

Les marchés publics dans l'Union européenne (2003-2005) ⁽¹⁾

1

Droit primaire (Traités européens)

1. — Introduction. — La période passée en revue est marquée par l'adoption des directives dites de la troisième génération, les directives 2004/17 et 2004/18 (2). Leur transposition devant être assurée pour le 30 janvier 2006, la jurisprudence communautaire des années 2003-2005 n'en fait pas encore application. Par ailleurs, la référence au droit communautaire primaire, qui avait tendance à s'amenuiser au profit du texte des directives, s'est faite plus marquante au cours de la période recensée, que ce soit, comme norme juridique de base en cas de non-application des directives, comme cadre juridique de référence pour combler une lacune des directives ou pour asseoir une interprétation d'une de leurs dispositions.

2. — Non-application des directives. — De manière générale, la Cour a rappelé que « les dispositions du Traité CE relatives à la libre circulation ont vocation à s'appliquer aux marchés publics échappant au champ d'application » des directives, « les pouvoirs adjudicateurs les concluant étant tenus de respecter les règles fondamentales du Traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier » (3). Il en va ainsi des marchés publics dont la valeur n'atteint pas les seuils financiers fixés par les directives (4) et des concessions de services publics (5). Les règles applicables sont, d'une part, l'article 12 CE (interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité) et, d'autre part, les articles 43 CE (liberté d'établissement) et 49 CE (libre prestation des services), voire l'article 86, § 1^{er}, CE à l'encontre d'une législation nationale qui permettrait la conclusion d'un marché en violation des dispositions précitées. Enfin, la Cour a tenu à préciser que « l'application des articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence qui y sont associés, ne dépend pas de l'existence d'un contrat » contrairement aux directives marchés publics, en nuancant tout aussitôt le propos, mais sans guère de justification convaincante, à l'égard des prestations *in house* (voy. *infra*, n° 8).

(1) La Cour de justice a prononcé trente-six arrêts et ordonnances, mettant fin de la sorte à quarante affaires pendantes devant elle. Le Tribunal de première instance a prononcé quatre arrêts dans autant d'affaires.

(2) A ce propos, voy. *J.T.D.E.*, 2005, pp. 1-12.

(3) Arrêts du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, point 16; 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, point 46; 20 octobre 2005, *Commission c. France*, C-264/03, point 32; 27 octobre 2005, *Contse s.a. et alii*, C-234/03, point 23.

(4) Arrêt du 20 octobre 2005 précité.

(5) Arrêts *Coname*, *Parking Brixen*, et *Contse s.a. et alii* précités.

3. — Interprétation des directives. — La Cour s'en remet également au droit communautaire primaire pour interpréter les directives ou pour combler leurs lacunes. A cet égard, « il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des Etats membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause » (6). En outre, du fait que « les directives, qui constituent, dans leur ensemble, le noyau dur du droit communautaire des marchés publics, visent à atteindre des objectifs similaires dans leurs domaines d'application respectifs », il n'y a aucune « raison d'interpréter de manière différente des dispositions relevant du même domaine du droit communautaire et libellées de manière substantiellement identique » (7). La Cour a ainsi fait appel aux principes de concurrence et de transparence pour retenir une interprétation large et fonctionnelle de la notion d'organisme de droit public (*infra*, n° 5), au principe de sécurité juridique pour se prononcer sur le recours licite ou non à la procédure négociée sans publicité (*infra*, n° 16), au principe d'égalité de traitement pour appliquer les voies de recours prévues par les directives (*infra*, n° 30) et aux principes d'équivalence et d'effectivité pour déterminer les modalités d'adoption de mesures provisoires par les instances de recours et les actes nationaux de procédure susceptibles de recours (*infra*, nos 31 et 32).

2

Directives

4. — Objectifs des directives. — Les deux principaux objectifs poursuivis sont comme précédemment la libre concurrence et les principes d'égalité et de transparence.

L'objectif de la libre concurrence correspond au contexte dans lequel ont été adoptées les directives, à savoir la réalisation du marché intérieur. Il s'ensuit que « l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics (est) la libre circulation (...) et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les Etats membres » (8). La Cour répète à l'envi que si les directives comportent essentiellement des règles de procédure, il n'en demeure pas moins

(6) Arrêts du 27 février 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, point 35; 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, point 36.

(7) Ordonnance du 16 octobre 2003, *Kaupatalo Hansel Oy*, C-244/02, point 34.

(8) Arrêts du 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, points 23 et 44; 10 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-29/04, point 42.

qu'elles ont été « adoptées en vue de supprimer les entraves à la libre circulation des services et des marchandises et visent donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un Etat membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre Etat membre » (9) ou qu'elles « visent à exclure à la fois le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qu'un organisme (adjudicateur) se laisse guider par des considérations autres qu'économiques » (10).

Pour sa part, « le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires constitue la base des directives » (11) et « le devoir de le respecter correspond à l'essence même des directives » (12). Ce principe implique de manière générale que « les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur » (13). En outre, il en découle principalement une obligation de transparence « afin de permettre de vérifier son respect, laquelle consiste notamment à garantir le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (14). Il s'ensuit que « la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres » (15).

3

Champ d'application ratione personae - Organisme de droit public

5. — Lignes de force. — Cette notion qui touche aux différentes formes de démembrement

(9) Arrêts *Adolf Truley*, précité, point 41; 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, point 35.

(10) Arrêts *Adolf Truley*, précité, 42; 22 mai 2003, *Korhonen E.A.*, C-18/01, point 52; 16 octobre 2003, *Commission c. Espagne*, C-283/00, point 92.

(11) Arrêts du 19 juin 2003, *GAT*, C-315/01, point 73; 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, C-448/01, point 47.

(12) Arrêts du 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 et C-34/03, point 26; 24 novembre 2005, *ATI EAC*, C-331/04, point 22.

(13) Arrêts *EVN et Wienstrom*, précité, point 47; *ATI EAC*, précité, point 22.

(14) Arrêts du 16 octobre 2003, *Traunfellner*, C-421/01, point 29; *EVN et Wienstrom*, précité, point 49; 14 octobre 2004, *Commission c. France*, C-340/02, point 34.

(15) Arrêt *EVN et Wienstrom*, précité, point 56; T.P.I., 25 février 2003, *Strabag Benelux*, T-183/00, point 39.

de la puissance publique a à nouveau suscité l'intervention de la Cour tant l'imagination des Etats membres est grande en la matière et les développements de la jurisprudence communautaire particulièrement interpellants. Tout d'abord, les conditions constitutives de ce concept revêtent un caractère cumulatif (16). Ensuite, cette notion qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des Etats membres doit recevoir une interprétation autonome et uniforme dans toute la Communauté (17), laquelle, en raison de l'emploi de termes en substance identiques, est la même pour les trois directives « matières ». Enfin, elle doit être comprise dans un sens large et fonctionnel au regard du double objectif d'ouverture à la concurrence et de transparence poursuivi par les directives (18).

Ce concept vise-t-il uniquement les organismes régis par le droit public ou englobe-t-il également des organismes ayant un statut de droit privé, comme des sociétés commerciales ou des associations sous contrôle public ? Cette qualification dépend uniquement de la réunion dans le chef de l'entité en cause des trois critères cumulatifs énoncés par les directives « matières », le mode de constitution de l'entité concernée étant à cet égard indifférent ; il s'ensuit que « le statut de droit privé d'une entité ne constitue pas un critère susceptible d'exclure à lui seul sa qualification de pouvoir adjudicateur », l'application des directives ne pouvant être exclue du seul fait que, conformément au droit national auquel une telle entité est soumise, sa forme et son régime juridique relèvent du droit privé. Ne respecte dès lors pas cette notion une législation nationale qui exclut d'emblée les sociétés de droit privé du champ d'application personnel des directives (19).

6. — Première condition : satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. — Plusieurs éléments sont constitutifs de cette première condition.

1^o) Tout d'abord, il doit y aller de *besoins d'intérêt général*.

Ont été qualifiés comme tels par la Cour les activités mortuaires et de pompes funèbres (20), le développement d'activités industrielles ou commerciales sur le territoire d'une collectivité (21), et la construction de centres pénitentiaires (22). Cette notion qui n'est pas autrement définie dans les directives est « une notion autonome

de droit communautaire » (23). Il s'agit en substance de « besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'Etat choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante ». Moins diserte que par le passé, la Cour retient à l'appui d'une telle qualification le fait que les activités concernées (en l'occurrence, des prestations mortuaires ou la gestion des centres pénitentiaires) sont liées à l'ordre public ou à des motifs d'hygiène et de santé publique, ce qui justifie que l'autorité conserve, sur ces activités, une influence déterminante, ou le fait de prester des services (en l'occurrence, planification, construction et mise à disposition d'immeubles de bureaux) non seulement dans l'intérêt particulier des entreprises directement concernées par le projet immobilier mais aussi dans l'intérêt de la collectivité territoriale concernée, les activités en cause étant « susceptibles de donner une impulsion aux échanges ainsi qu'au développement économique et social de la ville concernée, l'implantation d'entreprises ayant souvent des retombées favorables pour cette commune en termes de création d'emplois, d'augmentation des recettes fiscales ainsi que d'amélioration de l'offre et de la demande de biens et de services » (point 45).

2^o) Ensuite, ces besoins d'intérêt général doivent revêtir *un caractère autre qu'industriel ou commercial*. Le critère prétorien qui permet de départager les besoins en question reste le même, à savoir « des besoins qui sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché » (24). La Cour a toutefois franchi un pas supplémentaire en détaillant l'approche qu'il convient d'adopter pour identifier de tels besoins : « l'existence ou l'absence d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial doit être appréciée en prenant en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce son activité, en ce compris, notamment, l'absence de concurrence sur le marché, l'absence de poursuite d'un but lucratif à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause » (25). En d'autres termes, si l'organisme en question opère dans des conditions normales du marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, il est peu probable que les besoins qu'il vise à satisfaire soient d'une nature autre qu'industrielle et commerciale. Pour le surplus, dans deux des trois affaires, la Cour a estimé qu'il appartenait à la juridiction nationale de renvoi, qui « seule possède une connaissance approfondie du dossier », d'apprécier l'existence ou non d'un tel besoin alors que, dans la troisième affaire, la Cour s'est prononcée elle-même sur le dossier.

(23) Arrêts *Adolf Truley*, précité, point 36 ; 16 octobre 2003, *Commission c. Espagne*, précité, point 79.

(24) Arrêts *Adolf Truley*, précité, point 50 ; *Korhonen E.A.*, précité, point 47 ; 16 octobre 2003, *Commission c. Espagne*, précité, point 80.

(25) Arrêts *Adolf Truley*, précité, point 66 ; *Korhonen E.A.*, précité, points 48, 51 et 59 ; 16 octobre 2003, *Commission c. Espagne*, précité, point 81.

3^o) Enfin, la Cour a rappelé que « la qualité d'organisme de droit public ne dépend pas de l'importance relative de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme concerné » (26). Il n'y a pas lieu de distinguer entre les marchés publics passés par un pouvoir adjudicateur pour accomplir leur mission de satisfaire de tels besoins et ceux qui n'ont pas de rapport avec cette mission (27).

7. — Autre condition : dépendre étroitement de l'Etat, de collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public. — Cette dépendance étroite se manifeste selon l'une des trois variantes énoncées par l'article 1^{er}, b, alinéa 2, des directives 92/50, 93/36 et 93/37.

Deuxième critère alternatif, le « contrôle de la gestion » s'entend comme un « contrôle (qui) doit créer une dépendance de l'organisme concerné à l'égard des pouvoirs publics, équivalente à celle qui existe lorsqu'un des deux autres critères alternatifs est rempli ». A cet égard, il apparaît exclu de considérer que ce critère est satisfait dans l'hypothèse d'un simple contrôle *a posteriori* puisque, « par définition, un tel contrôle ne permet pas aux pouvoirs publics d'influencer les décisions de l'organisme concerné en matière de marchés publics ». Répond en revanche à un tel critère le contrôle non seulement des comptes annuels de l'organisme concerné, mais également de sa « gestion en cours sous l'angle de l'exactitude des chiffres cités, de la régularité, de la recherche d'économies, de la rentabilité et de la rationalité » et l'autorisation de visiter les locaux d'exploitation et les installations dudit organisme et de rapporter les résultats de ces contrôles à une collectivité territoriale détenant, par le biais d'une autre société, le capital de l'organisme en question, de telles prérogatives permettant un contrôle actif sur la gestion de cet organisme (28).

4

Champ d'application *ratione materiae*

8. — Collaboration entre personnes de droit public - Traits majeurs. — Au cours de l'année 2005, la Cour a eu l'occasion à cinq reprises, d'une part, d'affiner sa jurisprudence inaugurée en la matière par l'arrêt *Teckal* (29) et, d'autre part, d'appliquer les mêmes considérations prétoriennes aux marchés de services et de travaux, voire aux concessions de service public. Trois traits s'en dégagent :

1^o) *Le principe* : selon les définitions contenues dans les directives « matières », un marché public suppose l'existence d'un contrat, ce

(26) Arrêts *Adolf Truley*, précité, point 56 ; *Korhonen E.A.*, précité, points 57 et 58.

(27) Arrêts du 18 novembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-126/03, point 18 ; *Stadt Halle*, précité, points 25-26.

(28) Arrêt *Adolf Truley*, précité, points 67 à 74.

(29) Voy. notre chronique 1995-2000, *J.T.D.E.*, 2001, p. 168, n^{os} 18-19. L'arrêt *Teckal* a trait à un marché de fournitures.

(16) Arrêts *Adolf Truley*, précité, point 34 ; 15 mai 2003, *Commission c. Espagne*, C-214/00, point 52 ; *Korhonen E.A.*, précité, point 32 ; 16 octobre 2003, *Commission c. Espagne*, précité, point 69 ; 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, C-84/03, point 27.

(17) Arrêts *Adolf Truley*, précité, point 36 ; 16 octobre 2003, *Commission c. Espagne*, précité, point 79 ; 13 janvier 2005, précité, point 27.

(18) Arrêts *Adolf Truley*, précité, point 43 ; 15 mai 2003, précité, point 53 ; 16 octobre 2003, *Commission c. Espagne*, précité, point 73 ; 13 janvier 2005, précité, point 27.

(19) Arrêts du 15 mai 2003, précité, points 47 à 61 ; 16 octobre 2003, *Commission c. Espagne*, précité, points 71 à 77 ; 13 janvier 2005, précité, point 27.

(20) Arrêt *Adolf Truley*, précité, point 51.

(21) Arrêt *Korhonen E.A.*, précité, points 45 et 59.

(22) Arrêt du 16 octobre 2003, *Commission c. Espagne*, précité, point 93.

qui nécessite le concours de deux volontés distinctes. Par conséquent, « il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, un pouvoir adjudicateur et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de ce dernier, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non » (30). Même si seule la directive 92/50 (services) inclut expressément dans la notion de prestataire de services « un organisme public qui offre des services », cette solution doit également être retenue pour les directives 93/36 (fournitures) et 93/37 (travaux) en raison de l'utilisation du terme « contrat » (31). N'est donc pas conforme aux directives « matières » une législation nationale qui exclut *a priori* du champ d'application des marchés publics les relations contractuelles entre les administrations publiques, leurs organismes publics et, d'une manière générale, les entités de droit public non commerciales, quelle que soit la nature de ces relations (32).

2^o) Une première exception : les opérations internes au pouvoir adjudicateur. Un pouvoir adjudicateur a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligé de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Dans un tel cas, « il ne peut pas être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur » de sorte qu'« il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics » (33). Le critère identificateur d'une telle opération est l'absence de distinction sur le plan formel de l'entité prestataire par rapport au pouvoir adjudicateur.

3^o) Existe-t-il d'autres circonstances dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire alors que le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur ? Peut-on notamment avoir égard aux liens qui existent entre ce cocontractant et le pouvoir adjudicateur ? La Cour réitère l'exception qu'elle avait avancée dans l'arrêt *Teckal* (point 50) : « il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent » (34). Est donc assimilé à une opération interne au pouvoir adjudicateur le contrat qu'il noue avec une entité distincte de lui au plan formel mais non autonome par rapport à lui au plan décisionnel.

La voie ainsi ouverte est toutefois très étroite. Tout d'abord, les deux conditions sont cumulatives. Ensuite, elles « doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de

la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation auxdites règles existent effectivement » (35). Enfin, pour apprécier ces deux conditions, il faut en principe examiner la situation juridique et factuelle du tiers cocontractant à l'égard du pouvoir adjudicateur au vu des conditions prévalant à la date de l'attribution du marché public en cause, et ce pour des raisons de sécurité juridique (36). Toutefois, dans un cas d'espèce, la Cour s'est écartée de ce principe en prenant en considération des événements survenus ultérieurement à cette date en raison des circonstances particulières de l'affaire, à savoir la cession de 49 % des parts de l'organisme public peu après la conclusion du contrat et l'opérationnalité effective de cet organisme après ladite cession des parts. Il s'agit dans ce cas d'une « construction artificielle » qui doit être examinée en tenant compte de l'ensemble des phases distinctes mais successives de sa concrétisation ainsi que de sa finalité pour éviter de porter atteinte à l'effet utile des directives (37).

9. — Suite - Contrôle analogue. — Au cours de la période recensée, la première condition a fait l'objet de deux précisions importantes.

D'abord, sur le plan théorique. De manière générale, l'appréciation de l'existence ou non d'un « contrôle analogue » à l'égard d'un cocontractant juridiquement distinct « doit tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes » de l'examen desquelles il doit résulter que le contrôle prévu permet à l'autorité publique d'exercer une « influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de ladite entité (38). Tel est le cas d'une commune à l'égard d'une de ses entreprises spéciales lorsque le conseil communal fixe l'orientation générale, attribue le capital de dotation, assure la couverture d'éventuels coûts sociaux, vérifie les résultats de la gestion et exerce la supervision stratégique; en revanche, le contrôle de la commune devient précaire aux yeux de la Cour lorsque cet organisme communal se transforme en une société par actions, société dont l'objet social est élargi à de nouveaux domaines importants, dont le capital doit obligatoirement être ouvert à court terme à d'autres capitaux, dont le domaine territorial d'activités est élargi à l'ensemble du pays ainsi qu'à l'étranger et dont le conseil d'administration possède de très amples pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome. De même, une participation d'une commune à hauteur de 0,97 % dans le capital d'une intercommunale a été jugée « tellement faible qu'elle n'est pas de nature à permettre un tel contrôle » (39).

Ensuite, à l'égard des sociétés d'économie mixte, soit des organismes à capital mixte public-privé. En effet, dans l'affaire *Teckal*, l'entité cocontractante était entièrement détenue par des autorités publiques. A trois reprises (40), la Cour a jugé que les directives marchés

publics doivent toujours être appliquées dans une telle hypothèse. Le postulat de départ est le suivant : « la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ». Deux raisons sont avancées à cet égard. D'une part, le rapport entre un pouvoir adjudicateur et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public alors que « tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente ». D'autre part, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence « offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents ». Un mode supplémentaire des « partenariats public privé » est ainsi soumis au respect des règles communautaires relatives aux marchés publics (41).

10. — Notion d'ouvrage. — L'existence d'un ouvrage dans les marchés de travaux doit être appréciée par rapport à la fonction économique ou technique du résultat des travaux effectués (article 1^{er}, c, de la directive 93/37). Pour que le résultat de travaux puisse être qualifié d'ouvrage, il suffit donc que soit remplie l'une des deux fonctions susmentionnées (42). Tel est le cas de la construction et de la gestion de nouveaux raccordements autoroutiers, lesquels sont, d'un point de vue technique, destinés à relier les zones choisies et dont le concessionnaire accomplit ce faisant une activité économique, « l'absence d'une rentabilité autonome des concessions en cause n'étant pas de nature à enlever à l'ensemble des travaux concernés son caractère d'ouvrage » (43).

11. — Marché de services. — 1) La directive 92/50 ne s'applique qu'aux services limitativement énumérés par ses annexes et opère en outre une différence de régime juridique entre les services dits « prioritaires » visés à son annexe I A et les services dits « non prioritaires » visés à son annexe I B. L'application de cette directive nécessite dès lors d'identifier les services qui font l'objet du contrat et de vérifier leur correspondance avec les catégories de référence contenues dans ces annexes. La Cour s'est prononcée sur la classification des services suivants :

— le traitement des eaux usées constitue un service au sens de l'annexe I A, catégorie 16, dès lors que la construction de certaines installations ne revêt qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet principal du marché (44);

— la collecte et l'enlèvement des déchets (45) de même que le transport des déchets à partir

me, précité, point 26; 10 novembre 2005, précité, points 43-50.

(41) Voy. pour un cas d'application C.E.b., C.N.I.M., n° 145.163, du 30 mai 2005

(42) Arrêt du 27 octobre 2005, *Commission c. Italie*, C-187/04 et C-188/04, point 29.

(43) *Ibidem*, points 27-28.

(44) Arrêt du 10 avril 2003, précité, point 52.

(45) Arrêts du 9 septembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-125/03, points 13 et 19; 3 mars 2005,

(30) Arrêts *Stadt Halle*, précité, point 47; 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, point 38; *Parking Brixen*, précité, points 57-58.

(31) Arrêts du 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, point 39; *Parking Brixen*, précité, point 59.

(32) Arrêt du 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, points 39-40.

(33) Arrêts *Stadt Halle*, précité, point 48; *Parking Brixen*, précité, point 61.

(34) Arrêts *Stadt Halle*, précité, point 49; 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, point 38; *Parking Brixen*, précité, point 58; 20 octobre 2005, *Commission c. France*, C-264/03, point 50; 10 novembre 2005, précité, point 34.

(35) Arrêts *Stadt Halle*, précité, point 46; *Parking Brixen*, précité, point 63.

(36) Voy. notre chronique 1995-2000, *J.T.D.E.*, 2001, p. 162, n° 4.

(37) Arrêt du 10 novembre 2005, précité, points 36 à 42.

(38) Arrêt *Parking Brixen*, précité, point 65.

(39) Arrêt *Coname*, précité, point 24.

(40) Arrêts *Stadt Halle*, précité, points 49-52; *Cona-*

des points de déversement jusqu'à une centrale thermique ont pour objet un service relevant de l'annexe I A, catégorie 16, ce marché ne relevant pas des activités visées à l'article 2, § 2, de la directive 93/38 « secteurs spéciaux » et l'emploi ou non de ressources publiques n'étant pas un élément constitutif de l'existence ou non d'un marché de services (46);

— des prestations ayant pour objet, en vue de l'aménagement d'une station d'épuration, l'assistance au maître d'ouvrage dans l'élaboration du programme technique détaillé, l'élaboration d'une étude d'impact et l'assistance au maître d'ouvrage dans l'analyse des offres remises pour la réalisation de l'ouvrage constituant des services au sens de l'annexe I A (47);

— l'achat de services sanitaires de thérapies respiratoires à domicile et d'autres techniques de ventilation assistée constitue un service relevant de l'annexe I B (48).

2) Plus complexe est la qualification ou non comme marché de services de la délégation de maîtrise d'ouvrage. Plus spécialement, les missions qui constituent l'objet d'un tel contrat sont-elles des services au sens du droit communautaire ? Par ce contrat, qui, selon les pays, est régi par le Code civil comme un mandat ou par des législations particulières, le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire, en son nom et pour son compte, l'exercice de tout ou partie des attributions de la maîtrise d'ouvrage, comme la définition des conditions administratives et techniques d'étude ou d'exécution de l'ouvrage, l'approbation des avant-projets et accords sur le projet, la préparation du choix de l'entrepreneur, la signature et la gestion du contrat de travaux, le versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux, et la réception de l'ouvrage. Réfutant un à un les arguments plaçant en faveur de l'absence d'application de la directive 92/50, la Cour a jugé que « les attributions qui sont confiées par ce contrat correspondent à l'exécution des prestations de services au sens du droit communautaire » (49). Tout d'abord, ce contrat ne serait pas un contrat de type commercial car le mandataire participerait à une mission d'intérêt général. Pour la Cour, cette question n'est pas décisive car « il n'est pas inhabituel, dans le domaine des marchés publics, que le pouvoir adjudicateur confie à un tiers une mission économique visant à satisfaire un besoin d'intérêt général » (point 48). Ensuite, le mandataire bénéficierait d'un transfert d'attributions s'accompagnant d'un pouvoir de décision de sorte qu'un tel contrat procéderait à un transfert de l'autorité publique. Cela présuppose, pour la Cour, que l'exercice des attributions en cause comporte, dans le chef du maître de l'ouvrage, une participation directe à l'exercice de l'autorité publique; or, il n'apparaît pas que, par ce contrat, le mandant soit en charge d'une structure de gestion « interne » d'un service public au sens de la jurisprudence de la Cour (points 49 et 50). Enfin, la fonction essentielle du mandat serait la représentation du maître

d'ouvrage, laquelle serait inséparable de toutes les actions menées par le mandataire pour le compte du mandant. Telle n'est pas l'appréciation de la Cour : « le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage déléguée n'est pas seulement un contrat par lequel le mandataire s'engage à représenter le maître de l'ouvrage (car) lesdites attributions comportent diverses missions correspondant, d'une part, à des prestations d'assistance à caractère administratif et technique et, d'autre part, à des tâches ayant pour objet la représentation du maître de l'ouvrage » (point 46). La Cour reprend ensuite cette distinction. D'une part, les missions d'assistance administrative et technique sont des prestations de services au sens de l'article 8 et de l'annexe I A, catégorie 12, de la directive 92/50, le mandataire ne participant pas dans ce cas à l'exercice de l'autorité publique (point 51). D'autre part, en ce qui concerne les missions qui comportent exclusivement ou à titre principal une fonction de représentation, outre le fait qu'une telle fonction peut être dissociée des autres actions menées par le mandataire pour le compte du mandant, elle n'est pas en soi exclue du champ d'application de la directive 92/50. La Cour en veut pour preuve que les contrats de mandat conclus entre un pouvoir adjudicateur et son avocat relèvent du point 21 de l'annexe I B, que le pouvoir de signer le contrat de maîtrise d'œuvre et le contrat de travaux au nom du maître de l'ouvrage ne lui confère pas une autonomie suffisante dans l'accomplissement de ses actes pour pouvoir être considéré comme bénéficiaire d'un transfert de l'autorité publique, car il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre et ne peut agir qu'après approbation donnée par le maître de l'ouvrage, et que le versement de la rémunération aux prestataires et aux entrepreneurs n'est pas significatif d'une marge de manœuvre dès lors que le financement en est assuré par le maître de l'ouvrage. Il s'ensuit que « les contrats de mandat de maîtrise d'ouvrage déléguée ayant pour objet des missions comportant une fonction de représentation du maître de l'ouvrage relèvent de l'annexe I B de la directive 92/50 » (point 55).

3) Selon l'article 4, § 2, de la directive 92/50, cette directive ne s'applique pas aux services notamment lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité. Dans le cadre de l'observation de la côte belge par télédétection aérienne, il est requis des entreprises prestataires de disposer d'un certificat de sécurité militaire. Ce certificat constitue, pour la Cour, une mesure particulière de sécurité entraînant l'inapplicabilité de la directive 92/50, et non, comme soutenu par la Commission, une autorisation spécifique exigée des soumissionnaires au sens de l'article 30, § 1^{er}, de la même directive (50).

4) Les services dits « non prioritaires », soit ceux visés à l'annexe I B, ne sont soumis qu'aux articles 14 (les règles communes dans le domaine technique) et 16 (les avis concernant les résultats de la procédure d'attribution). Faut-il en déduire que seules, les deux dispositions précitées leur sont applicables sans rechercher si d'autres obligations découlent, pour ces services, des principes fondamentaux du Traité ? Pour la Cour (51), un marché public

portant sur de tels services ne peut méconnaître le principe général de non-discrimination issu du Traité CE ni les règles fondamentales relatives à la liberté d'établissement (article 43) et à la libre prestation de services (article 49). Il y a donc lieu de vérifier si les conditions de passation de tels marchés sont susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le Traité et si elles remplissent les quatre conditions fixées par la jurisprudence pour être conformes aux articles 43 et 49 CE, à savoir s'appliquer de manière non discriminatoire, se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. La Cour franchit ainsi un pas supplémentaire dans l'application du droit primaire et des obligations procédurales qu'elle en déduit (procédures transparentes de publicité et de mise en concurrence) : celles-ci s'imposent désormais non seulement aux marchés non soumis aux directives (comme les concessions et les marchés de faible valeur) mais également aux marchés qui ne sont soumis qu'à certaines de leurs dispositions.

12. — Concessions de travaux publics. — Au regard de la définition figurant sous l'article 1^{er}, a, et d, de la directive 93/37, la Cour a qualifié de concessions de travaux publics des contrats dans lesquels « la société concessionnaire s'est vu accorder, en contrepartie de la construction de bretelles autoroutières, le droit d'exploiter l'ouvrage et de percevoir un droit de péage auprès des utilisateurs » (52).

13. — Secteurs spéciaux. — L'applicabilité de la directive 93/38 dépend de l'activité exercée par l'entité adjudicatrice concernée ainsi que des liens existant entre cette même activité et le marché projeté par ladite entité. Il s'ensuit que lorsqu'une entité adjudicatrice exerçant l'une des activités spécifiquement visées à l'article 2, § 2, de la directive 93/38 envisage, dans l'exercice de cette activité — ce qu'il incombe au juge national de vérifier — de passer un marché de services, de travaux ou de fournitures ou d'organiser un concours, ce marché ou ce concours est régi par cette directive; dans le cas contraire, il est régi par les directives « secteurs classiques » (53).

14. — Concessions de service public. — En ce qui concerne les règles applicables, les concessions de service public ne ressortissent au champ d'application ni de la directive 92/50 ni de la directive 93/38 de sorte que « c'est à la lumière du droit primaire et, plus particulièrement, des libertés fondamentales prévues par le Traité que doivent être examinées les conséquences du droit communautaire relatives à l'attribution de telles concessions » (54). N'en fait pas partie l'article 81 CE relatif aux accords « entre entreprises », lequel « ne vise pas, en principe, les contrats de concession

Commission c. Allemagne, C-414/03, points 2 et 6; 10 novembre 2005, précité, point 32.

(46) Arrêt du 18 novembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-126/03, points 15, 20 et 21.

(47) Arrêt du 14 octobre 2004, *Commission c. France*, C-340/02, point 31.

(48) Arrêt *Contse*, précité, point 47.

(49) Arrêt du 20 octobre 2005, précité, points 44 et 58.

(50) Arrêt du 16 octobre 2003, *Commission c. Belgique*, C-252/01.

(51) Arrêt *Contse*, précité, point 49.

(52) Arrêt du 27 octobre 2005, précité, points 19 à 21.

(53) Arrêts du 16 juin 2005, *Strabag*, C-462/03 et 463/03, points 35 à 39; 18 novembre 2004, précité, point 21.

(54) Arrêts *Coname*, précité, points 9 et 16; *Parking Brixen*, précité, points 42 et 46; 20 octobre 2005, précité, points 32-33; *Contse*, précité, point 23.

conclut entre une commune agissant en sa qualité d'autorité publique et le concessionnaire chargé d'un service public » (55). Les dispositions du Traité plus spécifiquement applicables aux concessions de services publics sont les articles 12 CE (interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité), 43 CE (liberté d'établissement) et 49 CE (libre prestation des services). En outre, ces dispositions sont des expressions spécifiques du principe général d'égalité de traitement, lequel « trouve à s'appliquer à des concessions même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité »; celui-ci « implique, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (56). Concrètement, il revient aux juridictions de contrôler l'adéquation des modalités de mise en concurrence de la concession en cause au prescrit des dispositions précitées ainsi qu'au principe général d'égalité de traitement. En toute hypothèse, « l'absence totale d'une mise en concurrence n'est pas conforme aux exigences des articles 43 CE et 49 CE non plus qu'aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence », l'entreprise située dans un autre Etat membre n'ayant dans ce cas aucune possibilité réelle de manifester son intérêt pour obtenir ladite concession (57).

La Cour a apporté deux précisions de taille. D'une part, invoquant l'article 86 CE, elle a souligné, indépendamment de l'attitude adoptée par une autorité concédante dans l'attribution d'une concession spécifique, que « les Etats membres ne doivent pas maintenir en vigueur une législation nationale qui permet l'attribution de concessions de services publics sans mise en concurrence dès lors qu'une telle attribution viole les articles 43 CE ou 49 CE ou les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence » (58). D'autre part, elle a appliqué sa jurisprudence *Teckal* aux concessions de service public : les règles énoncées aux articles 12 CE, 43 CE et 49 CE ainsi que les principes généraux dont elles constituent l'expression spécifique « trouvent à s'appliquer dans le cas où une autorité publique confie la prestation d'activités économiques à un tiers »; en revanche, elles sont « exclues si, tout à la fois, le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par l'autorité publique concédante est analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité qui la détient » (59). Cette solution prétorienne n'allait pas de soi car si l'application des directives dépend de l'existence d'un contrat conclu entre deux personnes distinc-

tes, il n'en va pas de même des articles 12 CE, 43 CE et 49 CE et des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence qui y sont associés.

Quant à la distinction entre marché de services et concession de service, si la Cour souligne qu'il ne lui appartient pas de qualifier concrètement les opérations en cause, ce qui relève de la seule compétence du juge national, elle rappelle que le critère réside dans le mode de rémunération du prestataire de services selon qu'il implique ou non la prise en charge par celui-ci du risque d'exploitation des services en question (60). Tel est le cas de l'attribution de la gestion d'un parking public payant en contrepartie de laquelle le prestataire est rémunéré par des montants versés par les tiers pour l'usage de ce parking (61).

5

Champ d'application ratione summae

15. — Sous les seuils. — « Le seul fait que le législateur communautaire a considéré que les procédures particulières et rigoureuses prévues par les directives relatives aux marchés publics ne sont pas appropriées lorsqu'il s'agit de marchés publics d'une faible valeur ne signifie pas que ces derniers sont exclus du champ d'application du droit communautaire (...). Les pouvoirs adjudicateurs les concluant sont, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du Traité et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier ». Constitue ainsi une entrave à la libre prestation des services au sens de l'article 49 CE la disposition légale qui aboutit à réserver la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée à une liste exhaustive de personnes morales de droit français (62).

6

Procédures de passation

16. — Procédure négociée. — En raison du fait que cette procédure déroge au principe de concurrence, les hypothèses autorisant d'y recourir doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement (63). Quatre de ces hypothèses ont été abordées par la Cour au cours de la période passée en revue.

1) L'existence de *raisons techniques rendant absolument nécessaire de recourir à une seule entreprise déterminée*. Tel n'est pas le cas :

— d'un marché de services relatif au traitement thermique de déchets attribué à une firme en raison de la proximité géographique de ses infrastructures d'incinération, aucune preuve n'étant apportée que le transport des déchets sur une plus grande distance constituerait nécessairement un danger pour l'environnement ou la santé publique et la proximité d'un prestataire déterminé par rapport à un territoire communal ne constituant pas à elle seule une raison technique (64);

— de marchés de travaux relatifs à l'aménagement de bassins d'expansion pour la rétention de crues de différents torrents eu égard au fait que s'ils sont exécutés par lots, ils font partie d'un projet d'ensemble destiné à assurer la sécurité hydraulique des territoires concernés par les crues d'un fleuve et de ses affluents : « certes, l'objectif d'assurer la continuité des travaux afférents à des projets complexes et visant la sécurité hydraulique d'une région est une considération technique dont il faut admettre l'importance. Cependant, la seule affirmation du caractère complexe et délicat d'un ensemble de travaux, sans fournir les explications circonstanciées, ne suffit pas à démontrer cette nécessité, en particulier lorsque les travaux sont répartis en lots dont la réalisation doit s'étaler sur de nombreuses années » (65);

— de la fabrication d'un système de bandes transporteuses de cendres entre une centrale thermoélectrique et une mine : si ces travaux revêtent bien une spécificité technique, il n'est pas démontré de manière convaincante que seul l'attributaire était en mesure de les effectuer, ni les particularités du produit à transporter, ni la nature instable du sous-sol, ni la nécessité de raccorder le système à construire à celui déjà existant ne constituant à elles seules une telle preuve (66).

2) *L'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles* suppose la réunion de trois conditions cumulatives : un événement imprévisible, une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et, enfin, un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte (67). Ne constituent pas une urgence impérieuse la situation dans laquelle il est possible pour le pouvoir adjudicateur de conduire une procédure restreinte accélérée (68), ou le fait d'achever des travaux dont le caractère incomplet aggrave le risque d'inondations alors que les premiers marchés ont été attribués près de quinze ans auparavant et qu'il a été prévu dès le départ de procéder à leur exécution par lots, de tels éléments relevant de l'organisation arrêtée par le pouvoir adjudicateur (69), pas plus que la nécessité d'effectuer les travaux dans les délais imposés par l'autorité compétente pour l'évaluation des incidences du projet sur l'environnement, cet élément étant prévisible (70).

(60) Arrêts *Contse*, précité, 22; *Parking Brixen*, précité, points 37 à 43.

(61) Arrêt *Parking Brixen*, précité, point 40.

(62) Arrêt du 20 octobre 2005, précité, points 32-33 et 64 à 70.

(63) Arrêts du 10 avril 2003, précité, point 58; 14 septembre 2004, précité, point 19; 14 octobre 2004, précité, point 38; 18 novembre 2004, précité, point 23; 13 janvier 2005, précité, points 48 et 58; 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, point 33 (secteurs spéciaux); 27 octobre 2005, précité, point 24.

(64) Arrêt du 10 avril 2003, précité, points 64 à 67.

(65) Arrêt du 14 septembre 2004, précité, points 15 à 24.

(66) Arrêt du 2 juin 2005, précité, points 34 à 39.

(67) Arrêts du 18 novembre 2004, précité, point 23; 2 juin 2005, précité, point 40.

(68) Arrêt du 18 novembre 2004, précité, point 23.

(69) Arrêt du 14 septembre 2004, précité, points 25 à 29.

3) *La répétition d'ouvrages similaires* : cette possibilité n'est ouverte que « pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial ». L'expression « conclusion du marché initial » doit être comprise dans le sens de la conclusion du contrat initial et non pas dans le sens de l'achèvement des travaux sur lesquels porte le marché initial et ce, au nom d'une interprétation stricte, qui commande de restreindre la période de dérogation plutôt que de l'allonger, et de la sécurité juridique, qui impose de définir la date de départ de cette période de manière certaine et objective (71).

4) *La suite d'un concours*. Cette exception suppose tout d'abord que les prestations en cause rentrent toutes dans la notion de concours qui se réfère à « un plan ou un projet », ce qui est le cas de l'assistance au maître d'ouvrage dans l'élaboration d'un programme technique détaillé, mais non dans l'analyse des offres remises pour exécuter ce programme. Ensuite, l'expression « faire suite à un concours » signifie qu'il doit subsister un lien fonctionnel direct entre le concours et le marché concerné. Enfin, les conditions du concours doivent prévoir l'obligation d'attribuer le marché au lauréat et non la simple possibilité (72).

Par ailleurs, les Etats membres ne sauraient prévoir des hypothèses de recours à la procédure négociée non prévues par les directives ou assortir les hypothèses expressément prévues par ces directives de conditions nouvelles ayant pour effet de rendre le recours à ladite procédure plus aisé. Dans ce cadre, il appartient aux Etats membres de démontrer que leur législation constitue une transposition fidèle des hypothèses expressément prévues par les directives (73). Tel n'est pas le cas d'une législation nationale qui autorise le recours à cette procédure :

— pour les marchés de fournitures de biens dont l'uniformité a été déclarée nécessaire pour leur utilisation commune par l'administration, même si le type de biens a été choisi préalablement en vertu d'un appel d'offres, dès lors que cette disposition ne répond à aucun des cas énumérés à l'article 6, §§ 2 et 3, de la directive 93/36 et que la notion d'accord-cadre n'entre pas dans le champ d'application de ces exceptions (points 56 à 59);

— à la suite de procédures infructueuses pour autant qu'il n'y ait pas de modification substantielle des conditions initiales du marché dès lors qu'elle admet une majoration du prix de la soumission de départ jusqu'à 10 %, une telle condition ne pouvant être considérée comme une modification non substantielle (point 49).

17. — Renonciation à une procédure. — Confirmant, pour les marchés de fournitures, ses arrêts antérieurs prononcés à propos de marchés de travaux et de services, la Cour a admis qu'un pouvoir adjudicateur peut interrompre une procédure d'adjudication sans attribuer le marché lorsque, après examen et comparaison des offres, il s'aperçoit que, en raison d'erreurs commises par lui-même dans son évaluation préalable, le contenu de l'appel

d'offres ne lui permet pas de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse, à condition qu'il respecte, dans ce cas, les règles fondamentales du droit communautaire en matière de marchés publics telles que le principe d'égalité de traitement (74).

Par contre, en cas d'annulation par l'instance de recours, en cours de procédure de passation du marché, de la décision relative à l'un des critères d'attribution en raison de son illégalité, le pouvoir adjudicateur doit retirer l'appel d'offres; il ne saurait valablement continuer la procédure d'adjudication en faisant abstraction de ce critère, ce qui reviendrait à modifier les critères applicables à cette procédure (75).

7

Qualité des soumissionnaires

18. — Incompatibilités. — Les directives s'opposent-elles à une réglementation nationale qui, en vue d'éviter les conflits d'intérêts, exclut de la procédure de passation d'un marché toute personne qui a été chargée, à un stade antérieur, de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement des travaux, fournitures ou services en cause? Et sinon, qu'en est-il du caractère réfragable ou irréfutable d'une telle présomption? Dans un premier temps, la Cour (76) admet que « compte tenu de la situation dans laquelle pourrait se trouver la personne ayant effectué certains travaux préparatoires (à la passation d'un marché), il ne saurait être soutenu que le principe d'égalité de traitement oblige à traiter celle-ci de la même façon que tout autre soumissionnaire ». En effet, d'une part, cette personne peut être avantagée en raison des informations qu'elle a pu obtenir au sujet de ce marché public; d'autre part, cette situation est susceptible de déboucher sur un conflit d'intérêts car cette personne a pu influencer, même sans en avoir l'intention, les conditions du marché dans un sens qui lui est favorable. Dans un second temps, la Cour estime qu'une telle interdiction a un caractère disproportionné par rapport à l'objectif de l'égalité de traitement entre soumissionnaires dès lors qu'elle est absolue, en d'autres termes dès lors que la réglementation ne laisse à cette personne aucune possibilité de démontrer que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience qu'elle a acquise n'a pu fausser la concurrence. Une telle interdiction ne peut donc qu'être relative et doit permettre à l'intéressé de faire valoir ses observations à propos d'un éventuel avantage concurrentiel.

19. — Conflits d'intérêts. — Le fait qu'une personne participe à la sélection et à l'évaluation des offres empêche que ce marché lui soit attribué ou qu'il le soit à un soumissionnaire auquel cette personne est liée et ce, même en l'absence d'une réglementation de cet aspect au niveau communautaire et national; en effet, le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impose d'examiner toute offre

de manière impartiale et objective afin d'assurer que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances. En outre, après la découverte d'un conflit d'intérêts, il incombe au pouvoir adjudicateur de préparer et de prendre, avec toute la diligence requise et sur la base de toutes les données pertinentes, sa décision sur les suites de la procédure de passation du marché en cause; cette obligation découle notamment des principes de bonne administration et d'égalité de traitement. A cet égard, si le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation afin de déterminer les mesures à prendre, il ne peut se contenter d'une absence d'indices apparents mais doit avoir égard aux éléments objectifs du dossier et rechercher, au besoin par une enquête, si le conflit d'intérêts en cause procède non pas d'un concours de circonstances mais d'un dessein frauduleux, tel que le caractère anormalement bas d'une offre, l'omission, voire la dissimulation, des liens d'un membre du comité d'évaluation avec un des soumissionnaires, la communication de certaines informations, etc. (77).

20. — Sélection qualitative. — Quelle est la marge de manœuvre des Etats membres dans la fixation des critères de sélection? Dans les secteurs classiques, la vérification de l'aptitude des soumissionnaires est effectuée conformément aux critères de capacité fixés par les directives. L'objet de ces dispositions n'est pas de délimiter la compétence des Etats membres pour fixer le niveau de capacité requis, mais de déterminer quelles sont les références probantes ou moyens de preuve pouvant être fournis pour justifier (cette) capacité (78). Il revient donc soit aux Etats membres soit aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer préalablement et avec précision le niveau de capacité attendu des soumissionnaires (79).

21. — Sous-traitance. — Un pouvoir adjudicateur peut-il interdire le recours à la sous-traitance pour des parties importantes d'un marché? Confirmant son arrêt *Holst Italia* du 2 décembre 1999, la Cour a rappelé qu'« une personne ne peut être écartée d'une procédure de passation d'un marché public au seul motif qu'elle entend mettre en œuvre, pour exécuter le marché, des moyens qu'elle ne détient pas en propre, mais qui appartiennent à une ou plusieurs entités autres qu'elle-même. Toutefois, il appartient au prestataire qui entend faire état des capacités d'organismes ou d'entreprises auxquels il est directement ou indirectement lié, en vue d'être admis à participer à une procédure d'appel d'offres, d'établir qu'il a effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché » (80). Il s'ensuit que les directives ne s'opposent pas à une interdiction ou à une restriction du recours à la sous-traitance pour l'exécution de parties essentielles du marché lorsque précisément le pouvoir adjudicateur n'a pas été en mesure de vérifier les capa-

(70) Arrêt du 2 juin 2005, précité, points 41 à 45.

(71) Arrêt du 14 septembre 2004, précité, points 30 à 41.

(72) Arrêt du 14 octobre 2004, points 37 à 43.

(73) Arrêt du 13 janvier 2005, précité, points 47, 48 et 58.

(74) Arrêt *Kauppatalo Hansel Oy*, précité.

(75) Arrêt *EVN et Wienstrom*, précité, points 89 à 95.

(76) Arrêt *Fabricom*, précité, points 28 à 36.

(77) T.P.I., 17 mars 2005, *AFCon Management Consultants*, T-160/03, points 74 à 93.

(78) Arrêt *GAT*, précité, point 61.

(79) Voy., pour un cas d'application, C.E.b., s.p.r.l. *Archii + I*, n° 159.657, du 7 juin 2006.

(80) Arrêts du 18 mars 2004, *Siemens et ARGE Telemekom*, C-314/01, points 43-44; 18 novembre 2004, précité, point 22.

cités techniques et économiques des soumissionnaires le mieux-disant. En d'autres termes, une personne faisant valoir les capacités techniques et économiques de tiers auxquels elle compte faire appel si le marché lui est attribué ne peut être écartée que si elle n'est pas en mesure d'établir qu'elle a effectivement la disposition de ces capacités.

22. — Groupement de soumissionnaires. — Si la directive 93/37 (travaux) autorise, en son article 21, les groupements d'entrepreneurs à soumissionner, elle ne contient aucune disposition quant à la composition de tels groupements dont la réglementation relève dès lors de la compétence des Etats membres. Une réglementation nationale peut dès lors interdire la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs qui intervient après le dépôt des offres (81).

8

Offres anormalement basses

23. — La procédure de l'article 30, § 4, de la directive 93/37 qui permet de rejeter des offres anormalement basses se doit de respecter les quatre étapes suivantes : identifier les offres suspectes ; permettre aux entreprises concernées d'en démontrer le sérieux en leur réclamant les précisions qu'il juge opportunes ; apprécier la pertinence des explications fournies par les intéressés ; et prendre une décision quant à l'admission ou au rejet desdites offres (82). Certaines précisions ont été fournies à cet égard. Tout d'abord, si le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé de vérifier chaque prix indiqué dans chaque offre, il doit toutefois examiner la fiabilité et le sérieux des offres qui lui paraissent suspectes en termes globaux, ce qui implique nécessairement qu'il demande, le cas échéant, des précisions sur les prix individuels qui lui paraissent suspects, *a fortiori* quand ils sont nombreux. En outre, le fait que l'offre suspecte ait été jugée conforme au cahier des charges ne le décharge pas de son obligation de vérifier les prix d'une telle offre, si des doutes apparaissent quant à leur fiabilité au cours de l'examen des offres et après l'évaluation initiale de leur conformité. Enfin, ne constitue pas des explications adéquates le fait, en dépit des demandes précises, de se contenter de confirmer de manière générale le sérieux des prix indiqués dans son offre sans avancer le moindre élément de preuve pertinent de nature à établir la fiabilité des prix individuels.

9

Critères d'attribution

24. — Quels critères ? — Les lignes de force de la jurisprudence communautaire en la matière sont confirmées. Si les directives laissent

au pouvoir adjudicateur le choix des critères d'attribution du marché qu'il entend retenir (83), cette liberté de choix n'est pas pour autant illimitée.

Tout d'abord, ce choix ne peut porter que sur des critères liés à l'objet du marché, soit des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (84). Cette précision exclut des critères qui sont identiques ou similaires aux critères de sélection qualitative, lesquels visent à vérifier l'aptitude du soumissionnaire à effectuer la prestation faisant l'objet du marché, et non la prestation elle-même : ce sont deux opérations différentes, qui peuvent avoir lieu simultanément mais qui sont régies par des règles différentes (85). Par ailleurs, cette exigence ne saurait être interprétée en ce sens que chaque critère d'attribution doit nécessairement être de nature quantitative ou orienté exclusivement vers les prix ou les tarifs : en effet, divers facteurs qui ne sont pas purement quantitatifs ou économiques peuvent influencer l'exécution du marché et, par conséquent, la valeur économique d'une offre ; ils peuvent être retenus dès lors qu'ils sont pertinents pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (86). Ne répondent pas à cette première condition les critères suivants :

— dans le cadre d'un marché de fournitures, le nombre de références relatives aux produits offerts par les soumissionnaires à d'autres clients dès lors qu'une telle liste figure expressément parmi les critères qui peuvent être retenus pour justifier la capacité technique des fournisseurs et ne fournit d'autres indications que le montant, la date et le destinataire des livraisons antérieures ;

— dans le cadre d'un marché de fournitures, l'exigence que les produits puissent être examinés *de visu* par le pouvoir adjudicateur dans un rayon de 300 km ;

— dans le cadre d'un marché de services sanitaires de thérapie respiratoire à domicile, l'attribution de points supplémentaires liés à la possession d'installations de production, de conditionnement et d'embouteillage d'oxygène situées dans un rayon de 1.000 km de la province où le service sera fourni, dès lors que ce critère ne porte pas sur la prestation au cœur du marché, à savoir la fourniture à domicile d'oxygène thérapeutique, mais sur la capacité de production des installations possédées par le soumissionnaire.

Ensuite, ces critères ne peuvent conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché à un soumissionnaire (87).

(83) Arrêts du 19 juin 2003, précité, points 62-63 ; 4 décembre 2003, précité, point 37. T.P.I., 25 février 2003, *Strabag Benelux*, T-183/00, point 74 ; 25 février 2003, *Renco SpA*, T-4/01, point 66.

(84) Arrêts du 19 juin 2003, précité, point 64 ; 4 décembre 2003, précité, point 37 ; 24 novembre 2005, précité, point 21. T.P.I., 25 février 2003, *Strabag Benelux*, T-183/00, point 74 ; 25 février 2003, *Renco SpA*, T-4/01, point 66.

(85) Arrêts du 19 juin 2003, précité, points 59-60 ; T.P.I., 6 juillet 2005, *Travel Solutions Belgium*, T-148/04, point 86.

(86) T.P.I., 25 février 2003, précité, point 68 ; 6 juillet 2005, précité, point 47.

(87) Arrêts du 4 décembre 2003, précité, point 37 ; 24 novembre 2005, précité, point 21.

Enfin, les critères retenus doivent respecter les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence (88). Il s'ensuit que tant l'objet du marché que les critères de son attribution doivent être clairement définis ; en effet, ils « doivent être considérés comme des éléments décisifs aux fins de déterminer laquelle des procédures prévues par les directives doit être mise en œuvre et d'apprécier le respect des impératifs propres à la procédure ainsi retenue » (89). Ne satisfait pas à cette condition le critère qui, en cas d'égalité entre plusieurs offres, favorise l'entreprise ayant fourni précédemment le service en cause : « trancher automatiquement et définitivement pour l'opérateur déjà présent sur le marché en cause est discriminatoire » (90).

Le libre choix par le pouvoir adjudicateur des critères d'attribution peut-il être remis en cause par une loi nationale qui imposerait un type de critères — en l'occurrence, celui du prix le plus bas — pour telle catégorie de marchés — en l'occurrence, les marchés de travaux — et ce, au nom d'une plus grande transparence dans ce secteur ? Se plaçant à nouveau sur le terrain économique, la Cour a estimé que les directives ne permettent pas aux Etats d'« imposer, de manière générale et abstraite, aux pouvoirs adjudicateurs de recourir au seul critère du prix le plus bas » (90bis). Ce serait priver ces derniers de la possibilité de prendre en considération la nature et les spécificités de chaque marché et de choisir le critère le plus apte à assurer la libre concurrence. Il n'est pas interdit d'extrapoler cette solution en matière de libre choix des procédures de passation qui ne pourrait lui non plus être bridé par une législation nationale générale et abstraite. Par contre, cet arrêt ne nous semble pas faire obstacle à une loi nationale qui imposerait le recours à tel critère, voire à telle procédure de passation, dans une opération particulière pour autant que soit démontrée, de manière concrète, l'adéquation du critère ou de la procédure retenu avec les spécificités de l'opération et les objectifs de libre concurrence et de transparence.

25. — Les critères environnementaux. — La possibilité pour un pouvoir adjudicateur de tenir compte de critères relatifs à la préservation de l'environnement a été réaffirmée (91). Ainsi, un pouvoir adjudicateur peut retenir, dans le cadre de l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, comme critère la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables.

Pour autant, de tels critères doivent respecter eux aussi les trois limites exposées ci-avant. Ainsi, les critères écologiques doivent, notamment, être liés à l'objet du marché. Est-ce le cas d'un critère d'attribution prenant uniquement en compte la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dépassant la consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres ? La réponse de la Cour est négative pour trois raisons : tout d'abord, ce critère ne porte pas sur la prestation

(88) Arrêts du 27 octobre 2005, précité, point 49 ; 24 novembre 2005, précité, point 21.

(89) Arrêt du 14 octobre 2004, précité, point 35.

(90) Arrêt du 27 octobre 2005, précité, point 78.

(90bis) Arrêt du 7 octobre 2004, *Sintesi*, C-247/02, points 40 et 42.

(91) Arrêts du 10 avril 2003, précité, point 60 ; 4 décembre 2003, précité, points 30 à 34.

qui fait l'objet du marché, à savoir la fourniture au pouvoir adjudicateur de quantités d'électricité correspondant à sa consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres; ensuite, il est susceptible de conférer un avantage aux soumissionnaires, qui, en raison de leurs plus grandes capacités de production ou de fourniture, sont en mesure de fournir des quantités d'électricité plus importantes que d'autres; enfin, si la sécurité d'approvisionnement peut en principe faire partie des critères d'attribution servant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, l'on ne saurait valablement ériger en critère d'attribution la capacité des soumissionnaires à fournir la plus grande quantité d'électricité possible au-delà de la quantité prescrite dans l'appel d'offres. Par ailleurs, un tel critère peut-il être affecté d'un coefficient de 45 %, ce qui accorde à un élément non susceptible d'évaluation économique directe une influence importante sur la décision d'attribution du marché? La Cour observe, d'une part, que l'utilisation de sources d'énergie renouvelables est utile à la protection de l'environnement et, d'autre part, que c'est précisément dans cette perspective que la directive 2001/77 vise à favoriser une augmentation de la contribution des sources d'énergie renouvelables dans la production d'électricité sur le marché intérieur; elle en conclut que « la pondération de celui-ci à hauteur de 45 % ne paraît pas entraver une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ».

26. — La pondération. — « Les pouvoirs adjudicateurs sont libres de déterminer la pondération des critères d'attribution, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse » (92). Cette pondération peut-elle s'effectuer *a posteriori*? En l'espèce, une commission d'adjudication avait déterminé, après l'ouverture des offres, la manière dont les vingt-cinq points prévus pour un critère d'attribution devaient être répartis entre les cinq sous-critères déjà définis dans le cahier des charges. Une telle démarche est acceptable « à condition qu'une telle décision ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation, et n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires » (93).

27. — Mise en œuvre et respect des critères d'attribution. — La mise en œuvre des critères d'attribution « doit avoir lieu dans le respect tant des normes procédurales que des principes fondamentaux qui découlent du droit communautaire » (94). Qu'est-ce à dire? Ils doivent être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché; à cet égard, « il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et, si possible, leur importan-

ce relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres » (95). Ils « doivent être formulés de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière »; ainsi, l'absence de précision de la période de référence pour la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelable peut rendre difficile, voire même impossible la connaissance par les soumissionnaires de la portée exacte du critère en question (96). Lors de l'évaluation des offres, ils « doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires », ce qui implique pour le pouvoir adjudicateur l'obligation de s'en tenir à la même interprétation tout au long de la procédure. Il s'ensuit aussi que le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de vérifier effectivement si les offres déposées correspondent aux critères d'attribution en se fondant sur ses compétences ou sur des informations et justificatifs fournis par les soumissionnaires; ne garantissant pas la transparence et l'objectivité de la procédure d'attribution « un critère qui n'est pas assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations fournies par les soumissionnaires » (en l'espèce, la production effective de l'électricité fournie à partir de sources d'énergie renouvelable) (97).

28. — Les variantes. — Il résulte du libellé même de l'article 19, alinéa 2, de la directive 93/37 que lorsqu'un pouvoir adjudicateur n'a pas exclu la présentation de variantes, il est tenu de mentionner dans le cahier des charges les conditions minimales que celles-ci doivent respecter. Ne satisfait pas à cette exigence le renvoi opéré par un cahier des charges à une disposition de la législation nationale selon laquelle l'offre alternative garantit la fourniture d'une prestation qualitativement équivalente par rapport à celle faisant l'objet de l'appel d'offres, sans préciser davantage les paramètres de comparaison concrets sur le fondement desquels s'apprécie cette équivalence. Dans ce cas, une variante ne peut être prise en considération, même si les variantes n'ont pas été déclarées irrecevables dans l'avis de marché, l'application des critères d'attribution concernant un stade ultérieur de la procédure et ne pouvant avoir lieu qu'à l'égard de variantes valables (98).

10

Motivation des décisions

29. — Quelle est l'étendue de l'obligation de motivation à l'égard du soumissionnaire non retenu? Il résulte de l'article 8, § 1^{er}, de la directive 93/37 que le pouvoir adjudicateur « satisfait à son obligation de motivation s'il se contente, tout d'abord, d'informer immédiatement les soumissionnaires écartés du rejet de

leur offre par une simple communication non motivée et fournit, ensuite, aux soumissionnaires qui en font la demande expresse les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite. Cette façon de procéder est conforme à la finalité de l'obligation de motivation inscrite à l'article 253 CE, selon laquelle il convient de faire apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement de l'auteur de l'acte, de façon, d'une part, à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de faire valoir leurs droits et, d'autre part, à permettre au juge d'exercer son contrôle ». Si la deuxième communication susvisée doit dès lors être prise en considération pour apprécier la motivation de la décision d'attribution, en va-t-il de même d'explications subséquentes apportées par le pouvoir adjudicateur? « L'obligation de motivation doit être appréciée en fonction des éléments d'information dont la requérante disposait au moment de l'introduction du recours. Si le requérant demande à l'institution concernée des explications supplémentaires au sujet d'une décision avant l'introduction d'un recours, mais après la date prévue par l'article 8, § 1^{er}, de la directive 93/37, et reçoit ces explications, il ne saurait demander au tribunal de ne pas les prendre en considération lors de l'évaluation du caractère suffisant de la motivation, étant entendu, toutefois, que l'institution n'est pas autorisée à substituer une motivation entièrement nouvelle à la motivation initiale » (99).

11

Contrôle du comportement des entités adjudicatrices

30. — Décisions relevant de la directive « recours ». — La notion de « décision » employée à l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 89/665 « recouvre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs — au sens des directives « matières » (100) — qui sont soumises aux règles du droit communautaire en matière de marchés publics », ces règles étant non seulement des dispositions spécifiquement applicables des directives, mais aussi, en leur absence, les principes généraux du droit communautaire. Il s'ensuit que dès que de telles dispositions ou de tels principes sont jugés applicables à une décision prise dans le cadre d'une procédure de passation de marché public ou, en d'autres termes, dès qu'« une décision d'un pouvoir adjudicateur porte atteinte aux droits qu'un soumissionnaire tire du droit communautaire dans le cadre d'une procédure de passation de marché public », cette décision relève de la directive 89/665 et des modalités du contrôle juridictionnel qu'elle prévoit, alors que tel n'est pas le cas d'une décision violant uniquement une règle de droit national qui ne transpose pas le droit communautaire en matière de

(92) Arrêts du 4 décembre 2003, précité, point 39; 27 octobre 2005, précité, point 68.

(93) Arrêt du 24 novembre 2005, précité, points 25 à 32.

(94) Arrêt du 4 décembre 2003, précité, point 38.

(95) Arrêt du 24 novembre 2005, précité, points 21 et 24.

(96) Arrêt du 4 décembre 2003, précité, points 54 à 59.

(97) Arrêt du 4 décembre 2003, précité, points 44 à 52 et 92-93.

(98) Arrêt *Traunfellner*, précité, points 25 à 34.

(99) T.P.I., 25 février 2003, *Renco SpA*, précité, points 89 à 97; *Strabag Benelux*, précité, points 54 à 59.

(100) « Le champ d'application personnel de la directive 89/665 coïncide nécessairement avec celui desdites directives » (arrêt du 15 mai 2003, précité, points 50 et 51).

marchés publics (101). Précision supplémentaire : cette directive « ne prévoit aucune restriction en ce qui concerne la nature et le contenu desdites décisions » (102) ou « le moment de leur adoption » (103).

Est ainsi retenue une acception large de la notion de décision. La Cour a ainsi admis une réglementation nationale qui considère comme actes susceptibles de recours les actes de procédure, dès lors qu'ils tranchent, directement ou indirectement, le fond de l'affaire, qu'ils entraînent l'impossibilité de poursuivre la procédure ou de se défendre, ou qu'ils causent des préjudices irréparables à des droits ou intérêts légitimes (104).

Constituent une décision susceptible de recours :

— la décision de retirer ou de ne pas donner suite à un marché (105);

— la décision d'écarter une offre avant même de procéder à son évaluation (106);

— la décision fixant les critères d'attribution (107);

— des clauses discriminatoires ou illégales figurant dans l'avis de marché ou le cahier des charges (108);

— et même la décision de ne pas engager de procédure de passation, celle-ci « constituant la toute première décision susceptible de recours juridictionnel » (109) et, plus généralement, les « décisions prises en dehors d'une procédure formelle de passation de marché et en amont d'une mise en concurrence formelle » (110).

Appelée à déterminer le moment à partir duquel une possibilité de recours est ouverte, la Cour souligne qu'« un tel moment n'est pas formellement prévu par la directive 89/665 », mais qu'en égard à l'objectif de protection juridictionnelle efficace et rapide, notamment par des mesures provisoires, celle-ci « n'autorise pas les Etats membres à subordonner la possibilité de recours au fait que la procédure de marché public en cause a formellement atteint un stade déterminé ». Il s'ensuit qu'« est susceptible de recours la manifestation de la volonté du pouvoir adjudicateur en rapport avec un marché, qui parvient d'une manière quelconque à la connaissance des personnes intéressées, dès lors que cette manifestation a dépassé le stade (des agissements préliminaires) et est susceptible de comporter des effets juridiques ». Tel est le cas de l'engagement de négociations contractuelles concrètes avec un intéressé, mais pas « des agissements qui constituent une simple étude préliminaire du marché ou qui sont purement préparatoires et s'insèrent dans le cadre de la réflexion interne du

pouvoir adjudicateur en vue de la passation d'un marché public » (111). La Cour a laissé aux juridictions nationales le soin de décider si constituait une telle décision la rupture des négociations avec un soumissionnaire (112).

31. — Portée du contrôle juridictionnel national. — Si la directive 89/665 vise à renforcer les mécanismes existants, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées, ce qui impose aux Etats membres de prévoir des recours efficaces et aussi rapides que possible, elle n'établit que les conditions minimales auxquelles doivent répondre les procédures nationales de recours (113) sans toutefois que les modalités procédurales prévues par le droit interne ne puissent porter atteinte à son effet utile (114). Plusieurs de ces modalités ont été abordées par le juge européen.

Tout d'abord, une répartition des pouvoirs prévus à l'article 2, § 1^{er}, de la directive 89/665 entre plusieurs instances juridictionnelles n'est pas contraire à cette directive, son article 2, § 2, permettant expressément aux Etats membres de conférer ces pouvoirs à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours (115).

Ensuite, qu'en est-il des *illégalités soulevées d'office* par le juge national ? En l'absence d'une disposition spécifique en la matière, cette question relève de l'ordre juridique interne; « ni la finalité de la directive 89/665 ni la nécessité de donner un caractère contradictoire aux procédures de recours ne s'opposent à ce que l'ordre juridique interne institue une telle possibilité », sous réserve du droit des parties à être entendues sur l'illégalité soulevée d'office (116).

Par ailleurs, la *protection juridictionnelle* ne peut être *effective et complète* si le soumissionnaire n'est pas en mesure de se prévaloir des règles communautaires vis-à-vis du pouvoir adjudicateur (117). Elle suppose, tout d'abord, l'obligation d'informer les soumissionnaires de la décision d'adjudication. Une législation qui se contenterait de prévoir l'information des soumissionnaires sur les seules décisions qui les concernent directement, ne peut compenser l'absence d'une obligation d'informer l'ensemble des soumissionnaires de la décision d'attribution du marché avant la conclusion du contrat. Elle exige ensuite de prévoir la possibilité pour le soumissionnaire évincé d'examiner en temps utile la validité de la décision d'attribution, ce qui nécessite un délai raisonnable entre le moment où la décision d'attribution est communiquée aux soumissionnaires évincés et la conclusion du contrat. A cet égard, une circulaire ministérielle ne peut être regardée comme une transposition suffisante

(118). Pour les mêmes raisons, porte atteinte à cette protection la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de retarder, jusqu'à la fin de la procédure d'examen des offres, la prise de décision quant à l'exclusion ou non d'un soumissionnaire, alors qu'il dispose de tous les éléments pour prendre cette décision, dès lors qu'elle conduit à un report injustifié de la possibilité d'exercer les droits conférés par le droit communautaire (119).

Enfin, qu'en est-il lorsque le *droit national en matière de recours* — en l'occurrence, l'impossibilité de demander l'annulation d'une décision de retrait d'un marché — ne respecte pas les exigences de la directive « recours » ? Il faut distinguer les problèmes de compétence et de recevabilité. Dans le premier cas, il appartient à l'ordre juridique national de désigner les instances de recours compétentes. Dans le second cas, la question se pose de savoir si, et dans quelles conditions, le juge national doit, en vertu du droit communautaire, déclarer recevable un recours qui n'est pas permis par le droit interne. La Cour relève que « l'obligation des Etats membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 10 CE, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent, dans le cadre de leurs compétences, aux autorités juridictionnelles ». Elle souligne que « les articles 1, § 1^{er}, et 2, § 1^{er}, b, de la directive 89/665 sont inconditionnels et suffisamment précis pour fonder un droit en faveur d'un particulier qui, le cas échéant, peut s'en prévaloir contre un pouvoir adjudicateur » de sorte que « la juridiction compétente est tenue de laisser inappliquées les règles nationales qui l'empêchent de respecter l'obligation qui découle de » ces dispositions (120).

32. — Mesures provisoires. — L'instance de recours qui statue sur une demande de mesures provisoires doit-elle ou peut-elle tenir compte, dans la balance des intérêts prévue par l'article 2, § 4, de la directive 89/665, des perspectives de succès du recours au fond ? En l'absence d'indication, cette question relève de l'ordre juridique interne qui peut retenir cet élément pour autant que soient respectés les principes d'équivalence (par rapport aux recours similaires de nature interne) et d'effectivité. Ce dernier principe n'est pas remis en cause par une disposition nationale qui irait dans ce sens dès lors que, ce faisant, elle « se borne à envisager la prise en compte, dans chaque cas particulier, du degré de vraisemblance d'une violation alléguée » du droit des marchés publics (121).

Par ailleurs, la brièveté des procédures de passation des marchés publics exige un traitement urgent des violations de ce droit. Une réglementation nationale qui prévoit certes la possibilité d'adopter des mesures provisoires à caractère positif, et pas seulement les sursis à l'exécution, ne constitue pas un système de protection juridictionnelle provisoire adéquat dans la mesure où elle exige, en règle générale, l'introduction préalable d'un recours au fond

(101) Arrêts du 23 janvier 2003, précité, points 68 à 72; 19 juin 2003, précité, point 52;

(102) Arrêts *GAT*, précité, point 52; 19 juin 2003, *Hackermüller*, C-249/01, point 24.

(103) Arrêt du 11 janvier 2005, précité, point 28.

(104) Arrêt du 15 mai 2003, précité, points 74 à 81.

(105) Arrêt du 2 juin 2005, *Koppensteiner*, C-15/04, point 30.

(106) Arrêt *Hackermüller*, précité, point 24.

(107) Arrêt du 4 décembre 2003, précité, point 91 (sol. implicite).

(108) Arrêts du 12 février 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, point 30; 18 mars 2004, précité, points 48-50.

(109) Arrêt du 11 janvier 2005, précité, point 33.

(110) *Ibidem*, point 41.

(111) *Ibidem*, précité, points 34 à 39.

(112) Arrêt du 23 janvier 2003, précité, point 71.

(113) Arrêts *Adolf Truley*, précité, point 47; *GAT*, précité, points 44-45; 19 juin 2003, *Fritsch e.a.*, C-410/01, point 30; *Hackermüller*, précité, point 22; 12 février 2004, précité, point 36; 24 juin 2004, *Commission c. Autriche*, C-212/02, point 20; 14 octobre 2004, *Commission c. Portugal*, C-275/03, points 28-29.

(114) Arrêt du 3 mars 2005, précité, point 42.

(115) Arrêt *GAT*, précité, point 33.

(116) *Ibidem*, points 46 à 50 et 56.

(117) Arrêts du 24 juin 2004, précité, point 20;

3 mars 2005, précité, point 43.

(118) Arrêt du 24 juin 2004, précité, points 21 à 26.

(119) Arrêt du 3 mars 2005, précité, points 44 à 46.

(120) Arrêt du 2 juin 2005, précité, points 32 à 39. Voy. aussi arrêt 27 février 2003, précité, points 62 à 65.

(121) Arrêt du 9 avril 2003, précité, points 29 à 33.

en tant que condition pour l'adoption d'une mesure provisoire (122).

33. — Notion d'intérêt et de lésion. — Quant aux personnes auxquelles est ouverte une procédure de recours, l'article 1^{er}, § 3, de la directive 89/665 vise « au moins toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée ».

Il en découle que « les Etats membres ne sont pas tenus de rendre les procédures de recours accessibles à toute personne souhaitant obtenir l'attribution d'un marché public, mais qu'il leur est loisible d'exiger, en plus, que la personne concernée ait été lésée ou risque d'être lésée par la violation qu'elle allègue » (123). Toutefois, en déterminant les modalités d'accès aux procédures de recours, les Etats membres ne sont pas autorisés à donner à la notion d'« intérêt à obtenir un marché public » une interprétation qui soit susceptible de porter atteinte à l'effet utile de cette directive. A cet égard, le fait de subordonner l'accès aux procédures de recours à la saisine préalable d'une commission de conciliation est contraire aux objectifs de rapidité — elle retarde inévitablement l'introduction d'un recours, et d'efficacité — une telle commission n'est investie d'aucun des pouvoirs prévus par l'article 2, § 1^{er} — de cette directive. L'omission de saisir cette commission ne peut dès lors être considérée comme une perte d'intérêt (124).

Dans ce cadre, la personne intéressée au sens de l'article 1^{er}, § 3, précité est, en principe, « la personne qui, en présentant son offre pour le marché public en cause, a démontré son intérêt à obtenir celui-ci » (125). La participation à une procédure de passation d'un marché peut, en principe, valablement constituer, au regard de l'article 1^{er}, § 3, une condition dont la satisfaction est requise : « à défaut d'avoir présenté une offre, une telle personne peut difficilement démontrer qu'elle dispose d'un intérêt à s'opposer à cette décision ou qu'elle est lésée ou risque de l'être du fait de cette attribution » (126). Ainsi, lorsqu'un groupement sans personnalité juridique, dénommé le plus souvent « société momentanée », a participé en tant que tel, et non pas ses membres à titre individuel, à une procédure de passation de marché public, les membres de ce groupement ne disposent pas d'un droit de recours individuel mais doivent agir en justice tous ensemble. Cette règle ne fait qu'exiger des requérants qu'ils respectent les conditions afférentes à la représentation en justice découlant de la forme juridique que les membres ont eux-même choisie et elle n'empêche pas que ces membres règlent, avant d'introduire un recours, la question concernant la capacité d'agir en justice de l'association par la voie d'un accord interne, sans aucune autre formalité, ce qui n'implique pas d'adopter obligatoirement une forme juridique déterminée (127).

Certaines situations ne requièrent toutefois pas le dépôt d'une offre comme élément constitutif de la notion d'intérêt :

1) Il y va tout d'abord des recours introduits contre les manifestations de volonté du pouvoir adjudicateur susceptibles de comporter des effets juridiques, qui sont prises en dehors d'une procédure formelle de passation de marché et en amont d'une mise en concurrence formelle. Dans ce cas, « la qualité formelle de soumissionnaire ou de candidat n'est pas requise » (128).

2) Il y va ensuite de situations dans lesquelles une entreprise n'a pas présenté une offre en raison de la présence de spécifications discriminatoires dans l'appel à la concurrence, lesquelles l'auraient précisément empêchée d'être en mesure de fournir l'ensemble des prestations demandées et donc de participer utilement à l'appel à la concurrence : « il serait excessif d'exiger que (cette entreprise) présente, avant de pouvoir utiliser les procédures de recours à l'encontre de telles spécifications, une offre (...), alors même que ses chances de se voir attribuer ce marché seraient nulles en raison de l'existence desdites spécifications ». Le propos doit toutefois être nuancé. Dans un tel cas, l'entreprise peut exercer un recours directement contre de telles spécifications; dès lors qu'elle ne le fait pas et qu'elle attend la notification de la décision d'attribution de ce marché pour introduire un recours fondé sur le caractère discriminatoire de ces spécifications, elle doit être considérée comme ayant perdu son intérêt, un tel comportement ne correspondant pas aux objectifs de rapidité et d'efficacité de la directive 89/665 (129).

Qu'en est-il lorsque l'instance de recours rejette la demande d'un soumissionnaire invoquant l'illégalité de la décision d'attribution d'un marché au motif que, en raison d'une illégalité soulevée d'office, l'offre du soumissionnaire aurait dû être écartée avant même d'évaluer la meilleure offre? Dans ce cas, ne peut-on soutenir que son préjudice éventuel se serait produit même en l'absence de l'illégalité qu'il allègue? Ce raisonnement ne peut être suivi dès lors qu'en l'absence d'une décision d'exclusion de son offre prise en temps utile par le pouvoir adjudicateur, ce soumissionnaire n'a pu contester la légalité de cette décision, un recours direct contre cette décision étant en effet possible (*supra*, n° 30). La seule façon de procéder qui soit compatible avec l'article 1^{er}, § 3, de la directive 89/665 est de permettre à ce soumissionnaire de contester, dans le cadre du recours dirigé contre la décision d'attribution, le bien-fondé du motif d'exclusion de son offre avancé d'office par l'instance de recours, ce qui n'exclut pas qu'au terme de cette procédure, cette instance aboutisse à la conclusion que ladite offre aurait effectivement dû être écartée au préalable et que, dès lors, le recours doit être rejeté pour absence d'intérêt (130).

34. — Des délais courts et de rigueur. — La fixation par le droit national de délais de recours raisonnables à peine de forclusion satis-

fait, en principe, à l'exigence d'effectivité découlant de la directive 89/665, dans la mesure où elle constitue une application du principe de sécurité juridique. Tel est le cas d'un délai de forclusion de soixante jours qui court à compter de la date de la notification de l'acte ou de la date à laquelle il apparaît que l'intéressé en a eu pleinement connaissance (131). Toutefois, on ne saurait en rester à une appréciation purement théorique : si un délai de forclusion n'est pas en soi contraire au principe d'effectivité, l'on ne saurait exclure que, dans le cadre des circonstances particulières de l'affaire soumise à la juridiction nationale, l'application de ce délai puisse entraîner une violation dudit principe. Ainsi, il y a lieu de prendre en considération le comportement du pouvoir adjudicateur : lorsque celui-ci a créé un état d'incertitude quant à l'interprétation à donner à une clause de l'appel à la concurrence et que cette incertitude n'a été levée que par l'adoption ultérieure de la décision d'exclusion des offres qui ne remplissaient pas cette condition, soit à un moment où le délai de recours contre cette clause a expiré, de sorte que ce soumissionnaire ne peut plus faire valoir en justice, à l'encontre des décisions ultérieures lui portant préjudice, l'incompatibilité de cette interprétation avec le droit communautaire, ce comportement peut être considéré, eu égard à l'existence d'un délai de forclusion, comme ayant rendu excessivement difficile l'exercice par le soumissionnaire lésé des droits qui lui sont conférés par l'ordre juridique communautaire. Dans ce cas, les juridictions nationales doivent laisser inappliquées les règles nationales de forclusion et admettre comme recevables les moyens de droit dirigés contre cette clause (*supra*, n° 30) (132).

35. — Indemnisation. — Parmi les procédures de recours prévues par la directive 89/665, figure expressément celle permettant d'accorder des dommages-intérêts (article 2, § 1^{er}, c). Ne constitue pas un système de protection juridictionnelle adéquat une réglementation nationale qui subordonne l'octroi de dommages-intérêts à la preuve que les actes illégaux d'un pouvoir adjudicateur ont été commis fautivement ou d'une façon dolosive (133). En outre, l'article 2, § 6, permet de limiter les pouvoirs de l'instance juridictionnelle à l'octroi de dommages-intérêts après la conclusion du contrat, ce qui autorise les Etats membres à maintenir les effets de contrats illégaux et protège ainsi la confiance légitime des cocontractants; cette disposition « ne saurait, sans réduire la portée des dispositions du Traité établissant le marché intérieur, avoir pour conséquence que le comportement du pouvoir adjudicateur à l'égard des tiers doit être considéré comme conforme au droit communautaire postérieurement à la conclusion de tels contrats » (134).

Pierre NIHOUL
Conseiller d'Etat
au Conseil d'Etat de Belgique
Maître de conférences
à la Faculté de droit de l'U.C.L.

(122) Arrêt du 15 mai 2003, précité, points 95 à 101.

(123) Arrêts *Hackermüller*, précité, point 18; *Grossmann*, précité, point 26.

(124) Arrêts du 19 juin 2003, *Fritsche e.a.*, précité, points 29 à 35; *Grossmann*, précité, points 41 à 43.

(125) Arrêt du 8 septembre 2005, *Espace Trianon*, C-129/04, point 19.

(126) Arrêt *Grossmann*, précité, point 27.

(127) Arrêt *Espace Trianon*, précité, points 16 à 29.

(128) Arrêt *Stadt Halle*, précité, point 40.

(129) Arrêt *Grossmann*, précité, points 28 à 30 et 35 à 39.

(130) Arrêt *Hackermüller*, précité, points 23 à 29. Voy. dans le même sens à propos d'une demande en dommages et intérêts : arrêt *GAT*, précité, points 51 à 56.

(131) Arrêt du 27 février 2003, précité, points 49 à 56.

(132) *Ibidem*, points 56 à 61.

(133) Arrêt du 14 octobre 2004, précité, points 27 à 32.

(134) Arrêt du 10 avril 2003, précité, point 39.