



UCL Université catholique de Louvain
Faculté de droit et de criminologie

La concurrence dans les marchés publics

Au regard des principes généraux d'égalité de traitement et de
transparence

Mémoire réalisé par :

Elsa Wauters

Promoteur :

Kris Wauters

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Je tiens tout d'abord à remercier mon promoteur, Monsieur Kris Wauters, pour son aide précieuse, sans laquelle ce mémoire n'aurait jamais vu le jour. Je tiens également à remercier l'ensemble des professeurs que j'ai eu la chance d'avoir pendant mes études.

Je veux également remercier mon frère ma mère, Umut Yüksel, Olivier Mitri, Catherine Wouters, Miguel Iglesias Lopez ainsi que tous ceux qui, de près ou de loin, ont apporté leur aide à l'élaboration de ce mémoire.

Introduction

Le droit européen des marchés publics s'élabore autour de divers instruments dont la portée juridique varie selon la norme qui viendra s'imposer aux pouvoirs adjudicateurs désirant procéder à la passation d'un marché public. Si le droit primaire contient en son sein les libertés fondamentales qui visent à empêcher les restrictions au marché intérieur, ces libertés n'ont pour effet que d'imposer des obligations négatives à la charge des pouvoirs adjudicateurs. Par conséquent, l'édiction de normes de droit dérivé s'avère essentielle afin que la passation des marchés publics soit encadrée par des obligations positives, propices à imposer des standards de comportements aux pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils procèdent à la passation des marchés publics. C'est pourquoi, à côté du droit primaire, viennent se loger les Directives régissant la passation des marchés publics.

Cependant, les directives régissant la passation des marchés publics présentent une limite au niveau de leur champ d'application. En effet, celles-ci ne sont pas vouées à s'appliquer à l'ensemble des contrats passés par un pouvoir adjudicateur. Il en va ainsi des concessions de services publics, des contrats dont le montant n'atteint pas les seuils européens, des services non-prioritaires et de nombreuses autres exceptions. Dès lors, seules les obligations contenues dans le droit primaire, et plus particulièrement les libertés fondamentales, seront aptes à régir la passation de ces contrats. Au regard de la portée des normes de droit primaire, on peut dès lors affirmer qu'un vide juridique existe, inapte à faire peser des obligations positives à charge des pouvoirs adjudicateurs lors de la passation des contrats exclus du champ d'application du droit dérivé (Chapitre I).

Or, l'exclusion de ces contrats n'implique pas nécessairement que leur passation ne présente aucune influence sur les forces du marché présentes au sein de l'Union. Au contraire, ils sont souvent l'objet d'enjeux économiques importants dépassant le cadre strictement national, et les convoitises pour leur acquisition soulèvent des interrogations face à cette absence d'encadrement européen car les politiques nationales et européennes relatives aux marchés publics ne tendent bien souvent pas vers les mêmes objectifs. Alors que les États membres ont tendance à privilégier leurs entreprises afin de promouvoir l'économie nationale,

l'Union européenne entend faire tomber les frontières et augmenter l'intégration au sein du marché intérieur en favorisant la circulation des marchandises et des services.

La *transparence*, l'*égalité de traitement* et la *concurrence* constituent la clef de voûte sur laquelle repose le droit des marchés publics. C'est précisément dans cette optique que l'on a pu observer un mouvement de la Cour de Justice visant à encadrer la mise en concurrence des contrats non soumis au champ d'application du droit dérivé, allant de pair avec la préoccupation constante de la Commission européenne d'éliminer toute entrave au sein du marché intérieur. La Cour édicta des principes généraux découlant directement du Traité et aptes à faire naître des obligations positives, similaires à celles contenues sous le droit dérivé. Faut-il dès lors conclure à une convergence parfaite en ce qui concerne la mise en concurrence des contrats et marchés publics ?

En dernier lieu, le choix du candidat ou de l'offre économiquement la plus avantageuse par le pouvoir adjudicateur, effectué dans le respect des principes généraux, est crucial pour garantir des conditions d'exercice saines d'un droit voué à se développer de façon cohérente au sein de la société. Il n'est cependant pas simple pour le pouvoir adjudicateur de concilier le respect de ces impératifs et la fonction naturellement économique de son activité. Dans quelle mesure son pouvoir discrétionnaire sera-t-il mis à l'épreuve par le Traité et les principes généraux d'égalité de traitement et de transparence en découlant ? Les obligations contenues sous le droit dérivé relatives aux phases de sélection qualitative et d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse seront analysées, afin d'observer si ces dispositions peuvent également imposer une obligation de conduite vis-à-vis des pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils procèdent à la passation des contrats exclus du champ d'application des directives. (Chapitre II)

Chapitre 1. Objectifs et portée de la législation européenne en matière de marchés publics

La portée du droit européen des marchés publics peut être appréhendée par les objectifs qui ont sous-tendu son élaboration. Ce chapitre établira premièrement le cadre juridique régissant actuellement la passation des marchés publics au niveau européen et abordera ensuite de façon non exhaustive le champ d'application du droit dérivé des marchés publics.

Section 1. La politique de l'Union européenne en matière de marché public

Fruit d'une longue évolution, le droit dérivé des marchés publics concrétise sur le plan juridique des politiques diverses vouées à la réalisation du marché intérieur¹ afin d'encadrer l'action des pouvoirs adjudicateurs dans la passation de leurs marchés publics.

§ 1. Mise en contexte : la place des marchés publics dans l'économie

Au niveau mondial, une partie conséquente des flux commerciaux est constituée par les marchés publics et pas moins de 17 % du PIB européen résulte des produits et services achetés par les pouvoirs publics². Les marchés publics, qu'ils visent l'acquisition de biens ou de services, servent traditionnellement d'instrument aux gouvernements pour subvenir à leurs missions et pourvoir divers services d'utilité publique, essentiels pour la société³. À cette fin,

¹ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 48-75.

² Document de travail des services de la Commission du 21 mars 2012, « résumé de l'analyse d'impact commission européenne, proposition de règlement du parlement européen et du conseil établissant des règles pour l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'union européenne, ainsi que des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'union européenne aux marchés publics des pays tiers », Bruxelles, SWD (2012) 58 final, p. 3 : Au total, le chiffre d'affaires des entreprises actives sur ces marchés pourrait dépasser 25 % du PIB de l'UE et représenter 31 millions d'emplois.

³ F. WEISS, *Public Procurement in European Community Law*, London, The Athlone Press, 1993, p.1 et 6; A.-L. DURVIAUX, « Les pouvoirs locaux et le droit dérivé des marchés publics: la théorie de l'in house », in *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen*, journée d'études organisée par l'AFSCA (Association francophone des sciences administratives), à Namur, Kluwer, 2008, p. 37.

les pouvoirs publics sont libres d'organiser eux-mêmes la mise en place de ces services ou de déléguer leur gestion à des entreprises privées⁴.

De plus, les pouvoirs adjudicateurs doivent agir dans les limites des missions qui leur sont imparties lorsqu'ils dépensent les deniers publics. Il s'agit en effet de prévenir les déviances liées à la corruption du secteur public⁵. L'allocation des ressources financières de l'État doit donc se faire de façon objective, honnête et efficace⁶ afin que les buts visés par l'harmonisation européenne participent à la réalisation du marché intérieur, suppriment les entraves aux échanges commerciaux et préservent l'égalité au sein de l'ordre concurrentiel⁷. Les marchés publics constituent dès lors un moyen de faire tomber les remparts qu'érigent les États membres contre les échanges économiques au sein du marché intérieur⁸, en évitant qu'ils ne favorisent systématiquement leurs « champions nationaux »⁹.

Cependant, des intérêts antagonistes peuvent voir le jour lors de la passation des marchés publics, dans la mesure où l'intérêt général vient se heurter à la démarche de maximisation des profits inhérente à toute transaction commerciale¹⁰.

⁴ A.-L. DURVIAUX, « Les pouvoirs locaux et le droit dérivé des marchés publics: la théorie de l'in house », *Ibidem.* ; Concession de services publics, gestion déléguée des services publics.

⁵ A. L. DURVIAUX et F. NAVEZ. «Cahier n°13 - Marchés publics et paradigme concurrentiel : état du droit», Cahiers de Sciences politiques de l'ULg, disponible sur : <http://popups.ulg.ac.be/csp/document.php>, p. 1.

⁶ D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *R.G.D.*, 2006, p. 804 ; Conclusion de l'Avocat Général Jacobs présentées le 10 mai 2001 sur C.J.C.E., 18 octobre 2001 (SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo), aff. C-19/00, *Rec.*, p. I-07725, point 33.

⁷ Communication de la Commission du 15 novembre 2005, « Les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions », COM (2005) 569 final, p. 3 ; « Le droit communautaire des marchés publics et des concessions vise essentiellement à créer un marché intérieur qui garantisse la libre circulation des biens et des services ainsi que le droit d'établissement et les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et du rapport qualité/prix obtenu lorsque des pouvoirs publics achètent des produits ou confient des travaux ou des services à des tiers ».

⁸ A. BRABANT, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et outre-mer*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 22 ; C. H. BOVIS, « Public procurement in the UE: Jurisprudence and conceptual direction », *C.M.L.R.*, 49, 2012, p. 247 à 249 ; A. MATTERA, « Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des États », *RMUE*, 3/1993, pp. 5-7.

⁹ E. VAN NUFFEL, « Atteintes à la concurrence dans les contrats publics : Le droit de la concurrence est-il soluble dans le droit des marchés publics ou en émulsion ? », *Ent. et Drt.*, 2011, p. 25 ; C. H. BOVIS, *UE public procurement law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, p. 5.

¹⁰ D. BATSELÉ, P. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 2 ; F. NEUMAYR, « Value for money v. equal treatment: the relationship between the seemingly overriding national rationale for regulating public procurement and the fundamental E.C. principle of equal treatment », *P.P.L.R.*, 2002, 4, p. 215 et s ; E. CLERC, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*,

§ 2. Nature des obligations pesant sur les pouvoirs adjudicateurs

Le poids économique des marchés publics couplé à la nécessité de préserver l'ordre concurrentiel appelle à un encadrement normatif européen de la matière. Les obligations propices à régir leur passation peuvent se regrouper en deux catégories, selon les effets positifs ou négatifs qu'elles édictent à l'encontre des pouvoirs adjudicateurs.

A. Obligations négatives pesant sur les pouvoirs adjudicateurs

Bien que le Traité ne contienne pas de dispositions visant expressément les marchés publics, ces derniers ne sont pourtant pas soustraits aux finalités visées par l'Union européenne. Par conséquent, un certain nombre de règles et de principes émanant du droit primaire leur sont applicables, et plus particulièrement les libertés fondamentales¹¹. Ces règles et principes, pour lesquels l'effet direct est reconnu, sont voués à s'appliquer à l'ensemble des marchés et contrats publics, indépendamment du fait qu'ils soient régis de façon complémentaire par le droit dérivé¹².

C'est donc sous l'angle des dispositions relatives à l'interdiction des discriminations en fonction de la nationalité¹³, des libertés fondamentales de libre circulation des marchandises¹⁴ et des travailleurs¹⁵, du droit d'établissement¹⁶, de la libre prestation des services¹⁷ mais aussi

étude comparée des solutions au titre de l'accord OMC sur les marchés publics, du droit communautaire et des nouvelles réglementations suisses, Fribourg, éd. Universitaires, 1997, p. 29.

¹¹ P. BRAUN, « A matter of principle(s) – the treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives », *P.P.L.R.*, 2000, 1, p. 40 et 41; A.-L. DURVIAUX, *Les marchés publics dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (1995-2000)*, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 2 ; S. ARROWSMITH, « Public Procurement as an Instrument of Policy and the Impact of Market Liberalisation », *L. Q. R.*, 235, 1995, pp. 249-251.

¹² A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 387 et s.; S. ARROWSMITH, *The law of Public and Utilities Procurement*, London, pp. 77-100 ; G. VANDERSANDEN, « Examen de jurisprudence (deuxième partie) des Communautés européennes », *R.C.J.B.*, 2000, 3e trimestre, pp. 559 et 630.

¹³ Art. 12 § 1 TFUE; C.J.C.E., 13 décembre 1984 (Eberhard Haug-Adrion c/ Frankfurter Versicherungs-AG), C-251/83, *Rec.*, p. I- 925.

¹⁴ Article 34 TFUE ; C.J.C.E., 11 juillet 1974 (Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville), aff. 8/74, *Rec.*, p. 00837 ; C.J.C.E., 20 mars 1990 (Du Pont de Nemours Italia Spa c/ Unità Sanitaria Locale n° 2 di Carrara (USL)), aff. C-21/88, *Rec.*, p. I-889.

¹⁵ Article 45 TFUE ; CJCE, 22 juin 1993 (Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Danemark), aff. C-243/89, *Rec.*, p. I-3353.

¹⁶ Article 49 TFUE.

celles visant l'interdiction des aides d'États¹⁸ que la passation des marchés publics se verra apporter des contraintes émanant du droit primaire européen¹⁹, à l'exception toutefois des limites prévues à l'application des libertés fondamentales²⁰.

Un désavantage majeur s'attache cependant à ces dispositions, car elles sont inaptes à imposer aux pouvoirs adjudicateurs la mise en œuvre d'obligations positives. Le Traité ne contient en effet que des interdictions visant à prohiber les restrictions au marché intérieur²¹, le législateur européen façonna par conséquent un droit dérivé voué à s'appliquer en sus du droit primaire lors de la passation des marchés publics²².

B. Obligations positives pesant sur les pouvoirs adjudicateurs

Outre les obligations découlant du Traité, les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE²³ ont pour objectif principal d'assurer la mise en œuvre des libertés fondamentales lors de la passation des marchés publics²⁴ et d'instaurer un degré de concurrence réparateur des inégalités inhérentes à la nature des parties contractantes. Le législateur européen suspecte en

¹⁷ Article 56 TFUE ; C.J.C.E., 10 février 1982 (S.A. Transporoute et travaux c/ Ministère des travaux publics), aff. C-76/81, *Rec.*, p. 417.

¹⁸ Article 107 TFUE.

¹⁹ N. MICHEL, *Les marchés publics dans la jurisprudence européenne. Exposé systématique des arrêts et ordonnances de la Cour de justice des communautés européennes*, Fribourg, éd. Universitaires, 1995, p. 2 et s ; pour de plus amples détails sur ces principes voy. M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

²⁰ Articles 30, 45 et 46, voy arrêt *Systèmes informatiques* par l'État italien au motif que les activités inhérentes au fonctionnement des systèmes informatiques en cause participaient, de par leur caractère confidentiel, à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 55 du TCEE et rejetée par la Cour en raison du caractère technique des prestations visées, et « partant étrangères à l'exercice de l'autorité publique ».

²¹ K. WAUTERS et J. GHYSELS, « De transparantieplicht bij de gunning van overheidsvereenkomsten in de rechtspraak van het Hof van Justitie, met rechtsvergelijkende annotaties », *R. W.*, 2008-09, p. 387 ; E. CLERC, *op. cit.*, p. 33.

²² D. BATSELÉ, P. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p. 4 ; S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, *Social and environmental policies in EC procurement law, New Directives and New Directions*, Cambridge, Cambridge university press, 2009, p. 57.

²³ Directive n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, J.O.U.E., L 134, 30 avril 2004, p. 114-240 et Directive n° 2004/17/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, J.O.U.E., L 134, 30 avril 2004, p. 1-113, ci-après Directives 2004/18/CE et Directives 2004/17/CE.

²⁴ Deuxième considérant de la directive 2004/18/CE ; C.J.C.E., 18 octobre 2001 (*SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo*), aff C-19/00, *Rec.*, p. I-07725, point 32 ; C.J.C.E., 3 octobre 2000 (*The Queen c/ H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*), aff. C-380/98, *Rec.*, p. I-8035, point 16.

effet les pouvoirs publics d'être susceptibles d'émettre une influence lors de la passation des marchés publics et ne pas baser leur choix sur une démarche purement économique²⁵.

Ce manque d'impartialité rompt le jeu de la concurrence effective au sein du marché intérieur, étant donné les incitations au patriotisme économique national ou local sur lesquels cette situation peut déboucher²⁶. La Cour a en effet affirmé que « l'objectif des directives est d'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 financé ou contrôlé par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques »²⁷.

Génératrices d'obligations positives envers les pouvoirs adjudicateurs²⁸, les directives prévoient des dispositions spécifiques prévoyant notamment l'instauration de standards de publicité afin de répondre aux exigences de transparence²⁹, et des dispositions encadrant le déroulement de la procédure de passation des marchés publics en ce qui concerne l'établissement des critères de sélection qualitative et l'attribution du marché³⁰.

En second lieu, l'instauration de recours effectifs *a posteriori* est un prérequis indispensable pour que l'ensemble de cette structure juridique repose sur un socle stable, c'est

²⁵ A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, op. cit., p. 196 ; Conclusions de l'Avocat général Siegert Alber du 11 juillet 2002, présentées sur C.J.C.E., 22 mai 2003 (Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa c/ Varkauden Taitotalo Oy/Korhonen e.a.), aff. C-18/01, *Rec.* p. I-05321, point 79.

²⁶ F. MOÏSES, « Le consommateur service public », in *Le nouveau marché de l'énergie, guide juridique à l'usage des distributeurs et des consommateurs*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007, p. 30 ; E. FATÔME ET A. MÉNÉMÉMIS, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *A.J.D.A.*, 2006, p. 67.

²⁷ C.J.C.E., 15 janvier 1998 (Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. c/ Strohal Rotationsdruck GesmbH), aff. C- 44/96, *Rec.*, p. I-00073, point 33; C.J.C.E., 10 novembre 1998 (Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV), aff. C- 360/96, *Rec.*, p. I-6846, points 42 et 43; C.J.C.E., 3 octobre 2000 (The Queen c/ H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge), aff. C-380/98, *Rec.*, p. I-8035.

²⁸ P. BRAUN, « A matter of principle(s) – the treatment of contracts falling outside the scope of European public procurement directives », *P.P.L.R.*, 2000, 1, p. 45.

²⁹ Chap. VI de la directive 2004/18/CE.

³⁰ Chapitre VII de la directive 2004/18/CE.

pourquoi les directives dites « recours »³¹ encadrant les voies de recours possibles en la matière furent promulguées³².

Section 2. Champ d'application des directives régissant la passation des marchés publics

La réalisation du marché intérieur est l'objectif principal consacré au sein des directives et, par conséquent, cet objectif transparaît par le biais de leur champ d'application³³. Il s'applique aux marchés et contrats publics tombant sous son champ d'application. Toutefois, la détermination de ce dernier constitue un travail conséquent tant il est difficile de l'évaluer par des concepts abstraits tout en prenant en compte le nombre d'exclusions qu'il instaure en son sein.

§ 1. Notion de marchés publics

L'article 1^{er}, 2, a), de la Directive 2004/18/CE, définit les marchés publics comme « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services »³⁴.

Un marché public est dès lors un contrat conclu à titre onéreux. Le caractère onéreux du contrat se conçoit comme « la contre-prestation à laquelle procède l'autorité concernée en raison de l'exécution des prestations qui font l'objet du contrat et dont cette autorité aura le bénéfice³⁵ ». Par conséquent, les contrats à titre gratuit ne tombent pas sous la qualification de marché public. De plus, la présence d'une contrepartie ne doit pas forcément prendre la forme d'un prix, tout au plus elle doit être évaluable économiquement³⁶. C'est la notion de

³¹ Directive 2007/66/CE du parlement européen et du conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, J.O.U.E., 20 Décembre 2000, L 335, p.31.

³² D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *op. cit.*, p. 805.

³³ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 48-75.

³⁴ Art. 1er, 2, a), de la Directive 2004/18/CE du Parlement et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

³⁵ C.J.C.E., 29 novembre 2007 (Commission des communautés européennes c/ République italienne), aff. C-119/06, *Rec.*, p. I-00168, point 47.

³⁶ D. BATSELÉ, P. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p. 4; A.-L. DURVIAUX, « Les pouvoirs locaux et le droit dérivé des marchés publics : la théorie de l'in house », *op. cit.*, p. 41-44 ; P. NIHOUL, « La notion de « marché public » : éléments transversaux et matériels », *M.C. P.*, 2011/1, p. 21.

rémunération qui permettra de distinguer les marchés publics des concessions pour lesquelles la rétribution des titulaires se fait par l'octroi de redevances perçues sur les usagers³⁷.

§ 2. Application de la réglementation

Le champ d'application du droit dérivé des marchés publics se détermine essentiellement par quatre composantes ; l'objet du marché, les parties, le montant du marché et les exceptions instaurées au sein des directives.

A. Objet du marché

L'objet du marché permet d'effectuer le rattachement aux catégories prévues par les directives régissant la passation des marchés publics, et sa détermination entraîne soit l'applicabilité du droit dérivé, soit son exclusion³⁸. Le pouvoir adjudicateur est libre de déterminer l'objet qu'il entend donner à son marché, le droit dérivé ne contient en effet aucune disposition à cet égard³⁹. Son choix sera néanmoins limité par l'existence de règles européennes ou nationales ainsi que les obligations découlant du Traité⁴⁰.

a) Marchés de travaux et de fourniture

Les marchés publics de travaux sont définis à l'article premier de la directive 2004/18/CE. Ils ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage⁴¹.

Les marchés de fournitures, quant à eux, ont pour objet l'achat, le crédit-bail ou la location-vente, avec ou sans option d'achat de produits⁴². Les fournitures ne font cependant

³⁷ P. SCHULTZ, *Eléments du droit des marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 46.

³⁸ L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Lextenso, 6^{ième} ed. 2012, p. 688 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges, l'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 25 et 26.

³⁹ A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, op. cit., p. 430.

⁴⁰ Communication de la Commission du 11 mars 1998, « Les marchés publics dans l'Union européenne », COM (98) 143 final, p. 27 : l'objet d'un marché public « ne peut pas être défini de manière à avoir pour objectif ou pour résultat de réserver l'accès au marché à des entreprises nationales au détriment de soumissionnaires d'autres États membres ».

⁴¹ Art. 1, 2 b) de la Dir. 2004/18/CE.

⁴² Art. 1, 2 c) de la Dir. 2004/18/CE.

pas l'objet d'une énumération ou d'une définition abstraite comme c'est le cas pour les marchés ou les services. Elles s'apparentent dès lors au sens commun que recouvre la notion de bien meuble⁴³.

b) Marchés de service

Les marchés de services sont définis par la directive 2004/18/CE de façon négative en ce qu'il s'agit de contrats autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services visés à l'annexe II⁴⁴.

Les directives établissent une distinction entre les services prioritaires et les services non-prioritaires⁴⁵. Celle-ci est construite au regard de la présomption selon laquelle certains contrats sont plus propices que d'autres à susciter l'intérêt d'une entreprise provenant d'un autre État membre⁴⁶. Par conséquent, il est préférable d'employer pour ces marchés la procédure d'appel d'offre afin que les entreprises présentes dans les différents États membres puissent avoir la possibilité d'accéder à l'avis de marché et de décider par la même occasion si elles désirent soumissionner⁴⁷.

Les conséquences procédurales de la qualification d'un tel service dans l'une ou l'autre catégorie sont de taille. Si les services prioritaires sont tenus de respecter l'ensemble des obligations érigées au sein des directives, les services non-prioritaires, quant à eux, ne sont tenus qu'à une obligation de publicité *ex post* et au respect des règles sur les spécifications techniques⁴⁸.

B. Parties contractantes

Un marché public suppose l'existence d'un concours de volontés distinctes entre deux personnes distinctes⁴⁹. Il suffit par conséquent que le marché « ait été conclu entre, d'une part,

⁴³ P. NIHOUL, « La notion de « marché public » : éléments transversaux et matériels », *op. cit.*, p. 26 et s.

⁴⁴ Art. 1, 2 d) de la directive 2004/18/CE.

⁴⁵ Voy. Annexe II B de la directive 2004/18/CE et XVII B de la directive 2004/17/CE.

⁴⁶ C.J.C.E., 13 novembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ Irlande), aff. C-507/03, *Rec.*, p. I-09777, point 25.

⁴⁷ P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, Bruxelles, Kluwer, 2012, p. 191.

⁴⁸ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 124 ; P. THIEL, *Ibidem*.

⁴⁹ P. NIHOUL, « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'état et les marchés publics », in P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS, *Le paraétatisme, nouveau regards sur la*

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 »⁵⁰ pour que la réglementation en matière de marché public s'applique⁵¹.

Un contrat sera dès lors premièrement qualifié de marché public lorsqu'il aura été passé par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs⁵². L'article 1^{er} paragraphe 9 de la directive 2004/18/CE englobe sous ce terme « l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public »⁵³.

Dans ses Conclusions rendues sur l'affaire Korhonen, l'Avocat Général Siegert explique que « ce qui est décisif, aux fins de savoir si une entité remplit les conditions pour être un organisme de droit public, c'est de déterminer s'il y a un risque que cette entité se laisse guider dans ses décisions d'attribution de marchés par des considérations autres qu'économiques. Si tel est le cas, la réalisation de la libre prestation de services est mise en danger, ce qui justifie l'application des directives sur les marchés publics. Dès lors qu'un organisme supporte lui-même le risque économique de son activité, il est en principe tenu de

décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes, Bruxelles, La Charte, 2010, p.183.

⁵⁰ P. NIHOUL, « La notion de « marché public » : éléments transversaux et matériels », *op. cit.*, p. 9 ; C.J.C.E., 18 novembre 1999 (Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia), aff. C-107/98, *Rec.*, p. I-8139, points 50-51; C.J.C.E., 8 mai 2003 (Royaume d'Espagne c/ Commission des Communautés européennes), aff. C- 349/97, *Rec.*, p. I- 03851, point 204; C.J.C.E., 11 janvier 2005 (Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna), aff. C- 26/03, *Rec.*, p. I- 00001, point 47; C.J.C.E., 13 janvier 2005 (Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne), aff. C- 84/03, *Rec.*, p. I- 00139, point 38; C.J.C.E., 15 octobre 2005 (Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.), aff. C- 458/03, *Rec.*, p. I- 08585, points 57 et 58 ; C.J.C.E., 11 mai 2006 (Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA), aff. C- 340/04, *Rec.*, p. I- 04137, point 33; C.J.C.E., 17 avril 2008 (Termoraggi SpA c/ Comune di Monza), aff. C- 323/07, *Rec.*, p. I- 00057, point 18; C.J.C.E., 9 juin 2009 (Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne), aff. C- 480/06, *Rec.*, p. I- 04747, point 33.

⁵¹ P. NIHOUL, « La notion de « marché public » : éléments transversaux et matériels », *op. cit.*, p. 9.

⁵² L. VOGEL, *Droit européen des affaires, Traité de droit économique*, Paris, Lawlex, 2011, p. 465.

⁵³ Art. 9, 1 de la Directive 2004/18/CE et art. 2 de la Directive 2004/17/CE.

se laisser guider par des considérations économiques et de choisir ses cocontractants en conséquence »⁵⁴.

La notion de prestataire d'un marché public, deuxièmement, reçoit une interprétation large, pour autant qu'il s'agisse d'un opérateur économique⁵⁵. Celui-ci se définit comme « toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offrent, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché »⁵⁶. Par conséquent, toute entité, en dépit de son mode de financement ou de son statut de droit privé ou public, peut être un opérateur économique et doit par conséquent respecter les obligations découlant des directives⁵⁷.

C. Montant

Les directives ne s'appliquent qu'aux contrats dont le montant est supérieur à celui des seuils⁵⁸ pour lesquels la Commission européenne s'est vue octroyer un droit de révision en vertu des articles 78 de la directive 2004/18/CE et 69 de la Directive 2004/1/CE⁵⁹. Les seuils actuellement en vigueur sont fixés en vertu du Règlement de la Commission européenne n° 1251/2011 du 30 novembre 2011 modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE⁶⁰ et s'appliquent par conséquent pour les marchés publics de travaux, fournitures et services ainsi que ceux passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, du transport et de la poste. Les

⁵⁴ Conclusion de l'Avocat général Siegert Alber présentées le 11 juillet 2002 sur C.J.C.E., 22 mai 2003 (Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa c/ Varkauden Taitotalo Oy), aff. C- 18/01, *Rec.*, p. I-05321, point 79 ; en ce sens voir C.J.C.E., 13 avril 2010 (Wall AG c/ La ville de Francfort-sur-le-Main et Frankfurter Entsorgungs – und Services (FES) GmbH), aff. C- 91/08, *Rec.*, p. I-02815, point 49 et 54 à 56.

⁵⁵ Art. 1^{er}, 2. a) de la Directive 2004/18/CE.

⁵⁶ Art. 1, 8 de la Dir 2004/18.

⁵⁷ L. VOGEL, *op. cit.*, p. 468-469 ; P. NIHOUL, « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'état et les marchés publics », *op. cit.*, p. 179 ; C.J.C.E., 7 décembre 2000 (ARGE Gewässerschutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft), aff. C- 94/99, *Rec.*, p. I-11037 ; Certains types de marchés ne sont cependant pas soumis au respect de ces obligations. Il s'agit des droits exclusifs, des opérations internes et des relations in house.

⁵⁸ Art. 7 de la directive 2004/18/CE et art. 16 de la directive. 2004/17/CE.

⁵⁹ Art. 78 de la Directive 2004/18/CE et 69 de la Directive 2004/17/CE.

⁶⁰ Règlement (CE) n°1251/2011 de la Commission du 30 novembre 2011 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés –Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *J.O.C.E.*, n° L 319 du 2 décembre 2011, pp. 43 et 44.

contrats dont les montants seraient inférieurs à ces seuils doivent être considérés comme étant de faible importance et seront dès lors exclus du champ d'application du droit dérivé⁶¹.

D. Exclusions spécifiques

La directive 2004/18/CE contient en son titre II section 3 diverses formes d'exclusions⁶². Ces exclusions portent sur les marchés régis par le droit international⁶³, les marchés dits secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité⁶⁴, les marchés dont l'objet porte sur des services spécifiques⁶⁵, les concessions de services public⁶⁶ et les marchés de services passés par un pouvoir adjudicateur auprès d'un autre pouvoir adjudicateur en vertu d'un droit exclusif⁶⁷. À ces dérogations s'ajoute également une exception d'origine prétorienne relative aux contrats *in house*.

a) Concession de service public

Les concessions de services publics sont définies par le droit dérivé de la même façon que les concessions de travaux publics, c'est-à-dire comme des « contrats présentant les mêmes caractéristiques que les marchés publics de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix »⁶⁸.

⁶¹ K. E. MÖRIC, *Les partenariats public-privé- Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 72 ; C. H. BOVIS, *UE Public Procurement Law*, *op. cit.*, p. 71.

⁶² L. DUBOIS et C. BLUMANN, *op. cit.*, p. 692 ; P. NIHOUL, « La réforme européenne des marchés publics dans les « secteurs classiques » », *J.T.D.E.*, 1/2005, p. 2.

⁶³ Art. 15 de la directive 2004/18/CE.

⁶⁴ Art. 14 de la directive 2004/18/CE ; C.J.C.E., 16 oct. 2003 (Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique), aff. C- 252/01, *Rec.*, p. I- 11859.

⁶⁵ Article 16 de la directive 2004/18/CE : services de recherche et de développement, services relatifs à l'acquisition ou à la location de biens immeubles, certains services audiovisuels dans le domaine de la radiodiffusion, services d'arbitrage et de conciliation, certains services financiers et services concernant les contrats d'emploi ; Art 13 de la Dir 2004/18/CE : Exclusions spécifiques dans le domaine des télécommunications marchés de services passés par un pouvoir adjudicateur auprès d'un autre pouvoir adjudicateur en vertu d'un droit exclusif.

⁶⁶ Article 17 de la directive 2004/18/CE.

⁶⁷ Article 18 de la directive 2004/18/CE.

⁶⁸ Article 1, 4 de la directive 2004/18/CE.

Cependant, contrairement aux concessions de travaux publics, elles sont expressément exclues du champ d'application de la directive⁶⁹. Les concessions de service public ne visent pas en effet les mêmes objectifs que les marchés publics. Leur octroi n'implique pas pour le pouvoir adjudicateur de se procurer des biens ou des services afin d'accomplir leur mission mais bien de décider souverainement du mode d'organisation qui sera attribué au service public⁷⁰.

Une concession de service public suppose l'existence d'un contrat⁷¹ passé pour l'exploitation d'un service public. De ce fait, ce contrat établit l'organisation et la façon dont le service public fonctionnera et accorde aux concessionnaires des prérogatives relatives à la gestion du service concédé et au traitement de la situation des usagers⁷². La rémunération du concessionnaire se fait généralement par l'usager, sur qui repose dès lors le poids du fonctionnement du service public. En contrepartie, le concessionnaire doit supporter les risques inhérents au fonctionnement du service public⁷³.

b) Exception in house

Une exception prétorienne à l'application de la réglementation relative aux marchés publics vit le jour dans ce que l'on désigne les relations *in house*.

Selon une formule dégagée par la Cour, tombent en dehors du champ d'application de la réglementation des marchés publics les rapports entre un pouvoir adjudicateur et une entité lorsque ce premier exerce sur celle-ci un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services et que l'entité effectue pour le compte de ses partenaires publics l'essentiel de ses

⁶⁹ Article 17 de la directive 2004/18/CE qui traduit expressément les enseignements de C.J.C.E., 30 mai 2002 (Buchhändler-Vereinigung GmbH c/ Saur Verlag GmbH & Co. KG et Die Deutsche Bibliothek), aff. C- 358/00, *Rec.*, p. I- 4685 dans lequel la Cour affirma que les concessions de services n'étaient pas régies par la directive 92/50 en vigueur à l'époque (V. BERTRAND, « La réforme européenne des marchés publics dans les « secteurs classiques », *J.D.E.*, 1/2005, p. 2).

⁷⁰ D. BATSELÉ, P. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p. 25.

⁷¹ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 205.

⁷² A.- L. DURVIAUX, *Droit administratif, Tome 1 l'action publique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 183.

⁷³ D. LINOTTE et R. ROMI, *Droit du service public*, Paris, Litec, 2007, p. 145-147 ; C.J.C.E., 11 juin 2009 (Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik c/ AOK Rheinland/Hamburg), aff. C-300/07, *Rec.*, p. I-4779, point 72; C.J.C.E., 10 mars 2011 (Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c/ Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau), aff. C-274/09, *Rec.*, p. I-01335, point 26; voy. Chr. BRECHON-MOULENES, *Concession de service public*, Paris, Dalloz, 1993.

activités⁷⁴. Cette exception s'applique aussi bien aux marchés publics régit par les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, qu'aux exclusions prévues dans leur champ d'application⁷⁵.

Pour que cette exception puisse être retenue afin de mettre en échec l'application de la réglementation en matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit exercer sur l'entité cocontractante un contrôle analogue qui se conçoit comme la possibilité d'exercer une « influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes »⁷⁶, à la condition toutefois que l'entité cocontractante exerce l'essentiel de ses activités⁷⁷ pour le pouvoir adjudicateur⁷⁸.

c) État de la Concurrence : industries de réseaux

Suite à la libéralisation des industries de réseaux, qui eut pour effet de stimuler la concurrence au sein de ces secteurs, un régime plus souple fut justifié dans le domaine des services d'utilité publique⁷⁹. Dès lors, les marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs activités visées par la directive 2004/17/CE dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux⁸⁰ sont exclus de la directive 2004/18/CE⁸¹ et un régime spécifique est établi pour eux au sein de la directive 2004/17/CE⁸².

⁷⁴ C.J.C.E., 18 novembre 1999 (Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia), aff. C-107/98, *Rec.*, p. I-8139, point 50 ; C.J.C.E., 9 juin 2009 (Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne), *op. cit.*, point 33 ; P. NIHOUL, « Les marchés publics dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2009, pp. 282 et s. ; K. WAUTERS, I. GHYSELS et J. ANTHIERENS, *Overheidsopdrachten. Rechtspraak Hof Van Justitie 2001-2007*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 48 et s.

⁷⁵ P. NIHOUL, « Les marchés publics dans l'Union européenne », *Ibidem*.

⁷⁶ C.J.C.E., 24 novembre 2005 (ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc c/ ACTV Venezia SpA), aff. C-331/04, *Rec.*, p. I-10109, point 65.

⁷⁷ C.J.C.E., 11 mai 2006 (Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA), aff. C-340/04, *Rec.*, p. I-04137, points 60 et 61.

⁷⁸ L'exception *in house* mérite des développements dépassant largement le cadre de ce présent travail, il sera par conséquent renvoyé pour de plus amples détails à l'article de référence P. NIHOUL, « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'état et les marchés publics », *op. cit.*, p. 187 et s. ainsi qu'aux nombreuses autres contributions existant quant à cette exception.

⁷⁹ C. H. BOVIS, « Public procurement in the UE: Jurisprudence and conceptual direction », *C.M.L.R.*, 49, 2012, p. 271 et s.

⁸⁰ Art. 3 à 7 de la Directive 2004/17/CE.

⁸¹ Art. 12 de la directive 2004/18/CE.

⁸² Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

La définition des activités de réseaux n'est pas élaborée de façon abstraite mais procède à une analyse des marchés pertinents au cas par cas, ce qui implique d'identifier les secteurs afin de définir les modes d'intervention dans chacune des activités⁸³. Le but des directives étant d'instaurer un cadre pour que règne l'ordre concurrentiel au sein de la passation des marchés publics, lorsque la présence d'une concurrence effective pourra être rapportée sur un segment du secteur⁸⁴ ou lorsque l'activité visée présentera un caractère accessoire⁸⁵, il sera procédé à une exclusion de certaines activités ou contrats au sein des différents secteurs⁸⁶.

Le secteur des télécommunications est ainsi sorti du champ d'application de la directive 2004/17/CE du fait de la libéralisation effectuée dans ce secteur et des forces de marchés jouant naturellement à tel point que les règles, même allégées, prévues par ladite directive ne trouvaient plus lieu d'être⁸⁷. Par conséquent, afin d'éviter que ces marchés ne tombent sous le champ d'application de la directive 2004/18/CE prévoyant des règles plus strictes que la directive 2004/17/CE, la directive générale a inclus en son sein une disposition spécifique concernant l'exclusion des marchés passés dans le secteur des télécommunications⁸⁸.

⁸³ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, op. cit., p. 130 ; Cette qualification prévaut à la condition toutefois que l'activité visée soit celle d'une entreprise, la directive n'entendant pas s'appliquer à des actes mais bien à des activités (Concl. avocat général Mischo sur C.J.C.E., 17 septembre 2002 (Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab c/ Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne), aff. C-513/99, *Rec.*, p. I-7213).

⁸⁴ Art. 30, 2 de la directive 2004/17/CE qui stipule que « pour déterminer si une activité est directement exposée à la concurrence, il faut se fonder sur des critères qui soient conformes aux dispositions du traité en matière de concurrence tels que les caractéristiques des biens ou services concernés, l'existence de biens ou de services alternatifs, les prix et la présence, réelle ou potentielle, de plus d'un fournisseur des biens ou des services en question » ; C.J.C.E., 13 avril 2010 (Wall AG c/ La ville de Francfort-sur-le-Main et Frankfurter Entsorgungs – und Services (FES) GmbH), aff. C- 91/08, *Rec.*, p. I- 02815, point 49 et 54 à 56.

⁸⁵ Art. 3 et 4 de la directive 2004/17/CE.

⁸⁶ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, op. cit., p. 132 ; Résumé de l'évaluation de l'incidence et de l'efficacité de la législation européenne en matière de marché public, disponible sur le site http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executivesummary_fr.pdf, consulté le 20 novembre 2013 : « Un certain nombre de facteurs doivent être pris en compte pour évaluer l'évolution de la situation: le degré de libéralisation et de privatisation, le degré de concurrence et l'efficacité de la réglementation ».

⁸⁷ P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, op. cit., p. 879.

⁸⁸ Art 11 de la directive 2004/18/CE ; P. NIHOUL, « La réforme européenne des marchés publics dans les « secteurs classiques » », *J.T.D.E.*, 1/2005, p. 2.

d) Marchés de services passés par un pouvoir adjudicateur auprès d'un autre pouvoir adjudicateur en vertu d'un droit exclusif

Les marchés de services conférant à un autre pouvoir adjudicateur des droits exclusifs octroyés en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées sont expressément exclus de la directive générale⁸⁹. On entend par la notion de droits exclusifs la réservation à une entreprise de la prestation d'une activité sur un territoire déterminé ; c'est la situation qui se caractérise par un monopole de fait⁹⁰.

Cette exclusion n'empêche cependant pas leur soumission à l'article 106 § 1 TFUE⁹¹. Celui-ci autorise les pouvoirs adjudicateurs à conférer des droits spéciaux ou exclusifs à leurs organismes afin que ceux-ci réalisent leurs missions, mais il instaure essentiellement un contrôle sur la gestion que les États membres font de leurs entreprises publiques et parapubliques⁹². C'est pourquoi l'octroi de droits exclusifs ne peut être un moyen d'éluder l'application des règles du Traité relatives aux aides d'états ou à la libre circulation des marchandises et des services⁹³, la crainte envers les éventuels favoritismes nationaux des pouvoirs adjudicateurs sous-tendant cet article⁹⁴.

Il n'y a en soi rien d'illicite dans le fait de concéder des droits exclusifs. Ce qui donne à l'article 106 § 1 du TFUE son caractère répressif est sa lecture faite en combinaison avec d'autres dispositions pertinentes du Traité⁹⁵. L'application de cet article en corrélation avec la

⁸⁹ Art. 18 de la Dir. 2004/18/CE.

⁹⁰ P. NIHOUL, « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'état et les marchés publics », *op. cit.*, p. 225; Art. 2, alinéa 1er, de la directive 80/723/CEE du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, devenu l'article 2 de la directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006.

⁹¹ C.J.C.E., 4 mai 1988 (Corinne Bodson c/ SA Pompes funèbres des régions libérées), aff. C- 30/87, *Rec.*, p. I- 02479, point 34 ; L'article 106 § 1 du TFUE dispose que « les États membres, en ce qui concerne les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des présents traités ».

⁹² C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 77 et 78 ; M-A. FRISON-ROCHE, *Droit de la concurrence*, Paris, Précis Dalloz, 2006, p. 58.

⁹³ C. MONGOUACHON, *Ibidem* ; C.J.C.E., 23 octobre 1997 (Commission des communautés européennes c/ France), aff. C- 159/94, *Rec.*, p. I- 5815.

⁹⁴ E. FATÔME et A. MENEMENIS, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *op. cit.*, p. 67.

⁹⁵ P. NIHOUL, « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'état et les marchés publics », *op. cit.*, p. 226 ; C.J.C.E., 19 avril 2007 (Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/

liberté d'établissement et la libre prestation de services sera illustrée *infra* dans l'analyse des conditions de mise en concurrence d'une concession de service public⁹⁶.

Chapitre II. Encadrement juridique de la passation des marchés non soumis au champ d'application du droit dérivé

Les dispositions contenues dans le Traité s'appliquant aux contrats exclus du champ d'application des directives ne font naître que des obligations négatives. Dès lors, aucune obligation positive ne pèse sur les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils passent de tels contrats⁹⁷. Consciente des désavantages découlant de cette situation, la Cour de Justice édicta des principes généraux, voués à pallier ce manque juridique.

Section I. Genèse des principes généraux dans la sphère du droit dérivé des marchés publics

Les principes généraux d'égalité de traitement et de transparence découlent des libertés fondamentales et furent initialement façonnés par la Cour de Justice afin de s'appliquer à des situations régies par le droit dérivé des marchés publics pour se propager par la suite à la passation des contrats exclus du champ d'application du droit dérivé.

§ 1. Principes généraux applicables aux marchés publics régis par le droit dérivé

A. Égalité de traitement

L'essence du principe d'égalité de traitement implique que chaque opérateur économique ait des chances égales de participer à la passation d'un marché public et que le pouvoir adjudicateur évalue les offres des candidats de façon non-discriminatoire⁹⁸. Par

Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado), aff. C-295/05, *Rec.*, p. I- 02999, point 40 ; CJCE, 13 décembre 2007 (United Pan-Europe Communications Belgium SA et autres c/ État belge), aff. C-250/06, *Rec.*, p. I-11135, point 15. Pour une application de l'art. 106 § 1 avec les articles 102 et 101 du TFUE voy. C.J.C.E., 4 mai 1988 (Corinne Bodson c/ SA Pompes funèbres des régions libérées), aff. 30/87, p. 02479; C.J.C.E., 17 juillet 1997 (GT-Link A/S c/ De Danske Statsbaner (DSB)), aff. C-242/95, *Rec.*, p. I-04449, point 33).

⁹⁶ Chapitre 2, section 2.

⁹⁷ P. BRAUN, « A matter of principle(s) – the treatment of contracts falling outside the scope of European public procurement directives », *P.P.L.R.*, 2000, 1, p. 45.

⁹⁸ H. BAUER-BERNET, « Egalité, information et droit communautaire » in, Ch. PERELMAN, *L'Egalité*, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 199 ; C.J.C.E., 8 octobre 1980 (Peter Überschar c/ Bundesversicherungsanstalt für

conséquent, le respect de ce principe à tous les stades de la procédure de passation est crucial afin que puisse se développer une concurrence saine et effective⁹⁹.

En droit belge, ce principe reçoit une portée constitutionnelle et se concrétise de surcroît de façon expresse dans des dispositions détaillées¹⁰⁰. L'application de ce principe exerce une influence tant sur les choix législatifs des autorités publiques que sur la manière dont les juridictions exercent leur compétence interprétative¹⁰¹. Pris dans sa dimension européenne, le principe d'égalité de traitement reçoit une importance remarquable en ce qu'il se place comme un vecteur à l'intégration européenne et permet de faire tomber les derniers remparts nationaux à l'ouverture des marchés publics¹⁰².

L'arrêt *Storebaelt* fut la première pierre posée à l'édifice du principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires¹⁰³. À la base de cette affaire se trouve un recours en manquement de la Commission à l'encontre de l'état danois. Celle-ci invoquait que l'entreprise *Storebaelt*¹⁰⁴, en ayant attribué un marché à une entreprise dont l'offre n'était pas conforme aux documents de marchés, avait rompu le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires¹⁰⁵.

Cependant, l'argumentation de la Commission se voyait opposée un obstacle de taille ; aucune disposition spécifique n'insérait expressément le principe d'égalité de traitement des

Angestellte), aff. C- 810/79, *Rec.*, p. I-2747, point 47; C.J.C.E., 18 octobre 2001 (*SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo*), *op. cit.*, point 34.

⁹⁹ C.J.C.E., 25 avril 1996 (*Commission des communautés européennes c/ Royaume de Belgique*), aff. C- 87/94, *Rec.*, p. I-2043, point 51-52; C.J.C.E., 7 décembre 2000 (*ARGE Gewässerschutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*), aff. C-94/99, *Rec.*, p. I-11037, point 24.

¹⁰⁰ Voy. par exemple l'Art. 5 de la loi 15 juin 2006 « Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. Les marchés publics sont attribués avec concurrence (...) ».

¹⁰¹ P. J. DELAHAUT, « La notion d'égalité dans les marchés publics », *A.P.T.*, 1982, p. 176 ; D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *op. cit.*, p. 819.

¹⁰² A. MATTERA, « Les marchés publics : dernier rempart du protectionnisme des états », *R.M.U.E.*, 1993, p. 2 ; D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *op. cit.*, p. 818.

¹⁰³ C.J.C.E., 22 juin 1993 (*Commission des communautés européennes c/ Danemark*), aff. C-243/89, *Rec.*, p. I-3353, point 33.

¹⁰⁴ Dont les capitaux étaient pleinement détenus par l'Etat du Danemark.

¹⁰⁵ E. MÖRIC, *Les partenariats public-privé- Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 201 à 203.

soumissionnaires dans le droit dérivé¹⁰⁶. La Cour affirma toutefois que ce principe constitue l'essence même de la directive et vise l'établissement d'une concurrence effective¹⁰⁷. Dès lors, l'entreprise Storebaelt, en ayant attribué l'offre, avait procédé à une discrimination contraire à l'esprit de la directive¹⁰⁸.

La portée de cet arrêt est néanmoins limitée. En effet, en promulguant un principe d'égalité de traitement dont le siège se trouve sous la Directive, la Cour de justice limite par conséquent son invocabilité aux seuls contrats soumis au domaine d'application du droit dérivé¹⁰⁹. De plus, le prononcé de l'arrêt reste flou quant à la notion d'égalité de traitement¹¹⁰. Dans ses arrêts ultérieurs, la Cour aura cependant l'opportunité d'affiner le sens du principe¹¹¹.

B. Transparence : corollaire du principe d'égalité de traitement

L'attribution d'un marché public en conformité avec les objectifs de transparence implique l'existence d'une mise en concurrence qui se caractérise par des critères préalablement communiqués¹¹² et établis de façon claire et précise¹¹³ afin que les procédures de passation soient ouvertes au plus grand nombre possible de candidats¹¹⁴.

La publicité découle donc naturellement du principe de transparence car elle constitue le moyen le plus effectif à sa mise en œuvre¹¹⁵. Ce principe se concrétise essentiellement par

¹⁰⁶ E. MÖRIC, *Ibidem*.

¹⁰⁷ C.J.C.E., 22 juin 1993 (Commission des communautés européennes c/ Danemark), *op. cit.*, point 33.

¹⁰⁸ S. ARROWSMITH, « The past and future evolution of EC Procurement law: From framework to common code? », *op. cit.*, p. 354.

¹⁰⁹ S. DE MARS, « The limits of general principles: a procurement case study », *E.L.Rev.*, 2013, 38 (3), p. 319.

¹¹⁰ C.J.C.E., 22 juin 1993 (Commission des communautés européennes c/ Danemark), *op. cit.*, point 37 ; A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, *op. cit.*, p. 380.

¹¹¹ C.J.C.E., 3 mars 2005 (Fabricom SA c/ État belge), aff. jointes C-21/03 et C-34/03, *Rec.*, p. I-01559.

¹¹² C.J.C.E., 12 décembre 2002 (Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH), aff. C-470/999, *Rec.*, p. I-11617 ; C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), aff. C-532/06, *Rec.*, p. I-00251.

¹¹³ C.J.C.E., 20 septembre 1988 (Gebroeders Beentjes BV c/ Etat des Pays-Bas), aff. 31/47, *Rec.*, p. I-4652.

¹¹⁴ F. REIM, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, Paris, L'harmattan, 2002, p. 152.

¹¹⁵ C.J.C.E., 25 avril 1996, (Commission des communautés européennes c/ Belgique), *op. cit.* point 51 et 52.

des obligations de publication impliquant que les candidats aient accès à une information adéquate à tous les stades de la procédure¹¹⁶.

a) Affaire des bus Wallons

En 1996, dans l'affaire des Bus Wallons, la Cour de Justice s'est référée à des impératifs de transparence présents à tous les stades de la procédure dans le but que tous les soumissionnaires soient mis sur le même pied d'égalité lorsqu'ils formulent leurs offres¹¹⁷. Elle affirma en effet qu'« afin d'assurer qu'un marché soit attribué sur la base de critères connus de tous les soumissionnaires avant la préparation de leur offre, une entité adjudicatrice ne saurait tenir compte des variantes en tant que critères d'attributions que dans la mesure où elle les a mentionnées comme tels dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché »¹¹⁸. Par conséquent, la Cour démontra clairement l'implication qu'engendre le respect du principe de transparence sur l'égalité de traitement des soumissionnaires. Ces deux principes sont donc les corollaires l'un de l'autre¹¹⁹.

b) Extension des obligations contenues dans le droit dérivé

La portée du principe de transparence fut considérablement affinée par la Cour de Justice au cours de ces dernières années. Celle-ci appliqua ce principe afin d'étendre les obligations contenues dans les directives en imposant des obligations à des marchés tombant certes sous le champ d'application du droit dérivé mais dont les dispositions de ce dernier ne prévoyaient pas de base juridique propice à encadrer la situation. Ce faisant, la Cour imposa au pouvoir adjudicateur des obligations nouvelles, découlant directement de la jurisprudence¹²⁰.

¹¹⁶ P. THIEL, « Critères de sélection et d'attribution des marchés publics », in, D. RENDERS et K. WAUTERS, *Actualités du droit des marchés publics, Actes du colloque du 6 mai 2010 organisé par le Centre Montesquieu d'études de l'action publique de l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 180-182 ; S. ARROWSMITH, « The past and future evolution of EC Procurement law: From framework to common code? », *P.C.L.J.*, 2006, p. 358.

¹¹⁷ C.J.C.E., 25 avril 1996 (Commission des communautés européennes c/ Belgique), aff. C-87/94, Rec., p. I-2043, point 88.

¹¹⁸ CJCE, 25 avril 1996, (Commission des communautés européennes c/ Belgique), *op. cit.*, point 89.

¹¹⁹ E. K. MÖRIC, *op. cit.*, p. 205 ; A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, *op. cit.*, p. 383.

¹²⁰ D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *op. cit.*, p. 822 ; S. DE MARS, « The limits of general principles: a procurement case study », *op. cit.*, p. 320 et 321.

Par exemple, elle étendit les obligations de transparence contenues dans le droit dérivé en ce qui concerne d'une part, la publication de la pondération des critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur fonde son choix aux fins de l'attribution du marché¹²¹ et, d'autre part, la publication relative aux sous-critères et à leur pondération¹²². Dans l'affaire Max Havelaar, la Cour imposa également un standard de précision en ce qui concerne l'établissement des spécifications techniques, considérant que la référence à des termes vagues ne suffisait pas à pourvoir aux impératifs de transparence¹²³, ce qui allait par conséquent plus loin que le prescrit des directives¹²⁴.

§ 2. Les principes d'égalité de traitement et de transparence à l'épreuve du Traité

Consciente que seules les obligations négatives contenues dans le droit primaire n'étaient pas suffisantes afin d'imposer aux pouvoirs adjudicateurs des obligations de concurrence minimale lors de la passation des contrats non soumis au champ d'application des directives, la Cour édicta, par le biais des libertés fondamentales, les principes généraux d'égalité de traitement et de transparence générateurs d'obligations positives. Ce faisant, elle changea la façon d'appréhender les rapports entre le droit primaire et le droit dérivé¹²⁵.

A. Obligations positives sous le Traité : Telaustria

L'arrêt Telaustria va mettre en exergue un principe de transparence découlant directement du droit primaire¹²⁶. Cette affaire porte sur un différend relatif à la passation d'un

¹²¹ C.J.C.E., 12 décembre 2002 (Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH), aff. C-470/999, *Rec.*, p. I-11617.

¹²² C.J.C.E., 24 novembre 2005 (ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc c/ ACTV Venezia SpA), aff. C-331/04, *Rec.*, p. I-10109 ; C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), *op. cit.*; C.J.U.E., 21 juillet 2011 (Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c/ Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA)), C-252/10, *Rec.*, p. I-00107 ; voir section 3, § 3 de ce chapitre.

¹²³ C.J.U.E., 10 mai 2012 (Commission européenne c/Royaume des Pays-Bas), C-368/10, point 108.

¹²⁴ S. DE MARS, « The limits of general principles: a procurement case study », *op. cit.*, p. 32à et 321.

¹²⁵ S. ARROWSMITH, « The past and future evolution of EC Procurement law: From framework to common code ? », *op. cit.*, p. 31 ; P. BRAUN, « A matter of principle(s) – the treatment of contracts falling outside the scoop of European public procurement directives », *Ibidem*.

¹²⁶ K. WAUTERS, J. GHYSELS et J. ANTHIERENS, *Overheidsopdrachten, Rechtspraak Hof van Justitie 2001-2007*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 15-17; A. BROWN, « EU primary law requirements in practice : advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *P.P.L.R.*, 2010, 5, p. 169.

contrat pour la confection d'annuaires téléphoniques. La juridiction nationale autrichienne saisie de l'affaire posa une question préjudicielle à la Cour de Justice quant à la qualification exacte à donner à la relation juridique des parties.

La Cour va premièrement qualifier le contrat de concession de service public. Cependant, elle précisera que leur exclusion du domaine d'application des directives n'empêche pas l'observance par les pouvoirs adjudicateurs des règles fondamentales découlant du Traité, et plus particulièrement le principe de non-discrimination en fonction de la nationalité lorsqu'ils procèdent à l'attribution d'un tel contrat¹²⁷. Ce principe, selon la Cour, implique une obligation de transparence¹²⁸ consistant à « garantir en faveur de tout soumissionnaire potentiel un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »¹²⁹.

Cet arrêt change radicalement la façon d'appréhender les obligations découlant du droit primaire. Celles-ci peuvent désormais imposer aux pouvoirs adjudicateurs le respect d'un comportement actif lors de la passation des contrats tombant en dehors du champ d'application des directives, qui se concrétise par ce que la Cour désignera de façon vague un « degré de publicité adéquat »¹³⁰.

Le raisonnement de la Cour manque toutefois de précision car il ne contient aucune indication concernant la façon dont les soumissionnaires doivent être informés et l'intensité de cette obligation¹³¹. Ce manque de précision n'est pas propice à faire peser des contraintes efficaces sur les juridictions nationales à qui il incombe de trancher concrètement le fond de

¹²⁷ C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, joined party: AG), aff. C-324/98, *Rec.*, p. I-10745.

¹²⁸ C.J.C.E., 18 novembre 1999 (Unitron Scandinavia A/S and 3-S A/S, Danske Svineproducenter Serviceselskab c/ Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri), aff. C-275/98, *Rec.*, p. I-08291, point 31.

¹²⁹ C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, joined party: AG), *op. cit.*, point. 62.

¹³⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 470; M. KRUGER, « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on concessions », *P.P.L.R.*, 2003, 5, p. 190; E. PIJNACKER HORDIJK et M. MEULENBELT, « A bridge too far: why the European Commission's attempts to construct an obligation to tender outside the scope of the public procurement directive should be dismissed », *P.P.L.R.*, 2005, 3, p. 133.

¹³¹ C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, joined party: AG), *op. cit.*, point. 63.

l'affaire¹³². Sa portée est cependant forte car les principes qu'il met en œuvre sonnent l'heure d'un changement dans la façon d'appréhender la passation des contrats exclus du champ d'application du droit dérivé.

B. Arrêt Coname : clarification de la jurisprudence Telaustria ?

La jurisprudence Telaustria restait un cas isolé et il fallut attendre quatre années pour que la Cour sonne le glas de la consécration du principe de transparence en tant que principe général dérivant du droit primaire¹³³. Dans l'arrêt Coname, l'attribution d'une concession pour la gestion d'un service de distribution de gaz engendra un différend car aucun appel d'offre préalable n'avait été effectué en vue de son attribution. Il s'agissait de savoir si les circonstances de cet octroi entraient en contradiction avec le prescrit des articles 43, 49 et 81 du Traité¹³⁴.

La Cour s'aligne alors aux enseignements de la jurisprudence Telaustria et affirme que « dans la mesure où ladite concession est susceptible d'intéresser également une entreprise située dans un État membre autre que la 'comune di cingia Di'Botti', l'attribution en l'absence de toute transparence, de cette concession à une entreprise située dans ce dernier État, est constitutive d'une différence de traitement au détriment de l'entreprise située dans un autre État membre »¹³⁵.

La question du degré de transparence requis est également laissée en suspens par la Cour¹³⁶. Tout au plus, elle précise que cet impératif n'implique pas nécessairement une obligation de procéder à un appel d'offre¹³⁷. La Cour ne souhaite dès lors pas se prononcer *in abstracto* sur un sujet aussi sensible et laisse le soin aux juridictions nationales et aux États membres de déterminer la portée que recouvre l'obligation de transparence ainsi édictée.

¹³² S. TREUMER ET E. WERLAUFF, « The leverage principle: secondary Community law as a lever for the development of primary Community law », *E.L. Rev.*, 2003, 28, pp. 124 et 131.

¹³³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 470 à 472.

¹³⁴ C.J.C.E., 21 juillet 2005 (Consorzio Aziende Metano c/Comune di cingia de'Botti), aff. C-231/03, *Rec.*, p. I-07287.

¹³⁵ C.J.C.E., 21 juillet 2005 (Consorzio Aziende Metano c/Comune di cingia de'Botti), *op. cit.*, point 20.

¹³⁶ S. DE MARS, « The limits of general principles: a procurement case study », *op. cit.*, 316-334; A. BROWN, « Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC », *P.P.L.R.*, 2007, 1, p. 6.

¹³⁷ C.J.C.E., 21 juillet 2005 (Consorzio Aziende Metano c/Comune di cingia de'Botti), *op. cit.*, point 21.

Dans les opinions qu'elle rendit sur l'affaire, l'Avocat général Stix-Hackl émet toutefois des pistes concernant l'information adéquate¹³⁸. Celle-ci ne doit pas être aussi complète que l'information requise par les directives mais suffisamment détaillée pour permettre à toute entreprise intéressée de faire un choix concernant son éventuelle participation au contrat¹³⁹.

Cette obligation de publicité ne semble cependant pas concerner la passation de l'entièreté des « contrats et marchés publics »¹⁴⁰. En effet, la Cour admet qu'il existe certains contrats qui n'intéresseraient pas les entreprises d'autres États membres, soit en raison de leur valeur ou de l'objet presté. Il en découle que l'obligation de publicité ne serait pas applicable à ces contrats, en raison du manque d'intérêt que ceux-ci présenteraient pour les opérateurs économiques des autres États membres¹⁴¹.

Section II. Y a-t-il une obligation de mise en concurrence préalable pour l'ensemble des contrats exclus du champ d'application du droit dérivé ?

Un contraste indéniable existe entre, d'une part, les principes se trouvant ou étant impliqués du Traité tels que ceux de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité et, d'autre part, les dispositions précises et concrètes s'insérant dans le droit dérivé des marchés publics¹⁴².

L'activité de la Cour de Justice de ces dernières années, en ce qu'elle édicta des principes généraux tirant leur source directement du le Traité, semblera quelque peu un doute quant à la limite à donner aux obligations qui en découlent. En effet, faut-il voir dans cette

¹³⁸ A. BROWN, « Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC », *op. cit.*, p. 6.

¹³⁹ Opinion de l'Avocat général Stix-Hackl du 12 avril 2005 sur C.J.C.E., 21 juillet 2005 (Conorzio Aziende Metano c/ Comune di cingia de'Botti), *op. cit.*, point 82.

¹⁴⁰ B. J. DRIJBER, « Liberté de prestation de services et SIEG » in, J. V. LOUIS et S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p.72.

¹⁴¹ C.J.C.E., 21 juillet 2005 (Conorzio Aziende Metano c/Comune di cingia de'Botti), *op. cit.*, point 20 ; B. J. DRIJBER, « Liberté de prestation de services et SIEG », *Ibidem*.

¹⁴² A. BROWN, « Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC », *op. cit.*, 2010, p. 171; Conclusion de l'Avocat Général Trstenjak sur C.J.C.E., 29 avril 2010 (Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne), aff. C-160/08, *Rec.*, p. I-03713.

jurisprudence le déclenchement d'une parfaite convergence entre les régimes applicables aux contrats soumis au champ d'application des directives et ceux en étant exclus¹⁴³ ?

§ 1. L'intégration européenne comme moteur du renforcement des obligations relatives à la passation des marchés publics

A. Compétence interprétative de la Cour de Justice

La Cour de Justice joue un rôle majeur dans le processus d'intégration européenne. Le marché intérieur ne serait sans doute pas ce qu'il est aujourd'hui sans l'impact qu'eut la jurisprudence de cette dernière dans des matières allant des libertés fondamentales au droit de la concurrence¹⁴⁴. En exerçant les compétences qui lui sont dévolues par le Traité, la Cour transforma les rapports existant entre les systèmes juridiques au sein de l'Union européenne¹⁴⁵.

a) Cour de Justice de l'Union européenne : acteur institutionnel

En instituant la Cour européenne de Justice, les États membres ont voulu créer une Cour dont les pouvoirs ne pouvaient pas significativement compromettre leur souveraineté nationale¹⁴⁶. L'article 164 du traité de Rome¹⁴⁷, dévouant à la Cour ses obligations, ne pouvait en effet laisser supposer l'once d'un changement¹⁴⁸.

Cependant, la Cour changea le système juridique de l'Union européenne en érodant progressivement le contrôle initial que les États membres avaient sur celle-ci¹⁴⁹. La

¹⁴³ Opinion Avocat général Stick-Hackl du 12 avril 2005 sur C.J.C.E., 21 juillet 2005 (Conorzio Aziende Metano c/Comune di cingia de'Botti), *op. cit.*, point 70.

¹⁴⁴ H. DE WAELE, « The role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary and Normative Assessment », *HanseLR*, 2010/Vol. 6 n°1, pp. 6 à 8; T. HORSLEY, « Reflections on the role of the Court of Justice as the « motor » of european integration : *legal limits to judicial lawmaking* », *C.M.L.R.*, 2013, 50, p. 931.

¹⁴⁵ T. HORSLEY, « Reflections on the role of the Court of Justice as the « motor » of european integration : *legal limits to judicial lawmaking* », *op. cit.*, p. 931.

¹⁴⁶ K. J. ALTER, « Who are the « Masters of the Treaty »? : European Governments and the European Court of Justice », *International Organization*, 1998/Vol. 52, no. 1, p. 123.

¹⁴⁷ Art. 164 du Traité de Rome : « La Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité ». Cette mission s'insère désormais à l'article 19 du TUE.

¹⁴⁸ T. HORSLEY, « Reflections on the role of the Court of Justice as the « motor » of european integration: *legal limits to judicial lawmaking* », *op. cit.*, p. 931-934; L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁹ K. J. ALTER, « Who are the « Masters of the Treaty »?: European Governments and the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 126.

reconnaissance de l'effet direct¹⁵⁰ ainsi que la primauté du droit de l'Union européenne sur les systèmes juridiques nationaux¹⁵¹ déclenchèrent et permirent l'extension du champ d'application des dispositions contenues dans le Traité à d'autres domaines¹⁵². Dès lors, la promulgation des principes généraux de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires dans la sphère des marchés publics découlant du droit primaire ne représente qu'une manifestation de l'accroissement des pouvoirs de la Cour de justice.

Le rôle du renvoi préjudiciel prévu à l'article 234 du TFUE¹⁵³ dans l'accroissement des pouvoirs de la Cour fut souligné par la doctrine. Initialement conçu pour permettre à des particuliers de remettre en question le droit de l'union européenne devant les juridictions nationales, ce mécanisme changea progressivement de pôle d'action¹⁵⁴ et alloue désormais aux particuliers d'utiliser les questions préjudicielles afin de questionner le droit national devant les juridictions nationales¹⁵⁵.

Il convient dès lors d'insister sur le rôle prépondérant que jouent les pouvoirs judiciaires des États membres dans l'adoption des mesures sous-tendant la jurisprudence de la Cour. En effet, dans le cas où les gouvernements nationaux seraient peu enclins à suivre les interprétations juridiques rendues par la Cour de Justice, les décisions des juridictions nationales pourraient se dresser comme un rempart afin d'assurer, dans la matière de la passation des marchés publics, l'application des principes généraux et influencer de la sorte la

¹⁵⁰ C.J.C.E., 5 février 1964 » (NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c/ Administration fiscale néerlandaise), aff. 26/62, *Rec.*, p. 0003.

¹⁵¹ C.J.C.E., 15 juillet 1964, (Flaminio Costa c/ E.N.E.L.), aff., 6/64, *Rec.*, p. 01141.

¹⁵² Notamment en ce qui concerne la circulation intérieure au sein de l'Union européenne (C.J.C.E., 11 juillet 1974 (Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville), *op. cit.*), la protection des droits fondamentaux au sein ordre juridique UE (C.J.C.E., 3 septembre 2008, (Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne et Commission de l'Union européenne), aff. jointes C- 402 et C- 415/05), la responsabilité EM (C.J.C.E., 19 novembre 1991 (Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne), aff. jointes C-6/90 et 9/90, *Rec.*, p. 05357); T. HORSLEY, « Reflections on the role of the Court of Justice as the « motor » of european integration : legal limits to judicial lawmaking », *op. cit.*, p. 934.

¹⁵³ Cet article pose que les juridictions des États membres afin d'assurer l'harmonisation du droit européen peuvent poser à la Cour de Justice des questions préjudicielles en interprétation du droit primaire ou du droit dérivé lorsqu'elles rencontrent une difficulté dans leur fonction juridictionnelle.

¹⁵⁴ M. A. POLLACK, *The engines of European integration*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 163; K. J. ALTER, « Who are the « Masters of the Treaty »?: European Governments and the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 144.

¹⁵⁵ M. WATHELET, *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 305.

politique des États membres. Cette affirmation varie toutefois en fonction de l'influence que possède le pouvoir judiciaire dans chacun des États membres¹⁵⁶.

b) Effet de levier

Conformément au principe de subsidiarité, les institutions européennes exercent leurs fonctions législatives dans les limites des compétences qui leurs ont été dévolues¹⁵⁷. Par conséquent, en cohésion avec le principe de légalité¹⁵⁸, le droit primaire conditionne l'élaboration du droit dérivé ainsi que les actes adoptés sur la base de ce dernier¹⁵⁹. Un phénomène fut toutefois mis en exergue au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne sous l'appellation d'effet de levier¹⁶⁰. Ce procédé, observable dans la jurisprudence de la Cour, consiste dans le fait de puiser des obligations contenues dans le droit dérivé afin de les appliquer, par le biais de principes généraux découlant du Traité, à des situations qui, le cas échéant, n'auraient pu être encadrées juridiquement.

Les pratiques de la Cour sont essentiellement critiquées en raison du manque de sécurité juridique qu'elles instaurent¹⁶¹. Outre le fait de donner un sens différent de celui initialement prévu aux libertés fondamentales¹⁶², cette jurisprudence remet également en cause le choix opéré par le législateur européen qui avait expressément prévu d'exclure du

¹⁵⁶ K. J. ALTER, « Who are the « Masters of the Treaty »?: European Governments and the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 144.

¹⁵⁷ Art. 5 TUE « En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

¹⁵⁸ P. MOOR, « Introduction à la théorie de la légalité », in Ch.-A. MORAND, *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 14 à 19 : Selon le modèle classique de la légalité ce principe est à mettre en relation avec d'autres modèles fondamentaux du droit public à savoir : la séparation des pouvoirs, la prééminence du droit écrit, la garantie des libertés publiques, l'égalité de traitement.

¹⁵⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *R.I.E.J.*, 2000.44, p. 3 et s ; S. TREUMER et E. WERLAUFF, « The leverage principle: secondary Community law as a lever for the development of primary Community law », *op. cit.*, p. 124; voy. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1962.

¹⁶⁰ S. TREUMER et E. WERLAUFF, « The leverage principle: secondary Community law as a lever for the development of primary Community law », *op. cit.*, p. 124 et 131.

¹⁶¹ B. J. DRIJBER, « Liberté de prestation de services et SIEG », *op.cit.*, p. 73.

¹⁶² S. TREUMER ET E. WERLAUFF, « The leverage principle: secondary Community law as a lever for the development of primary Community law », *op. cit.*, p. 124.

champ d'application des directives les contrats sur lesquels la Cour pose de nouvelles obligations¹⁶³.

De plus, la Cour évite de détailler les obligations positives relatives à la transparence et à la publicité qu'elle fait naître du Traité et laisse de la sorte aux États membres le soin d'en faire leur propre interprétation. Cette réticence est accentuée par le contraste entre la complexité des obligations contenues dans les directives concernant la passation des marchés publics et le caractère général des principes généraux¹⁶⁴. Il est par conséquent difficile pour les États membres de déterminer les obligations qui leur sont imposées¹⁶⁵.

B. Le rôle de la Commission européenne dans la promotion des principes généraux

En son rôle de gardienne des Traités, la Commission européenne tente de préserver le respect d'une certaine cohérence au sein de l'Union en combattant la liberté discrétionnaire des États membres¹⁶⁶. Ainsi, elle est compétente pour attaquer les mauvaises transpositions du droit de l'Union européenne faites par les États membres, ou lorsqu'il est établi qu'une loi nationale est incompatible avec le droit de l'Union¹⁶⁷.

La Commission fait part de ses interprétations concernant la jurisprudence de la Cour et des textes de loi par le biais de communications interprétatives, sans que ces dernières

¹⁶³ A. BROWN, « Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC », *P.P.L.R.*, 2007, 1, p. 1; E. PIJACKER HORDIJK et M. MEULENBELT, « A Bridge Too Far: Why the Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender Outside the Scope of the Public Procurement Directives Should be Dismissed. », *P.P.L.R.*, 2005, 3, p. 123; P. BRAUN, « A Matter of Principle(s)--The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Procurement Directives », *op. cit.*, p. 45 et 46.

¹⁶⁴ S. TREUMER ET E. WERLAUFF, « The leverage principle: secondary Community law as a lever for the development of primary Community law », *op. cit.*, p. 130; E. PIJACKER HORDIJK et M. MEULENBELT, « A Bridge Too Far: Why the Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender Outside the Scope of the Public Procurement Directives Should be Dismissed. », *Ibidem*.

¹⁶⁵ En effet, « The legality principle requires a legal basis for the imposition of obligations, but the less clear the legal basis is, the vaguer will the outlined obligation tend to be. The vaguer the obligation, the stronger the encroachment on legal certainty will be » (S. TREUMER ET E. WERLAUFF, « The leverage principle: secondary Community law as a lever for the development of primary Community law », *Ibidem*).

¹⁶⁶ A. MATTERA, « Les marchés publics : derniers Remparts du Protectionnisme des Etats », *R.M.U.E.*, 1993, pp. 5-12 ; A. DELSAUX, « The role of the Commission in enforcing EC public procurement rules », *P.P.L.R.*, 2004, 3, p. 132.

¹⁶⁷ M. WATHELET, *op. cit.*, p. 305.

acquière une quelconque portée juridique¹⁶⁸. C'est dans le cadre des positions qu'elle adopta dans ses communications que la Commission eut une influence prépondérante dans le domaine de la passation des marchés publics¹⁶⁹.

La gardienne des Traités a de la sorte édicté dans le courant des années 2000 deux communications interprétatives abordant les principes généraux découlant du Traité. Dans sa Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire¹⁷⁰, la Commission admit, plusieurs mois avant le prononcé de l'arrêt *Telaustria*, qu'il existait des principes généraux découlant du Traité, similaires à ceux dégagés des directives¹⁷¹, et qui faisaient naître des obligations positives pour les États membres en matière de transparence et d'égalité de traitement lors de l'octroi des concessions de service¹⁷².

En 2006, dans sa Communication interprétative sur les contrats non soumis, la Commission alla plus loin en donnant des guidances quant à la passation de ces contrats de façon relativement précise¹⁷³. Prises au pied de la lettre, ces guidances reviennent à imposer des obligations similaires pour les contrats exclus du champ d'application du droit dérivé et ceux y étant soumis¹⁷⁴.

Ces positions de la Commission furent soumises à de nombreuses critiques d'académiciens¹⁷⁵ qui stipulèrent qu'un tel principe n'existait pas sous le Traité, celui-ci

¹⁶⁸ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁹ M. KRÜGER, « The principle of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on concessions », *P.P.L.R.*, 2003, 5, p. 181; E. PIJNACKER HORDIJK et M. MEULENBELT, « A bridge too far : why the European Commission's attempts to construct an obligation to tender outside the scope of the public procurement directive should be dismissed », *P.P.L.R.*, 2005, 3, p. 123.

¹⁷⁰ Communication de la Commission du 29 avril 2000, « Les concessions en droit communautaire », COM (2000) 121 final ; Communication de la Commission du 8 août 2006, « Le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» », COM (2006) 179 final.

¹⁷¹ C.J.C.E., 22 juin 1993 (Commission européenne c/Danemark), *op. cit.* ; C.J.C.E., 25 avril 1996, (Commission des communautés européennes c/ Royaume de Belgique), *op. cit.*

¹⁷² S. DE MARS, « The limits of general principles: a procurement case study », *op. cit.*, p. 123; D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *op. cit.*, p. 818.

¹⁷³ Communication de la Commission du 8 août 2006, « Le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» », COM (2006) 179 final, p. 2.

¹⁷⁴ S. DE MARS, « The limits of general principles: a procurement case study », *Ibidem*.

¹⁷⁵ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 198-199 et p. 424-434.

n'imposant tout au plus qu'une obligation de non-discrimination sur base de la nationalité, engendrant des obligations négatives. Ceci semblait de plus être supporté par les arrêts de la Cour de Justice dans lesquels un tel principe n'avait jamais été reconnu sous le traité¹⁷⁶.

Cependant, cette position est constante dans le chef de la Commission et profondément enracinée dans des objectifs d'ouverture économique des marchés. Déjà dans le livre vert de 1996, la gardienne des Traités soulignait l'impact en terme économique des concessions de services mais également des contrats sous les seuils européens, en ce qu'ils sont nombreux et porteurs d'intérêt pour les petites et moyennes entreprises¹⁷⁷. Cette perception des relations économiques semble par conséquent avoir poussé la Commission à vouloir réguler de façon plus stricte la passation de ces contrats en accord avec les libertés fondamentales du Traité¹⁷⁸.

§ 2. Mise en concurrence lors de la passation des contrats exclus du champ d'application des directives relatives à la passation des marchés publics

A. Jurisprudence relative aux exigences de publicité préalable

a) Concessions de services publics

La Cour de Justice dans l'arrêt *Parking Brixen* va affiner sa jurisprudence quant à l'opportunité d'une mise en concurrence préalable lors de l'octroi des concessions de services publics. Était en question dans cette affaire l'attribution, sans mise en concurrence préalable, par une commune à une entreprise publique communale de la gestion de parkings publics payants. La rémunération de l'entreprise prestataire du service consistait en une rétribution obtenue des tiers pour l'usage qu'ils faisaient du parking. Par conséquent, l'opération tombait sous la qualification de concession de service public et non pas celle de marché public, ce qui exclut l'application du droit dérivé¹⁷⁹.

La Cour confirme sa jurisprudence ultérieure en ce qui concerne l'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité aux concessions de services

¹⁷⁶ S. DE MARS, « The limits of general principles: a procurement case study », *op. cit.*, p. 123 et 124.

¹⁷⁷ Livre vert de la Commission du 27 novembre 1996, « Les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir », COM (96) 583 final.

¹⁷⁸ P. BRAUN, « A matter of principle(s) – the treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives », *op. cit.*, p. 45.

¹⁷⁹ C.J.C.E., 15 octobre 2005 (*Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.*), *op. cit.*, point 43; D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *op. cit.*, p. 811.

publics¹⁸⁰ et affirme que la liberté d'établissement, la libre prestation des services mais aussi l'interdiction des discriminations sur la base de la nationalité sont des manifestations spécifiques du principe d'égalité de traitement et que celui-ci trouve à s'appliquer aux concessions de services publics même en l'absence de discriminations sur base de la nationalité¹⁸¹.

À l'encontre de l'argument du Stadtwerke Brixen AG selon lequel les articles 43 à 55 CE n'étaient pas applicables à la situation en cause puisque les sièges des parties se trouvaient tous en Italie, la Cour répondit qu'« il ne peut être exclu que, dans l'affaire au principal, des entreprises établies dans des États membres autres que la République italienne auraient été intéressées de fournir les services concernés. Or, en l'absence de publicité et d'ouverture à la concurrence de l'attribution d'une concession de services publics telle que celle en cause au principal, une discrimination est exercée, à tout le moins potentiellement, au détriment des entreprises des autres États membres qui sont empêchées de faire usage de la liberté de fournir des services et de la liberté d'établissement prévues par le traité »¹⁸².

Par conséquent, conformément à l'article 86 § 1 du TFUE (106 § 1), les États membres ne peuvent pas maintenir en vigueur une législation nationale qui permet l'attribution de concessions de services publics sans mise en concurrence dès lors que cette attribution viole les articles 43 CE ou 49 CE ou encore les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence¹⁸³.

Dès lors, malgré l'inexistence de normes de droit dérivé régissant la passation des concessions de services publics, les principes dégagés du Traité d'égalité de traitement et de

¹⁸⁰ C. H. BOVIS, « Public procurement in the UE: Jurisprudence and conceptual directions », *op. cit.*, p. 268 ; voy. les arrêts C.J.C.E., 8 octobre 1980 (Peter Überschar c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte), *op. cit.*, point 16 ; C.J.C.E., 15 octobre 2005 (Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.), *op. cit.*, point 46 ; C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, joined party: AG), *op. cit.*, point 60 à 62 ; C.J.C.E., 21 juillet 2005 (Conorzio Aziende Metano c/Comune di cingia de'Botti), *op. cit.*, point 16 à 19.

¹⁸¹ C.J.C.E., 15 octobre 2005 (Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.), *op. cit.*, point 48.

¹⁸² C.J.C.E., 15 octobre 2005 (Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.), *op. cit.*, point 55.

¹⁸³ C.J.C.E., 15 octobre 2005 (Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.), *op. cit.*, point 52.

transparence sont dorénavant applicables aux concessions de services publics¹⁸⁴ dont l'octroi ne peut plus résulter du choix discrétionnaire du pouvoir adjudicateur, mais est subordonné à une mise en concurrence minimale entre les concessionnaires potentiels¹⁸⁵.

b) Les contrats sous les seuils européens et les services non-prioritaires

L'arrêt *Telaustria* concernait des concessions de services publics qui sont des contrats importants avec des intérêts souvent clairement transfrontaliers¹⁸⁶. Mais qu'en est-il des contrats tels que ceux en dessous des seuils financiers des directives, des services non-prioritaires et des contrats que les directives elles-mêmes exemptent des obligations de publicité et de concurrence ? De tels contrats furent délibérément omis des directives « marchés publics » en partie parce qu'il fut considéré qu'ils ne relevaient pas toujours d'intérêts transfrontaliers et étaient donc sans importance pour le développement du marché intérieur¹⁸⁷.

Contrats sous les seuils européens

Dans l'affaire *Commission contre Italie* de 2008, qui concernait l'attribution d'un contrat tombant sous les seuils européens, la Cour affirma que « lorsqu'il est établi qu'un tel marché présente un intérêt transfrontalier certain, l'attribution, en l'absence de toute transparence, de ce marché à une entreprise située dans l'État membre du pouvoir adjudicateur est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par ledit marché qui sont situées dans un autre État membre. À moins qu'elle ne soit justifiée par des circonstances objectives, une telle différence de traitement, qui, en excluant toutes les entreprises situées dans un autre État membre, joue

¹⁸⁴ C.J.C.E., 15 octobre 2005 (*Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.*), *Ibidem* et pour des applications plus récentes voy C.J.C.E., 6 avril 2006 (*Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*), aff. C-410/04, *Rec.*, p. I-03303, point 23 ; C.J.C.E., 19 avril 2007 (*Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*), aff. C-295/05, *Rec.*, p. I-0299918, point 77; Concl. jointes de l'Avocat général Bot présentées le 17 décembre 2009 sur C.J.C.E., 3 juin 2010 (*Sporting Exchange Ltd c/ Minister van Justitie*), aff. C-203/08, *Rec.*, p. I-04695 et C.J.C.E., 3 juin 2010 (*Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd c/ Stichting de Nationale Sporttotalisator*), aff. C-258/08, *Rec.*, p. I-04757, point 154.

¹⁸⁵ A.-L. DURVIAUX et N. THIRION, « Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire », *J.T.*, 2004, p. 24 ; A.-L. DURVIAUX, *Droit administratif, Tome I l'action publique*, op. cit., 2011, p. 187.

¹⁸⁶ S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, « EC regulation of public procurement », op. cit., p. 83.

¹⁸⁷ Voy. Chap. I, section II.

principalement au détriment de celles-ci, est constitutive d'une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite en application des articles 43 CE et 49 CE »¹⁸⁸.

Cependant, l'application du Traité à ces contrats fut mise en doute dans les Conclusions de l'Avocat Général Sharpston du 18 janvier 2007 qui invoqua le principe de subsidiarité¹⁸⁹. De son point de vue, même s'il existe, en principe, une obligation de publicité pour de tels contrats contenue dans l'arrêt Telaustria, le contenu de cette obligation de publicité est pour la plus grande partie laissée à la discrétion des États membres, et pas à celle de la Cour de Justice¹⁹⁰.

Commission contre Irlande : les services non prioritaires

Appliquer les principes généraux aux services non-prioritaires soulève une question épineuse puisque ceux-ci ne sont pas intégralement exclus de la directive 2004/18 qui contient des dispositions éparses relatives à leur passation. Il existe dès lors un doute quant à l'application des principes généraux à ces services, le législateur aurait en effet pu exclure leur application en harmonisant de façon complète la matière¹⁹¹.

L'affaire Commission contre Irlande apporta un éclaircissement quant à l'étendue de l'application des principes généraux¹⁹². Cette dernière porte sur un différend au sujet d'un contrat de longue date entre le ministère irlandais de la sécurité sociale et le bureau de poste irlandais An post. Ce contrat visait la distribution de bénéfices de sécurité sociale par la poste, contrat tombant sous la catégorie des services non-prioritaires. Ce contrat, qui liait An post et l'autorité publique, avait été octroyé à An post initialement pour une durée de cinq ans. À son échéance, il fut automatiquement étendu de trois ans en 1997 et en 2000 sans mise en

¹⁸⁸ C.J.C.E., 21 février 2008 (Commission des communautés européennes c/ République italienne), aff. C-412/04, *Rec.*, p. I-00619, point 66.

¹⁸⁹ S. ARROWSMITH, « The past and future evolution of EC Procurement law: From framework to common code? », *op. cit.*, p. 78.

¹⁹⁰ Conclusions de l'avocat général E. SHARPSTON présentées le 18 janvier 2007 sur C.J.C.E., 26 avril 2007 (Commission des Communautés européennes c/ République de Finlande), aff. C-195/04, *Rec.*, p. I-03351, point 81 à 83.

¹⁹¹ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 214.

¹⁹² C.J.C.E., 13 novembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ République d'Irlande), aff. C-507/03, *Rec.*, p. I-09777.

concurrence préalable. Saisie d'une plainte, la Commission lança une procédure en manquement.

Il est premièrement intéressant de noter les Conclusions de l'avocat général Stix-Hackl. Celle-ci préconisa que le droit primaire pouvait s'appliquer à des contrats qui étaient également soumis au champ d'application des directives¹⁹³. En effet, La Cour a consenti de longue date que l'application du droit primaire ne pouvait pas être mise en échec par l'existence de directives sur les marchés publics, à condition toutefois que la matière ne soit pas réglée de façon exhaustive par le droit dérivé¹⁹⁴.

Dans le cas d'espèce, la directive n'a pas entendu harmoniser de façon complète les règles de transparence concernant les contrats de la catégorie B. Par conséquent, le droit primaire doit être envisagé comme additionnel aux prescriptions du droit dérivé car, dans le cas contraire, l'attribution des contrats tombant en dehors du champ d'application des directives serait octroyée selon des exigences plus strictes que celles prévues pour les services non-prioritaires¹⁹⁵.

En second lieu, la Cour va affirmer que la soustraction des services non-prioritaires à la majeure partie des obligations prescrites par le droit dérivé ne repose que sur une présomption car ceux-ci ne sont en effet pas supposés intéresser les échanges s'effectuant au sein du marché intérieur¹⁹⁶. Cependant, force est de constater que, si un tel intérêt devait se retrouver dans les marchés de services non-prioritaires, l'exclusion initiale deviendrait par la même occasion caduque et il faudrait soumettre ces marchés à des principes régulant leur passation afin de s'assurer que l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et la transparence soient respectées¹⁹⁷.

¹⁹³ Conclusions de l'Avocat Général Stix-Hackl sur C.J.C.E., 13 novembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ Irlande), aff. C-507/03, *Rec.*, p. I-09777.

¹⁹⁴ C.J.C.E., 22 septembre 1988 (Commission des communautés européennes c/ Irlande), aff. C-45/87, *Rec.*, p. I-4929, point 27 ; C.J.C.E., 27 octobre 2005 (Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA v Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud)), aff. C- 234/03, *Rec.*, p. I-09315.

¹⁹⁵ Conclusions de l'Avocat Général Stix-Hackl sur C.J.C.E., 13 novembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ Irlande), aff. C-507/03, *Rec.*, p. I-09777, point 67-68; A. BROWN, « Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC », *op. cit.*

¹⁹⁶ C.J.C.E., 13 novembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ Irlande), *op. cit.*, point 25.

¹⁹⁷ C.J.C.E., 13 novembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ Irlande), *op. cit.*, point 26, 29 à 31 ; voy eg. C.J.C.E., 18 novembre 2010 (Commission européenne c/ Irlande), aff. C-226/09, *Rec.*, p. I-11807,

B. Quel degré de publicité ?

a) La proportionnalité

La Cour implique du principe de transparence des obligations de publicité découlant du Traité. Cependant, elle induit également un facteur d'insécurité pour les pouvoirs adjudicateurs car il est délicat d'imposer des principes généraux aux pouvoirs adjudicateurs se basant sur des dispositions aussi générales que le droit primaire sans en préciser clairement la portée.

La transparence, prise sous un angle économique, engendre à court terme des bénéfices pour les autorités publiques car, en ouvrant les marchés à un plus large nombre de soumissionnaires potentiels, la demande augmente et fait diminuer le prix des offres¹⁹⁸. Cependant, à long terme, les États membres peuvent se retrouver avec un fardeau administratif difficilement appréciable. La publicité coûte cher et les recours judiciaires s'accroissent ; cette obligation implique dès lors du temps, de l'argent et de l'énergie¹⁹⁹, ce qui n'est peut-être pas justifié pour l'ensemble des « contrats et marchés publics ».

De plus, il est indéniable, que dans certains contextes, la délivrance de l'information de façon transparente s'avère délicate. C'est le cas, par exemple, lorsque les enjeux commerciaux du contrat reposent sur des secrets professionnels ou des prix stratégiques, mais également lorsque des considérations relatives à la sécurité pourraient rendre toute forme de publicité dangereuse pour l'organisation de l'État ou de l'entreprise ; on pense notamment aux marchés de la défense et à la sécurité nationale²⁰⁰.

Par conséquent, l'attribution d'un marché doit se faire dans le respect du principe de proportionnalité. Ce dernier implique que toute mesure adoptée soit nécessaire et appropriée au but recherché²⁰¹. À cet effet, l'information requise et les moyens pour sa communication

points 29-32 ; C.J.C.E., 17 mars 2011 (Strong Segurança SA c/ Município de Sintra et Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança), aff. C-95/10, *Rec.*, p. I-01865, point 35.

¹⁹⁸ C. H. BOVIS, *UE public procurement law*, *op. cit.*, p. 67 et 68; A. BROWN, « Seeing through transparency: the requirements to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty », *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁹ C. H. BOVIS, *Ibidem*.

²⁰⁰ O.C.D.E., *Integrity in public procurement, good practice from A to Z*, Paris, OCDE ed., 2007, p. 29 et 30.

²⁰¹ C.J.C.E., 11 juillet 1989 (Herman Schröder HS Kraftfuher GmbH & Co. KG c/ Hauptzollamt Gronau), C-265/87, *Rec.*, p. 2263, point 21 ; « ...la légalité de mesures imposant des charges financières aux opérateurs est subordonnée à la condition que ces mesures soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs

varieront en fonction de la taille du contrat et de la spécificité de son objet²⁰². Ce principe s'impose dès lors comme une limite à l'applicabilité absolue des principes généraux de transparence et d'égalité de traitement.

b) Intérêt transfrontalier

Sur base des éléments examinés *supra*, on peut conclure que l'applicabilité du principe de transparence et les obligations de mise en concurrence en découlant sont subordonnées à la présence d'un intérêt transfrontalier²⁰³. À partir du moment où le contrat pourrait intéresser un opérateur économique provenant d'un autre État membre, au nom de la protection du marché intérieur, on ne pourrait permettre qu'il subsiste des inégalités de traitement entre soumissionnaires car certaines entreprises seraient indéniablement favorisées au détriment d'une concurrence saine et effective²⁰⁴.

Les éléments à prendre en compte afin de savoir si la convention envisagée par le pouvoir adjudicateur présente un intérêt transfrontalier furent précisés par la jurisprudence de la Cour. Cet intérêt peut notamment être déduit de l'importance économique de la convention projetée²⁰⁵, de son lieu d'exécution²⁰⁶ ou des caractéristiques techniques l'affectant²⁰⁷. Il appartient dans tous les cas à la juridiction de renvoi d'apprécier les éléments pertinents de

légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés ».

²⁰² O.C.D.E., *Integrity in public procurement, good practice from A to Z*, Paris, OCDE ed., 2007, p. 30.

²⁰³ C.J.C.E., 15 octobre 2005 (Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.), *op. cit.*, pour les concessions de services publics ; C.J.C.E., 13 novembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ Irlande), *op. cit.*, pour les services non-prioritaires ; C.J.C.E., 26 avril 2007 (Commission des Communautés européennes c/ République de Finlande), *op. cit.*, pour les contrats tombant en dessous des seuils européens.

²⁰⁴ A. BROWN, « Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC », *op. cit.*, p. 9.

²⁰⁵ C.J.C.E., 15 mai 2008 (SECAP SpA et Santorso Soc. Arl c/ Comune di Torino), aff. Jointes C-147/06 et C-148/06, *Rec.*, p. I-03565.

²⁰⁶ C.J.C.E., 17 juillet 2008 (ASM Brescia SpA c/ Comune di Rodengo Saiano), aff. C-347/06, *Rec.*, p. I- 05641, point 62; C.J.U.E., 14 Novembre 2013 (Belgacom NV c/ Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) and Others.), aff. C-221/12, point 29.

²⁰⁷ C.J.C.E., 15 mai 2008 (SECAP SpA et Santorso Soc. Arl c/ Comune di Torino), *op. cit.*, point 24.

façon circonstanciée aux fins d'établir si le contrat présente des intérêts transfrontaliers ou non²⁰⁸.

c) Degré de publicité

Outil concurrentiel par excellence²⁰⁹, la publicité s'impose comme un moyen pour les entreprises situées sur le territoire d'un autre État membre d'être informées en temps utile sur les points essentiels d'un marché avant que celui-ci ne soit attribué et de pouvoir manifester leur intérêt dans les délais²¹⁰. Concrètement, le principe de transparence impose un degré de publicité adéquat²¹¹. Cette exigence reste cependant indéterminée pour la passation des marchés non soumis au champ d'application du droit dérivé²¹².

Dans l'arrêt *Parking Brixen*, la Cour a stipulé qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur d'apprécier le niveau de mise en concurrence nécessaire en fonction de la spécificité de la concession de service²¹³. Dès lors, les exigences en termes de publicité étant actuellement peu claires, le degré de publicité à fournir pour la mise en concurrence de chaque contrat ou marchés publics non soumis aux dispositions du droit dérivé, s'apprécierait en fonction du cas d'espèce²¹⁴. Il ne faudrait en effet pas interpréter le principe de transparence comme imposant

²⁰⁸ C.J.C.E., 23 décembre 2009 (*Serrantoni Srl et Consorzio stabile edili Scrl c/ Comune di Milano*), C-376/08, *Rec.*, p. I-12169, point 25.

²⁰⁹ D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *op. cit.*, p. 813.

²¹⁰ C.J.C.E., 26 septembre 2000 (*Commission des communautés européennes c/ France*), aff. C-225/98, *Rec.*, p. I-, point 35 ; C.J.C.E., 21 juillet 2005 (*Consorzio Aziende Metano c/Comune di cingia de'Botti*), *op. cit.*, point 21.

²¹¹ C.J.C.E., 7 décembre 2000 (*Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*, joined party: AG), *op. cit.*, point 62; C.J.C.E., 21 juillet 2005 (*Consorzio Aziende Metano c/Comune di cingia de'Botti*), *op. cit.*, points 16 et 17; C.J.C.E., 15 octobre 2005 (*Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.*), *op. cit.*, point 49 ; C.J.C.E., 6 avril 2006 (*Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*), *op. cit.*, point 21.

²¹² Celle-ci n'implique nécessairement une obligation de procéder à un appel d'offre (C.J.C.E., 21 juillet 2005 (*Consorzio Aziende Metano c/Comune di cingia de'Botti*), *op. cit.*, point 21)).

²¹³ C.J.C.E., 15 octobre 2005 (*Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.*), *op. cit.*

²¹⁴ Voy. au sujet des contrats dont les montants tombent sous les seuils européens : Conclusion de l'Avocat général Sharpston présentées le 18 janvier 2007 sur C.J.C.E., 26 avril 2007 (*Commission des Communautés européennes c/ République de Finlande*), *op. cit.*; au sujet des services non-prioritaires: Conclusions de l'Avocat Général Kokott présentées le 13 mars 2008 sur C.J.C.E., 19 juin 2008 (*pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH et APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*), aff. C-454/06, *Rec.*, p. I-04401, point 115 et 116.

des obligations de publicité similaires en tout point aux dispositions contenues dans le droit dérivé²¹⁵.

Force est en effet de constater que dans certaines hypothèses, la consultation directe auprès de certains opérateurs économiques est justifiée et constitue le moyen le plus efficace et économe de passer un marché. On pense notamment aux situations où seules certaines entreprises disposent des capacités nécessaires pour exécuter le contrat²¹⁶ ou aux contrats dont le montant est inférieur aux seuils de passation européens²¹⁷.

Toutefois, pour la Commission européenne, une publication préalable, même moins formalisée que celle encadrant la passation des marchés public est nécessaire²¹⁸ et la pratique consistant à passer des marchés de gré à gré, en s'adressant directement à certains soumissionnaires potentiels, n'est pas suffisante²¹⁹. Par conséquent, « la seule façon de respecter les exigences définies par la Cour consiste, dans la diffusion d'une publicité suffisamment accessible avant l'attribution du marché. Cette publicité doit être diffusée par l'entité adjudicatrice en vue d'ouvrir à la concurrence l'attribution du marché »²²⁰.

²¹⁵ Conclusions de l'avocat général J. Kokott présentées le 1er mars 2005 sur C.J.C.E., 15 octobre 2005 (Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.), *op. cit.*, point 37.

²¹⁶ T. CAMBIER et K. WAUTERS, « La concession de service public sous l'empire du droit européen *Note d'observations sous arrêt d'annulation du C.E., n° 212.886 du 2 mai 2011*, s.a. La Renaissance c/ La Ville de Namur », *M.C.P.*, 2013/1, p. 55 à 57.

²¹⁷ Conclusions de l'avocat général Sharpston présentées le 18 janvier 2007 sur C.J.C.E., 26 avril 2007 (Commission des Communautés européennes c/ République de Finlande), aff. C-195/04, *Rec.*, p. I-03351, point 81 à 83.

²¹⁸ A. BROWN, « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *op. cit.*, p. 173.

²¹⁹ Communication interprétative de la Commission du 1^{er} août 2006, «Le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»», COM (2006) 179 final, p. 4 ; Conclusions de l'Avocat Général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 8 novembre 2006 sur C.J.C.E., 21 février 2008 (Commission des communautés européennes c/ République italienne), aff. C-412/04, *Rec.*, p. I-00619, point 62.

²²⁰ Communication interprétative de la Commission du 1^{er} août 2006, «Le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»», COM (2006) 179 final, p. 4.

La Commission a énuméré plusieurs formes de publicité mises à disposition des pouvoirs adjudicateurs²²¹. On peut notamment citer : Internet, les journaux officiels nationaux, les bulletins nationaux spécialisés dans la publication d'avis de marchés publics, les quotidiens à diffusion nationale ou régionale ou publications spécialisées, les publications locales mais également le *Journal officiel de l'Union européenne/TED*. Le choix de l'un ou l'autre mode doit être guidé par l'intérêt que recouvre le contrat pour le marché intérieur et, par conséquent, plus l'intérêt du marché sera élevé pour les soumissionnaires potentiels d'autres États membres, plus l'utilisation des moyens de publicité devra être large²²².

d) Limites à l'application du principe de transparence

Le Traité prévoit en son sein des dispositions permettant de justifier des restrictions à l'application des principes généraux lorsqu'elles entrent dans l'une des hypothèses visées à l'article 52 du TFUE²²³. La Cour a eu l'opportunité de se prononcer sur ces exceptions et a par exemple rejeté l'argument de l'Etat italien selon lequel des mesures prises ayant pour but de réserver certains paris sportifs aux seules entreprises nationales participaient à l'exercice de l'autorité publique en ce que cette limitation à la concurrence était justifiée par la volonté de ne pas encourager ce genre d'activités²²⁴.

D'autre part, des raisons impérieuses d'intérêt général pourraient venir également limiter l'application des principes généraux²²⁵ et justifier des restrictions non-

²²¹ Communication interprétative de la Commission du 1^{er} août 2006, « Le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» », COM (2006) 179 final.

²²² Communication interprétative de la Commission du 1^{er} août 2006, «Le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» », COM (2006) 179 final, p. 3.

²²³ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, op. cit., p. 220 ; A. L. DURVIAUX et F. NAVEZ. «Cahier n°13 - Marchés publics et paradigme concurrentiel : état du droit». Cahiers de Sciences politiques de l'ULg, <http://popups.ulg.ac.be/csp/document.php?id=287>, p. 1.

²²⁴ C.J.C.E., 13 septembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/République italienne), aff. C-260/04, *Rec.*, p. I-07083, point 32.

²²⁵ C.J.C.E., 20 février 1979 (Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), aff. 120/78, *Rec.*, p. 00649, point 8; «les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs ».

discriminatoires²²⁶. Dans l'affaire Belgacom du 14 novembre 2013, la juridiction de renvoi demandait à la Cour si l'attribution directe par des entités publiques à un opérateur économique d'une concession de services pouvait justifier une dérogation aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination²²⁷. La Cour stipula que les raisons invoquées par l'entité selon lesquelles l'octroi de cette concession aurait été fait dans l'intérêt des consommateurs ne pouvaient se distinguer de celles de dépréciation économique de l'activité, la circonstance de cet octroi ne concernant pas l'ensemble des consommateurs. Or, selon la Cour, les motifs de nature économiques ne peuvent être admis comme raisons impérieuses d'intérêt général justifiant une restriction aux obligations de mise en concurrence²²⁸.

Section 3. Egalité de traitement et la marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur

Les obligations découlant du Traité jouent un rôle majeur dans l'encadrement du choix que doit effectuer le pouvoir adjudicateur, aussi bien au stade de la sélection des candidats qu'au stade de l'attribution de l'offre²²⁹. De fait, son pouvoir discrétionnaire, est limité non seulement par les libertés fondamentales mais également par le principe d'égalité de traitement et son corollaire la transparence. Si la jurisprudence en la matière est plus développée en ce qui concerne la passation des marchés publics, les enseignements de la Cour sont de façon plus ou moins large applicables aux contrats exclus du champ d'application des directives²³⁰.

²²⁶ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, op. cit., p. 220.

²²⁷ C.J.U.E., 14 Novembre 2013 (Belgacom NV c/ Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) and Others.), aff. C-221/12, point 35.

²²⁸ C.J.U.E., 14 Novembre 2013 (Belgacom NV c/ Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) and Others.), op. cit., point 41 à 43.

²²⁹ A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, op. cit., p. 430.

²³⁰ A.-L. DURVIAUX, *Ibidem.* ; P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *R.T.D.eur.*, 2002, p. 433.

§ 1. La phase de sélection du candidat

La phase de sélection qualitative procède de l'examen de la personnalité du candidat ou du soumissionnaire²³¹. Le pouvoir adjudicateur vérifie dans cette phase les capacités de chacun et exclut ceux qu'il juge inaptes à poursuivre la procédure dans la mesure où ils ne disposent pas des garanties leur permettant de prouver leur capacité financière, économique ou technique²³² afin de mener à bien le projet²³³.

A. Égalité des entreprises

Le principe d'égalité intervient afin de préserver l'accès du candidat à la procédure de passation. Dès lors, un marché ne peut être réservé à une certaine catégorie d'opérateurs au détriment des autres candidats²³⁴.

a) Exigences géographiques : non-discrimination en fonction de la nationalité

Le pouvoir adjudicateur ne peut édicter des exigences relatives à la localisation des candidats qui impliqueraient des discriminations²³⁵. Dans l'affaire Contse, la Cour a jugé que « l'article 49 CE s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur prévoit, dans le cahier des charges d'un marché public de services sanitaires de thérapies respiratoires à domicile et autres techniques de ventilation assistée, (...), une condition d'admission qui oblige l'entreprise soumissionnaire de disposer, au moment de la présentation de l'offre, d'un bureau ouvert au public dans la capitale de la province où le service doit être fourni »²³⁶. C'est également dans cette optique que la Cour stipula qu'une réglementation italienne était discriminatoire. Celle-ci était en effet destinée à réserver un certain pourcentage de marchés publics aux entreprises

²³¹ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, pp. 343-344; R. VAN MELSEN, « Aperçu de jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et du conseil d'Etat en matière de passation des marchés publics (2003-2007) », *C.D.P.K.*, 2007, p. 529.

²³² Et éventuellement ceux tombant sous la qualification requise pour activer la clause d'exclusion prévue au sein de la directive si le marché est soumis à son champ d'application. La jurisprudence étendit également

²³³ P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, op. cit., p. 268 ; P. COENRAETS et Y. SCHNEIDER, « Le choix des critères de sélection et d'attribution : la clef de voûte des marchés publics », in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL, B. DEMEULENAERE, *Chronique des marchés publics*, Bruxelles, EBP, 2011, p. 373 à 377.

²³⁴ P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », op. cit., p. 433.

²³⁵ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, op. cit., p. 244.

²³⁶ C.J.C.E., 27 octobre 2005 (Contse SA, Vivisol Srl et Oxigen Salud SA c/ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), anciennement Instituto Nacional de la Salud (Insalud)), aff. C-243/03, *Rec.*, p. I-09315, point 79.

établies dans une région précise du territoire italien discriminatoire par rapport aux entreprises provenant d'autres États membres²³⁷.

b) Prise en compte d'une aide d'état

Egalité de principe des soumissionnaires subventionnés et non-subventionnés

L'octroi d'une aide d'État à une entreprise soumissionnaire peut avoir une influence sur la façon dont le pouvoir adjudicateur évaluera sa candidature. La situation privilégiée du bénéficiaire de l'aide par rapport aux autres soumissionnaires doit-elle justifier une exclusion systématique ? Il fut question dans l'arrêt ARGE de la compatibilité de la participation d'une entreprise semi-publique subventionnée à un marché d'analyse d'eau avec les règles régissant les marchés publics, en ce compris le principe d'égalité de traitement²³⁸.

La Cour observe que la directive ne prévoit pas l'exclusion de telles entreprises. De surcroît, la participation d'organismes publics aux marchés de services y est expressément prévue, même si la qualité d'organismes publics recevant du pouvoir adjudicateur ou d'autres pouvoirs adjudicateurs des subventions leur permet d'émettre des offres à des prix nettement inférieurs en comparaison avec leurs co-soumissionnaires non subventionnés lors de la passation d'un marché public, cela n'implique pas en soi une rupture d'égalité²³⁹. Par conséquent, l'octroi d'une aide d'État ne peut avoir aucune implication sur la rupture du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires²⁴⁰.

Limite

Il ne faut cependant pas qu'une aide remette en cause la santé financière du pouvoir adjudicateur. En effet, dans l'hypothèse où cette aide aurait été octroyée de façon illicite, elle

²³⁷ C.J.C.E., 20 mars 1990 (Du pont de Nemours Italiana SPA c/ Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara), aff. C-21/08, *Rec.*, p. I-0088, points 11 à 18.

²³⁸ C.J.C.E., 7 décembre 2000 (ARGE Gewässerschutz c/Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft), aff. C-94/99, *Rec.*, p. I-11066 et pour un commentaire sur cet arrêt M. OHLER, « The position of semi-public tenderers in an award procedure under the E.C. Procurement Directives: a note on Case C-94/99 », *P.P.L.R.*, 2001, 2, p. 55.

²³⁹ C.J.C.E., 7 décembre 2000 (ARGE Gewässerschutz c/Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft), *op. cit.*, point 32 ; E. VAN NUFFEL, « Atteintes à la concurrence dans les contrats publics : Le droit de la concurrence est-il soluble dans le droit des marchés publics ou en émulsion ? », *Ent. Et Drt*, 2011, p. 228.

²⁴⁰ T. TREUMER, « The discretionary powers of the contracting entities – towards a flexible approach in the recent case law of European Court of Justice? », *P.P.L.R.*, 2006, 3, p. 75 et 76.

pourrait alors être annulée²⁴¹. Tel sera, par exemple, le cas d'une offre anormalement basse rendue possible par l'octroi d'une aide d'État. Le pouvoir adjudicateur pourra rejeter cette offre si elle s'avère illicite mais il devra cependant se conformer à la procédure contradictoire encadrée par les directives marchés publics²⁴² et devra de plus en informer la Commission²⁴³.

c) Impartialité : entreprise ayant participé à l'élaboration du projet

Prévention des conflits d'intérêts

L'application du principe d'égalité de traitement pourrait mener à exclure un candidat qui, préalablement à son offre, a participé à l'élaboration du marché. En effet, il arrive fréquemment que le pouvoir adjudicateur ne dispose pas des compétences commerciales ou des techniques requises pour élaborer seul les spécifications du projet. Par conséquent, il entrera dans une phase de dialogue technique²⁴⁴ avec une ou plusieurs entreprises spécialisées, qui l'aideront à établir ces spécifications en fixant, par exemple, la procédure d'appel d'offre ou le cahier des charges.

Le fait que l'entreprise ayant élaboré le projet soumissionne par la suite au contrat pourrait cependant soulever des conflits d'intérêts²⁴⁵. Le Tribunal de l'Union européenne a en effet stipulé que « le principe d'égalité de traitement en matière de marchés publics, le souci d'une bonne gestion financière des deniers communautaires et la prévention de la fraude rendent hautement critiquable, et le droit pénal de plusieurs Etats membres l'incrimine, le fait qu'une personne qui contribue à évaluer et sélectionner les offres d'un marché public se voie attribuer ce marché »²⁴⁶.

²⁴¹ C.J.C.E., 7 décembre 2000 (ARGE Gewässerschutz c/Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft), *op. cit.*, point 30.

²⁴² Art. 55, § 3 de la directive 2004/18/CE et art. 57, § 3 de la directive 2004/17/CE.

²⁴³ P. TREPTE, *Public procurement in the UE, a practitioner's guide*, Oxford university press, Oxford, 2007, p. 475 ; P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *op. cit.*, p. 335.

²⁴⁴ C. H. BOVIS, « Public procurement in the UE : Jurisprudence and conceptual direction », *ibidem*.

²⁴⁵ T. TREUMER, « The discretionary powers of contracting entities – towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice? », *P.P.L.R.*, 2006, 3, p. 73.

²⁴⁶ TPI, 15 juin 1999 (Ismeri Europa SRL c/ Cour des comptes), aff. T-277/97, *Rec.*, p. II-1825, point 112 ; voy Conclusions de l'Avocat Général. Mischo présentées le 13 décembre 2001 sur (Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne), *op. cit.*, point 160, cité par P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *op. cit.*, p. 447.

Proportionnalité

Cette situation pourra dès lors conduire à l'exclusion d'une entreprise privée participant à la procédure de passation. Ce faisant, le principe de proportionnalité devra être respecté. Il est cependant mal aisé de procéder de manière imparable au calcul de proportionnalité dans la pratique, en ce qu'il implique dans certains cas de faire la balance entre les intérêts financiers découlant du contrat et le principe d'égalité de traitement ; la Cour dans bien des cas demeure l'arbitre de l'équité²⁴⁷.

La Cour de Justice, saisie par le Conseil d'État belge se prononça dans l'arrêt *Fabricom*²⁴⁸ sur la conformité avec le droit de l'Union européenne d'une législation nationale adoptée dans le but d'exclure systématiquement de la mise en concurrence toute entreprise ayant participé au dialogue technique²⁴⁹. Cette affaire illustre à merveille le potentiel du principe d'égalité de traitement dans l'appréhension des contrats non soumis au champ d'application du droit dérivé²⁵⁰ et précise considérablement la portée de ce principe.

Selon l'entreprise *Fabricom*, cette législation était porteuse de discrimination car ses effets étaient d'exclure des candidats de la phase de sélection sans motivation et sans qu'il ne leur ait été donné l'opportunité de prouver que leur participation préalable à l'élaboration du projet ne portait pas préjudice à la phase postérieure de sélection des candidats²⁵¹. La Commission, soutenue sur ce point par l'Avocat Général P. Léger²⁵², fit valoir que le but de cette législation était justement de faire respecter le principe de non-discrimination et

²⁴⁷ C. H. BOVIS, « Public procurement in the UE: Jurisprudence and conceptual direction », *op. cit.*, p. 271 et s.; A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, *op.cit.*, p. 382.

²⁴⁸ C.J.C.E., 3 mars 2005 (*Fabricom SA c/ État belge*), aff. jointes C-21/03 et C-34/03, *Rec.*, p. I-01559.

²⁴⁹ C. DE WOLF, « Deelname aan een overheidsopdracht – Uitsluiting van elke persoon die werd belast met de ontwikkeling van de aan te besteden werken, leveringen of diensten van dezelfde opdracht », obs. à propos de C.J.C.E., 3 mars 2005, *Entr. Et dr.*, 2005, pp. 188 et 189.

²⁵⁰ S. ARROWSMITH, « The past and future evolution of EC Procurement law: From framework to common code? », *op. cit.*, p. 12.

²⁵¹ C. H. BOVIS, « Public procurement in the UE : Jurisprudence and conceptual direction », *op. cit.*, p. 143 ; T. TREUMER, «The discretionary powers of contracting entites – towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice?», *op. cit.*, p. 74.

²⁵² Conclusions de l'Avocat Général P. Léger présentées le 11 novembre 2004 sur C.J.C.E., 3 mars 2005 (*Fabricom SA c/ État belge*), *op. cit.*, point 40 à 44.

l'impératif d'une concurrence effective car cette situation particulière créait un déséquilibre entre les candidats²⁵³.

La Cour de justice ne va pas se rallier au pont de vue de la Commission²⁵⁴ car il n'est en effet pas incontestable qu'une personne ayant participé à l'élaboration d'un marché ait pu trouver dans cette préparation préalable à son offre des avantages substantiels au regard des autres candidats en terme d'accès à l'information sur le contrat²⁵⁵. Cependant, cette éventuelle différence de position des candidats ne préjuge en rien au fait que le principe d'égalité de traitement doit être strictement respecté lorsque les opérateurs économiques formulent leurs offres²⁵⁶.

Par conséquent, la Cour trouva que la loi nationale belge allait au-delà de ce qui était nécessaire afin d'assurer le respect du principe de non-discrimination²⁵⁷. Ce n'est que s'il est clairement établi que la présence de l'entreprise dans la phase de sélection entache de façon irrégulière les rapports concurrentiels entre les candidats qu'une entreprise aurait droit au chapitre de l'exclusion²⁵⁸.

Cette décision pose la Cour de Justice en gardienne de l'appréciation faite par les autorités des États membres du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires à la lumière des objectifs de concurrence²⁵⁹. Le principe de proportionnalité est assuré lorsqu'un candidat, avant toute exclusion préalable, s'est vu octroyer la possibilité de se justifier²⁶⁰. La Cour de Justice, au final, trouva un juste équilibre entre le maintien d'une concurrence saine au sein des marchés publics et le respect du principe d'égalité de traitement²⁶¹.

²⁵³ T. TREUMER, « The discretionary powers of contracting entities – towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice? », *Ibidem* ; A. L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 386.

²⁵⁴ C. H. BOVIS, « Public procurement in the UE: Jurisprudence and conceptual direction », *op. cit.*, p. 145. ; L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 239.

²⁵⁵ C.J.C.E., 3 mars 2005 (Fabricom SA c/ État belge), aff. C-21/03 et C-34/03, *Rec.*, p. I-1577, point 29.

²⁵⁶ C.J.C.E., 3 mars 2005 (Fabricom SA c/ État belge), *op. cit.*, point 68.

²⁵⁷ C.J.C.E., 3 mars 2005 (Fabricom SA c/ État belge), *Ibidem*.

²⁵⁸ C.J.C.E., 3 mars 2005 (Fabricom SA c/ État belge), *op. cit.*, point 36.

²⁵⁹ S. ARROWSMITH, « The past and future evolution of EC Procurement law: From framework to common code ? », *op. cit.*, p. 11.

²⁶⁰ C.J.C.E., 3 mars 2005 (Fabricom SA c/ État belge), *op. cit.*, point 35.

²⁶¹ T. TREUMER, « The discretionary powers of the contracting entities – towards a flexible approach in the recent case law of European Court of Justice? », *op. cit.*, p. 75.

B. Égalité et critères de sélection qualitative

a) Exigences de capacités financières, économiques, techniques et professionnelles

Contenu du droit dérivé

C'est en fonction des documents demandés que le pouvoir adjudicateur vérifie la capacité des candidats²⁶². A cet effet, la directive 2004/18/CE décrit au sein d'une liste les critères de capacités économiques et financières²⁶³ ainsi que ceux de capacités techniques et professionnelles²⁶⁴ qui correspondent en réalité à l'établissement de moyens de preuve, ou en d'autres termes d'exigences que le pouvoir adjudicateur pourra demander aux candidats dans le but de vérifier leurs aptitudes à réaliser le marché²⁶⁵, ce qui implique que les critères de sélection doivent être déduits de ces capacités²⁶⁶.

La directive 2004/17/CE se caractérise quant à elle par sa souplesse. Le législateur n'a pas voulu imposer des rigidités propices à entraver la spécificité découlant des activités y étant visées²⁶⁷. Les critères doivent être objectifs et être communiqués aux opérateurs économiques²⁶⁸, en dehors de cela leur choix est libre. Rien ne les empêche toutefois de s'inspirer de la directive générale aux fins de cet établissement²⁶⁹.

²⁶² R. VAN MELSEN, « Aperçu de jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et du conseil d'Etat en matière de passation des marchés publics (2003-2007) », *op. cit.*, p. 352.

²⁶³ Art 47 et 48 de la Dir 2004/18/CE ; La liste des références relatives aux capacités économiques et financières des candidats présente un caractère non-exhaustif, il est donc possible pour le pouvoir adjudicateur de demander d'autres références que celles présentes dans la liste (C.J.C.E., 9 juillet 1987 (SA Constructions et (CEI) et autres contre Société coopérative "Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes" et autres), aff. jointes C-27-29/86, *Rec.*, p. I-03347).

²⁶⁴ Art. 48, §§ 2 et 3 de la Dir. 2004/18/CE : La liste relative aux critères de capacités techniques et professionnelles présente quant à elle un caractère exhaustif. La Cour de justice a en effet admis qu'il n'était permis que pour les critères de capacités économiques et financières de prendre en considération d'autres références que celles figurant dans les listes établies par les directives (C.J.C.E., 10 février 1982 (SA Transporoute et travaux c/Ministère des travaux publics), aff. C-76/81, *Rec.*, p. I-417).

²⁶⁵ Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, p.154-157 ; T. CAMBIER ET K. WAUTERS, « Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative », *C.D.P.K.*, 2012, p. 398 ; D. MARDRAS et D. TRIANTAFYLLOU, « Criteria for qualitative selection in public procurement : a legal economic analysis », *P.P.L.R.*, 1995, 4, p. 145-158 ; A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, *op. cit.*, p. 451 et 452.

²⁶⁶ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 245.

²⁶⁷ K. WAUTERS, J. GHYSELS et J. ANTHIERENS, « Overheidsopdrachten, Rechtspraak Hof van Justitie 2001-2007 », Bruxelles, Larcier, 2008, p. 23 ; A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, *op. cit.*, p. 448.

²⁶⁸ Art. 54 de la Dir. 2004/17/CE.

Effet de levier

Les exigences relatives aux capacités des candidats sont intrinsèquement liées à l'objet du marché²⁷⁰. En effet, à travers la fixation de ces exigences, on lit la volonté du législateur européen de circonscrire l'appréciation de la capacité d'un candidat à ce qui est nécessaire afin d'exécuter le marché, le choix du pouvoir adjudicateur est dès lors limité par l'objet du marché²⁷¹. Par conséquent, ces critères peuvent également être employés afin de sélectionner des candidats participant à une procédure d'octroi d'une concession ou d'un marché public tombant en dehors du champ d'application des directives²⁷². En vertu du principe d'égalité de traitement, il importe en effet que la capacité des candidats ne soit pas évaluée sur base de critères qui pourraient s'avérer discriminatoires essentiellement car ceux-ci ne viseraient pas à évaluer des données en lien direct avec l'objet du marché²⁷³.

b) Évaluation des candidats

Sous le droit dérivé

Le pouvoir adjudicateur procèdera à l'évaluation de l'aptitude des candidats en vertu des documents demandés²⁷⁴. Son choix peut être fait, soit sur base d'un niveau minimal d'exigence que les candidats devront satisfaire²⁷⁵, soit sur base de critères de sélection²⁷⁶. Un

²⁶⁹ A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, op. cit., p. 448 ; L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, op. cit., p. 245.

²⁷⁰ D. MARDRAS et D. TRIANTAFYLLOU, « Criteria for qualitative selection in public procurement : a legal economic analysis », op. cit., p. 147.

²⁷¹ Communication interprétative de la Commission du 4 juillet 2001, « Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés », COM (2001) 274 final, p. 16 ; C.J.U.E., 10 mai 2012 (Commission européenne c/Royaume des Pays-Bas), C-368/10, point 108 : Dans l'affaire Max Havelaar, la Cour de justice a statué à l'irrégularité des documents de marché étant donné que les critères de capacité technique et professionnelle posés par le pouvoir adjudicateur étaient liés à des impératifs de responsabilité sociétale. Or ces exigences ne pouvant être rattachées à l'une des catégories figurant dans la liste de l'article 48 de la directive générale, la Cour de justice fut contrainte de refuser leur application ; Pour un commentaire de cette affaire voy. C. DUBOIS et J. DUVAL, « Marchés publics et « Max Havelaar » : une (simple et équitable ?) histoire de labels...Commentaires sur la prise en compte de considérations environnementales et sociales en matière de marchés publics », *M.C.P.*, 2013/2, p. 146.

²⁷² Communication de la Commission du 7 février 2008, « L'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) », COM (2008) 6661 final, p. 7.

²⁷³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 478.

²⁷⁴ P. COENRAETS et Y. SCHNEIDER, « Le choix des critères de sélection et d'attribution : la clef de voûte des marchés publics », op. cit., p. 375.

²⁷⁵ P. FLAMEY et J. GHYSELS, « Bekendmakings-, selectie-en gunningsvoorschriften in de klassiek sectoren voor overheidsopdrachten (II) », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 476-477.

classement des candidats sera effectué en fonction de ces critères et certains seront sélectionnés par rapport aux résultats qu'ils auront obtenus dans ce classement. En tout état de cause, les modalités de sélection devront être mises en œuvre de façon objective, non-discriminatoire et en lien avec l'objet du marché²⁷⁷.

Impact du Traité

Le pouvoir adjudicateur peut décider de fixer un niveau d'exigence. Si les directives restent muettes quant à l'établissement de ce niveau, le pouvoir adjudicateur devra néanmoins l'élaborer de façon proportionnelle et en lien avec le marché. Il ne faudrait pas en effet qu'en instaurant un tel niveau, l'autorité ait en dessein d'éliminer certaines catégories spécifiques de candidats ou d'en favoriser d'autres, ce qui conduirait à une discrimination²⁷⁸.

La Cour s'est en effet opposée aux discriminations indirectes dans la fixation des critères de sélection²⁷⁹, en admettant « que l'exigence, parmi les conditions de participation à une procédure d'adjudication de marchés publics de travaux, d'un justificatif d'inscription du concepteur à l'ordre des architectes d'un État membre favorisait nécessairement la prestation des services par les architectes de cet état membre ce qui constitue une discrimination par

²⁷⁶ A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, op. cit., 2006, p. 462-463 ; P. FLAMEY et J. GHYSELS, op. cit., C.D.P.K., 2000, p. 475 ; R. VAN MELSEN, « Aperçu de jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et du conseil d'Etat en matière de passation des marchés publics (2003-2007) », op. cit., p. 532 et 533 ; « La proscription de tout effet discriminatoire s'obtient en prédéterminant dans chaque cas, dans le cadre délimité par la règle, les critères devant régir le processus et les niveaux de capacités et d'expérience requis » (Conclusion de l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 5 juin 2001 sur C.J.C.E., 27 novembre 2001 (Impresa Lombardini SpA c/ Impresa Generale do costruzioni), op. cit., point 26).

²⁷⁷ R. VAN MELSEN, « Aperçu de jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et du conseil d'Etat en matière de passation des marchés publics (2003-2007) », *Ibidem* ; A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, op. cit., p. 451 à 460 ; T. CAMBIER et K. WAUTERS, « Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative », op. cit., p. 403 et 404.

²⁷⁸ T. CAMBIER et K. WAUTERS, « Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative », *Ibidem* ; D. MARDRAS et D. TRIANTAFYLLOU, « Criteria for qualitative selection in public procurement : a legal economic analysis », op. cit., p. 150.

²⁷⁹ P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », op. cit., p. 437

rapport aux architectes communautaires et partant, une restriction à la libre prestation des services de ceux-ci »²⁸⁰.

Le droit primaire de l'Union sera également pertinent et viendra faire échec à l'application de réglementations nationales allant à l'encontre des principes généraux, car ce n'est pas en effet la fixation préalable au sein d'une liste établie par la loi que l'absence de toute discrimination sera garantie entre les candidats²⁸¹. Dans l'arrêt « Bellini », la Cour jugea que « les conditions d'aptitude des entrepreneurs exigées par les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le Traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services »²⁸².

§ 2. Phase d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse

Lorsque la phase de sélection qualitative est achevée, il incombe au pouvoir adjudicateur de vérifier la régularité des offres déposées avant de passer à leur évaluation²⁸³. Ensuite, il procèdera à l'évaluation des offres des candidats sur base de critères d'attribution qui devront être non-discriminatoires et en lien avec l'objet.

A. Rejet des offres anormalement basses

Lorsque le pouvoir adjudicateur procède à l'examen de la conformité des offres avec le cahier des charges ou l'avis de marché, un certain nombre d'offres seront éliminées avant même d'avoir atteint le stade de l'évaluation²⁸⁴. Une présomption de régularité s'attache

²⁸⁰ C.J.C.E. 26 septembre 2000 (Commission des communautés européennes c/ République française), aff. C-225/98, *Rec.*, p. I-07445, point 87.

²⁸¹ P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *op. cit.*, p. 436; C.H. BOVIS, *UE Public procurement*, *op. cit.*, p. 72 ; C.J.C.E., 9 juillet 1987 (SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) et autres c/ Sociét coopérative « Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes » et autres), aff. Jointes C- 27, 28 et 29/86, *Rec.*, p. 3347.

²⁸² C.J.C.E., 9 juillet 1987 (SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) et autres c/ Société coopérative « Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes » et autres), aff. Jointes C- 27, 28 et 29/86, *Rec.*, p. 3347.

²⁸³ R. VAN MELSEN, « Aperçu de jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et du conseil d'Etat en matière de passation des marchés publics (2003-2007) », *op. cit.*, p. 538.

²⁸⁴ P. FLAMME, M.-A. FLAMME, C. DARDENNE, *op. cit.*, p. 173.

toutefois à l'offre qu'un candidat dépose auprès du pouvoir adjudicateur. Ce dernier ne pourra renverser cette présomption que dans le respect du principe du contradictoire²⁸⁵.

a) Offres anormalement basses et principe du contradictoire

Lorsqu'une offre anormalement basse se présente au pouvoir adjudicateur, la crainte de l'insolvabilité de l'offrant et de la mauvaise exécution du projet pourrait l'amener à rejeter l'offre de façon systématique²⁸⁶. Une entreprise peut également commettre des pratiques anticoncurrentielles, illicites, en émettant une offre anormalement basse dans le but d'asseoir ses parts de marché et d'éliminer les autres concurrents²⁸⁷. Inversement, les petites et moyennes entreprises, indépendamment du risque concret d'insolvabilité, pourraient recourir à de tels procédés dans le but d'accroître leur attractivité auprès du pouvoir adjudicateur et de conserver leur place sur le marché²⁸⁸.

Néanmoins, une offre anormalement basse n'est pas indissociablement entachée d'illicéité car la différence de prix peut résider dans l'octroi d'un subside ou d'une factuelité économique plaçant l'entreprise dans une position de force pour émettre des offres basses²⁸⁹. La rejeter, sans chercher à comprendre les raisons qui lui ont permis d'être émise, constitue dès lors un frein à la concurrence aux mérites et une atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats.

b) La procédure

Dans l'optique d'irradier toute élimination automatique qui ne tiendrait pas compte de la situation particulière du candidat, les articles 55 et 57 des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE²⁹⁰ ont établi une procédure contradictoire²⁹¹. Avant de rejeter systématiquement

²⁸⁵ Art 55, al 1, Directive 2004/18/CE ; Art. 57, al. 1 Directive 2004/17/CE ; P. FLAMME, M.-A. FLAMME, C. DARDENNE, *Ibidem*.

²⁸⁶ P. TREPTE, *op. cit.*, p. 474; L. RICHER, *L'Europe des marchés publics, op. cit.*, 2009, p. 267.

²⁸⁷ P. REIS, *La concurrence et les marchés publics*, Thèse Nice, Ed. Presses Universitaires du Septentrion, 2001, p. 141 et s.

²⁸⁸ M. DESCHAMPS et P. REIS, « Système d'enchères et marchés publics : du moins disant au mieux disant » in D. HURON et J. SPINDLER, *Le management public en mutation*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 279.

²⁸⁹ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics, op. cit.*, 2009, p. 267. Par exemple, en raison de sa structure et d'une bonne gestion de ses actifs une entreprise pourrait se permettre d'accroître sa productivité et d'améliorer de la sorte son capital financier.

²⁹⁰ Art. 55 de la directive 2004/18/CE et Art. 57 de la directive 2004/17/CE.

²⁹¹ P. TREPTE, *op. cit.*, p. 474.

toute offre anormalement basse, le pouvoir adjudicateur ne peut se baser uniquement sur l'écart de prix existant avec les offres des autres candidats. Il doit préalablement demander par écrit au candidat des précisions lui semblant pertinentes concernant les détails de l'offre²⁹². À cet effet, une liste de références stipule ces précisions au sein des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE²⁹³.

Après avoir obtenu ces renseignements, le pouvoir adjudicateur pourra procéder à une plus ample analyse du cas et donner à l'entreprise l'opportunité de se justifier quant à ses ressources économiques²⁹⁴. En d'autres termes, l'appréciation par le pouvoir adjudicateur d'une offre anormalement basse doit se faire de manière contradictoire et au cas par cas²⁹⁵.

c) Égalité de traitement

La Cour de Justice a établi une jurisprudence constante quant aux systèmes automatiques d'élimination des offres anormalement basses que les États membres pourraient adopter. Dans les affaires Transporoute et Lombardini, la Cour a rejeté la validité d'une disposition nationale rejetant systématiquement certaines offres sur la base d'un critère arithmétique qui ne donnait pas la possibilité à l'entreprise de se justifier conformément aux règles prévues par les directives²⁹⁶.

La Cour précisa toutefois dans l'affaire Lombardini que la directive, laissant la notion d'offre anormalement basse et les méthodes de calcul des seuils d'anormalité à la discrétion des États membres, n'interdisait pas *de facto* l'établissement de méthodes de calcul pour

²⁹² Art. 57, § 1, al. 1 de la Dir. 2004/17/CE et art. 55, § 1, al. 1 de la Dir. 2004/18/CE.

²⁹³ Art. 57, § 1, al. 2 de la Dir. 2004/17/CE et art. 55, § 1, al. 2 de la Dir. 2004/18/CE ; « si la liste contenue à l'article 55, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2004/18 n'est pas exhaustive, elle n'est toutefois pas purement indicative, et ne laisse donc pas les pouvoirs adjudicateurs libres de déterminer quels sont les éléments pertinents à prendre en considération avant d'écarter une offre apparaissant anormalement basse » C.J.U.E., 29 mars 2012 (SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Scheiz) AG et autres c/Úrad pre verejné obstarávanie), C-599/10, point 30.

²⁹⁴ Art. 57, § 2, de la Dir. 2004/17/CE et art. 55, § 2, de la Dir. 2004/18/CE.

²⁹⁵ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, op. cit., p. 267 ; A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, op. cit., p. 483 et 484 ; C. H. BOVIS, *EC public procurement law*, op. cit., p. 286.

²⁹⁶ C.J.C.E., 10 février 1982 (SA Transporoute et travaux c/Ministère des travaux publics), op. cit., point 18 ; C.J.C.E., 27 novembre 2001 (Impresa Lombardini SpA c/ Impresa Generale do costruzioni), aff. jointes C-285/99 et C-286/99, *Rec.*, p. I- 9233, point 58.

autant qu'elles restent objectives et non-discriminatoires et qu'elles respectent la procédure contradictoire²⁹⁷.

Les cas cités *supra* concernaient tous des contrats tombant sous le champ d'application du droit dérivé. Toutefois, dans l'affaire SECAP du 15 mai 2008, la Cour a confirmé que les obligations contenues dans les directives concernant le rejet des offres anormalement basses s'appliquaient également aux contrats tombant hors du champ d'application des directives en vertu du respect du droit primaire²⁹⁸.

B. Égalité et critères d'attribution de l'offre

L'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse se fait selon l'établissement de critères qui pourront prendre en compte divers facteurs. Le prix en fait partie mais il ne s'agit pas de l'unique donnée qui entrera dans le champ d'appréciation du pouvoir adjudicateur. Les directives ont inséré dans leurs dispositions une liste pouvant servir de guidance au pouvoir adjudicateur²⁹⁹ qui n'est cependant pas exhaustive³⁰⁰, et d'autres données sur la base desquelles le pouvoir adjudicateur évaluerait le contenu des offres pourraient par conséquent entrer en compte³⁰¹.

La marge d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur est dès lors empreinte d'une plus grande subjectivité dans le choix des critères qui détermineront l'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse que lorsqu'il attribue une offre au regard du prix le plus bas. Cependant, si cette subjectivité laisse supposer une entière liberté, diverses restrictions viendront s'y heurter et notamment les exigences découlant du Traité³⁰².

²⁹⁷ P. TREPTE, *op. cit.*, p. 475-477 ; C. H. BOVIS, *op. cit.*, p. 287.

²⁹⁸ C.J.C.E., 15 mai 2008 (SECAP SpA and Santorso Soc. . arl c/ Comune di Torino), aff. jointes C-147/06 et C-148/06, *Rec.*, p. I-03565, point 35 ; L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 268 ; A. BROWN, « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *P.P.L.R.*, 2010, 5, p. 177 et 178.

²⁹⁹ P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, *op. cit.*, p. 608 et 609 ; TREPTE, *op. cit.*, p. 446 et 467.

³⁰⁰ C.J.C.E., 4 décembre 2003 (EVN AG et Wienstrom GmbH), aff. C-448/01, point 39 ; C.J.C.E., 17 septembre 2002 (Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab c/ Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne), aff. C-513/99, *Rec.*, p. I-7213, point 54 ; C.J.C.E., 18 octobre 2001 (SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo), *op. cit.*, point 35.

³⁰¹ P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, *op. cit.*, p. 608 et 609 ; P. TREPTE, *op. cit.*, p. 446 et 467.

³⁰² Ph. FLAMME, M-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, pp. 150-151 ; D. HOOGHE, *op. cit.*, 1997, pp. 373-379 ; P. TREPTE, *op. cit.*, pp. 466 et 467.

a) Critères et principe de non-discrimination

Un pouvoir adjudicateur ne peut fixer des critères d'attribution entrant en contradiction avec le principe de non-discrimination ou établis dans le but de réserver le marché à certaines entreprises au détriment des autres candidats³⁰³. Dans l'arrêt GAT, la Cour s'est ainsi prononcée sur un critère d'attribution relatif à la possibilité d'examiner le produit octroyé dans le contrat dans un rayon de 300 km depuis le lieu d'établissement du pouvoir adjudicateur. Selon la Cour, un tel critère ne présente aucune pertinence afin d'apprécier les aspects qualitatifs ou économiques d'une offre puisqu'il n'est pas apte à fonder un jugement objectif aux fins de son évaluation et ne présente aucun lien avec l'objet du contrat³⁰⁴.

b) Pertinence à évaluer l'offre : lien avec l'objet du marché

Un critère doit être pertinent afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse³⁰⁵, ce qui implique qu'il doit être en rapport avec l'objet du marché³⁰⁶. Par conséquent, des critères se basant sur l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le marché, sur une donnée adjacente au contenu de l'offre, sur la quantité que le fournisseur est en mesure de délivrer ou ne permettant pas un contrôle effectif de l'exactitude des informations devront être déclarés inaptes à évaluer l'offre³⁰⁷.

³⁰³ C. H. BOVIS, « Developing public procurement regulation: jurisprudence and its influence on law making », *C.M.L.R.*, 2006, p. 463.

³⁰⁴ C. H. BOVIS, *UE public procurement law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, p. 138; K. WAUTERS, J. GHYSELS et J. ANTHIERENS, « Overheidsopdrachten, Rechtspraak Hof van Justitie 2001-2007 », Bruxelles, Larcier, 2008, p. 120 ; C.J.C.E., 19 juin 2003 (Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) c/ Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)), *op. cit.*, point 74 ; pour une application de ce principe aux services non-prioritaires voy C.J.C.E., 27 octobre 2005 (Contse SA, Vivisol Srl et Oxigen Salud SA c/ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), anciennement Instituto Nacional de la Salud (Insalud)), aff. C-234/03, *Rec.*, p. I-09315, point 79.

³⁰⁵ C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), *op. cit.*, point 29 et 30 : « Or, s'il est vrai que, dans ce dernier cas, les critères pouvant être retenus par les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas énumérés de manière limitative à l'article 36, paragraphe 1, de la directive 92/50 et que cette disposition laisse donc aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, il n'en reste pas moins que ce choix ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse » ; C.J.C.E., 18 octobre 2001 (SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo), *op. cit.*, points 35 et 36.

³⁰⁶ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 277 et s. ; Art. 53, 1 de la directive 2004/18/CE et 55, 1 de la directive 2004/17/CE.

³⁰⁷ C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), *op. cit.*, point 19 et 20 ; C.J.C.E., 19 juin 2003 (Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) c/ Österreichische Autobahnen und

La condition du lien avec l'objet du marché joua un rôle central dans la prise en compte de critères d'attributions relevant des politiques secondaires telles que celles liées à la préservation de l'environnement ou visant à lutter contre les inégalités sociales³⁰⁸. C'est en vertu du respect du principe d'égalité de traitement que la Cour a admis l'intégration de critères d'attribution non expressément inclus dans les directives régissant la passation des marchés publics³⁰⁹.

Critères environnementaux

L'arrêt Concordia³¹⁰ du 17 septembre 2002 fut l'opportunité pour la Cour de se prononcer sur les antagonismes qui existaient au sujet du caractère essentiellement économique de l'offre³¹¹. Dans cette affaire, l'entreprise Concordia contestait l'attribution d'un marché faite au regard de critères écologiques car, selon son elle, l'évaluation des offres devrait toujours s'effectuer en fonction de critères purement économiques. Le juge national posa une question préjudicielle en interprétation à la Cour, afin de savoir si l'inclusion dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse de tels critères était possible.

Selon la Commission européenne, la prise en compte d'un critère environnemental est soumise à une lecture économique, étant donné que l'offre doit « comporter un avantage économique au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur »³¹². Ceci implique que l'intérêt

Schnellstraßen AG (ÖSAG)), *op. cit.*, points 63 et 64; C.J.C.E., 4 décembre 2003 (EVN AG and Wienstrom GmbH c/ Republik Österreich), aff. C-448/01, *Rec.*, p. I-14527, point 52 et 67 ; C.J.C.E., 27 octobre 2005 (Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA c/ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud)), *op. cit.*, point 79.

³⁰⁸ S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, «EC regulation of public procurement », *op. cit.*, p. 235.

³⁰⁹ P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *op. cit.*, ; voy Communication de la Commission du 28 novembre 2001, « Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », COM (2001) 274, p. 27 à 41.

³¹⁰ C.J.C.E., 17 septembre 2002 (Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab c/ Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne), aff. C-513/99, *Rec.*, p. I-7213.

³¹¹ P. FLAMME, M.-A. FLAMME, C. DARDENNE, *op. cit.*, p. 180.

³¹² Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 274 final, p. 27 à 41 ; Livre vert du 27/11/1996 relatif aux marchés publics dans l'Union européenne COM (1996) 583 final ; Communication de la commission européenne du 11/3/1998 les marchés publics dans l'Union européenne, COM (1998) 143 final ; Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, COM (2001) 274 final.

général est gouverné par le marché et qu'un critère environnemental ne peut se concevoir que lorsqu'il participe au développement économique d'une activité³¹³.

La Cour ne sera cependant pas de cet avis et affirme que « lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché aux soumissionnaires ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut prendre en considération des critères écologiques, (...), pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, soient expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination »³¹⁴.

La démarche adoptée dans cette affaire est dès lors plus permissive que celle prônée par la Commission³¹⁵. En admettant la prise en compte de critères écologiques comme critères d'évaluation s'appliquant à tous les marchés, qu'ils tombent ou non sous le champ d'application des directives³¹⁶, la Cour se conforme à l'opinion de son avocat général³¹⁷. Néanmoins, bien qu'il autorise la prise en compte de critères additionnels, le prononcé de la Cour reste nuancé car leur établissement est confronté à la limite du lien avec l'objet du marché³¹⁸.

³¹³ C. ALVÈS, « Marchés publics, environnement et droit communautaire : le marché contre la puissance publique... tout contre ? », *Aménagement-Environnement*, 2010/1, p. 8 ; P. THIEL, « Les clauses environnementales dans les marchés publics », *Aménagement-environnement*, Kluwer, 2003/2, p. 68.

³¹⁴ C.J.C.E, 17 septembre 2002 (Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab c/ Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne), *op. cit.*, point 54.

³¹⁵ T. GLIOZZO, « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres », *A.J.D.A.*, 2002, p. 1471 à 1474.

³¹⁶ C. ALVES, « Marchés publics, environnement et droit communautaire : le marché contre la puissance publique... tout contre ? », *op. cit.*, p. 8.

³¹⁷ Conclusions de l'Avocat Général Mischo sur C.J.C.E, 17 septembre 2002 (Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab c/ Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne), *op. cit.*, point 101 « Un critère d'ordre écologique peut être intégré parmi les critères d'attribution sans qu'il soit nécessairement établi qu'il a une dimension économique ou présente un avantage économique, direct ou non, pour l'entité adjudicatrice ».

³¹⁸ P. FLAMME, M.-A. FLAMME, C. DARDENNE, *op. cit.*, p. 180 ; C. ALVES, « Marchés publics, environnement et droit communautaire : le marché contre la puissance publique... tout contre ? », *op. cit.*, p. 8.

Critères sociaux

L'objet des marchés publics peut sembler à priori étranger à toute forme de considération sociale. Cependant, sous l'angle de leur exécution, la qualité de la prestation faisant l'objet du marché public peut dépendre de la formation acquise par les employés et des conditions de travail dans lesquelles celui-ci s'exécute³¹⁹.

Dans l'arrêt Beentjes, une entreprise s'était vue refuser l'attribution d'un marché de travaux au motif qu'elle ne semblait pas capable de satisfaire aux obligations d'employer des chômeurs de longue durée. Selon la Cour, ce motif d'éviction est valide car il ne se borne pas à réserver l'opportunité de participer au contrat aux seules entreprises situées dans une région déterminée³²⁰. La solution de la Cour est toutefois équivoque³²¹ car la clause d'éviction dont il est question s'apparente plus à la notion de condition de régularité des offres qui produit un effet plus radical qu'un critère puisque son but est d'éjecter immédiatement le candidat n'ayant pas respecté l'obligation qu'elle édicte. Le critère, au contraire, laisse place à une évaluation de la part du pouvoir adjudicateur, ce qui, dans le cas d'espèce, n'a pas eu lieu³²².

Cependant, de façon explicite, dans l'arrêt Commission contre France la Cour stipula que « la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée, qui était en cause dans (l'affaire Beentjes) avait servi de base pour exclure un soumissionnaire et ne pouvait dès lors que constituer un critère d'attribution du marché »³²³. Par conséquent, la Cour, en contradiction avec la Commission européenne³²⁴, cautionne l'existence d'un critère social dans la procédure d'attribution de l'offre la plus économiquement avantageuse³²⁵.

³¹⁹ P. REIS, « Marchés publics et ordre concurrentiel : ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics », in *L'ordre concurrentiel Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Frison-Roche ed., 2004, p. 162.

³²⁰ C.J.C.E., 20 septembre 1988 (Gebroeders Beentje BV c/ Etat des Pays-Bas), aff. 31/47, *Rec.*, p. I-4652.

³²¹ J. MARTIN, « Le critère du mieux-disant social enfin en grâce », *A.J.D.A.*, 8 juillet 2013, p. 1399.

³²² P. FLAMME, M.-A. FLAMME, C. DARDENNE, *op. cit.*, p. 133 à 136.

³²³ C.J.C.E., 26 septembre 2000 (Commission des communautés européennes c/ République française), aff. C-225/98, *Rec.*, p. I-07445, point 52.

³²⁴ Communication de la Commission du 2001, « Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », COM (2001) 566 final, pp. 12-16.

³²⁵ P. REIS, « Marchés publics et ordre concurrentiel : ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics », *op. cit.*, p. 163 ; P. FLAMME, M.-A. FLAMME, C. DARDENNE, *op. cit.*, p. 134 ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, *op. cit.*, p. 880.

Consécutivement à cette jurisprudence, le législateur de l'Union a souhaité prendre en compte la jurisprudence de la Cour en introduisant des critères supplémentaires, qui permirent l'intégration des politiques secondaires dans le droit dérivé des marchés publics³²⁶.

§. 3. Publicité adéquate

Une publicité adéquate dans la passation des marchés publics fixe les règles du jeu, et donc le cadre dans lequel les candidats et les soumissionnaires vont se concurrencer³²⁷. Elle implique que les critères soient communiqués préalablement aux soumissionnaires de façon suffisamment précise, mais aussi que les sous-critères fassent l'objet d'une publicité. Les obligations concernant la publicité se sont considérablement étendues au cours de ces dernières années sous l'influence de la jurisprudence de la Cour. Les directives reprennent ces enseignements.

A. Publicité des critères

a) Principe

Dans un souci de permettre aux soumissionnaires d'en faire une interprétation similaire, le pouvoir adjudicateur doit spécifier les critères qui baseront son choix à tous les stades de la procédure, préalablement et en temps utile dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché³²⁸. Ce prérequis s'inscrit dans une optique de sécurité juridique et est intrinsèquement lié au principe d'égalité de traitement³²⁹. Les critères doivent effectivement

³²⁶ S. ARROWSMITH et P. KUNZLIK, «EC regulation of public procurement », *op. cit.*, p. 235 ; voy premier cons. de la directive 2004/18/CE « La présente directive est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux ».

³²⁷ D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *op. cit.*, p. 816.

³²⁸ C.J.C.E., 20 septembre 1988 (Gebroeders Beentjes BV c/ Etat des Pays-Bas), *op. cit.*, point 21 ; C.J.C.E., 25 avril 1996 (Commission des communautés européennes c/ Royaume de Belgique), *op. cit.*, points 54, 88 et 89 ; C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), *op. cit.*, point 35.

³²⁹ C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, joined party: AG), *op. cit.*, point 61; C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), *op. cit.*, point 35.

s'appliquer de la même façon à tous les soumissionnaires et ne doivent pas laisser de place à des considérations purement subjectives³³⁰.

Dès lors, afin de mettre les soumissionnaires sur un pied d'égalité tout au long de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs devront leur communiquer les critères par le biais d'une publicité adéquate³³¹. Il est donc interdit au pouvoir adjudicateur de faire une interprétation divergente des critères au cours de l'évolution de la procédure, ou de les modifier sous peine d'enfreindre le principe de transparence. Les critères, une fois établis par le pouvoir adjudicateur, engagent celui-ci pour le reste de la procédure³³².

b) Effet de levier

Dans l'arrêt *Telaustria*, la Cour imposa une obligation de transparence lors de la procédure de passation des concessions de service³³³ sans que l'on puisse induire toutefois que l'ensemble des procédures prévues par les directives devaient être forcément respectées³³⁴. Cependant, les obligations de publicité que la jurisprudence édicta doivent contenir une information nécessaire afin de laisser une appréciation aux soumissionnaires potentiels quant à leur participation à la procédure ; de fait, la connaissance des critères d'attribution a une importance dans le choix des soumissionnaires de participer ou non à la procédure. Selon la Commission, cette obligation s'impose également aux concessions et aux marchés publics exclus du champ d'application des directives³³⁵.

³³⁰ P. THIEL et V. DOR, *Le nouveau régime des marchés publics : principales innovations introduites par les lois des 15 et 16 juin 2006*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 159.

³³¹ C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), *op. cit.*, point 40 ; C.J.C.E., 18 octobre 2001 (SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo), *op. cit.*, point 34, C.J.C.E., 24 novembre 2005 (ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc c/ ACTV Venezia SpA), aff. C-331/04, *Rec.*, p. I-10109, point 22 ; voy. Article 44, 3 de la Dir 2004/18/CE et 54, 1 et 2, de la Dir 2004/17/CE.

³³² Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, p. 182.

³³³ C.J.C.E., 7 décembre 2000 (*Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*, joined party: AG), *op. cit.*, point 61.

³³⁴ Conclusions de l'Avocat Général Fenelly présentées le 8 mai 2000 sur C.J.C.E., 7 décembre 2000 (*Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*, joined party: AG), *op. cit.*, point 43.

³³⁵ Communication de la Commission du 7 février 2008, « L'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) », COM (2008) 6661 final, p. 7.

B. Précision des critères

Afin de protéger les soumissionnaires d'évaluations vagues et imprécises laissant place à l'arbitraire, les critères doivent être définis de manière suffisamment précise³³⁶. Dans l'affaire Beentjes, la Cour affirma, au sujet d'une législation nationale qui permettait l'exclusion d'un soumissionnaire parce que son offre semblait moins acceptable au pouvoir adjudicateur que « cette disposition serait incompatible avec (l'article 29) de la directive dans la mesure où elle aurait pour effet de conférer aux pouvoirs adjudicateurs une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché en cause à un soumissionnaire »³³⁷.

C. Pondération des critères et publication des sous-critères

a) Apports de la jurisprudence de la Cour de Justice

Dans l'affaire Universale-Bau, les soumissionnaires avaient été informés des critères établis aux fins de la sélection des candidats et de l'attribution de l'offre. Cependant, le pouvoir adjudicateur avait omis de leur délivrer le système de pondération relatif à cette attribution et la Cour statua que, lorsque l'autorité adjudicatrice établit à l'avance un système de points ou d'évaluation, celui-ci doit être rendu public aux candidats³³⁸. En effet, cette obligation est nécessaire et utile à tous les stades de la procédure, afin que les soumissionnaires potentiels puissent élaborer et adapter le contenu de leur demande de participation ou de leurs offres en fonction de l'importance que le pouvoir adjudicateur accorde à chacun des critères³³⁹.

Avec l'arrêt Lianakis, les enseignements de la Cour furent étendus à la publication des sous-critères³⁴⁰. La Cour rappela en effet l'importance du principe de transparence et le fait que

³³⁶ L. RICHER, *op. cit.*, p. 274.

³³⁷ C.J.C.E., 20 septembre 1988 (Gebroeders Beentjes BV c/ Etat des Pays-Bas), aff. 31/87, *Rec.*, p. I-4652, point 26.

³³⁸ C.J.C.E., 12 décembre 2002 (Universale-Bau Ag c/ Entsorgungsbetriebe simmering GmbH), aff. C-470/99, *Rec.*, p. I-11692, point 99 et 100 ; C.E., s.p.l.r. Archi + I, 7 juin 2006, n°159. 657 : « ..déterminent les références et les preuves pouvant être demandées par le pouvoir adjudicateur afin d'apprécier la capacité économique et financière des soumissionnaires ; qu'elles n'en fixent toutefois pas le niveau, qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer de façon univoque dans l'avis de marché les références qu'il entend obtenir, voire même les niveaux à atteindre par les entreprises pour être prises en considération lors de la sélection ».

³³⁹ C.J.C.E., 12 décembre 2002 (Universale-Bau Ag c/ Entsorgungsbetriebe simmering GmbH), *op. cit.*, point 93 et 99 ; P. THIEL, « Les critères de sélection et d'attribution des marchés publics », *op. cit.*, p. 182.

³⁴⁰ P. THIEL, « Les critères de sélection et d'attribution des marchés publics », *op. cit.*, p. 181.

tous les soumissionnaires devaient avoir eu connaissance au moment de la préparation de l'offre de tous les éléments qui entreraient en considération lors du choix du pouvoir adjudicateur³⁴¹. Par conséquent, « un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération ou des sous-critères pour les critères d'attribution qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires »³⁴².

b) Obligations prévues par le droit dérivé

La directive 2004/18/CE tira les enseignements de la jurisprudence et intègre une obligation de pondération des critères d'attribution en son article 53, § 2, qui stipule que « le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ». Cette pondération prend la forme d'une fourchette ; si elle ne peut être établie, les critères sont hiérarchisés par ordre décroissant d'importance³⁴³. On notera toutefois le silence de la directive en ce qui concerne la pondération des critères de sélection qualitative³⁴⁴.

c) Effet de levier

Les enseignements dégagés par l'arrêt Lianakis concernant la publication des sous-critères et leur pondération relative concerne des contrats tombant sous le champ d'application des directives. Cependant, cet arrêt se base largement sur le principe d'égalité de traitement qui sous-tend aussi bien les directives que le Traité. Par conséquent, une application de ces enseignements aux contrats non soumis aux dispositions des directives pourrait trouver lieu d'être³⁴⁵.

Dans l'affaire Commission contre Irlande de 2010, la Cour stipula cependant que le

³⁴¹ C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), *op. cit.*, point 36 ; voy eg C.J.C.E., 25 avril 1996, (Commission des communautés européennes c/ Belgique), *op. cit.*, point 88 ; C.J.C.E., 12 décembre 2002 (Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH), *op. cit.*, point 98 ; C.J.C.E., 24 novembre 2005 (ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc c/ ACTV Venezia SpA), *op. cit.*, point 24.

³⁴² C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), *op. cit.*, point 38.

³⁴³ Art. 53, § 2, al. 3 de la directive 2004/18/CE.

³⁴⁴ R. VAN MELSEN, « Aperçu de jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et du conseil d'Etat en matière de passation des marchés publics (2003-2007) », *C.D.P.K.*, 2007.

³⁴⁵ A. BROWN, « EU primary law requirements in practice: advertising, procédures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *op. cit.*, p. 178.

respect du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires n'impliquait pas que l'obligation qu'il impose « aille jusqu'à exiger que, dans le cadre de marchés non soumis à une disposition telle que l'article 53 de (la directive 2004/18/CE), la pondération relative de critères utilisés par le pouvoir adjudicateur soit préalablement déterminée et annoncée aux soumissionnaires potentiels lorsqu'ils sont invités à présenter leurs offres »³⁴⁶.

Ce prononcé marque dès lors une limite à l'effet de levier en qu'il implique qu'une convergence parfaite entre les régimes découlant du droit dérivé et du droit primaire n'est pas possible. Face au caractère essentiellement procédural de certaines dispositions contenues au sein des directives, on ne peut en effet pas concevoir de rupture du principe d'égalité de traitement et par conséquent, le principe de transparence ne pourrait être violé³⁴⁷.

³⁴⁶ C.J.C.E., 18 novembre 2010 (Commission européenne c/ Irlande), aff. C-226/09, *Rec.*, p. I-11807, points 29-32 et 43.

³⁴⁷ C.J.C.E., 17 mars 2011 (Strong Segurança SA c/ Município de Sintra et Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança), aff. C-95/10, *Rec.*, p. I-01865, point 39.

Conclusion

Il n'y a pas de vide juridique en ce qui concerne les marchés non soumis au champ d'application des directives régissant la passation des marchés publics. Les concessions de services publics, les contrats sous les seuils européens et les services non-prioritaires sont encadrés par un ensemble de règles européennes aptes à assurer que leur passation se fait dans le respect d'une concurrence effective. En plus des règles contenues dans les libertés fondamentales, des obligations positives édictées par le biais des principes généraux d'égalité de traitement et de transparence proclamés par la Cour et découlant directement du Traité leur sont désormais applicables. Ces principes sont en effet inhérents à la passation des marchés publics et doivent régir toute forme d'intervention de la part des pouvoirs adjudicateurs.

Cette activité jurisprudentielle de la Cour permet de mettre en évidence un phénomène que l'on a désigné sous le nom d'effet de levier et qui permet d'aller puiser des obligations contenues dans le droit dérivé afin de les appliquer à des situations qui, le cas échéant, n'auraient pu être encadrées juridiquement. Dès lors, par la stricte application des principes généraux qu'elle promeut, on peut constater que la Cour de Justice restreint la possibilité, tant pour les Etats membres que pour les pouvoirs adjudicateurs, d'appréhender la passation des marchés non soumise au droit dérivé de façon flexible³⁴⁸. Ces derniers se voient en effet imposer des contraintes émanant directement du droit primaire européen.

Parmi celles-ci, la publicité vient s'imposer au pouvoir adjudicateur. Cette dernière découle du principe général de transparence, et s'impose comme le moyen par excellence pour faire prévaloir le principe d'égalité de traitement. Elle permet, en effet, d'élargir l'accès à l'information afin que tous les soumissionnaires potentiels puissent participer à la procédure et que le marché ne soit pas réservé à une catégorie unique de prétendants. La Cour laisse cependant planer une insécurité juridique en ce qu'elle ne détermine pas la portée de ce principe de façon claire et unanime, ce qui peut laisser les pouvoirs adjudicateurs face à un fardeau administratif difficilement appréciable.

³⁴⁸ S. ARROWSMITH, « The past and future evolution of EC Procurement law: From framework to common code ? », *op. cit.*, pp. 357 et 358; T. TREUMER, «The discretionary powers of the contracting entities – towards a flexible approach in the recent case law of European Court of Justice? », *op. cit.*,

Une limite à l'application des principes généraux voit ainsi le jour sous la notion d'intérêt transfrontalier. La mise en concurrence des marchés non soumis au champ d'application du droit dérivé est en effet obligatoire lorsque la convention envisagée est susceptible d'intéresser un opérateur économique localisé dans un autre Etat membre. On ne peut dès lors affirmer qu'à l'heure actuelle une obligation spécifique en matière de publication³⁴⁹ et d'appel d'offre³⁵⁰ pèse sur l'ensemble des contrats ou marchés publics.

L'édiction des principes généraux aurait donc pu laisser penser que le droit des marchés publics européen allait vers une parfaite convergence entre les régimes découlant du droit primaire et ceux découlant du droit dérivé mais, en pratique, tous les contrats ou marchés publics ne peuvent être placés sur un même pied d'égalité³⁵¹. En effet, c'est encore selon l'étendue et la nature du contrat que le pouvoir adjudicateur choisira la publicité adéquate à effectuer. *In fine*, la présence d'un intérêt transfrontalier empreint cette jurisprudence et seuls les contrats les plus importants sont soumis aux obligations de publicité européenne³⁵².

Les objectifs sous-tendant cette jurisprudence sont néanmoins clairs. La Cour tente, certes, de renforcer l'intégrité au sein de la passation des marchés publics, mais tend essentiellement à préserver la réalisation du marché intérieur. Les enjeux économiques de l'intégration européenne passent dès lors en premier plan et façonnent les pratiques procédurales de la passation des contrats et marchés publics. Or, cette finalité n'est pas l'unique quête du droit des marchés publics. La préservation de l'intérêt général constitue en effet la raison pour laquelle les pouvoirs adjudicateurs ont besoin de recourir à de tels procédés.

Une deuxième contrainte vient également s'imposer au pouvoir adjudicateur au niveau de la marge d'appréciation dont celui-ci dispose lors de la sélection des candidats ou de l'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse. Afin de préserver l'égalité de

³⁴⁹ C.J.C.E., 21 février 2008 (Commission des Communautés européennes c/ République italienne), aff. C-412/04, *Rec.*, p. I-00619, point 62.

³⁵⁰ C.J.C.E., 21 juillet 2005 (Consorzio Aziende Metano c/ Comune di cingia de'Botti), *op. cit.*, point 21.

³⁵¹ D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *op. cit.*, p. 811 et 812 ; O.C.D.E., *Integrity in public procurement, good practice from A to Z*, Paris, OCDE ed., 2007, p. 30.

³⁵² T. CAMBIER et K. WAUTERS, «La concession de service public sous l'empire du droit européen Note d'observations sous arrêt d'annulation du C.E., n° 212.886 du 2 mai 2011, s.a. La Renaissance c/ La Ville de Namur», *M.C.P.*, 2013/01, p. 55-57.

traitement entre les soumissionnaires et le principe de transparence, le choix du pouvoir adjudicateur doit être effectué de manière objective tout en permettant au plus grand nombre de candidats de participer à la procédure et ce, que le marché soit soumis ou non au champ d'application du droit dérivé. Partant, un effet de levier peut également être observable à tous les stades de la procédure. En effet, il en est ainsi pour l'établissement de critères de sélection et d'attribution non-discriminatoires et préalablement publiés, pour le respect de la procédure contradictoire dans le cas du rejet des offres anormalement basses, pour l'admission de critères additionnels visant à intégrer des considérations environnementales ou sociales dans les marchés publics ainsi que pour l'interdiction d'éliminer systématiquement toute entreprise ayant préalablement participé à l'élaboration d'un marché ou un candidat bénéficiant de subventions.

Si l'édiction des principes généraux peut paraître critiquable en raison de l'insécurité juridique que ceux-ci impliquent, la Cour n'entend pas leur donner une portée absolue mais tente au contraire d'instaurer un cadre là où la réglementation fait défaut. Des limites subsistent de plus à l'effet de levier. La Cour refusa, par exemple, d'appliquer l'obligation de publication des sous-critères et leur pondération relative à des services non-prioritaires³⁵³. Il n'y a donc pas une stricte convergence entre les règles découlant du droit dérivé et celles contenues dans le droit primaire. La jurisprudence de la Cour ne tente en effet qu'à pallier les ruptures d'égalité. Dès lors, l'effet de levier ne pourra pas être impliqué d'une obligation essentiellement procédurale car son non-respect n'aurait aucune influence sur l'observance du principe d'égalité de traitement.

Face aux limites qui se dressent à l'application des principes généraux, on peut dès lors conclure que, là où le droit dérivé ne contient aucune disposition, ou devant le caractère essentiellement général du droit primaire, un pouvoir conséquent est laissé entre les mains des Etats membres afin de lutter contre les discriminations dans la pratique des marchés publics et d'instaurer un cadre organisationnel sain pour la société, pour autant que le principe de coopération loyale soit préservé. Les directives n'étant pas vouées à régir la matière de façon exhaustive, la flexibilité de ces instruments octroie une marge d'appréciation aux Etats

³⁵³ C.J.C.E., 18 novembre 2010 (Commission européenne c/ Irlande), *op. cit.*

membres afin de maintenir ou adopter des règles complémentaires³⁵⁴. Mais la liberté qui leur est octroyée n'est cependant pas absolue car les principes d'égalité de traitement et de transparence sont ancrés de façon inconditionnelle dans la pratique des marchés publics. Par ailleurs, les Etats membres ne semblent pas opposés à cette limitation. Plus encore, le législateur européen a inséré expressément le principe de transparence dans le droit dérivé³⁵⁵. Cette consécration normative peut dès lors être interprétée comme reflétant la volonté des Etats d'incorporer, en droit national, ces principes de façon effective³⁵⁶.

³⁵⁴ C.J.C.E., 20 septembre 1988 (Gebroeders Beentjes BV c/ Etat des Pays-Bas), *op. cit.*, point 20.

³⁵⁵ Voy. art. 11 de la Directive 2004/17/CE et Art. 2 de la Directive 2004/18/CE.

³⁵⁶ S. DE MARS, « The limits of general principles: a procurement case study », *op. cit.*, p. 321.

Bibliographie

LÉGISLATION

Européenne

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (résultant du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007), J.O.U.E., C306/01.

Directive 2007/66/CE du parlement européen et du conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, J.O.U.E., 20 Décembre 2000, L 335, p.31.

Règlement (CE) n°1251/2011 de la Commission du 30 novembre 2011 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés –Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *J.O.C.E.*, n° L 319 du 2 décembre 2011, pp. 43-44.

Directive n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, J.O.U.E., L 134, 30 avril 2004, p. 114-240 .

Directive n° 2004/17/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, J.O.U.E., L 134, 30 avril 2004, p. 1-113.

Directive n°2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006, relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, J.O.U.E., L. 318, 17 novembre 2006, p. 17-25.

Belge

Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M. B.*, 5 juin 2013.

DOCTRINE

Ouvrages

Monographies

ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 1474 p.

BRABANT, A., *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et outre-mer*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 1996, 1063 p.

BRECHON-MOULENES, Chr., *Concession de service public*, Paris, Dalloz, 1993.

BOVIS C. H., *UE public procurement law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, 488 p.

BOVIS C. H., *EC public procurement law*, Harlow, Longman, 1997, 138 p.

CLERC E., *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, étude comparée des solutions au titre de l'accord OMC sur les marchés publics, du droit communautaire et des nouvelles réglementations suisses*, Fribourg, ed. Universitaires, 1997, 668 p.

D'HOOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 694 p.

DONY, M., *Droit de la Communauté et de l'Union européenne*, Bruxelles, éd. ULB, 2001, 151 p.

DURVIAUX, A. L., *Droit administratif, Tome I l'action publique*, Bruxelles, Larcier, 2011, 472 p.

DURVIAUX, A. L., *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, 612 p.

DURVIAUX, A. L., *Les marchés publics dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (1995-2000)*, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 2

FALLON, M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 722 p.

FRISON-ROCHE, M.-A., *Droit de la concurrence*, Paris, Précis Dalloz, 2006, 451 p.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1962, 205 p.

JEANNEAU, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, 287 p.

MICHEL, N., *Les marchés publics dans la jurisprudence européenne. Exposé systématique des arrêts et ordonnances de la Cour de justice des communautés européennes*, Fribourg, éd. Universitaires, 1995, 147 p.

MÖRIC, E. K., *Les partenariats public-privé- Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, 264 p.

MONGOUACHON, C., *Abus de position dominante et secteur public*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 804 p.

O.C.D.E., « Integrity in public procurement, good practice from A to Z », Paris, O.C.D.E ed., 2007.

POLLACK, M. A., *The engines of European integration*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 512 p.

SCHULTZ, P., *Eléments du droit des marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 2002, 2^{ième} éd., 192 p.

REIM, F., *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, Paris, L'harmattan, 2002, 502 p.

REIS, P., *La concurrence et les marchés publics*, Thèse Nice, Ed. Presses Universitaires du Septentrion, 2001, 527 p

RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 2012, 798 p.

RICHER, L., *L'Europe des marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 2009, 393 p.

TREPTE, P., *Public procurement in the UE, a practitioner's guide*, Oxford university press, Oxford, 2007, 704 p.

THIEL, P., *Mémento des marchés publics et des PPP*, Bruxelles, Kluwer, 2013, 1418 p.

VAN GARSSE, S., *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2007, 745 p.

VOGEL, L., *Droit européen des affaires, Traité de droit économique*, Paris, Lawlex, 2011, 1838 p.

WATHELET, M., *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, 786 p.

WEISS, F., *Public Procurement in European Community Law*, London, The Athlone Press, 1993, 234 p.

Ouvrages collectifs

AKINTOYE, A., BECK, M. et HARDCASTLE C., *Public-private partnership, Managing risks and opportunities*, Oxford, Blackwell sciences, 2003, 422 p.

ARROWSMITH, S. et KUNZLIK, P., *Social and environmental policies in EC procurement law, New Directives and New Directions*, Cambridge, Cambridge university press, 2009, 509 p.

BATSELÉ, D., FLAMME, P. et QUERTAINMONT, PH, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 441 p.

DE KONINCK, C et RONSE, T., *Droit européen des marchés publics, Les Directives communautaires et 25 années de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Waterloo, Kluwer, 2009, 739 p.

BAUER-BERNET, H., « Egalité, information et droit communautaire », in PERELMAN, Ch., *L'Egalité*, Bruylant, Bruxelles, 1982, 624 p.

CLEMENT J. et RICHER D., *Les marchés publics de travaux des collectivités territoriales*, Paris, Economica, 1993, 462 p.

COENRAETS, P. et Y. SCHNEIDER, Y., « Le choix des critères de sélection et d'attribution : la clef de voûte des marchés publics », in DE KONINCK, C., FLAMEY, P., THIEL, P., DEMEULENAERE, B., *Chronique des marchés publics*, Bruxelles, EBP, 2011, 1140 p.

DELGRANGE, X, « Les limites constitutionnelles à la privatisation », in Lombaert, B., *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Charte, 2005, 394 p.

DESCHAMPS, M. ET REIS, P., « Système d'enchères et marchés publics : du moins disant au mieux disant », in HURON, D. et SPINDLER, J., *Le management public en mutation*, Paris, L'Harmattan, 2008, 383 p.

DRIJBER, B. J., « Liberté de prestation de services et SIEG », in LOUIS J.V. et RODRIGUES S., *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 450 p.

DUBOUIS, L. et BLUMANN, C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Lextenso, 6^{ième} ed. 2012, 688 p.

DURVIAUX, A.-L., « Les pouvoirs locaux et le droit dérivé des marchés publics: la théorie de l'in house », in *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen*, journée d'études organisée par l'AFSCA (Association francophone des sciences administratives), à Namur, Kluwer, 2008, 229 p.

FLAMME, PH, FLAMME, M.-A. et DARDENNE, C., *Les marchés publics européens et belges, l'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2009, 332 p.

LINOTTE, D. et ROMI, R., *Droit du service public*, Paris, Litec, 2007.

MARTENS B. et De HORNOIS K., *Overheidsopdrachten, Praktisch handboek voor de ondernemer*, UGM, 2005, 197 p.

MOÏSES F., « Le consommateur service public », in MOÏSE F, *Le nouveau marché de l'énergie, guide juridique à l'usage des distributeurs et des consommateurs*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007.

MOOR, P., « Introduction à la théorie de la légalité », in MORAND, Ch.-A., *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, 203 p.

NIHOUL, P., « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'état et les marchés publics », in JADOUL, P., LOMBAERT, B., TULKENS, F., *Le para étatisme, nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Bruxelles, La Charte, 2010, 602 p.

REIS, P., « Marchés publics et ordre concurrentiel : ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics » in *L'ordre concurrentiel Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Frison-Roche ed., 2004, 515 p.

THIEL, P. et DOR, V., *Le nouveau régime des marchés publics : principales innovations introduites par les lois des 15 et 16 juin 2006*, Waterloo, Kluwer, 2007, 231 p.

THIEL, P., « Critères de sélection et d'attribution des marchés publics », in RENDERS, D. et WAUTERS, K., *Actualités du droit des marchés publics, Actes du colloque du 6 mai 2010*

organisé par le Centre Montesquieu d'études de l'action publique de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2010, 283 p.

Périodiques

ALTER K. J., « Who are the « Masters of the Treaty »?: European Governments and the European Court of Justice », *International Organization*, 1998/Vol. 52, no. 1, p. 121-147.

ARROWSMITH, S., « The past and future evolution of EC Procurment law: From framework to common code? », *P.C.L.J.*, 2006, pp. 337-384.

ARROWSMITH, S., « Public Procurment as an Instrument of Policy and the Impact of Market Liberalisation », *L. Q. R.*, 1995, pp. 235-284.

ALVÈS, C., « Marchés publics, environnement et droit communautaire : le marché contre la puissance publique...tout contre ? », *Aménagement-Environnement*, 2010/1, p. 3-12.

BERTRAND, V., « La réforme européenne des marchés publics dans les « secteurs classiques », *J.D.E.*, 1/2005, p. 2

BOVIS, C. H., « Public procurment in the UE: Jurisprudence and conceptual directions », *C.M.L.R.*, 49, 2012, pp. 247 à 290.

BOVIS, C. H., « Developing public procurment regulation: jurisprudence and its influence on law making », *C.M.L.R.*, 2006, pp. 461-495.

BRAUN, P., « A matter of principle(s) – the treatment of contracts falling outside the scoop of European public procurement directives », *P.P.L.R.*, 2000, 1, pp. 39-48.

BROWN, A., « Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC treaty », *P.P.L.R.*, 2007, 1, pp. 1-21.

BROWN, A., « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *P.P.L.R.*, 2010, 5, p. 169-181.

CAMBIER, T. et WAUTERS, K., « Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative », *C.D.P.K.*, 2012, pp. 387-405.

CASSIA, P., « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTDeur*, 2002, pp. 415-416.

DELAHAUT, P. J., « La notion d'égalité dans les marchés publics », *A.P.T.*, 1982, p. 176.

DELSAUX, A., « The role of the Commission in enforcing EC public procurement rules », *P.P.L.R.*, 2004, 3, pp. 130-152.

DE MARS, S., « The limits of general principles: a procurement case study », *E.L.Rev.*, 2013, 38, 3, pp. 316-334.

DEOM, D. et NIHOUL, P., « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *R.G.D.*, pp. 801-829.

DE WAELE, H., « The role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary and Normative Assessment », *HanseLR*, 2010/Vol. 6 n°1, pp. 931-964.

DE WOLF, C., « Deelname aan een overheidsopdracht – Uitsluiting van elke persoon die werd belast met de ontwikkeling van de aan te besteden werken, leveringen of diensten van dezelfde opdracht », obs. à propos de C.J.C.E., 3 mars 2005, *Entr. et dr.*, 2005, pp. 188-196.

DUBOIS, C. et DUVAL, J., « Marchés publics et « Max Havelaar » : une (simple et équitable ?) histoire de labels...Commentaires sur la prise en compte de considérations environnementales et sociales en matière de marchés publics », *M.C.P.*, 2013/2, pp. 143-150.

DURVIAUX, A. L. et THIRION, N., « Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire », *J.T.*, 2004, pp. 17 à 27.

DURVIAUX, A.-L. et NAVEZ, F., « Cahier n°13 - Marchés publics et paradigme concurrentiel : état du droit ». Cahiers de Sciences politiques de l'ULg, <http://popups.ulg.ac.be/csp/document.php?id=287>

KRÜGER, M., « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on concessions », *P.P.L.R.*, 2003, 5, pp. 181-207.

FATÔME, E. et MÉNÉMÉMIS, A., « Intérêt général, concurrence et service public », *A.J.D.A.*, 2006, pp. 67-72.

FLAMEY, P. et GHYSELS, J., « Bekendmakings-, selectie-en gunningsvoorschriften in de klassiek sectoren voor overheidsopdrachten (II) », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 456-486.

GILLET, E. et DUBOIS, C., « L'organisation des pouvoirs publics et la jurisprudence communautaire – Quelques échos récents relatifs à l'exception "in house" et à la coopération locale », *Rev. dt. Communal*, 2011/1, p. 12.

GLIOZZO, T., « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres », *A.J.D.A.*, 2002, p. 1471-1474.

DUBOIS, C., « To be or not to be « in house »?, obs. relatives à l'exception "In house" après l'arrêt CARBOTERMO, *C.D.K.P.*, 2007, p. 213.

HORSLEY, T., « Reflections on the role of the Court of Justice as the « motor » of european integration : legal limits to judicial lawmaking », *C.M.L.R.*, 2013, 50, pp. 931-964.

MATTERA, A., « Les marchés publics : dernier rempart du protectionnisme des Etats », *R.M.U.E.*, 1993, pp. 2-12.

MATTERA, A., « La politique communautaire des marchés publics : nécessité ou souci de perfectionnisme ? », *R.M.U.E.*, 4/1996.

MARDRAS, D. et D. TRIANTAFYLLOU, D., « Criteria for qualitative selection in public procurement : a legal economic analysis », *P.P.L.R.*, 1995, 4, pp. 145-158.

MARTIN, J., « Le critère du mieux-disant social enfin en grâce », *A.J.D.A.*, 8 juillet 2013, p. 1399.

NEUMAYR, F., « Value for money v. equal treatment: the relationship between the seemingly overriding national rationale for regulating public procurement and the fundamental E.C. principle of equal treatment », *P.P.L.R.*, 2002, 4, pp. 215-234.

NIHOUL, P., « La réforme européenne des marchés publics dans les « secteurs classiques » », *J.D.E.*, 1/2005, pp. 1-11.

NIHOUL, P., « La notion de « marché public » : éléments transversaux et matériels », *M.C.P.*, 2011/1, pp. 5-36.

NIHOUL, P., « Les marchés publics dans l'Union européenne (1995-2000) », *J.D.E.*, 2001, pp. 161-179.

OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *R.I.E.J.*, 2000.44, pp. 1-92.

OLHER, M., « The position of semi-public tenderers in an award procedure under the E.C. Procurement Directives : a note on Case C-94/99 », *P.P.L.R.*, 2001, 2, pp. 54-56.

PIJNACKER HORDIJK, E. ET MEULENBELT, M., « A bridge too far: why the European Commission's attempts to construct an obligation to tender outside the scope of the public procurement directive should be dismissed », *P.P.L.R.*, 2005, 3, pp. 123-130.

THIEL, P., « Les clauses environnementales dans les marchés publics », *Aménagement-environnement*, Kluwer, 2003/2, pp. 65-78.

TREUMER, S., « The discretionary powers of the contracting entities – towards a flexible approach in the recent case law of European Court of Justice? », *P.P.L.R.*, 2006, 3, pp. 75- 76.

VANDERSANDEN, G., « Examen de jurisprudence (deuxième partie) des Communautés européennes », *R.C.J.B.*, 2000, 3e trimestre, pp. 559 - 630.

TREUMER, S. et WERLAUFF, E., « The leverage principle: secondary Community law as a lever for the development of primary Community law », *E.L. Rev.*, 2003, 28(1), pp. 124 -131.

VAN MELSEN, R., « Aperçu de jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et du conseil d'Etat en matière de passation des marchés publics (2003-2007) », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 519- 572.

VAN NUFFEL, E., « Atteintes à la concurrence dans les contrats publics : Le droit de la concurrence est-il soluble dans le droit des marchés publics ou en émulsion ? », *Ent. et Drt*, 2011, pp. 225 - 237.

WAUTERS, K. et GHYSELS, J., « De transparantieplicht bij de gunning van overheidsvereenkomsten in de rechtspraak van het Hof van Justitie, met rechtsvergelijkende annotaties », *R. W.*, 2008-09, pp. 386-401.

CAMBIER, T. et WAUTERS, K., « La concession de service public sous l'empire du droit européen , note d'observations sous arrêt d'annulation du C.E., n° 212.886 du 2 mai 2011, s.a. La Renaissance c/ La Ville de Namur », *M.C.P.*, 2013/1, pp. 49 -57.

Conclusions d'Avocats Généraux

Conclusions de l'Avocat Général Fenelly présentées le 8 mai 2000 sur C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, joined party: AG), aff. C-324/98, *Rec.*, p. I-10745.

Conclusions de l'Avocat Général Jacobs présentées le 10 mai 2001 sur C.J.C.E., 18 octobre 2001 (SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo), aff. C-19/00, *Rec.*, p. I-07725.

Conclusions de l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 5 juin 2001 sur C.J.C.E., 27 novembre 2001 (Impresa Lombardini SpA c/ Impresa Generale do costruzioni), aff. jointes C-285/99 et C-286/99, *Rec.*, p. I- 9233.

Conclusions de l'Avocat Général Siegert Alber présentées le 11 juillet 2002 sur C.J.C.E., 22 mai 2003 (Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa c/ Varkauden Taitotalo OyKorhonen e.a.), aff. C-18/01, *Rec.* p. I-05321.

Conclusions de l'Avocat Général Mischo sur C.J.C.E, 17 septembre 2002 (Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab c/ Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne), aff. C-513/99, *Rec.*, p. I-7213.

Conclusions de l'Avocat Général J. Kokott présentées le 1er mars 2005 sur C.J.C.E., 15 octobre 2005 (Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.), aff. C- 458/03, *Rec.*, p. I-08585.

Conclusions de l'Avocat Général Stick-Hackl présentées le 12 avril 2005 sur C.J.C.E., 21 juillet 2005 (Consorzio Aziende Metano c/ Comune di cingia de'Botti), aff. C-231/03, *Rec.*, p. I-07287.

Conclusions de l'Avocat Général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 8 novembre 2006 sur C.J.C.E., 21 février 2008 (Commission des communautés européennes c/ République italienne), aff. C-412/04, *Rec.*, p. I-00619.

Conclusions de l'Avocat Général Sharpston présentées le 18 janvier 2007 sur C.J.C.E., 26 avril 2007 (Commission des Communautés européennes c/ République de Finlande), aff. C-195/04, *Rec.*, p. I-03351.

Conclusions de l'Avocat Général Stix-Hackl sur C.J.C.E., 13 novembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ Irlande), aff. C-507/03, *Rec.*, p. I-09777.

Conclusions de l'Avocat Général Kokott présentée le 13 mars 2008 sur C.J.C.E., 19 juin 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH et APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung), aff. C-454/06, *Rec.*, p. I-04401.

Conclusions. jointes de l'Avocat Général Bot présentées le 17 décembre 2009 sur C.J.C.E., 3 juin 2010 (Sporting Exchange Ltd c/ Minister van Justitie), aff. C-203/08, *Rec.*, p. I-04695 et C.J.C.E., 3 juin 2010 (Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd c/ Stichting de Nationale Sporttotalisator), aff. C-258/08, *Rec.*, p. I-04757.

Conclusions de l'Avocat Général Trstenjak sur C.J.C.E., 29 avril 2010 (Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne), aff. C-160/08, *Rec.*, p. I-03713.

Commission européenne

Livre vert de la Commission du 27 novembre 1996, « Les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir », COM (96) 583 final.

Communication de la Commission du 11 mars 1998, « Les marchés publics dans l'Union européenne », COM (98) 143 final.

Communication interprétative de la Commission du 29 avril 2000, « Les concessions en droit communautaire », COM (2000) 121 final.

Communication de la Commission du 28 novembre 2001, « Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », COM (2001) 274 final.

Communication de la Commission du 15 novembre 2001, « Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », COM (2001) 566 final.

Communication de la Commission du 15 novembre 2005, « Les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions », COM (2005) 569 final.

Communication de la Commission du 8 août 2006, « Le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» », COM (2006) 179 final.

Communication de la Commission du 7 février 2008, « L'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) », COM (2007) 6661 final.

Document de travail des services de la Commission du 21 mars 2012, « résumé de l'analyse d'impact commission européenne, proposition de règlement du parlement européen et du conseil établissant des règles pour l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'union européenne, ainsi que des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'union européenne aux marchés publics des pays tiers », COM (2012) 58 final.

Jurisprudence

Cour de justice de l'Union européenne

C.J.C.E., 5 février 1963 (NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c/ Administration fiscale néerlandaise), aff. 26/62, *Rec.*, p. 0003.

C.J.C.E., 15 juillet 1964, (Flaminio Costa c/ E.N.E.L.), aff., 6/64, *Rec.*, p. 01141.

C.J.C.E., 11 juillet 1974 (Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville), aff. 8/74, *Rec.*, p. 00837.

C.J.C.E., 20 février 1979 (Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), aff. 120/78, *Rec.*, p. 00649.

C.J.C.E., 8 octobre 1980 (Peter Überschar c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte), aff. C-810/79, *Rec.*, p. I- 2747.

C.J.C.E., 10 février 1982 (SA Transporoute et travaux c/Ministère des travaux publics), aff. C-76/81, *Rec.*, p. I-417.

C.J.C.E., 13 décembre 1984 (Eberhard Haug-Adrion c/ Frankfurter Versicherungs-AG), C-251/83, *Rec.*, p. I- 925.

C.J.C.E., 9 juillet 1987 (SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) et autres c/ Sociét coopérative « Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes » et autres), aff. Jointes C- 27, 28 et 29/86, *Rec.*, p. 3347.

C.J.C.E., 20 septembre 1988 (Gebroeders Beentjes BV c/ Etat des Pays-Bas), aff. 31/47, *Rec.*, p. I-4652.

C.J.C.E., 22 septembre 1988 (Commission des communautés européennes c/ Irlande), aff. C-45/87, *Rec.*, p. I-4929.

C.J.C.E., 4 mai 1988 (Corinne Bodson c/ SA Pompes funèbres des régions libérées), aff. 30/87, *Rec.*, p. 02479.

C.J.C.E., 11 juillet 1989 (Herman Schröder HS Kraftfuher Gmbt & Co. Kg c/ Hauptzollamt Gronau), C-265/87, *Rec.*, p. 2263.

C.J.C.E., 20 mars 1990 (Du Pont de Nemours Italia Spa c/ Unità Sanitaria Locale n° 2 di Carrara (USL)), aff. C-21/88, *Rec.*, p. I-889.

C.J.C.E., 19 novembre 1991 (Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne), aff. jointes C-6/90 et 9/90, *Rec.*, p. 05357.

C.J.C.E., 22 juin 1993 (Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Danemark), aff. C-243/89, *Rec.*, p. I-3353.

C.J.C.E., 25 avril 1996, (Commission des communautés européennes c/ Belgique), aff. C-87/94, *Rec.*, p. I-2043.

C.J.C.E., 17 juillet 1997 (GT-Link A/S c/ De Danske Statsbaner (DSB)), aff. C-242/95, *Rec.*, p. I-04449.

C.J.C.E., 23 octobre 1997 (Commission des communautés européennes c/ France), aff. C-159/94, *Rec.* p. I- 5815.

C.J.C.E., 15 janvier 1998 (Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. c/ Strohal Rotationsdruck GesmbH), aff. C- 44/96, *Rec.*, p. I- 00073.

C.J.C.E., 10 novembre 1998 (Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV), aff. C- 360/96, *Rec.*, p. I-6846.

C.J.C.E., 18 novembre 1999 (Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia), aff. C-107/98, *Rec.*, p. I-8139.

C.J.C.E., 18 novembre 1999 (Unitron Scandinavia A/S and 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab c/ Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri), aff. C-275/98, *Rec.*, p. I-08291.

C.J.C.E., 26 septembre 2000 (Commission des communautés européennes c/ République française), aff. C-225/98, *Rec.*, p. I-07445.

C.J.C.E., 3 octobre 2000 (The Queen c/ H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge), aff. C-380/98, *Rec.*, p. I-8035.

C.J.C.E., 7 décembre 2000 (ARGE Gewässerschutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft), aff. C-94/99, *Rec.*, p. I-11037.

C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, joined party: AG), aff. C-324/98, *Rec.*, p. I-10745.

C.J.C.E., 18 octobre 2001 (SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo), aff. C-19/00, *Rec.*, p. I-07725.

C.J.C.E., 27 novembre 2001 (Impresa Lombardini SpA c/ Impresa Generale do costruzioni), aff. jointes C-285/99 et C-286/99, *Rec.*, p. I- 9233.

C.J.C.E., 30 mai 2002 (Buchhändler-Vereinigung GmbH c/ Saur Verlag GmbH & Co. KG et Die Deutsche Bibliothek), aff. C- 358/00, *Rec.*, p. I- 4685.

C.J.C.E., 17 septembre 2002 (Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne), aff. C-513/99, *Rec.*, p. I-7213.

C.J.C.E., 12 décembre 2002 (Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH), aff. C-470/999, *Rec.*, p. I-11617.

C.J.C.E., 8 mai 2003 (Royaume d'Espagne c/ Commission des Communautés européennes), aff. C-349-97, *Rec.*, p. I-03851.

C.J.C.E., 22 mai 2003 (Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa c/ Varkauden Taitotalo Oy), aff. C-18/01, *Rec.*, p. I-05321.

C.J.C.E., 19 juin 2003 (Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) c/ Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)), aff. C-315/01, *Rec.*, p. 06351.

C.J.C.E., 16 oct. 2003 (Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique), aff. C- 252/01, *Rec.*, p. I-11859.

C.J.C.E., 4 décembre 2003 (EVN AG and Wienstrom GmbH c/ Republik Österreich), aff. C-448/01, *Rec.*, p. I-14527.

C.J.C.E., 11 janvier 2005 (Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna), aff. C-26/03, *Rec.*, p. I-00001 .

C.J.C.E., 13 janvier 2005 (Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne), aff. C-84/03, *Rec.*, p. I-00139.

C.J.C.E., 3 mars 2005 (Fabricom SA c/ État belge), aff. jointes C-21/03 et C-34/03, *Rec.*, p. I-01559.

C.J.C.E., 21 juillet 2005 (Consorzio Aziende Metano c/Comune di cingia de'Botti), aff. C-231/03, *Rec.*, p. I-07287.

C.J.C.E., 15 octobre 2005 (Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.), aff. C- 458/03, *Rec.*, p. I-08585.

C.J.C.E., 27 octobre 2005 (Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA c/ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud)), aff. C- 234/03, *Rec.*, p. I-09315.

C.J.C.E., 24 novembre 2005 (ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc c/ ACTV Venezia SpA), aff. C-331/04, *Rec.*, p. I-10109.

C.J.C.E., 6 avril 2006 (Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA), aff. C-410/04, *Rec.*, p. I-03303.

C.J.C.E., 11 mai 2006 (Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA), aff. C-340/04, *Rec.*, p. I-04137.

C.J.C.E., 19 avril 2007 (Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado), aff. C-295/05, *Rec.*, p. I-02999.

C.J.C.E., 13 septembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ République italienne), aff. C-260/04, *Rec.*, p. I-07083.

C.J.C.E., 13 novembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ Irlande), aff. C-507/03, *Rec.*, p. I-09777.

C.J.C.E., 29 novembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ République italienne), aff. C-119/06, *Rec.*, p. I-00168.

C.J.C.E., 13 décembre 2007 (United Pan-Europe Communications Belgium SA et autres c/ État belge), aff. C-250/06, *Rec.*, p. I-11135.

C.J.C.E., 18 décembre 2007 (Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c/ Administración General del Estado), aff. C- 220/06, *Rec.*, p. I-12175.

C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), aff. C- 532/06, *Rec.*, p. I-00251.

C.J.C.E., 21 février 2008 (Commission des communautés européennes c/ République italienne), aff. C-412/04, *Rec.*, p. I-00619.

C.J.C.E., 17 avril 2008 (Termoraggi SpA c/ Comune di Monza), aff. C-323/07, *Rec.*, p. I-00057.

C.J.C.E., 15 mai 2008 (SECAP SpA and Santorso Soc. arl c/ Comune di Torino), aff. jointes C-147/06 et C-148/06, *Rec.*, p. I- 03565.

C.J.C.E., 19 juin 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH et APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung), aff. C-454/06, *Rec.*, p. I-04401.

C.J.C.E., 17 juillet 2008 (ASM Brescia SpA c/ Comune di Rodengo Saiano), aff. C- 347/06, *Rec.*, p. I- 05641.

C.J.C.E., 3 septembre 2008, (Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne et Commission de l'Union européenne), aff. jointes C- 402 et C-415/05, *Rec.* p. I-06351.

C.J.C.E., 9 juin 2009 (Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne), aff. C- 480/06, *Rec.*, p. I-04747.

C.J.C.E., 11 juin 2009 (Hans & Christophorus Oymanns GbR Orthopädie Schuhtechnik c/ AOK Rheinland/Hamburg), aff. C-300/07, *Rec.*, p. I-4779.

C.J.C.E., 23 décembre 2009 (Serrantoni Srl et Consorzio stabile edili Srl c/ Comune di Milano), C-376/08, *Rec.*, p. I-12169.

C.J.C.E., 13 avril 2010 (Wall AG c/ La ville de Francfort-sur-le-Main et Frankfurter Entsorgungs – und Services (FES) GmbH), aff. C- 91/08, *Rec.*, p. I- 02815.

C.J.C.E., 29 avril 2010 (Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne), aff. C-160/08, *Rec.*, p. I-03713.

C.J.C.E., 3 juin 2010 (Sporting Exchange Ltd c/ Minister van Justitie), aff. C-203/08, *Rec.*, p. I-04695.

C.J.C.E., 3 juin 2010 (Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd c/ Stichting de Nationale Sporttotalisator), aff. C-258/08, *Rec.*, p. I-04757.

C.J.C.E., 18 novembre 2010 (Commission européenne c/ Irlande), aff. C-226/09, *Rec.*, p. I-11807.

C.J.C.E., 10 mars 2011 (Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c/ Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau), aff. C-274/09, *Rec.*, p. I-01335.

C.J.C.E., 17 mars 2011 (Strong Segurança SA c/ Município de Sintra et Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança), aff. C-95/10, *Rec.*, p. I-01865.

C.J.U.E., 21 juillet 2011 (Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c/ Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA)), C-252/10, *Rec.*, p. I-00107.

C.J.U.E., 29 mars 2012 (SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Scheiz) AG et autres c/ Úrad pre verejné obstarávanie), C-599/10.

C.J.U.E., 10 mai 2012 (Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas), C-368/10,

C.J.U.E., 14 Novembre 2013 (Belgacom NV c/ Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) and Others.), aff. C-221/12.

Tribunal de l'Union européenne

T.C.E., 15 juin 1999 (Ismeri Europa SRL c/ Cour des comptes), aff. T-277/97, *Rec.*, p. II-1825.

Divers

Résumé de l'évaluation de l'incidence et de l'efficacité de la législation européenne en matière de marché public, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executive-summary_fr.pdf, consulté le 20 novembre 2013

Table des matières

Introduction.....	1
Chapitre 1. Objectifs et portée de la législation européenne en matière de marchés publics	3
Section 1. La politique de l'Union européenne en matière de marché public	3
§ 1. Mise en contexte : la place des marchés publics dans l'économie	3
§ 2. Nature des obligations pesant sur les pouvoirs adjudicateurs	5
A. Obligations négatives pesant sur les pouvoirs adjudicateurs.....	5
B. Obligations positives pesant sur les pouvoirs adjudicateurs.....	6
Section 2. Champ d'application des directives régissant la passation des marchés publics...	8
§ 1. Notion de marchés publics	8
§ 2. Application de la réglementation	9
A. Objet du marché	9
a) Marchés de travaux et de fourniture	9
b) Marchés de service	10
B. Parties contractantes.....	10
C. Montant.....	12
D. Exclusions spécifiques	13
a) Concession de service public	13
b) Exception in house.....	14
c) État de la Concurrence : industries de réseaux.....	15
d) Marchés de services passés par un pouvoir adjudicateur auprès d'un autre pouvoir adjudicateur en vertu d'un droit exclusif.....	17
Chapitre II. Encadrement juridique de la passation des marchés non soumise au champ d'application du droit dérivé	18
Section I. Genèse des principes généraux dans la sphère du droit dérivé des marchés publics.....	18
§ 1. Principes généraux applicables aux marchés publics régis par le droit dérivé.....	18
A. Égalité de traitement.....	18
B. Transparence : corollaire du principe d'égalité de traitement	20
a) Affaire des bus Wallons	21
b) Extension des obligations contenues dans le droit dérivé.....	21

§ 2. Les principes d'égalité de traitement et de transparence à l'épreuve du Traité	22
A. Obligations positives sous le Traité : Telaustria	22
B. Arrêt Coname : clarification de la jurisprudence Telaustria ?	24
Section II. Y a-t-il une obligation de mise en concurrence préalable pour l'ensemble des contrats exclus du champ d'application du droit dérivé ?	25
§ 1. L'intégration européenne comme moteur du renforcement des obligations relatives à la passation des marchés publics	26
A. Compétence interprétative de la Cour de Justice	26
a) Cour de Justice de l'Union européenne : acteur institutionnel	26
b) Effet de levier	28
B. Le rôle de la Commission européenne dans la promotion des principes généraux	29
§ 2. Mise en concurrence lors de la passation des contrats exclus du champ d'application des directives relatives à la passation des marchés publics	31
A. Jurisprudence relative aux exigences de publicité préalable	31
a) Concessions de services publics	31
b) Les contrats sous les seuils européens et les services non-prioritaires	33
Contrats sous les seuils européens	33
Commission contre Irlande : les services non prioritaires	34
B. Quel degré de publicité ?	36
a) La proportionnalité	36
b) Intérêt transfrontalier	37
c) Degré de publicité	38
d) Limites à l'application du principe de transparence	40
Section 3. Egalité de traitement et la marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur	41
§ 1. La phase de sélection du candidat	42
A. Égalité des entreprises	42
a) Exigences géographiques : non-discrimination en fonction de la nationalité	42
b) Prise en compte d'une aide d'état	43
Égalité de principe des soumissionnaires subventionnés et non-subventionnés	43
Limite	43
c) Impartialité : entreprise ayant participé à l'élaboration du projet	44
Prévention des conflits d'intérêts	44

Proportionnalité.....	45
B. Égalité et critères de sélection qualitative	47
a) Exigences de capacités financières, économiques, techniques et professionnelles	47
Contenu du droit dérivé	47
Effet de levier.....	48
b) Évaluation des candidats	48
Sous le droit dérivé.....	48
Impact du Traité.....	49
§ 2. Phase d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.....	50
A. Rejet des offres anormalement basses.....	50
a) Offres anormalement basses et principe du contradictoire	51
b) La procédure.....	51
c) Égalité de traitement	52
B. Égalité et critères d'attribution de l'offre	53
a) Critères et principe de non-discrimination.....	54
b) Pertinence à évaluer l'offre : lien avec l'objet du marché	54
Critères environnementaux	55
Critères sociaux.....	57
§. 3. Publicité adéquate	58
A. Publicité des critères.....	58
a) Principe	58
b) Effet de levier	59
B. Précision des critères	60
C. Pondération des critères et publication des sous-critères	60
a) Apports de la jurisprudence de la Cour de Justice.....	60
b) Obligations prévues par le droit dérivé	61
c) Effet de levier	61
Conclusion	63
Bibliographie.....	67