

Marchés de travaux dans l'Union européenne

par Bernard-Michel BLOCH

*Diplômé d'Études Supérieures Spécialisées (DESS) de Droit de la construction
et de l'urbanisme
Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine*

1.	Existence d'un droit communautaire européen des marchés publics de travaux.....	C 75 - 2
1.1	Historique et fondement de la réglementation communautaire	— 2
1.2	Contenu des directives européennes	— 3
1.2.1	Marchés concernés	— 3
1.2.2	Publicité	— 3
1.2.3	Mise en concurrence.....	— 4
1.2.4	Règles de passation	— 4
1.2.5	Recours possibles	— 5
2.	Transposition de ces règles européennes en droit français	— 6
2.1	Secteur général : travaux de bâtiment et de génie civil	— 6
2.2	Secteurs spéciaux : travaux spécifiques (eau, énergie, transports et services postaux)	— 6
3.	Extension des perspectives.....	— 6
3.1	Accord sur l'espace économique européen (EEE)	— 6
3.2	Accord sur les marchés publics (AMP) de l'organisation mondiale du commerce (OMC).....	— 6
4.	Règles d'exécution : éléments de droit comparé dans les principaux pays de l'Union européenne.....	— 7
	Pour en savoir plus	Doc. C 75

Le *traité sur l'Union européenne* (souvent appelé *traité de Maastricht*) et le *traité instituant la Communauté européenne* (destiné à devenir le *traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*), tous deux modifiés en 1997, 2001 et 2003, mettent l'accent sur la nécessité de créer un espace sans frontières intérieures avec pour objectif de parvenir à un marché intérieur caractérisé par la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Dans ce contexte, les institutions de la Communauté (Parlement européen, Conseil et Commission) ont toujours considéré que l'ouverture des marchés publics à la dimension communautaire constituait un élément essentiel pour la réalisation d'un véritable marché intérieur.

L'objectif de l'Europe des marchés publics est d'établir une concurrence loyale et ouverte qui permette aux entrepreneurs de tirer pleinement parti du marché unique et aux pouvoirs adjudicateurs d'opérer librement un choix dans un éventail d'offres plus compétitives et plus nombreuses.

Un cadre législatif pour les marchés publics, à l'échelle de l'Union européenne, a maintenant été mis en place. L'objet du présent dossier est d'apporter aux lecteurs les éléments de clarification nécessaires pour appréhender cette matière souvent qualifiée de complexe, tant par les spécialistes, que par les usagers de ce droit.

Sigles	
Abréviations	Désignation
AELE	Association européenne de libre-échange
AMP	Accord sur les marchés publics
CMP	Code des marchés publics
CPV	<i>Common procurement vocabulary</i> (vocabulaire commun pour les marchés publics)
EEE	Espace économique européen
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
OMC	Organisation mondiale du commerce
PECO	Pays de l'Europe centrale et orientale
UE	Union européenne

1. Existence d'un droit communautaire européen des marchés publics de travaux

L'Union européenne, qui comprend actuellement vingt-sept États membres (tableau 1), est aujourd'hui régie essentiellement par deux traités :

- le **traité sur l'Union européenne** signé à Maastricht le 7 février 1992 ;
- le **traité instituant la Communauté européenne** signé à Rome le 25 mars 1957.

Ces deux traités, le second surtout, ont fait l'objet depuis leur signature de nombreuses modifications par :

- le traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 ;
- le traité de Nice du 26 février 2001, entré en vigueur le 1^{er} février 2003 ;
- le traité d'Athènes du 16 avril 2003, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004.

Une version dite « consolidée » de ces deux traités a été établie par l'office des publications officielles des Communautés européennes (novembre 2006) : la consolidation consiste en un remembrement éditorial de tous les articles des traités dans leur nouvelle numérotation. Par commodité, l'on fera référence ici aux articles nouvellement numérotés résultant de la consolidation opérée.

Après le rejet, en 2005, par la France et les Pays-Bas, du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, un **projet de traité simplifié a été approuvé à Lisbonne le 18 octobre 2007**. Son objectif est de modifier les traités existants pour améliorer le fonctionnement de l'Union tout en confirmant ses valeurs essentielles.

1.1 Historique et fondement de la réglementation communautaire

■ C'est essentiellement le **traité instituant la Communauté européenne**, qui deviendra, avec le traité de Lisbonne, le **traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** (dont la version consolidée comporte 314 articles) qui permet de comprendre le fondement de la réglementation européenne en matière de marchés publics. Ses articles 12 (devenu, avec le traité de Lisbonne, article 17) et 49 interdisent, respectivement, toute discrimination

Tableau 1 – États membres de l'Espace économique européen (EEE)	
Union européenne (UE) (27 États membres)	Espace économique européen (30 États)
Allemagne Autriche Belgique Bulgarie Chypre Danemark Espagne Estonie Finlande France Grèce Hongrie Irlande Italie Lettonie Lituanie Luxembourg Malte Pays-Bas Pologne Portugal Royaume-Uni Roumanie Slovaquie Slovénie Suède République Tchèque	Tous les États membres de l'UE Islande Liechtenstein Norvège

exercée en raison de la nationalité et toute restriction à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté. L'**article 94** (devenu, avec le traité de Lisbonne, article 95) prévoit que le Conseil « *arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur* ».

Le texte du traité se fait plus précis en son **article 163** puisqu'il dispose que l'Union soutient, dans le domaine de la recherche, les efforts de coopération des entreprises pour permettre à ces dernières « *d'exploiter pleinement les potentialités du marché intérieur à la faveur, notamment, de l'ouverture des marchés publics nationaux (...)* ».

Enfin, l'**article 183** du traité consolidé prévoit, en vue de la promotion du développement économique et social des pays et territoires d'outre-mer associés à l'Union (tableau 2) que « *pour les investissements financés par L'Union, la participation aux adjudications et fournitures est ouverte, à égalité de conditions, à toutes les personnes physiques et morales ressortissantes des États membres et des pays et territoires* ».

■ L'**édification du droit européen des marchés publics**, fondée sur le principe de libre circulation des marchandises et sur l'élimination des restrictions aux échanges, s'est réalisée de manière assez morcelée par différentes directives qui se sont succédé depuis 1971. À l'heure actuelle le droit communautaire des marchés publics de travaux résulte de deux directives :

- la **directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004**, modifiée en novembre 2005, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, couvrant les travaux de bâtiment et de génie civil en général (directive « *Marchés publics* ») ;

Tableau 2 – Pays et territoires d'outre-mer auxquels s'appliquent les dispositions de la quatrième partie du Traité (articles 182 à 188)

Groenland
Nouvelle-Calédonie et ses dépendances
Polynésie française
Terres australes et antarctiques françaises
Îles Wallis-et-Futuna
Mayotte
Saint-Pierre-et-Miquelon
Aruba
Antilles néerlandaises :
– Bonaire
– Curaçao
– Saba
– Sint Eustatius
– Sint Maarten
Anguilla
Îles Caymans
Îles Falkland
Géorgie du Sud et les îles Sandwich du Sud
Montserrat
Pitcairn
Sainte-Hélène et ses dépendances
Territoire de l'Antarctique britannique
Territoires britanniques de l'océan Indien
Îles Turks et Caicos
Îles Vierges britanniques
Bermudes

– la directive n° 2004/17/CE du 31 mars 2004, concernant les marchés de travaux passés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (directive « *secteurs spéciaux* »). L'ouverture de ces secteurs spéciaux, que l'on a longtemps appelés « *secteurs exclus* » (car ils n'entraient pas dans le champ d'application de la directive « *Travaux* », les entités adjudicatrices des marchés de travaux dans ces secteurs ayant un statut, soit public, soit privé dans les différents États membres), revêt une importance certaine, puisque désormais rentrent dans le champ d'application de la réglementation communautaire des marchés publics tous les projets de travaux des ports et aéroports, des sociétés de chemins de fer, des distributeurs de gaz et d'électricité, des opérateurs de services postaux et des distributeurs d'eau.

En application de l'article 249 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne consolidé, les directives lient les États membres « quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

1.2 Contenu des directives européennes

Les directives prévoient que les États membres doivent veiller à la transparence et à l'ouverture à la concurrence des procédures d'attribution des marchés de travaux dont le montant estimé, hors TVA, égale ou dépasse 5 150 000 €.

1.2.1 Marchés concernés

C'est tout d'abord au niveau des *marchés concernés* que se distingue l'originalité des directives européennes. Celles-ci prévoient en effet que :

■ **Sont des marchés publics de travaux soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence européennes :**

– les marchés de travaux de bâtiment et de génie civil lancés par des « pouvoirs adjudicateurs » dont la définition est donnée par l'article 1 de la directive « *Marchés publics* » ;

– les marchés de travaux spécifiques lancés par des « entités adjudicatrices » opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, et qui sont définis par les articles 1 et 2 de la directive « *secteurs spéciaux* ».

■ **Sont des pouvoirs adjudicateurs au sens de la directive « *Marchés publics* » :** l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

Est un organisme de droit public tout organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général et dont l'activité est financée, ou contrôlée, *majoritairement* par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

La liste de ces pouvoirs adjudicateurs de droit public dans les différents États membres est fournie à titre indicatif (cf. [Doc. C 75], § 1).

■ **Sont des entités adjudicatrices au sens de la directive « *secteurs spéciaux* » :** non seulement les pouvoirs adjudicateurs définis par la directive « *Marchés publics* », mais également les *entreprises publiques*, c'est-à-dire les entreprises sur lesquelles « les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui les régissent ». L'influence dominante est présumée lorsque la majorité du capital est détenue par les pouvoirs publics, ou lorsque ceux-ci disposent de la majorité des voix dans les organes d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Sont également soumis à la réglementation communautaire des « *secteurs spéciaux* » les personnes privées ou publiques, titulaires de droits exclusifs ou spéciaux résultant d'une autorisation délivrée par une autorité compétente d'un État membre (par exemple : construction de réseaux utilisant le sol, le sous-sol ou l'espace au-dessus de la voie publique).

La liste de ces entités adjudicatrices, opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux dans les différents États membres est fournie à titre indicatif (cf. [Doc. C 75] § 2).

Il convient de signaler ici que la directive « *Marchés publics* » à la différence de la directive « *secteurs spéciaux* » qui n'en parle pas, soumet, en son titre III, les contrats conclus dans le cadre de la *concession* de travaux publics à un régime de mise en concurrence allégé comportant la publication d'un avis et le respect d'un délai minimal pour la présentation des candidatures et des offres (la concession de travaux publics présentant les mêmes caractères que le marché de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux peut consister, soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix).

1.2.2 Publicité

Les directives européennes instituent ensuite l'obligation, pour les pouvoirs et entités adjudicateurs de tous les États membres, de publier leurs avis de marchés au journal officiel de l'Union européenne (JOUE), afin qu'une concurrence effective puisse s'exercer dans le domaine des marchés publics.

■ **Avis de préinformation :** l'article 35 de la directive « *Marchés publics* » et l'article 41 de la directive « *secteurs spéciaux* » ouvrent la possibilité aux pouvoirs et entités adjudicateurs de faire connaître, au moyen d'un avis périodique indicatif, les caractéristiques essentielles des marchés de travaux qu'ils entendent passer au cours des douze mois à venir. Cet avis est envoyé le plus rapidement possible après la prise de décision autorisant le programme dans lequel s'inscrivent les marchés de travaux projetés. Pour inciter les pouvoirs et entités adjudicateurs à utiliser cette pratique de l'avis de préinformation, les directives ont prévu un délai réduit de réception des offres de soumission (36 jours, au lieu de 52, dans les procédures ouvertes, et 22 jours, au lieu de 40, dans les procédures restreintes ou négociées) lorsqu'un avis de préinformation a été publié au JOUE.

Il faut noter que pour les secteurs spéciaux, l'avis de préinformation peut également servir de procédé de mise en concurrence, mais il doit alors en ce cas mentionner que le marché sera passé par procédure restreinte ou négociée, sans publication ultérieure d'un avis d'appel d'offres, et inviter les entreprises intéressées à manifester leur intérêt par écrit (article 42 de la directive « secteurs spéciaux »).

■ **Avis d'appel public à la concurrence** : dès lors qu'un pouvoir adjudicateur, ou qu'une entité adjudicatrice, envisagent de passer un marché de travaux par procédure ouverte, restreinte ou même négociée, ils sont tenus de faire connaître leur intention au moyen d'un avis publié au JOUE.

■ **Avis de qualification** : c'est une particularité de la directive « secteurs spéciaux ». Alors que la directive « Marchés publics » ne l'envisage pas, la directive « secteurs spéciaux » prévoit (articles 41, 51 et 53) la possibilité pour les entités adjudicatrices d'établir et de gérer un système de qualification des entrepreneurs qui soit fondé sur des critères objectifs. Ce système de qualification doit faire l'objet d'un avis publié au JOUE, indiquant le but du système de qualification et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent. La publication est à renouveler chaque année lorsque le système est prévu pour durer plus de 3 ans. Ce système permet la constitution de listes d'entreprises qualifiées, pratique que connaissent certains États de l'Union européenne (notamment Belgique, Italie, Espagne).

■ **Avis d'attribution** : selon l'article 35 de la directive « Marchés publics » les pouvoirs adjudicateurs qui ont passé un marché doivent en faire connaître le résultat au moyen d'un avis qui doit être envoyé, au plus tard, 48 jours après la passation du marché en question, aux fins de sa publication au JOUE. Toutefois, et cet aspect est renforcé dans la directive « secteurs spéciaux » qui prévoit à cet égard un délai de deux mois (article 43), certaines informations sur la passation du marché peuvent ne pas être publiées lorsqu'elles ont un caractère commercial sensible ou qu'elles pourraient nuire à une concurrence loyale entre entrepreneurs.

■ **Standardisation des avis** : afin d'améliorer la transparence dans les procédures de passation de marchés publics et de prévenir toute distorsion de la concurrence, un règlement européen, entré en vigueur en décembre 2003, oblige les pouvoirs et entités adjudicateurs à utiliser le vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV (*Common procurement vocabulary*)). Il s'agit ici de décrire précisément l'objet des marchés projetés de manière à ce que toutes les informations utiles soient suffisantes pour permettre aux candidats potentiels d'apprécier si les marchés proposés les intéressent. Le but du CPV est d'aboutir à une nomenclature harmonisée et unique pour tous les marchés publics passés dans l'Union européenne. Le vocabulaire applicable pour les marchés publics de travaux est reproduit ci-après (cf. [Doc. C 75], § 3).

En outre, le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005, établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, impose à tous les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices des États-membres d'utiliser des formulaires d'avis de marchés normalisés.

■ **Procédure électronique** : tous les avis prévus par les directives peuvent être préparés et envoyés par voie électronique : le format et les modalités de transmission des avis par voie électronique sont accessibles à l'adresse internet : « <http://simap.eu.int> ».

1.2.3 Mise en concurrence

■ **Critères de sélection qualitative** : la directive « Marchés publics » consacre à cette question toute une section (articles 45 à 52), la directive « secteurs spéciaux » réservant aux entités adjudicatrices la possibilité d'établir et de gérer un système de qualification d'entrepreneurs (§ 1.2.2). Sont ici appréciées la régularité de la

situation des candidats au regard de leurs obligations fiscales et sociales dans leur pays d'origine et dans le pays du pouvoir adjudicateur, leur qualification professionnelle et leurs capacités techniques, ainsi que la capacité financière et économique à mener à bien le marché. Toutes justifications peuvent être demandées à cet égard par le pouvoir adjudicateur, ce dernier devant néanmoins préciser, dans l'avis d'appel public à la concurrence, les références de travaux exécutés, la nature des effectifs ou l'identification du matériel qui sera mis en place sur le chantier.

■ **Modalités pratiques de contrôle des obligations fiscales et sociales des candidats établis dans l'Union européenne** : afin de permettre d'apprécier la régularité de la situation fiscale et sociale des candidats étrangers à des marchés publics, les services de la Commission européenne ont réuni le maximum d'informations nécessaires fournies, à sa demande, par les États membres de l'Union européenne. Les données sur les certificats demandés et les autorités de délivrance sont disponibles à l'adresse Internet suivante : http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/2004_18/index_fr.htm.

■ **Critères d'attribution du marché** : la directive « Marchés publics » (article 53) et la directive « secteurs spéciaux » (article 55) adoptent les mêmes principes : les marchés sont attribués, soit au soumissionnaire qui a offert le prix le plus bas, soit à celui qui a fait l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ce dernier cas, les pouvoirs et entités adjudicateurs doivent mentionner dans l'avis d'appel public à la concurrence la pondération relative conférée à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Parmi ces critères, on retrouve souvent le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la valeur technique, l'engagement en matière de service après vente, et l'assistance technique.

Les pouvoirs et entités adjudicateurs peuvent prendre en considération des justifications fondées sur des critères objectifs tenant à l'économie du procédé de construction, aux solutions techniques choisies, aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, ou encore à l'originalité de l'ouvrage qu'il propose.

1.2.4 Règles de passation

■ **Principes directeurs** : la directive « Marchés publics » (article 9) et la directive « secteurs spéciaux » (article 17) sont très fermes en ce qu'elles prévoient toutes deux que les pouvoirs et entités adjudicateurs ne peuvent pas scinder les marchés pour se soustraire à l'application des seuils de mise en concurrence européenne (5 150 000 €).

Alors que la directive « Marchés publics » pose, comme principe de base, que les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés en recourant, soit à la procédure ouverte, soit à la procédure restreinte (article 28), la directive « secteurs spéciaux » laisse aux entités adjudicatrices la liberté du choix de la procédure de passation, pour autant qu'une mise en concurrence soit effectuée (article 40).

■ **Procédures ouvertes** : ce sont les procédures dans lesquelles tout entrepreneur intéressé peut présenter une offre. Le délai de réception des offres, fixé par les pouvoirs et entités adjudicateurs, ne peut être inférieur, selon les deux directives, à 52 jours, à compter de la date d'envoi de l'avis à la publication. Il peut être réduit à 36 jours si les pouvoirs ou entités adjudicateurs ont publié un avis de préinformation (§ 1.2.2).

■ **Procédures restreintes** : ce sont les procédures dans lesquelles seuls les entrepreneurs invités par les pouvoirs ou entités adjudicateurs peuvent présenter une offre. La directive « Marchés publics » (article 44) précise à cet égard que, en dehors des critères de sélection qualitative (§ 1.2.3), le choix, par les pouvoirs adjudicateurs, d'une procédure restreinte peut se fonder sur l'exigence de niveaux minimaux de capacités auxquels les candidats doivent satisfaire, ces niveaux devant être « liés et proportionnés à l'objet

du marché ». Une fourchette, à l'intérieur de laquelle se situera le nombre des entreprises invitées à participer à l'appel d'offres, peut être fixée par le pouvoir adjudicateur dans l'avis d'appel public à la concurrence : le minimum de candidats sélectionnés doit être de 5 et, le cas échéant, le maximum devra être mentionné dans l'avis de marché. De toute façon, le nombre de candidats admis à soumissionner doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Le délai de réception des demandes de participation doit être au moins de 37 jours (directive « *Marchés publics* »), en règle générale de 5 semaines, sans pouvoir être inférieur à 22 jours (directive « *secteurs spéciaux* »), à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel de candidatures. Ensuite, le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 40 jours (directive « *Marchés publics* »), en règle générale d'au moins 3 semaines, sans pouvoir être inférieur à 10 jours (directive « *secteurs spéciaux* »), à compter de la date de l'invitation à présenter une offre.

Comme pour les procédures ouvertes, la directive « *Marchés publics* » prévoit que le délai de réception des offres peut être réduit de 40 à 26 jours si les pouvoirs adjudicateurs ont publié un avis de préinformation (§ 1.2.2). Enfin, dans les cas où l'urgence rend impraticable le respect de ces délais, les pouvoirs adjudicateurs peuvent les réduire : à 15 jours pour la réception des demandes de participation, et à 10 jours pour la réception des offres (directive « *Marchés publics* », article 38).

■ **Procédures négociées** : ce sont les procédures dans lesquelles les pouvoirs et entités adjudicateurs consultent les entreprises de leur choix et négocient les conditions du marché avec une ou plusieurs d'entre elles.

La directive « *Marchés publics* » régit restrictivement ce type de procédure, tandis que la directive « *secteurs spéciaux* » est en la matière plus libérale, pourvu qu'une mise en concurrence réelle ait été effectuée. Il peut être ainsi recouru à la procédure de marchés négociés :

- avec publication d'un avis de marché (directive « *Marchés publics* », article 30) : en cas de procédure ouverte ou restreinte qui s'est avérée infructueuse, ou bien pour des travaux de recherche ou d'expérimentation, ou encore à titre exceptionnel lorsqu'il s'agit de travaux dont la nature ou les aléas ne permettent pas une estimation facile des prix. Dans tous ces cas, le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à 3 (article 44.3 de la directive « *Marchés publics* ») ;

- sans publication préalable d'un avis de marché (directive « *Marchés publics* », article 31) ou sans mise en concurrence préalable (directive « *secteurs spéciaux* », article 40.3) : pour des travaux dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques, ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé ; en cas d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et non imputables aux pouvoirs ou entités adjudicateurs ; pour des travaux complémentaires qui ne figuraient pas dans le projet initial, mais qui sont devenus techniquement nécessaires (leur montant cumulé ne devant toutefois pas dépasser 50 % du marché principal, selon la directive « *Marchés publics* ») ; enfin, pour des travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base ayant fait l'objet d'un premier marché passé après mise en concurrence.

■ **Dialogue compétitif** : cette procédure est réservée aux marchés « particulièrement complexes », dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs doivent faire connaître leurs besoins et leurs exigences. À charge, pour les candidats sélectionnés, dans le cadre du dialogue ainsi ouvert, d'identifier et de définir les moyens propres à satisfaire ces besoins (art. 29 de la directive « *Marchés publics* »).

1.2.5 Recours possibles

■ La directive « *Marchés publics* » et la directive « *secteurs spéciaux* » ne comportent pas de dispositions particulières permettant d'en garantir l'application effective. Aussi, ce sont deux

directives spécifiques aux procédures de recours en matière de passation des marchés publics qui ont été adoptées :

- la directive n° 89/665 du 21 décembre 1989 (« *secteurs classiques* ») englobant les marchés de fournitures et de travaux, en général) ;

- la directive n° 92/13 du 25 février 1992 (« *secteurs spéciaux* » de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications).

L'objectif commun de ces deux directives « *Recours* » est la mise en place de moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation des règles de passation des marchés publics, afin que l'ouverture de ces marchés à la concurrence communautaire bénéficie du maximum de garanties de transparence et de non-discrimination.

Les deux directives visent essentiellement à imposer aux États membres d'assurer des moyens de recours administratifs ou judiciaires dans leur droit interne pour les candidats aux marchés publics s'estimant victimes d'une violation des règles de publicité et de mise en concurrence.

Mais, l'originalité des deux directives réside dans le rôle dévolu à la Commission européenne.

■ La Commission européenne, composée de membres choisis en raison de leur compétence par les différents États membres, est tenue de veiller à ce que les États membres respectent et exécutent les obligations découlant de la législation communautaire en prenant en considération, non seulement la lettre des directives, mais également les objectifs qui y sont visés. C'est donc en sa qualité de gardienne du traité que la Commission européenne s'est vue reconnaître par les deux directives « *Recours* » un rôle d'intervention auprès des autorités compétentes de l'État membre, et du pouvoir ou de l'entité adjudicateur concerné, afin que des mesures appropriées soient prises pour corriger d'éventuelles violations des règles applicables en matière de passation des marchés publics, à condition que cette violation soit « *claire et manifeste* ».

L'article 3 de la directive « *Recours secteurs classiques* » et l'article 8 de la directive « *Recours secteurs spéciaux* » prévoient, de la même manière, que la procédure commence par une notification de la Commission à l'État membre, exposant les raisons qui l'amènent à conclure qu'une violation claire et manifeste a été commise et demandant à ce que celle-ci soit corrigée. Il appartient ensuite à l'État membre de s'expliquer sur les suites qu'il compte donner à cette notification.

Il s'est toutefois avéré que, sur certains points, les directives en vigueur sur les procédures de recours laissent encore à désirer :

- absence de procédures de recours efficaces contre les marchés publics passés illégalement de gré à gré, c'est-à-dire les marchés attribués sans transparence, ni mise en concurrence à un soumissionnaire unique ;

- conclusion rapide des marchés publics (phénomène de la « course à la signature ») qui prive les entreprises de la possibilité d'engager des recours efficaces.

■ C'est la raison pour laquelle une nouvelle directive révisant les règles communautaires relatives aux procédures de recours en matière de passation de marchés publics a été adoptée le 11 décembre 2007.

Conformément à la directive n° 2007/66 du 11 décembre 2007, les pouvoirs adjudicateurs devront attendre au moins 10 jours avant de décider qui a emporté le marché, donc avant que celui-ci ne puisse être effectivement conclu. Ce délai suspensif est destiné à donner aux soumissionnaires le temps d'examiner la décision, et d'évaluer s'il y a lieu d'engager un recours.

Lorsque ce délai n'est pas respecté, la directive oblige les tribunaux nationaux à annuler, dans certaines conditions, un marché conclu en le déclarant « sans effet ».

La directive cherche également à combattre l'attribution illégale de marchés publics de gré à gré, qui constitue l'infraction la plus grave au droit communautaire sur les marchés publics. Les tribunaux nationaux seront également habilités à rendre ces marchés sans effet s'ils ont été attribués illégalement, sans transparence, et en l'absence de toute procédure de mise en concurrence préalable. Dans ces cas, le marché devra faire l'objet d'un nouvel appel d'offres dans le respect des règles applicables. Les tribunaux nationaux ne pourront décider le maintien de ces marchés que s'il est demandé pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Dans ce cas, des sanctions substitutives effectives, proportionnées et dissuasives, devront être appliquées et peuvent comporter le raccourcissement de la durée du marché et l'imposition d'amendes au pouvoir adjudicateur.

La directive publiée au Journal officiel de l'UE du 20 décembre 2007 est applicable à compter du 20 décembre 2009, les États membres de l'UE auront alors 24 mois pour la transposer dans leur droit national.

2. Transposition de ces règles européennes en droit français

En matière de marchés de travaux, toutes les directives européennes ont été transposées en droit français : l'édifice législatif et réglementaire est relativement complexe, les pouvoirs publics ayant procédé de manière plus analytique que synthétique.

2.1 Secteur général : travaux de bâtiment et de génie civil

La directive « *Marchés publics* » a été transposée en droit français par différents textes.

■ **Tout d'abord dans le code des marchés publics** dont la version actuellement en vigueur résulte du décret du 1^{er} août 2006. Sont ici visés les marchés de travaux passés par l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics administratifs.

■ Ensuite, dans une **ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005** et dans son décret d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005. Sont concernés ici les marchés du « *secteur para-public* », dont la caractéristique commune est d'être subventionnés directement, à plus de 50 %, par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à l'ordonnance (par exemple, des organismes de droit privé « *créés pour satisfaire des besoins d'intérêt général* » et « *financés majoritairement* » par la puissance publique) et qui concernent des activités de génie civil ou ont pour objet de réaliser, de concevoir et réaliser, ou de faire réaliser, tous travaux de bâtiment relatifs à des établissements de santé, des équipements sportifs, récréatifs ou de loisir, des bâtiments scolaires ou universitaires, ou des bâtiments à usage administratif (art. 3 et 35 de l'ordonnance du 6 juin 2005).

■ Quant aux **recours**, ils sont organisés essentiellement en France par les **articles L.551-1 et L.551-2** du code de justice administrative et l'article 24 de l'**ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005**.

2.2 Secteurs spéciaux : travaux spécifiques (eau, énergie, transports et services postaux)

Le schéma qu'ont suivi les pouvoirs publics français est ici le même : les mesures de transposition figurent dans trois textes distincts.

■ Dans la **deuxième partie** (articles 134 à 175) du **code des marchés publics** (marchés passés par l'État et ses établissements publics et administratifs, ainsi que par les collectivités territoriales et leurs établissements publics, lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux).

■ Dans le chapitre III de l'**ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005** et dans son **décret d'application n° 2005-1308 du 20 octobre 2005**. Sont ici visés les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs financés majoritairement et contrôlés par des personnes publiques, ainsi que les entreprises publiques, lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux dans les secteurs précités.

■ Enfin, les recours font l'objet de l'article 33 de l'**ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005**.

3. Extension des perspectives

3.1 Accord sur l'espace économique européen (EEE)

L'accord sur l'espace économique européen (EEE), signé le 2 mai 1992, et son protocole d'adaptation du 17 mars 1993 lient les 27 États membres de l'UE d'une part, l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège, d'autre part (tableau 1).

L'ensemble ainsi formé est, en quelque sorte, une « Europe du deuxième cercle » dans laquelle les trois États, qui ont adhéré à l'EEE aux côtés de l'UE, ont accepté de mettre leurs législations en conformité avec le droit communautaire, puisque l'accord sur l'EEE rend applicable aux pays signataires la plupart des règlements et directives adoptés par les institutions communautaires dans les domaines qu'il vise.

S'agissant des marchés publics, l'annexe XVI de l'accord sur l'EEE oblige les États adhérents à se conformer aux directives européennes et fournit des informations sur les pouvoirs adjudicateurs de droit public dans les secteurs du bâtiment et du génie civil, et sur les entités adjudicatrices dans les secteurs spéciaux de ces pays.

3.2 Accord sur les marchés publics (AMP) de l'organisation mondiale du commerce (OMC)

L'accord sur les marchés publics (AMP), signé le 15 avril 1994 (compris dans l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce (OMC), est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996. Outre l'Union européenne (et également la Norvège, le Liechtenstein et la Suisse), les États-Unis, le Canada, le Japon, Israël et la Corée du Sud comptent parmi les pays signataires.

Entrent dans le champ d'application de l'AMP les marchés publics de travaux dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse 5 millions de *droits de tirage spéciaux* (DTS), soit environ 7 millions de dollars.

Le but de l'AMP est que les entrepreneurs étrangers bénéficient, lors de la passation des marchés publics, d'un traitement équivalent à celui accordé aux entrepreneurs nationaux.

Pour faire en sorte que ce principe fondamental soit respecté et que les entrepreneurs et fournisseurs étrangers bénéficient de mêmes conditions de concurrence, l'accord régit, de manière détaillée, les procédures d'adjudication, le recours à des spécifications techniques dans les appels d'offres, les conditions de qualification des candidats admis à soumissionner, la publication des avis d'appels d'offres, les délais de soumission et de livraison, le contenu de la documentation relative à l'appel d'offres qui est

remise aux candidats, le dépôt, la réception et l'ouverture des soumissions, l'attribution des marchés et la communication des renseignements après l'attribution du marché.

L'AMP a été incorporé au droit communautaire des marchés publics de travaux par l'article 5 de la directive « *Marchés publics* » aux termes duquel « *lors de la passation de marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs, les États membres appliquent dans leurs relations des conditions aussi favorables que celles qu'ils réservent aux opérateurs économiques des pays tiers en application de l'Accord sur les marchés publics* ».

La directive « *secteurs spéciaux* » va dans le même sens, son article 12 étant rédigé de manière similaire.

4. Règles d'exécution : éléments de droit comparé dans les principaux pays de l'Union européenne

Il n'est pas question, dans le cadre de ce dossier, de décrire en détail les réglementations nationales concernant l'exécution des marchés publics dans les États membres de l'Union européenne. Elles sont, d'une part, difficiles d'accès en langue française, d'autre part, guère disponibles dans les ambassades des pays concernés.

Elles sont, en outre, évolutives en raison de l'absence de directive européenne en la matière.

Il faut savoir que l'État dont le droit est le plus proche du droit français, la Belgique, a renouvelé sa réglementation en la matière par un arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, et comportant en annexe un cahier général des charges très élaboré.

L'Allemagne dispose du VOB/B – *Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen* (clauses contractuelles générales pour l'exécution des marchés de travaux de bâtiment et de génie civil). Les Pays-Bas ont leurs conditions administratives uniformes (*Uniforme Administratieve Voorwaarden* (UAV)). L'Espagne, l'Italie, le Portugal et le Luxembourg ont édicté des cahiers des charges nationaux.

Les thèmes abordés recouvrent traditionnellement les questions suivantes : exécution et réception des travaux, délais et pénalités de retard, changements et modifications apportés au marché, conditions de règlement des travaux, carence ou défaillance de l'une des parties, mesures coercitives et conditions de résiliation du marché, règlement des litiges.

Logiquement, l'exercice d'une concurrence ouverte et non discriminatoire devrait conduire les organes dirigeants de l'Union européenne à mettre en œuvre une deuxième génération de directives applicables en matière de marchés publics, visant à uniformiser les règles d'exécution des marchés (par exemple, par l'élaboration de cahiers des charges types).