cette déclaration sur l'honneur, le DUME doit aussi comporter « les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur ». (29) À ce propos, voy. R. Medeiros, « The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement : A First Overview », disponible sur http://www.servulo.com/xms/files/THE_NEW_DIRECTIVE_2014_Rui_Medeiros.pdf, p. 45. (30) En ce compris ses « externalités environnementales ». En outre, les critères d'attribution peuvent porter sur « n'importe quel stade » de son cycle de vie. (31) Ce qui, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, exclut « les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise » (considérant 97 de la directive). (32) Article 58, § 4, alinéa 1^{er}, de la directive. (33) Article 67, § 2, b, de la directive. Pour une critique de la réglementation antérieure, voy. P. Thiel, *Memento des marchés publics et PPP*, Kluwer, 2012, pp. 591 et s. ainsi que B. Gors et L. Vansnick, *op. cit.*, p. 246. Une évolution s'était déjà fait sentir dans la jurisprudence du Tribunal (arrêt *Evropaïki Dynamiki c. Cour de justice* du 17 octobre 2012, T-447/10, point 42, cité par B. Gors et L. Vansnick, *op. cit.*, p. 245). Adde conclusions du 18 décembre 2014, *Ambisig*, C-601/13, pts 87 et s. (34) Sous l'empire de la directive 2004/18, il n'était question que des labels écologiques. (35) C.J., 10 mai 2012, *Commission c. Pays-Bas*, C-368/10. Sur cet arrêt, voy. notamment Ch. Dubois et J. Duval, « Marchés publics et "Max Havelaar" : une (simple et équitable ?) histoire de labels... Commentaires sur la prise en compte des considérations environnementales et sociales en matière de marchés publics », *Marchés et Contrats publics*, 2013, pp. 143 et s. (36) Toutefois, lorsque le label fixe des exigences qui ne concernent que partiellement l'objet du marché, le pouvoir adjudicateur ne pourra pas exiger l'obtention de ce label, en tant que tel (article 43, § 2). (37) Article 45 de la directive 2014/24 ; H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 11. (38) R. Medeiros, *op. cit.*, p. 38. (39) Considérants 114 et 117 de la

C'est ainsi que la phase d'information préalable peut prendre la forme soit d'un avis de marché allégé⁴⁰, soit d'un avis de préinformation et ce, quelle que soit la nature du pouvoir adjudicateur. En outre, aucune publicité ne paraît être requise pour autant qu'il eût « été possible de recourir, conformément à l'article 32, à une procédure négociée sans publication préalable »⁴¹. Quant aux avis d'attribution de marché, ils sont eux aussi allégés⁴² et peuvent être regroupés sur une base trimestrielle.

La directive laisse surtout le champ libre aux États membres pour « déterminer les règles de procédure applicables » à la passation de tels marchés, pour autant que soient préservés les principes d'égalité et de transparence et que les règles qu'ils élaborent « permettent aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte les spécificités des services en question » et « la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services » en cause, eu égard notamment aux différentes catégories d'utilisateurs, en ce compris les plus vulnérables.

2. Les marchés réservés

L'article 20 de la directive prévoit, d'une part, la possibilité pour les États membres de réserver certains marchés publics « à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées ». Elle fixe le nombre minimal de travailleurs handicapés ou défavorisés à 30 % du personnel⁴³.

L'article 77 de la directive précise, d'autre part, que les États membres peuvent autoriser les pouvoirs adjudicateurs à réserver les marchés qui portent exclusivement sur certains services de santé, sociaux ou culturels, aux organisations qui ont « pour objectif d'assumer une mission de service public liée à la prestation » de ces services, à condition que les bénéfices que ces organisations engendrent « soient réinvestis en vue d'atteindre l'objectif de l'organisation », que leurs « structures de gestion ou de propriété » soient « fondées sur l'actionnariat des salariés ou des principes participatifs ou exigent la participation active des salariés, des utilisateurs ou des parties prenantes » et qu'elles n'aient pas été désignées adjudicataires par le même pouvoir adjudicateur pour les services en cause au cours des trois années précédentes. De même, la durée du marché « réservé » ne peut excéder trois ans.

3 La directive 2014/23 sur l'attribution de contrats de concession

L'adoption d'une directive régissant de façon uniforme l'attribution de concessions de travaux et de services est une des innovations les plus notables de la réforme⁴⁴. Jusqu'à présent, en effet, seules les concessions de travaux étaient appréhendées par le droit dérivé. Encore ne l'étaient-elles qu'au sein d'une directive portant, à titre principal, sur les marchés publics. Quant aux concessions de services, elles relevaient uniquement du droit primaire, pour autant qu'elles présentassent un « intérêt transfrontalier certain »⁴⁵.

A. Champ d'application

La concession est définie comme un contrat écrit, à titre onéreux⁴⁶, qui a pour objet⁴⁷ la construction de travaux ou la prestation et la gestion de services⁴⁸ et dont la contrepartie pour le concessionnaire réside dans le droit d'exploiter les ouvrages construits ou les services prestés, droit⁴⁹ qui peut, le cas échéant, être assorti d'un prix payé par le concédant⁵⁰.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, ce type de contrat suppose donc que le « risque d'exploitation » soit mis à charge du concessionnaire. Cette partie doit supporter non seulement « les risques inhérents à tout contrat », mais aussi le risque d'exploitation, lié à la demande et/ou à l'offre, et qui « devrait trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle »⁵¹. La concession exige « une réelle exposition aux aléas du marché » du concessionnaire, si bien que le prix éventuel, payé par le concédant, ne peut être d'un tel montant qu'il immunise le concessionnaire contre tout risque d'exploitation⁵².

En revanche, et toujours dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de justice, il n'est pas requis que la concession porte sur l'exercice d'une mission de service public. La définition de la directive tranche ainsi avec l'acception qu'en France et en Belgique, en tout cas, la doctrine et la jurisprudence traditionnelles donnent aux concessions de service public, considérées comme des contrats par lesquels l'exercice d'une mission de service public est délégué à un particulier⁵³.

directive. (40) Les mentions sont celles visées à la partie H de l'annexe V, en lieu et place des mentions visées à la partie C de la même annexe.

(41) Article 75, § 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2014/24. (42) Ils ne contiennent que les mentions visées à la partie J de l'annexe V en lieu et place des mentions visées à la partie D de la même annexe. (43) Sous l'empire de la directive 2004/18, seules les entreprises d'insertion de personnes handicapées étaient visées. Encore fallait-il que la moitié de leur personnel soit constituée de personnes handicapées. (44) Sur les âpres négociations qui ont permis son adoption, voy. H. Hoepffner, « La nouvelle directive Concessions. Sécuriser le cadre juridique des concessions et préserver la liberté des concédants : une conciliation impossible ? », *Europe*, juin 2014, p. 9. (45) Voy. récemment C.J., 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, points 28-29 et références citées. *Adde* C.J., 14 novembre 2013, *Comune di Ancona*, C-388/12, points 45 et s. (46) Compar. A. Delvaux et al., *Partenariats publics privés...*, op. cit., p. 212 ; P. Thiel, op. cit., p. 526. (47) La directive régleme aussi en détails les différentes hypothèses de contrats mixtes (voy. articles 20-23). Pour une critique de ces dispositions, voy. H. Hoepffner, « La nouvelle... », op. cit., pp. 12-13. (48) Le contrat ne doit pas nécessairement prévoir « un transfert de propriété aux pouvoirs adjudicateurs » mais il est requis que ce soient eux « qui obtiennent les avantages liés aux travaux ou services en question » (considérant 11 de la directive 2014/23). Dans de nombreux cas, il est toutefois plus probable que les véritables bénéficiaires de la concession soient les usagers particuliers. (49) Qui peut même aussi être considéré comme une obligation. Voy. à cet égard la distinction faite entre une licence et une concession par le considérant 14 de la directive 2014/23. (50) Ce prix ne doit pas être confondu avec une subvention ou tout mode de financement des services publics ou tout type d'aide d'État (considéranants 6 et 12 de la directive 2014/23). (51) Considérant 20 de la directive. Compar. S. Braconnier, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *A.J.D.A.*, 2014, p. 838 qui considère que « l'identification d'un risque lié à l'offre laisse un champ plus large à la volonté des parties. L'offre, en effet, renvoie directement à la manière dont ces parties interviennent sur le marché ». (52) Voy. considérant 17 de la directive 2014/23. Sur la compatibilité d'un risque limité, supporté par l'adjudicataire, avec la notion de concession, voy. H. Hoepffner, « La nouvelle... », op. cit., p. 11 et S. Braconnier, op. cit., p. 838. (53) H. Hoepffner, « La nouvelle... », op. cit., p. 10 et S. Braconnier, op. cit., p. 837. Voy. toutefois le considérant 68 de la directive 2014/23 qui reconnaît que les concessions visent généralement à confier au concessionnaire « des responsabilités et des risques traditionnellement assumés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et relevant normalement de leurs compétences ».



Analyse

Comme pour les marchés publics, il est encore précisé que le « transfert de compétences et de responsabilité en vue de l'exécution de missions publiques » entre entités publiques (voire parapubliques), sans rémunération des prestations ainsi transférées, est étranger au champ d'application de la directive, même lorsque ce transfert prend la forme d'un contrat (article 1^{er}, § 4).

Les parties au contrat de concession sont identifiées. Le concédant peut être l'État, une autorité régionale ou locale, un organisme de droit public ou une association formée par plusieurs de ces entités (« pouvoir adjudicateur »). Lorsque la concession porte sur une des activités visées à l'annexe II⁵⁴, le concédant peut, en outre, prendre la forme d'une entreprise publique ou de toute autre entité qui dispose de droits spéciaux ou exclusifs (entité adjudicatrice). Quant au concessionnaire, il s'agit de tout opérateur économique, sans qu'il soit exigé qu'il dispose de la personnalité juridique, du moins tant qu'il ne s'est pas vu attribuer le contrat (article 26).

Le champ d'application de la directive est toutefois limité par un nombre important d'exceptions.

Une *limite financière* est tout d'abord fixée par l'instauration d'un seuil de 5.186.000 EUR⁵⁵ — à partir duquel le contrat présente « un intérêt transnational manifeste »⁵⁶ — et en dessous duquel la concession — qu'elle soit de travaux ou de services — ne relève pas de la directive⁵⁷.

Diverses *exceptions matérielles* sont par ailleurs éparpillées au fil de la directive. Sont ainsi exclus, le cas échéant sous certaines conditions, les services d'intérêt général non économiques, les services liés à la sécurité sociale⁵⁸, aux secteurs de l'eau⁵⁹, de la défense, de la protection civile et de la sécurité, certains services juridiques et financiers, les concessions liées aux transports aériens, aux transports de personnes par voie ferrée ou par route, aux médias et aux communications électroniques, certains services de recherche et de développement, les services de loterie attribués sur base d'un droit exclusif, les campagnes des partis politiques, lorsqu'en vertu du droit de l'État membre, ils peuvent être considérés comme des concédants, les concessions attribuées par des entités adjudicatrices à propos d'activités directement exposées à la concurrence, ainsi que l'acquisition ou la location d'immeubles⁶⁰. Par ailleurs, les services sociaux — hors ceux liés à la sécurité sociale, donc — ainsi que les services visés à l'annexe IV de la directive (les mêmes que ceux visés à l'annexe XIV de la directive 2014/24, et parmi lesquels plusieurs services à vocation sociale figurent donc également) sont soumis à un régime juridique allégé (article 19).

La directive contient également plusieurs causes d'*exclusion organiques* inspirées des directives « marchés publics ». Ainsi, en va-t-il des contrats conclus entre entreprises liées ou co-entreprises, des conventions « in house » et des partenariats « public-public ». Les concessions attribuées à un pouvoir adjudicateur sur la base d'un droit exclusif ou à un opérateur économique qui dis-

pose d'un droit exclusif octroyé conformément au TFUE « et aux actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités visées à l'annexe II » échappent également à la directive. Celle-ci ne s'applique pas davantage « aux concessions que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est tenu d'attribuer ou d'organiser conformément à des procédures » dérogatoires qui sont imposées par un texte de droit international ou par une organisation internationale (article 10, § 4).

Enfin, la directive insiste à plusieurs reprises sur l'interdiction de l'abus de droit qui se manifesterait par la volonté du pouvoir adjudicateur de faire échapper un contrat de concession au champ d'application de la directive, en jouant notamment sur l'estimation de sa valeur⁶¹.

B. Régime juridique

La directive 2014/23 vise à assurer la liberté contractuelle du concédant tout en l'encadrant de contraintes destinées à garantir *a minima* le respect des principes d'égalité et de transparence. Il n'y a donc guère à s'étonner de ce que le cadre juridique — identique pour les concessions de travaux et de services — soit nettement plus souple que les règles de passation d'un marché public. On notera encore que les règles de protection juridictionnelles, prévues par les directives « recours » en matière de marchés publics, sont rendues applicables aux candidats ou soumissionnaires évincés de la procédure de passation d'un contrat de concession⁶².

1. Principes

Les articles liminaires de la directive insistent sur le caractère primordial du « principe de libre administration » des autorités nationales⁶³. Elle n'impose donc nullement de recourir au mécanisme de la concession pour la construction de travaux ou la gestion de services, les autorités nationales pouvant décider d'y pourvoir par leurs propres moyens « ou en coopération avec d'autres autorités »⁶⁴.

Cette liberté se manifeste aussi lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice décide de recourir à une concession. À la différence des règles applicables à l'attribution des marchés publics, il n'existe pas de modes de passation préétablis. Une très grande liberté dans l'organisation de la procédure est laissée à l'autorité publique (article 30, § 1^{er}) qui peut ainsi décider de limiter le nombre de candidats ou de soumissionnaires, pour autant qu'elle agisse de façon transparente et objective et que leur nombre réduit ne rende pas impossible toute mise en concurrence effective (article 37, § 3). Le pouvoir adjudicateur peut aussi entamer des négociations avec les candidats ou les soumissionnaires à condition que celles-ci ne portent pas sur « l'objet de la concession, les critères d'attribution et les exigences minimales ». Enfin, il lui est loisible de réserver certains marchés à des ateliers protégés ou à des structures équivalentes (article 24).

(54) À savoir, pour l'essentiel, les secteurs spéciaux connus dans le droit des marchés publics, à l'exception du secteur de l'eau, lequel est tout bonnement exclu du champ d'application de la directive (voy. *infra*). (55) Identique au seuil applicable pour les marchés publics de travaux. (56) Considérant 23 de la directive 2014/23. (57) Elle demeure soumise au droit primaire pour autant qu'elle présente un « intérêt transnational certain ». (58) Sur cet aspect, voy. S. Platon, « La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », *A.J.D.A.*, 2014, p. 843. (59) Pour une critique de cette exclusion, voy. H. Hoepffner, « La nouvelle... », *op. cit.*, p. 13 et S. Braconnier, *op. cit.*, p. 840. (60) Voy. considérant 15 de la directive 2014/23. (61) Sur la difficulté de fixer le montant d'un contrat de concession, voy. S. Platon, *op. cit.*, p. 844. (62) Articles 46 et 47 de la directive 2014/23. Voy. E. Van Nuffel, *op. cit.*, p. 283. (63) Pour S. Platon (*op. cit.*, p. 842), ces articles sont des « fondements axiologiques et rationnels » et des « principes d'interprétation pour l'ensemble de la directive ». (64) De même, les États membres demeurent libres de définir ce qui constitue pour eux un service d'intérêt économique général et la manière dont un tel service doit être organisé et financé.

Certaines contraintes pèsent toutefois sur le concédant.

La première est d'ordre temporel. « Afin d'éviter le verrouillage des marchés et la limitation de la concurrence »⁶⁵, les concessions devront être conclues pour une durée limitée. Aucun plafond n'est fixé de manière absolue mais il est précisé que la durée du contrat, lorsqu'elle excède cinq ans, ne peut être supérieure au délai raisonnablement nécessaire au concessionnaire pour obtenir un retour sur investissement (article 18).

Par ailleurs, trois principes matériels — l'égalité, la proportionnalité et la transparence — doivent guider le concédant tout au long de la procédure d'attribution (article 3, § 1^{er}). Celui-ci ne peut ainsi avantager des candidats ou soumissionnaires en délivrant de façon discriminatoire certaines informations au cours de la procédure de passation (article 30, § 2).

L'attribution du contrat doit encore avoir lieu sur la base de critères objectifs, classés par ordre d'importance⁶⁶, en lien avec l'objet de la concession et qui ne peuvent conférer « une liberté de choix discrétionnaire »⁶⁷ à l'autorité. La directive permet qu'y soient inclus « des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation ». Ces critères doivent permettre de « constater un avantage économique global » — et non comme pour les marchés publics d'identifier « l'offre économiquement la plus avantageuse » — pour le pouvoir adjudicateur. Une publicité doit de surcroît leur être assurée.

2. Procédure

Si elle se déroule pour l'essentiel selon les vœux du pouvoir adjudicateur, la procédure d'attribution est néanmoins scandée par certaines étapes obligées qu'il incombe à l'autorité adjudicatrice de consigner adéquatement (article 37, § 5).

Un avis de concession (qui doit contenir les informations visées à l'annexe V) doit tout d'abord être publié au *Journal officiel de l'Union* (article 33, § 2)⁶⁸. En principe, la procédure d'attribution ne peut recevoir aucune publicité au niveau national auparavant.

Les documents utiles à la passation de la concession — en ce compris les spécifications techniques et fonctionnelles — doivent ensuite être mis à disposition gratuitement par voie électronique (article 34). Quant aux critères d'attribution, ils sont mentionnés dans l'avis de concession, l'invitation à présenter une offre ou dans les autres documents de concession (article 37, § 2, b). Ils sont, de surcroît, publiés au *Journal officiel de l'Union européenne*. L'autorité adjudicatrice communique encore à tous les participants à la procédure « la description de l'organisation de la procédure envisagée ainsi qu'un délai de remise des offres indicatif ».

Le délai de réception des candidatures et des offres doit tenir compte de la complexité inhérente à un contrat de concession. Des délais minimaux sont prévus (article 39).

Une fois les candidatures réceptionnées, le pouvoir adjudicateur est en mesure de procéder à la sélection qualitative des candidats telle qu'elle est décrite à l'article 38. Les causes d'exclusion sont inspirées de celles prévalant dans le cadre des marchés publics. L'attribution de la concession doit, quant à elle, avoir lieu conformément aux spécifications techniques et fonctionnelles et aux critères d'attribution fixés dans les documents de passation.

Au plus tard 48 jours après la décision d'attribuer la concession à l'un des soumissionnaires, un avis d'attribution est transmis pour publication à l'Office des publications de l'Union. En outre, le concédant est tenu d'informer, dans les meilleurs délais, les candidats et les soumissionnaires de toute décision relative à l'attribution de la concession ou d'abandon de la procédure d'attribution. À première demande, il est aussi obligé d'informer « tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre retenue ». Seules des circonstances particulières peuvent justifier que le concédant ne procède pas à une telle information (article 40).

4 La phase d'exécution

Les trois générations de directives précédentes n'abordaient pas cet aspect des marchés publics. Or, l'exécution des marchés publics peut présenter des risques de violation des principes de concurrence et de transparence. À la suite de la Commission, la Cour de justice a tenté d'encadrer certains aspects qui touchent à l'exécution des marchés publics, à savoir les modifications substantielles apportées à un marché public en cours d'exécution et la durée de conclusion d'un marché public⁶⁹. Le législateur européen s'est alors saisi du problème dans les nouvelles directives en essayant de trouver un équilibre entre la nécessaire évolution des contrats en cours d'exécution et le souci d'assurer une concurrence saine.

Deux premières observations générales peuvent être effectuées. Premièrement, le régime juridique est pour l'essentiel le même pour les marchés et les concessions, même si ces dernières « font généralement intervenir des mécanismes techniques et financiers complexes et de long terme qui sont souvent soumis à un contexte évolutif » (exposé des motifs, point 75). Deuxièmement, les articles 70 à 73 de la directive marchés et les articles 42 à 45 de la directive concessions apportent une réponse compliquée à un problème complexe. Elles n'expriment pas en tant que tel un principe général mais abordent plutôt des hypothèses particulières. Cette casuistique risque à terme de poser des problèmes d'interprétation et de ne pas être suffisante pour pouvoir régir toutes les situations futures qui se présenteront en la matière.

Les directives abordent les modifications du contrat, la sous-traitance et la résiliation du contrat.

(65) Considérant 52 de la directive 2014/23. (66) Il est toutefois possible, dans des cas exceptionnels et afin de favoriser l'innovation, de modifier ce classement (article 41, § 2, alinéa 5). Par ailleurs, il n'est pas exigé que ces critères soient pondérés (S. Platon, *op. cit.*, p. 846). (67) Comprendre « inconditionnée », pour reprendre les termes de la CJUE (voy. notamment l'arrêt du 10 mai 2012, *Commission c. Pays-Bas*, C-368/10, point 87). (68) Ne sont dispensés d'une telle obligation que les pouvoirs adjudicateurs qui entendent attribuer une concession pour laquelle seul un opérateur économique est éligible ou lorsqu'aucune candidature ou offre appropriée n'a été déposée lors de la précédente procédure d'attribution de la même concession (article 31). (69) C.J., 5 octobre 2000, *Commission c. France*, C-337/98, points 44 et 46 ; 19 juin 2008, *PresseText Nachrichtenagentur GmbH*, C-454/06 ; 13 avril 2010, *Wall AG*, C-91/08 (changement de sous-traitant initial) ; 29 avril 2010, *Commission c. Allemagne*, C-160/08, points 125-130 (extension à des prestations non initialement prévues).



Analyse

A. Les modifications du contrat

Le principe est l'interdiction des modifications substantielles. Cinq exceptions sont toutefois prévues.

1. Les modifications substantielles

Les directives définissent la notion de « modifications substantielles », à savoir une modification qui « rend les caractéristiques de la concession ou du contrat substantiellement différentes de celles prévues initialement » (articles 72, § 4 et 43, § 4). Dans ce cas, il s'agit en réalité d'un nouveau contrat qui doit être soumis à la concurrence.

Les directives énumèrent ensuite quatre hypothèses dans lesquelles une modification doit être considérée comme substantielle. Il s'agit en réalité d'hypothèses déjà énoncées par la Cour de justice :

— « elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure initiale de passation de marché ou d'attribution de concession, auraient permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement retenue ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ou d'attribution de concession »⁷⁰ ;

— « elle modifie l'équilibre économique du contrat ou de la concession en faveur du contractant ou du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ou dans la concession initiale »⁷¹ ;

— « elle étend considérablement le champ d'application du marché ou de la concession »⁷² ;

— « lorsqu'un nouveau contractant ou concessionnaire remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a initialement attribué le marché ou la concession dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1^{er}, point d) »⁷³. La cession du marché ou de la concession constitue donc en principe une modification substantielle mais elle est autorisée dans les trois cas prévus par le § 1^{er}, d). Tout d'abord, les cessions prévues par les clauses du marché initial sans qu'il soit nécessaire d'indiquer l'identité du futur cessionnaire, ce qui était sujet à interprétation dans l'arrêt *Pressetext*. Ensuite, en cas de réorganisation économique ou juridique des contractants, différentes opérations étant largement envisagées, ce qui clarifie ici aussi l'arrêt *Pressetext*. Enfin, « dans le cas où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice assume lui-même les obligations du contractant ou du concessionnaire principal à l'égard de ses sous-traitants lorsque cette possibilité est prévue par la législation nationale » ; cette dernière hypothèse est apparue en fin de processus d'adoption des directives sans autres explications et ne provient pas de la jurisprudence de la Cour de sorte que, manquant déjà de clarté en ses termes, elle ne peut s'appuyer sur des interprétations autorisées. S'agit-il de protéger les sous-traitants ou de viser le cas de la défaillance du titulaire initial ? La question reste en suspens⁷⁴.

Les modifications qui ne présentent pas ce caractère substantiel sont quant à elles autorisées (articles 71, § 1^{er}, e), et 43, § 1^{er}, e)).

2. Les exceptions

Cinq hypothèses sont prévues par les directives (article 72, § 1^{er}, a) à d), et § 2 ; article 43, § 1^{er}, a) à d), et § 2) :

— les clauses de réexamen prévues par le contrat initial. La dérogation est très large puisque toute évolution du contrat, quelle que soit sa valeur, est admise dès lors qu'elle est prévue dans le contrat initial. Quelques conditions l'encadrent toutefois : les clauses doivent être « claires, précises et univoques » ; elles doivent indiquer le champ d'application, la nature et les conditions d'usage de ces modifications ; elles ne peuvent changer « la nature globale du contrat ». Il s'agit certainement d'une opportunité intéressante qui conduira sans doute les pouvoirs adjudicateurs à multiplier ce genre de clauses en prenant bien soin de les rédiger ;

— les prestations supplémentaires et nécessaires en cas d'impossibilité de changer de contractant pour des motifs techniques ou économiques ou, plus largement, en cas d'inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur : cette dérogation présente elle aussi un potentiel d'application fort large. Deux limites l'encadrent sans pour autant en diminuer l'impact. L'augmentation du prix doit être inférieure ou égale à 50 % du montant du marché initial, cette limite s'appliquant toutefois à chaque modification en cas de modifications successives. Le pouvoir adjudicateur doit publier un avis au *J.O.* contenant les informations prévues par les annexes des directives ;

— les circonstances imprévisibles : il s'agit de circonstances que « le pouvoir adjudicateur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial, n'aurait pu prévoir, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci » (exposé des motifs, § 109). Cette hypothèse est également soumise à une obligation de publicité (avis au *J.O.*) et à des limites financières identiques à l'hypothèse précédente. S'agit-il d'un écho aux théories jurisprudentielles de l'imprévision et du fait du prince ? Il semblerait que cette disposition aille moins loin que ces théories. En effet, ces dernières supposent un bouleversement de l'économie du contrat. Or, les modifications autorisées par cette exception ne peuvent pas changer la « nature globale du marché », soit « en altérant la nature de l'ensemble du marché, par exemple lorsque les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché sont remplacés par une commande différente ou que le type de marché est fondamentalement modifié, puisque l'on peut, dans ce cas, présumer que cette modification serait de nature à influencer éventuellement sur l'issue du marché »⁷⁵.

— la cession du marché ou de la concession dans les trois cas précités ;

— les modifications mineures : il s'agit des modifications dont la valeur est inférieure soit aux seuils financiers d'application des directives, soit à 10 % de la valeur initiale du marché pour les marchés de fournitures et de services et pour les concessions, même de travaux, ou à 15 % pour les marchés de travaux. Contrairement aux autres hypothèses de modifications, cette valeur est ici déterminée sur la base de la valeur cumulée des modifications successives et non modification par modification. L'objet de ces modifications n'est pas restreint sans toutefois pouvoir changer la nature

(70) Voy. arrêts précités *Pressetext*, point 35 ; *Wall AG*, point 38. (71) Voy. arrêt précité *Pressetext*, point 37. (72) Voy. arrêt précité *Pressetext*, point 36. Il s'agit sans doute du champ d'application matériel du marché initial, soit l'inclusion de prestations non initialement prévues comme dans l'arrêt *Pressetext* qui se réfère « à des services non initialement prévus ». (73) Voy. arrêts précités *Pressetext*, point 40 ; *Wall AG*, point 38. (74) R. Noguellou, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *A.J.D.A.*, 15/2014, p. 859. (75) *Ibidem*, p. 857.



globale du contrat, expression que l'on retrouve dans la première et la troisième exceptions précitées.

B. La sous-traitance

La sous-traitance fait l'objet d'une disposition spécifique dans les directives (article 71 pour les marchés et article 42 pour les concessions). Deux objectifs sont poursuivis. Il s'agit tout d'abord de protéger les sous-traitants. Pour ce faire, les États membres peuvent prévoir, pour les marchés publics mais non pour les concessions, un droit au paiement direct des sous-traitants si la nature du marché le permet. Ensuite, le recours à la sous-traitance est encadré afin qu'il ne permette pas de contourner le processus de sélection du contractant principal. Ainsi, les États membres sont autorisés à prendre les mesures adéquates en vue d'assurer le respect des obligations sociales, fiscales, environnementales et autres dans le chef des sous-traitants, telles que des mécanismes de responsabilité solidaire ; ils peuvent imposer aux soumissionnaires d'indiquer dans son offre la part du marché sous-traitée ainsi que les noms des sous-traitants ; ils peuvent enfin prévoir des contrôles plus poussés sur les motifs d'exclusion des sous-traitants.

C. La résiliation du contrat

Les directives imposent désormais aux États de prévoir trois cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent résilier le contrat : en cas de modification substantielle irrégulière ; en cas d'attribution à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu ; en cas de manquement grave au droit de l'Union constaté par la Cour de justice (articles 73 et 44).

Notons tout d'abord que si ces hypothèses sont obligatoires, elles ne sont pas limitatives, les États pouvant prévoir d'autres motifs de résiliation unilatérale. Ensuite, si la possibilité de résiliation unilatérale est généralement reconnue aux autorités publiques dans le cadre des contrats administratifs régis par le droit public, et ce au nom du pouvoir de mutabilité dont ils disposent en vertu de la loi du changement, ces trois hypothèses doivent désormais être également prévues par les législations des États membres dans le chef des pouvoirs adjudicateurs privés qui ne sont pas soumis à la loi du changement. Enfin, en cas de violation du droit de l'Union, dûment constatée par la Cour de justice, le sort du contrat paraît désormais certain : il doit être résilié en écho à certains arrêts de la Cour de justice⁷⁶.

5 Les secteurs spéciaux

Comme par le passé, les « secteurs spéciaux » continuent à être soumis à des règles distinctes et plus souples, qui sont prévues désormais par la directive 2014/25/UE qui remplace la directive 2004/17/CE. Il s'agit toujours des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Toutefois, les activités liées à l'exploration de pétrole et de gaz naturel, ainsi que certains services connexes aux services postaux (services finan-

ciers, logistiques, électroniques et de philatélie), sont désormais exclus.

La modification des règles applicables aux secteurs spéciaux est, en principe, calquée sur celle relative aux secteurs classiques, avec les adaptations nécessaires à l'exercice par des entités, publiques ou privées, d'une activité commerciale ou industrielle. En particulier :

- les dispositions relatives aux conflits d'intérêts ne s'appliquent qu'aux acheteurs publics, et pas aux entreprises publiques ou privées ;
- les acheteurs conservent la pleine liberté de choisir entre l'attribution de plusieurs contrats à plusieurs petites entreprises, plutôt qu'un seul contrat à une grande entreprise (sans que la directive prône l'une ou l'autre option) ;
- l'obligation d'exclusion des entreprises dans certains cas ne s'applique qu'aux seuls acheteurs publics ;
- le seuil d'application du nouveau régime simplifié pour les services sociaux, culturels et de santé et quelques autres services est de 1.000.000 EUR, compte tenu des seuils plus élevés s'appliquant aux secteurs spéciaux. Les autres seuils financiers sont de 414.000 EUR pour les marchés de fournitures et de services et pour les concours et de 5.186.000 EUR pour les marchés de travaux (article 15).

Sont désormais visés les fournitures, services et travaux acquis par des opérateurs de ces secteurs lorsque ces prestations sont commandées afin de fournir le service concerné. Relèvent ainsi, par exemple, de la directive les achats de voitures destinées au personnel effectuant l'entretien du réseau de distribution de l'eau ou l'achat de bus ou d'ordinateurs destinés aux bureaux du gestionnaire d'un service de transport.

La notion de « droits exclusifs et spéciaux » est précisée. La directive « secteurs spéciaux » s'applique non seulement aux pouvoirs adjudicateurs et aux entreprises publiques sur lesquelles les pouvoirs adjudicateurs ont une influence dominante, mais aussi aux marchés passés par des entités privées qui ont obtenu le droit exclusif ou spécial d'opérer dans l'un des secteurs concernés. La définition de ces droits spéciaux et exclusifs ne change pas mais désormais, lorsque le droit exclusif ou spécial a été octroyé sur la base d'une procédure transparente et selon des critères objectifs, l'opérateur privé concerné est dispensé d'appliquer les règles européennes en matière de marchés publics lorsqu'il passe des marchés ; les législations et procédures remplissant ces conditions de transparence et d'objectivité sont énumérées explicitement par l'article 4, § 3, alinéa 3.

La procédure d'exemption. Selon les règles actuelles prévues par l'article 30 de la directive 2004/17/CE, un État membre peut demander à la Commission d'exempter un secteur donné de l'application de cette directive. Pour cela, l'accès à ce secteur doit être tout à fait libre et le secteur doit être directement ouvert à la concurrence. Ces deux conditions sont maintenues. Les nouvelles règles améliorent toutefois la procédure d'exemption en tant que telle, en particulier en ce qui concerne les délais (articles 34 et 35 de la directive 2014/25).

(76) C.J., 18 juillet 2007, *Commission c. Allemagne*, C-503/04 ; 3 avril 2008, *Commission c. Espagne*, C-444/06.

