

La passation des marchés publics dans la directive 2014/24/UE : amplification et réduction¹

1. Les ambitions de la réforme

Simplification et assouplissement des procédures d'achat pour les soumissionnaires² et les acheteurs publics³ comportant un volet relatif à l'informatisation de la commande publique⁴ et des mesures spécifiques pour les secteurs spéciaux⁵, instrument stratégique de divers politiques avec pour diagonale l'innovation,⁶ l'environnement⁷, le social⁸, l'accès des PME européennes aux marchés publics, l'éthique avec mesures pour prévenir les conflits d'intérêts, le favoritisme et la corruption touchant les procédures de passation, mais également les modifications en cours d'exécution⁹, régime simplifié sous forme de procédure simplifiée pour les services sociaux et certains services spécifiques¹⁰ et préservation de l'organisation nationale des services publics notamment au travers une clarification de la coopération public-public¹¹ censée codifier la jurisprudence de la Cour de justice: telles sont les ambitions de la dernière réforme du droit de l'Union en matière de marchés publics¹² présentées dans les fiches explicatives élaborées par la Commission européenne¹³. Il faut encore ajouter l'adoption d'une directive relative aux contrats de concession, souhaitée par la Commission depuis des décennies, finalement adoptée, moyennant une clarification de sa définition¹⁴, un champ d'application limité dans certains secteurs sensibles¹⁵ avec un seuil d'application relativement bas¹⁶, une approche plus flexible par rapport aux marchés publics, du point de vue des critères d'attribution¹⁷, des procédures d'octroi¹⁸ et de sa durée¹⁹.

Les discours politiques sont résolument optimistes²⁰, les formules enthousiastes : les marchés publics sont « un formidable levier pour la croissance et pour l'emploi »²¹, un « outil de modernisation de l'action publique qui peuvent contribuer à un modèle de croissance plus équitable et plus durable »²², moins d'incertitude et une liberté d'organisation des services

¹ Ann Lawrence Durviaux, professeur ordinaire & avocat, Vice Doyen de la faculté de droit, de science politique et de criminologie, Président du département de science politique.

² Fiche n°2, simplification pour les soumissionnaires.

³ Fiche n°3, simplification pour les acheteurs publics.

⁴ Fiche n°3, informatisation de la commande publique.

⁵ Fiche n°11, les nouvelles règles pour les secteurs spéciaux.

⁶ Fiche n°9, innovation.

⁷ Fiche n°7, aspects environnementaux.

⁸ Fiche n°8, aspects sociaux et nouvelles règles.

⁹ Fiche n°10, transparence et anti-corruption.

¹⁰ Fiche n°6, nouveauté dans l'acquisition des services.

¹¹ Fiche n°4, coopération public-public.

¹² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE L 94/1-64 du 28 mars 2013 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE L 94/65-242 du 28 mars 2014; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JOUE L 94/243-374 du 28 mars 2013.

¹³ Fiche n°1, aperçu général.

¹⁴ Fiche n°12, définition : qu'est-ce qu'une concession.

¹⁵ Fiche n°15, concessions exclues de la Directive.

¹⁶ Fiche n°17, calculer la valeur d'une concession.

¹⁷ Fiche n°13, critères d'attribution.

¹⁸ Fiche n°16, garantie de procédure.

¹⁹ Fiche n°14, durée d'une concession.

²⁰ Brochure : "Les nouvelles règles sur les marchés publics et les concessions – Plus simples et plus flexibles.

²¹ Ibid., message de R.L. Valcarcel Siso, Président du Comité des Régions.

²² Ibid, avant-propos de M. Barnier, Membre de la Commission européenne chargé du marché

publics et de la coopération [?] aux autorités publiques, les « nouvelles règles européennes sur les marchés publics assureront un usage plus efficace et plus transparent de l'argent public tout en facilitant la tâche des pouvoirs publics quand ils achètent des biens ou des services ou réalisent des travaux »²³, moins de bureaucratie et des marchés publics au service de la société : comment ne pas se laisser emporter par tant de bonnes paroles ?

2. Analyse de la réforme.

Appréhender une réforme suppose nécessaire de la resituer par rapport au droit antérieur, mais également par rapport au contexte normatif général, d'évaluer la qualité de la traduction des objectifs poursuivis en règle de droit, dans une approche analytique et synthétique, en dégagant en creux, les effets pervers ou l'efficacité toute relative des dispositifs mis en place.

Trois considérations préliminaires nuancent l'ensemble de l'analyse.

La première a trait à l'extraordinaire complexité de l'élaboration d'un compromis politique dans le cadre de l'élaboration d'un texte de droit dérivé²⁴ portant sur une matière, les marchés publics et concessions, au sujet de laquelle les sensibilités politiques se cristallisent sur des thèmes et priorités parfois contradictoires. Les spécificités de l'organisation des services publics dans le droit des États membres ou plus généralement la part de la gestion directe et les modalités variées de la gestion indirecte (soit par le secteur privé) de ceux-ci, le réflexe « de préservation des situations nationales », et enfin, la difficulté de traduire une position de « droite » ou de « gauche » dans un dispositif qui touche à la passation ou à l'exécution des marchés publics, compliquent singulièrement l'élaboration des textes. L'ensemble de ces considérations explique la première impression que peut laisser une lecture rapide des directives de 2014 : elles poursuivent trop d'objectifs, en partie contradictoires, marqués sous l'angle idéologique, traduits par des dispositifs normatifs trop simplistes.

La seconde a trait à la difficulté d'appréhender les textes à l'aune des explications qui les précèdent: les considérants annoncent une consolidation de la jurisprudence, les dispositions des directives s'en écartent, la redessine légèrement ailleurs. Recopier un attendu d'un arrêt de la Cour de Justice reste une clarification scolaire, par contre, les nouveautés ajoutent parfois des propos obscurs sous les angles sémantique et pratique. On ne dira jamais assez la difficulté d'écrire une règle de droit intelligible et l'importance d'y tendre malgré tout, le droit européen se caractérisant depuis les années nonante par une attention exagérée pour les détails secondaires (avec des textes qui s'allongent à chaque version) et une ambivalence systématique sur les éléments fondamentaux, jamais levée par la « soft law » qui le suit²⁵.

La troisième est plus radicale : pourquoi s'acharner à élaborer un droit européen des marchés publics ? Après 40 années de droit dérivé, la Commission annonçait en 2011 que seul 1,6 % des marchés publics étaient attribués à des entreprises établies dans un État membre autre que le pouvoir adjudicateur²⁶. La zone géographique de l'Union européenne

intérieur.

²³ Ibid, M. Tarabella, Membre du Parlement européen, rapporteur pour la réforme des marchés publics.

²⁴ Sur les détails du processus législatif, v. A. Friboulet, Eclairage sur le processus d'adoption du nouveau droit européen des marchés publics et des concessions, Contrats et marchés publics, 2014, n°6, pp.9-11.

²⁵ Fiches explicatives et communication interprétative.

²⁶ Ce chiffre est tiré d'un « Document de travail des services de la Commission européenne du 27 juin 2011, Rapport d'évaluation : incidence et efficacité de la législation de l'Union en matière de marchés publics, cité par L. Richer, La concurrence concurrentielle ; à propos de la directive 2014/24/ du 26 février 2014, Contrats et marchés publics, 2015, n°2, pp.7-11, spéc. p. 7, note 3. Dans son ouvrage de références, Droit des contrats administratif, Paris, L.G.D.J., 9^{ème} édition, le même auteur cite un rapport de la Commission sur les effets économiques de la stimulation des marchés publics du 3 février 2004 mentionne le taux de 3% pour les contrats transfrontaliers directs, ce qui revient à souligner que les choses ne progressent pas. Dans un rapport d'évaluation de l'accès des PME aux marchés publics

est-elle pertinente à l'heure de la mondialisation ? Constitue-t-elle une étape intermédiaire obligée pour permettre aux entreprises européennes d'exporter leurs biens et services en dehors de leur frontière nationale ? La faible pénétration des PME dans les marchés publics au-dessus des seuils européens et en dessous pour certains États membres²⁷ ne trouve-t-elle pas des explications dans le coût de la complexité bureaucratique des marchés publics et d'autres dysfonctionnements manifestes des pouvoirs publics comme des délais de paiement anormalement longs ?

I. Les procédures de passation

3. Présentation.

Le droit européen des marchés publics se caractérise depuis les directives des années nonante par une différenciation des étapes et des modes de passation, une multiplication des modes de passations particuliers et un renforcement de l'empire des principes généraux²⁸.

Les directives de 2014 s'inscrivent parfaitement dans cette perspective historique et n'opèrent aucune rupture. Au contraire, elles amplifient ces tendances générales.

4. Pas de changement de paradigme.

Les directives 2014 n'opèrent aucun changement de paradigme dans les principes qui régissent la passation des marchés publics européens²⁹. Les procédures ouvertes et restreintes restent les procédures ordinaires de passation à côté desquelles d'autres procédures sont exceptionnelles (procédure négociée concurrentielle, partenariat d'innovation et procédure négociée sans publicité). Leur caractère exceptionnel réside dans la circonstance que leur utilisation est limitée à des hypothèses déterminées.

Le système évolue cependant à la marge. C'est désormais la publication d'un appel à concurrence qui devient la **pièce angulaire** dans le choix de la procédure de passation³⁰. La directive 2014/24/UE indique que les États membres **doivent** prévoir des procédures **avec** publicité (procédures ouvertes, restreintes et partenariat d'innovation technologique) dont certaines sont assorties de conditions d'application (procédure concurrentielle avec négociation et dialogue compétitif)³¹.

La directive 2014/24/UE autorise les États membres à prévoir une **procédure négociée sans publicité** uniquement dans les cas prévus par l'article 32. Ces hypothèses ont été réduites par rapport celles prévues par la directive 2004/18/CE. L'expression « procédure négociée avec publicité » disparaît. La directive précise encore les modalités des différentes procédures : procédure **ouverte**³², procédure **restreinte**³³, procédure **concurrentielle avec**

dans l'UE, DG Entreprises et industrie, le rapport de synthèse de septembre 2010 évoque pour l'année 2008, « les marchés transfrontaliers directs (lorsque le fournisseur est établi dans un pays différents de celui du pouvoir adjudicateur) ont représenté 1,5 % de tous les contrats d'un montant supérieur aux seuils européens qui ont été publiés ce qui correspond à 3,7 % de leur valeur combinée ».

²⁷ Pour les chiffres en France, v. L. Rapp, L'accès des PME aux marchés publics : un small business act ?, Contrats et marchés publics, 2014, n°6, pp.52-55.

²⁸ A.L. Durviaux, Précis de droit des marchés et contrats publics, La Chartre, 2014, XXXXX

²⁹ L'expression « marchés publics européens » visent les marchés qui se situent au dessus des seuils de publicité européenne telle que définie par les directives.

³⁰ Article 26 §1 directive 2014/24/UE.

³¹ Article 26, §4 directive 2014/24/UE.

³² Article 27 directive 2014/24/UE.

dialogue compétitif

négociation³⁴, dialogue compétitif³⁵ et partenariat d'innovation³⁶.

La publication d'avis³⁷, les délais pour déposer une candidature et une offre³⁸, l'invitation des candidats³⁹, l'information des candidats et des soumissionnaires⁴⁰, soit le cœur de la transparence des procédures de passation est abordé par le détail comme auparavant.

5. L'exécution des marchés publics.

Dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de Justice, l'exécution des marchés est régie par le droit dérivé de trois manières.

D'abord, par la définition des **conditions d'exécution** qui sont conçues largement puisque pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché et annoncées dans l'avis ou les documents du marché, elles peuvent prendre en compte « des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi »⁴¹.

Ensuite et plus fondamentalement, le droit de l'Union européenne fait une insertion importante dans l'exécution des marchés publics avec les dispositions relatives à l'exécution des marchés publics en lien avec la question de savoir quand une **modification du marché intervenant en cours d'exécution** entraîne l'obligation d'organiser une nouvelle procédure de passation⁴². La directive aborde également la question de la résiliation des marchés⁴³.

Enfin, par l'insertion de dispositions relatives à la **sous-traitance**⁴⁴. Ces dernières ont été longtemps débattues. Comment s'assurer après avoir pris le soin de sélectionner sur base de critères pertinents des entreprises soumissionnaires que leurs sous-traitants ont bien les compétences requises pour l'exécution du marché ? Comment s'assurer que les sous-traitants respectent bien toutes les contraintes du droit social et fiscal ou qu'ils sont correctement rémunérés par les entreprises générales pour le travail réalisé ? La sous-traitance renvoie parfois à la question du « dumping social » tel qu'il se pose de plus en plus dans les discours politiques relatifs aux marchés publics et au soutien des PME⁴⁵.

La disposition finalement adoptée est un texte de compromis qui comporte peu de contraintes directes, les États membres ont la responsabilité de prendre des mesures plus contraignantes, « dans les limites des dispositions fondamentales du traité, du droit dérivé existant et des principes généraux du droit européen », selon la formule consacrée.

³³ Article 28 directive 2014/24/UE.

³⁴ Article 29 directive 2014/24/UE.

³⁵ Article 30 directive 2014/24/UE.

³⁶ Article 31 directive 2014/24/UE.

³⁷ Article 48 de la directive 2014/24/UE sur l'avis de préinformation, Article 49 de la directive 2014/24/UE sur l'avis de marché, article 50 de la directive 2014/24/UE sur l'avis d'attribution de marché, article 51 de la directive 2014/24/UE sur la rédaction et les modalités de publication, article 52 de la directive 2014/24/UE sur la publication au niveau national, article 53 de la directive 2014/24/UE sur la mise à disposition des documents par voie électronique

³⁸ Article 47 de la directive 2014/24/UE.

³⁹ Article 54 de la directive 2014/24/UE.

⁴⁰ Article 55 de la directive 2014/24/UE.

⁴¹ Article 70 de la directive 2014/24/UE.

⁴² Articles 74 à 77 de la directive 2014/24/UE.

⁴³ Article 73 de la directive 2014/24/UE.

⁴⁴ Article 71 de la directive 2014/24/UE.

⁴⁵ Infra II.A.(1)

A. Le choix des participants et l'attribution des marchés

6. Pas de changement dans les distinctions structurantes, adaptées à la marge.

Le choix des participants en application de critères de sélection qualitative avec la possibilité de réduire le nombre des candidats, des offres et des solutions et l'attribution du marché en application des critères restent les deux étapes fondamentales des procédures de passation⁴⁶.

Première nouveauté marginale, l'exigence d'une offre conforme est introduite⁴⁷ remise par un soumissionnaire qui n'est pas exclu⁴⁸ et qui répond aux **critères de sélection**, qui peuvent avoir trait à l'aptitude à exercer une activité professionnelle, à la capacité économique et financière et aux capacités techniques et professionnelles⁴⁹ fixées par le pouvoir adjudicateur et le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires permettant de réduire le nombre des candidats⁵⁰. La possibilité de recourir aux capacités d'autres entités est préservée⁵¹.

Seconde nouveauté marginale, dans le cadre de **procédures ouvertes**, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'examiner les offres avant de vérifier l'absence de motifs d'exclusion et le respect des critères de sélection⁵². Présentée comme un élément de simplification, qui peut être interdit ou modalisé par les États membres, la vérification doit s'effectuer de manière « impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu en vertu de l'article 57 ou qui ne remplit pas les critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur »⁵³.

Les États membres devraient être attentifs aux deux considérations suivantes pour prendre position. D'une part, cette vérification *a posteriori* peut se révéler délicate dans le cadre d'un appel d'offres multicritères pondérés, lorsque le premier classé ne répond pas aux exigences relatives à la sélection qualitative. En effet, dans cette hypothèse, faut-il simplement prendre le second mieux classé après cette exclusion ou faut-il au contraire, recommencer la comparaison des offres pour réattribuer les points sans tenir compte de l'offre exclue ? Il semble raisonnable de choisir la seconde solution, car la première rendrait commode la remise d'offres « carte de visite » de nature à fausser la mise en compétition. Cependant, force est de constater alors que la simplification est réduite à néant. D'autre part, dans le cadre d'une attribution au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus basse, l'exclusion *a posteriori* a une conséquence indirecte si l'exclusion est contestée en justice : l'existence de la comparaison et le classement renforcent la position de l'entreprise qui se prétend injustement exclue dans le cadre d'un contentieux devant une instance juridictionnelle soit dans le cadre de demande d'injonction (l'ultime injonction résidant dans l'octroi du marché) soit dans le cadre d'une demande en dommages et intérêts. Si l'on s'en tient à une méthode classique, l'exclusion intervenant avant la comparaison des offres, la discussion qui se noue devant une instance juridictionnelle ne peut déboucher que sur une suspension de la décision d'attribution qui oblige le pouvoir adjudicateur à corriger celle-ci ou à une discussion liée à une indemnisation de la perte de chance, plus délicate lorsqu'elle repose sur une spéculation en terme de comparaison des offres.

⁴⁶ Article 56 de la directive 2014/24/UE, la section 3 intitulée "Choix des participants et attribution du marché" du chapitre III relatif au déroulement de la procédure, le signifie avec concision.

⁴⁷ Article 56.1 a) de la directive 2014/24/UE. La faculté de réduire le nombre de candidats est encadrée par l'article 65 de la directive 2014/24/UE.

⁴⁸ L'article 57 de la directive 2014/24/UE énonce les motifs d'exclusion.

⁴⁹ L'article 58 de la directive 2014/24/UE précise que les critères de sélection.

⁵⁰ Article 56.1 b) de la directive 2014/24/UE.

⁵¹ Article 63 de la directive 2014/24/UE.

⁵² Article 56.2 de la directive 2014/24/UE.

⁵³ Article 56.2 de la directive 2014/24/UE.

7. Une nouveauté l'encadrement de la préparation du marché et la prévention des conflits d'intérêts.

Désormais, les États membres doivent veiller à ce que les pouvoirs adjudicateurs prennent des mesures appropriées permettant de prévenir, détecter et de corriger de manière efficace les **conflits d'intérêts** survenant lors des procédures de passation, afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement entre tous les opérateurs économiques⁵⁴. Le conflit d'intérêts est défini très largement et renvoyant à la préservation de l'apparence d'impartialité et d'indépendance des fonctionnaires dans le cadre des procédures de passation. Il vise « toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché »⁵⁵.

Parallèlement, les conditions posées pour effectuer une **consultation préalable du marché** sont apportées afin de rendre possible l'établissement de documents du marché et la proactivité des services d'achat et d'investissement des pouvoirs adjudicateurs⁵⁶. Le droit invite désormais les États membres à prendre des mesures appropriées pour encadrer la participation préalable des candidats ou des soumissionnaires à la préparation, conçue dans un sens large, du marché⁵⁷. Ces dispositions complètent les dispositifs relatifs aux spécifications techniques⁵⁸, des labels⁵⁹, des rapports d'essai, certification et autres moyens de preuve⁶⁰, les variantes⁶¹.

(1) Le choix des participants

8. Les différentes catégories de motifs d'exclusion.

La liste des motifs d'exclusion s'est considérablement allongée et comporte plusieurs catégories.

La **première catégorie** comporte les motifs d'exclusion obligatoires déterminés par la directive. Ils concernent la corruption, l'organisation criminelle ou des faits de terrorisme, de travail des enfants ou de traite des êtres humains et la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes⁶², l'obligation d'exclure un opérateur économique est également prévue « lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit opérateur économique ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein »⁶³. Les États membres peuvent cependant prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire, à titre exceptionnel, pour « des raisons impératives relevant de l'intérêt public tel que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement »⁶⁴.

La **seconde catégorie**, déterminée également par la directive, est relative aux

⁵⁴ Article 24, alinéa 1 de la directive 2014/24/UE.

⁵⁵ Article 24, alinéa 2 de la directive 2014/24/UE.

⁵⁶ Article 40 de la directive 2014/24/UE.

⁵⁷ Article 41 de la directive 2014/24/UE.

⁵⁸ Article 42 de la directive 2014/24/UE.

⁵⁹ Article 43 de la directive 2014/24/UE.

⁶⁰ Article 44 de la directive 2014/24/UE.

⁶¹ Article 45 de la directive 2014/24/UE.

⁶² Article 57.1 de la directive 2014/24/UE.

⁶³ Article 57.1 *in fine* de la directive 2014/24/UE.

⁶⁴ Article 57.3 de la directive 2014/24/UE.

manquements aux **obligations en matière de paiement d'impôts, taxes et de cotisations de sécurité sociale** est précisée⁶⁵ : l'exclusion est automatique lorsque le manquement est « établi par une décision judiciaire ayant force de chose jugée ou une décision administrative ayant un effet contraignant, conformément aux dispositions légales du pays dans lequel il est établi ou à celles de l'État membre du pouvoir adjudicateur » ; l'exclusion est facultative (sauf disposition contraire prise par les États membres) si « le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a manqué à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale ». Il existe plusieurs situations dans lesquelles, cette exclusion ne peut avoir lieu. Premièrement, « l'opérateur économique a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échu ou les éventuelles amendes ». Deuxièmement, les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire lorsqu'elle « serait manifestement disproportionnée, en particulier lorsque seuls des montants minimaux d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale sont impayés ou lorsque l'opérateur économique a été informé du montant exact dû à la suite du manquement à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale à un moment où il n'avait pas la possibilité de prendre les mesures prévues au paragraphe 2, troisième alinéa, avant l'expiration du délai de présentation de la demande de participation ou, dans le cadre de procédures ouvertes, du délai de présentation de l'offre ». Enfin, les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire, à titre exceptionnel, pour « des raisons impératives relevant de l'intérêt public tel que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement »⁶⁶.

La **troisième catégorie**, la plus longue, comporte les motifs d'exclusions que les États membres peuvent considérer comme obligatoires ou facultatifs. Elle comporte plusieurs nouveaux motifs et certains ajustements des motifs repris dans le droit antérieur. Ces motifs sont : « a) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2; b) l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales; c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité; d) le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence; e) il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 24 par d'autres mesures moins intrusives; f) il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des opérateurs économiques à la préparation de la procédure de passation de marché, visée à l'article 41, par d'autres mesures moins intrusives; g) des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable; h) l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 59; ou i) l'opérateur économique a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation de marché, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence

⁶⁵ Article 57.2 de la directive 2014/24/UE.

⁶⁶ Article 57.3. de la directive 2014/24/UE.

déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

~~not~~ Nonobstant le premier alinéa, point b), les États membres peuvent exiger ou prévoir la possibilité que le pouvoir adjudicateur n'exclue pas un opérateur économique qui se trouve dans l'un des cas visés audit point lorsque le pouvoir adjudicateur a établi que l'opérateur économique en question sera en mesure d'exécuter le marché, compte tenu des règles et des mesures nationales applicables en matière de continuation des activités dans le cadre des situations visées au point b) ».

Les motifs d'exclusion sont susceptibles d'être appliqués pendant toute la durée de la procédure de passation⁶⁷ et désormais, l'opérateur économique a le droit de se mettre « en ordre »⁶⁸ et « fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché ». Par exemple, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute »). Ces mesures doivent être évaluées par le pouvoir adjudicateur en « en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique ». Cette mise en ordre est exclue lorsque l'opérateur « a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets »).

9. Les critères de sélection qualitative⁶⁹.

Les critères de sélection visent l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, la capacité économique et financière et capacités techniques et professionnelles. Ces trois critères sont fixés par la directive et les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent en imposer d'autres. Les conditions imposées pour remplir ces critères doivent être liées et proportionnées à l'objet du marché. Sur les principes, la directive 2014/14/UE n'innove pas, elle précise des détails et assouplit les modalités d'application.

Ainsi, en ce qui concerne **l'aptitude à exercer l'activité professionnelle**, les pouvoirs adjudicateurs peuvent toujours imposer aux opérateurs économiques d'être inscrits sur un registre professionnel ou sur un registre du commerce de leur État membre d'établissement. L'annexe 11 énonce la liste de ces derniers. Si les prestataires de services ont besoin d'une autorisation spécifique ou d'être membres d'une organisation pour pouvoir prêter dans leur pays d'origine, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou leur appartenance à l'organisation.

La **capacité économique et financière** peut être démontrée de différentes manières : exigence de chiffres d'affaires annuels dans le secteur concerné par le marché, exigences de ratios tirés des comptes annuels pour autant que la méthode et les critères d'analyse soient transparents, objectifs et...non discriminatoires, couverture appropriée par une assurance relative aux risques professionnels. Les exigences peuvent être ajustées en cas de marché à lot pour chaque lot, ou en matière de chiffres d'affaires par groupe de lots. La directive introduite une limite souple à l'exigence du chiffre d'affaires à titre de mesure de

⁶⁷ Article 57, 5 de la directive 2014/24/UE.

⁶⁸ Article 5.6 de la directive 2014/24/UE.

⁶⁹ Article 58 de la directive 2014/24/UE.

soutient aux PME.

Les **capacités techniques et professionnelles** visent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié. Le niveau d'expérience suffisant peut être démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement. Le texte précise désormais que qu' « un pouvoir adjudicateur peut considérer qu'un opérateur économique ne possède pas les capacités professionnelles requises lorsqu'il a établi que l'opérateur économique se trouve dans une situation de conflit d'intérêts qui pourrait avoir une incidence négative sur l'exécution du marché ». Dans les procédures de passation de marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation, de services ou de travaux, la capacité professionnelle des opérateurs économiques à fournir les services ou à exécuter l'installation ou les travaux peut être évaluée en vertu de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité.

Enfin, les conditions de participation requises sous forme de capacités minimales et de moyens de preuve acceptables⁷⁰ sont indiquées par les pouvoirs adjudicateurs dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.

Plus fondamentalement et à nouveau en vue de faciliter l'accès des PME aux marchés publics, la directive envisage la mise en place d'un document unique de marché européen susceptible cependant d'intéresser toutes les entreprises.

10. Le recours aux capacités d'autres entités⁷¹.

Le principe de la possibilité d'avoir recours aux capacités d'autres entités est préservé, « quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 58, paragraphe 3, et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés à l'article 58, paragraphe 4 ». Par contre, en ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels visés à l'annexe 12, partie II, point f) ou à l'expérience professionnelle pertinente, « les opérateurs économiques ne peuvent toutefois avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises. Si un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, en produisant l'engagement de ces entités à cet effet ». Désormais, la directive prévoit également la vérification des critères de sélection et des motifs d'exclusions dans le chef de ces entreprises tierces, ainsi que la possibilité d'exiger un engagement solidaire pour la bonne exécution du marché lorsque les capacités d'autres entités concernent la capacité économique et financière. Pour finir, la directive prévoit enfin la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'exiger pour les marchés de travaux, les marchés de services et les travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, « que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques (...) ou par un participant dudit groupement ».

⁷⁰ Les moyens de preuve sont précisés par l'article 60 de la directive 2014/24/UE. La mise en place d'une base de données de certificats en ligne (e-certis) est prévue par l'article 61 de la directive 2014/24/EU. L'article 62 précise en outre les normes d'assurance de la qualité et les normes environnementales. L'article 64 vise les listes officielles d'opérateurs économiques et la certification par des organismes de droit public ou privé.

⁷¹ Article 63 de la directive 2014/24/UE.

(2) Le choix des offres

11. Les critères d'attribution.

Les directives de 2004 étaient construites autour de trois idées simples et controversées : la distinction entre les critères de sélection qualitative et les critères d'attribution du marché, l'alternative de l'attribution du marché sur base du critère unique du prix ou sur base de différents critères en principe pondéré, et enfin, l'impossibilité d'insérer du « social » au stade des critères d'attribution, celui-ci devant se limiter à des conditions d'exécution du marché.

Quatre évolutions significatives sont à souligner.

Premièrement, le principe semble devenir l'attribution du marché à « l'offre économiquement la plus avantageuse » du point de vue du pouvoir adjudicateur, celle-ci étant déterminée en principe, en fonction de différents critères pondérés.⁷²

Avec une double négation qui traduit la difficulté du compromis obtenu (de nombreux députés voulant l'abolition pure et simple de l'attribution sur base d'un critère unique du prix source de tous les maux : qualité déficiente généralisée, dumping social, exécution conflictuelle du marché ; d'autres estimant qu'il s'agissait d'un critère pertinent dans une économie de marché en temps de restriction budgétaire), « Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés »⁷³. Sagement donc, la directive renvoie la décision aux États membres qui pourront soit l'interdire, soit la réserver à certains marchés ou à certains pouvoirs adjudicateurs.

Le facteur coût désormais également « prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité ».

Deuxièmement, la liste exemplative des critères d'attribution est modernisée et élargie, tout en conservant ses tares anciennes⁷⁴. L'offre économiquement la plus avantageuse peut être déterminée sur base du prix, mais également du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie⁷⁵, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comportant des aspects qualitatifs, environnementaux, mais également sociaux, pour autant qu'ils soient liés à l'objet du marché. La qualité concerne, la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, mais également les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions.

Troisièmement, sortant enfin de la controverse relative à la « stricte » distinction des critères de sélection qualitative et des critères d'attribution, qui devenait stérile compte tenu du durcissement de la jurisprudence et de l'attitude saine des acteurs de la commande publique qui s'obstinaient à ne pas la suivre, la directive permet de prendre en considération un critère d'attribution relatif à « l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel

⁷² La possibilité de classer les critères par ordre décroissant d'importance lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives est préservée par l'article 67.5 et 5 de la directive 2014/24/UE.

⁷³ Article 67.3 de la directive 2014/24/UE.

⁷⁴ A.L. Durvieux, *Marchés publics et logique de marché en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, spéc n°435, p. 470-474. Ainsi, le texte actuel vise toujours le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode et le délai de livraison ou d'exécution qui peuvent prendre la forme de critères d'attribution ou de conditions d'exécution selon le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur.

⁷⁵ *Infra*, II.A., la notion est précisée dans l'article 68 de la directive 2014/24/EU.

assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ».

Quatrièmement, l'exigence que les critères soient strictement liés à l'objet du marché est assouplie puisque la directive prévoit désormais que les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et, c'est nouveau, « à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans: a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services; ou b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel »⁷⁶.

12. Les offres anormalement basses⁷⁷

Il n'y a pas de changement fondamental en ce qui concerne le contrôle des offres anormales. Seules les offres anormalement basses sont une préoccupation. Le pouvoir adjudicateur doit contrôler le prix ou les coûts et demander des justifications, le texte énonçant à titre exemplatif de ces dernières : « a) l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation des services ou du procédé de construction; b) les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux; c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire (...); f) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire. »

Le texte ajoute curieusement comme exemple de justification, le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établi par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales dans ces mêmes matières (reprises dans l'annexe X). Il est délicat de percevoir en quoi le respect des obligations peut induire un prix bas. De manière tout aussi mystérieuse, le texte ajoute encore le respect des obligations imposées par l'article 71 de la directive, soit l'article relatif à la sous-traitance.

Le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés. Il est obligé de rejeter l'offre s'il constate que le soumissionnaire ne respecte pas ses obligations en matière environnementale, sociale et du travail (telles que reprises dans l'article 18.2 de la directive)

Si l'offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que si le soumissionnaire n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide est compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du TFUE. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions doit en informer la Commission européenne.

Enfin, un échange d'information entre États membres est prévu pour le respect des dispositions législatives ou réglementaires, les conventions collectives d'application générale ou les normes techniques nationales, relatives aux preuves et documents à produire pour justifier les prix et les coûts.

⁷⁶ Article 67.3 de la directive 2014/24/UE.

⁷⁷ Article 69 de la directive 2014/24/UE.

B. Les modes de passation

13. Présentation

Il existe deux catégories de procédures de passation : les procédures ordinaires qui se caractérisent par leur rigidité (1) et les modes de passation particuliers qui tendent à une flexibilité aux modalités variables (2).

(1) Les procédures de passation ordinaires

14. Les procédures ordinaires : la rigidité

Les procédures ouvertes et restreintes sont des procédures ordinaires en ce qu'elles peuvent être utilisées en toute circonstance, moyennant le respect des modalités de publicité déterminées par la directive⁷⁸.

Dans le cadre des procédures ordinaires, la négociation est en principe interdite. Elles apparaissent dès lors comme particulièrement **rigides** : le pouvoir adjudicateur énonce sa demande dans les documents du marché, les entreprises remettent une offre, la confrontation de la demande et de l'offre se réalise sans ajustement de l'une et de l'autre.

La Cour de justice a eu l'occasion de préciser en effet, que dans pareille procédure, « une fois leur offre déposée », cette dernière ne peut plus, « en principe, être modifiée ni à l'initiative du pouvoir adjudicateur ni à celle du candidat », cette interdiction de négociation reposant sur le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence⁷⁹. Plus encore, ces mêmes principes, n'impliquent pas qu'un pouvoir adjudicateur soit tenu des prendre contact avec des soumissionnaires pour clarifier ou expliquer leur offre avant de les rejeter pour cette raison⁸⁰. Toutefois, ces mêmes principes⁸¹, ne s'opposent pas, à ce que, **exceptionnellement**, « les données relatives à l'offre puissent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes, pourvu que cette modification n'aboutisse pas à proposer en réalité une nouvelle offre (..... et) ne s'oppose donc pas davantage à (...) une disposition (...) selon laquelle, en substance, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit aux candidats de clarifier leur offre sans toutefois demander ou accepter aucune modification de l'offre⁸².

Le caractère rigide s'exprime encore puisque le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'appliquent également dans la manière dont la clarification peut être opérée : la demande de clarification ne peut apparaître à l'issue de la procédure et au vu des résultats de celle-ci comme ayant « indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande »⁸³, elle ne peut intervenir qu'après que le pouvoir adjudicateur ait pris connaissance de toutes les offres⁸⁴, elle doit être adressée « adressée de manière équivalente à toutes les entreprises qui se trouvent dans la même situation, en l'absence de motif objectivement vérifiable de nature à justifier un traitement différencié des candidats à cet égard, en particulier lorsque l'offre doit, en tout état de

⁷⁸ Article 26.1 et 26.2. de la directive 2014/24/UE.

⁷⁹ C.J.C.E., 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, Rec., p. I-10873, pt.36.

⁸⁰ Ibid, pt 39.

⁸¹ Repris dans l'article 2 de la directive 2004/18/CE.

⁸² C.J.C.E., 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, Rec., p. I-10873, pt.40

⁸³ Ibid, pt.41

⁸⁴ Ibid, pt.42.

cause, au regard d'autres éléments, être rejetée »⁸⁵. Enfin, elle doit porter sur « sur tous les points de l'offre qui sont imprécis ou non conformes aux spécifications techniques du cahier des charges sans que le pouvoir adjudicateur puisse écarter l'offre pour manque de clarté d'un aspect de celle-ci qui n'a pas fait l'objet de cette demande »⁸⁶. Ces exigences sont constantes dans la jurisprudence de la Cour⁸⁷.

15. Critique

Il est impossible de ne pas percevoir la fragilité du fondement de la rigidité des procédures ordinaires. En effet, le même principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence génèrent d'autres obligations dans le cadre des procédures négociées encadrées par le droit dérivé. Le principe et l'obligation ne peuvent dès lors justifier en soi, la rigidité des procédures ordinaires.

En réalité, c'est plutôt la négociation qui est conçue dans le droit européen des marchés comme une exception (ou dérogation) strictement encadrée, la rigidité apparaissant en creux comme le principe. Cette organisation générale des modes de passation a été critiquée. Les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques perçoivent l'absence de négociation comme un obstacle à l'efficacité des achats et investissement publics⁸⁸ : l'extrême rigidité du processus de comparaison empêchant les ajustements (même à la marge) de la demande et de l'offre, de trop nombreuses procédures sont abandonnées en raison des problèmes qui surviennent au cours de la confrontation des offres aux documents du marché et de trop nombreuses procédures aboutissent au choix d'une offre qui ne correspond pas en tout point à ce qui aurait pu être espéré. Que dire encore des marchés qui s'exécutent dans une ambiance de rapport de forces tragiques pour la qualité des prestations et des relations commerciales, en raison des erreurs qui figuraient dans le cahier des charges ou dans l'offre et qui conduisent à des conflits lors de la réalisation, générant procès, surcoûts et arrêts de chantiers préjudiciables à la collectivité?

De nombreux États membres réclament depuis de nombreuses années une réforme de ce système de passation. Ils ont été partiellement entendus dans la mesure où si les procédures ordinaires restent caractérisées par leur rigidité, plusieurs procédures particulières présentant des modalités variées de flexibilité ont été introduites en 2004 (avec le dialogue compétitif) et en 2014 (procédure concurrentielle de négociation et partenariat d'innovation). Ces procédures particulières doivent toujours être considérées comme des exceptions aux procédures ordinaires. Les différentes hypothèses d'application et les modalités variées de négociation deviennent une source de difficultés nouvelles.

(2) Les procédures particulières de passation

16. Au départ, il y avait la négociation

Dans le cadre du droit de l'Union en matière de marchés publics, la notion de négociation doit être relativisée. Elle n'est en rien comparable à une négociation dans le sens commun, où des parties à une future convention discutent, ajustent leurs demandes et propositions au fur et à mesure afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat⁸⁹. Si d'un point de vue théorique, il

⁸⁵ Ibid, pt.43.

⁸⁶ Ibid, pt. 44.

⁸⁷ C.J.C.E., 10 octobre 2013, *Ministeriet for Forskning*, C-336/12, non encore publié au recueil, points 28-41.

⁸⁸ M. Ubaud-Bergeron, *La négociation*, Contrats et marchés publics, 2014, n°6, pp.31-34, spéc.p.31

⁸⁹ Dans le même sens, M. Ubaud-Bergeron, *La négociation*, Contrats et marchés publics, 2014, n°6, pp.31-34, spc. p. 31.

est possible d'envisager de négocier à la fois le contenu d'une offre, de la demande et du contrat, le droit européen a fortement limité l'objet de la négociation.

Le droit antérieur n'est pas fondamentalement modifié par la directive 2014/24/EU qui codifie de nombreuses contraintes dégagées par la jurisprudence. Des évolutions à la marge doivent cependant être soulignées comme la nouvelle appellation de procédure négociée concurrentielle et la disparition de la procédure négociée avec publicité.

17. Le caractère exceptionnel de la procédure négociée

D'abord, la Cour de justice a de manière constante souligné que la procédure négociée revêt un caractère exceptionnel⁹⁰. Il s'ensuit que les dispositions qui l'autorisent doivent faire l'objet d'une interprétation stricte⁹¹ et que la charge de la preuve incombe à la partie qui souhaite s'en prévaloir⁹². Sous peine de priver le droit dérivé d'effet utile, les États membres ne peuvent créer des hypothèses de recours à la procédure négociée⁹³. Ceci s'applique également pour les marchés passés en procédure négociée **sans** publicité dans les secteurs spéciaux⁹⁴. Ensuite, la Cour de justice et le tribunal ont limité l'objet et la méthode des négociations.

18. Le caractère impératif des documents du marché limite l'objet de la négociation et les soumissionnaires admis à négocier

Ensuite, le pouvoir adjudicateur doit respecter le caractère impératif qu'il a donné à certaines conditions du marché ce qui implique qu'elles ne peuvent être modifiées en cours de négociation⁹⁵, la solution étant justifiée de manière très insatisfaisante, par le régime juridique des variantes.

⁹⁰ C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Commission c. Espagne*, C-71/92, Rec. p. I-5923, point 10 ; C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec., p. I-8121, point 43 ; C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec. p. I-2173, point 56 ; C.J.C.E., 23 avril 2009, *Commission c. Belgique*, C-292/07, Rec., p. I-00059, point 106 ; C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, Rec., p. I-00168, point 54.

⁹¹ C.J.C.E., 10 mars 1987, *Commission c. Italie*, 199/85, Rec. p. 1039, point 14 ; C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Commission c. Espagne*, C-71/92, Rec. p. I-5923, point 36 ; C.J.C.E., 18 mai 1995, *Commission c. Italie*, C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23 ; C.J.C.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 58 ; C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, Rec. p. I-8121, point 19 ; C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Commission c. France*, C-340/02, Rec., p. I-09845, point 38 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, Rec., p. I-04713, point 33 ; C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec. p. I-2173, point 57 ; C.J.C.E., 2 octobre 2008, *Commission c. Italie*, C-157/06, Rec., p. I-07313, point 23 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, C-250/07, Rec., p. I-04369, point 34 ; C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, Rec., p. I-00168, point 55 ; C.J.U.E., 27 octobre 2011, *Commission c. Grèce*, C-601/10, Rec., p. I-00163, point 32.

⁹² C.J.C.E., 10 mars 1987, *Commission c. Italie*, 199/85, Rec. p. 1039, point 14 ; C.J.C.E., 3 mai 1994, *Commission c. Espagne*, C-328/92, Rec. p. I-1569, points 15-16 ; C.J.C.E., 18 mai 1995, *Commission c. Italie*, C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23 ; C.J.C.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 58 ; C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, Rec. p. I-8121, point 19 ; C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Commission c. France*, C-340/02, Rec., p. I-09845, point 38 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, Rec., p. I-04713, point 33 ; C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec. p. I-2173, point 58 ; C.J.C.E., 2 octobre 2008, *Commission c. Italie*, C-157/06, Rec., p. I-07313, point 23 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, C-250/07, Rec., p. I-04369, point 34 ; C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, Rec., p. I-00168, point 56 ; C.J.U.E., 27 octobre 2011, *Commission c. Grèce*, C-601/10, Rec., p. I-00163, point 32.

⁹³ C.J.C.E., 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, Rec. p. I-139, point 48 ; C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec. p. I-2173, point 57.

⁹⁴ C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, Rec., p. I-04719, point 33 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, C-250/07, Rec., p. I-04369, points 34-39.

⁹⁵ T.P.I.C.E., 28 novembre 2002, *Scan Office Design c. Commission*, T-40/01, Rec., p. II-05043, points 76-77.

Plus généralement, c'est en tenant compte du principe de l'interprétation stricte des dispositions autorisant le recours à la procédure négociée que la Cour a limité l'objet de la négociation au contenu de l'offre : « l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 a pour effet de restreindre cette marge de manœuvre en énonçant que la négociation, qui est l'élément déterminant de la procédure de passation de marché public concernée, vise exclusivement à adapter les offres soumises aux exigences prévues dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels, dans le but de rechercher la meilleure offre. Dès lors, cette disposition identifie l'objet ainsi que le but de la négociation dans le cadre de la procédure négociée »⁹⁶.

À nouveau, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence inscrits dans l'article 2 de la directive 2004/18/CE qui tendent à garantir l'absence de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur⁹⁷ justifient la solution retenue et la prolonge ; les dispositions impératives des documents du marché ne peuvent faire l'objet d'une négociation et partant, le pouvoir adjudicateur ne peut négocier avec des soumissionnaires qui ont remis des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives des spécifications techniques⁹⁸, et plus largement, des documents du marché.

19. L'exigence du nombre de candidats appropriés et l'obligation d'assurer une concurrence réelle

Enfin, lorsqu'un marché est passé par **procédure négociée avec publicité**, le nombre de candidats admis à négocier après la sélection qualitative ne peut être inférieur à trois ; cette limite minimale ne s'applique qu'à condition qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés. La Cour de justice a précisé qu'est un candidat approprié « tout entrepreneur ayant sollicité une invitation à participer à la procédure concernée qui, parmi ceux qui présentent les qualifications requises, remplit les conditions de caractère économique et technique fixées pour cette procédure. Il s'ensuit que si le nombre de candidats qui remplissent ces conditions n'atteint pas la limite minimale de trois, la procédure peut toutefois être poursuivie avec l'unique ou les deux candidat(s) approprié(s) »⁹⁹.

L'obligation d'assurer une concurrence réelle implique que le nombre de candidats admis à soumissionner soit suffisant. Bien que la disposition de droit dérivé qui l'énonce ne vise expressément que les marchés passés par procédure restreinte, eu égard aux objectifs poursuivis par la directive, elle doit être interprétée comme s'étendant aux procédures négociées avec publicité ; dans ces procédures de passation également, le pouvoir adjudicateur doit donc assurer une concurrence réelle. Si le nombre de candidats appropriés n'atteint pas la limite minimale de trois, il convient d'admettre qu'une concurrence réelle a néanmoins été assurée, si les conditions du recours à la procédure négociée avec publicité ont été respectées¹⁰⁰.

20. Les apports de la directive 2014/24/UE

Dans quelle mesure la directive 2014/24/UE revoit-elle cette flexibilité encadrée par la Cour de justice dans le prolongement du droit dérivé antérieur ?

D'une part, elle ajoute deux nouveaux modes flexibles de passation, la procédure concurrentielle avec négociation et le partenariat d'innovation, d'autre part, elle corrige certaines maladresses dans les modalités du dialogue compétitif, enfin, elle redessine des hypothèses en les rendant parfois plus explicites tout en conservant une touche d'obscurité

est-ce réellement ajoutés

⁹⁶ C.J.C.E., 23 avril 2009, *Commission c. Belgique*, C-292/07, Rec., p. I-00059, point 107.

⁹⁷ C.J.C.E., 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, non encore publié au Recueil, point 25.

⁹⁸ C.J.C.E., 5 décembre 2003, *Nordecon e.a.*, C-561/12, non encore publié au recueil, points 34-39.

⁹⁹ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Hochtief e.a.*, C-138/08, Rec., p. I-09889, points 38-42.

¹⁰⁰ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Hochtief e.a.*, C-138/08, Rec., p. I-09889, points 45-54.

propre au style européen.

Il eut été possible de « faire beaucoup plus simple » et « beaucoup plus flexible », bien évidemment, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence pouvant parfaitement être rencontrés dès lors que le processus de négociation présente une cohérence et une pertinence consignée dans des rapports écrits qui font après l'objet d'un contrôle marginal du juge. Tel n'a pas été le chemin choisi, à un itinéraire simple, le législateur a préféré des itinéraires bis et avec de nombreux détours très balisés. Si la procédure négociée avec publicité disparaît, les hypothèses dans lesquelles elles étaient autorisées sous l'empire du droit antérieur¹⁰¹ ont inspiré la rédaction des hypothèses dans lesquelles, il est désormais possible de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation.

Fondamentalement, il reste délicat, sous réserve de l'effet marketing du mot « innovation », de comprendre la nécessité de prévoir à côté de la procédure concurrentielle avec négociation, l'existence de deux procédures, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation, qui ne semble rien ajouter sur le volet passation et qui, pour la seconde, comporte des précisions de simple bon sens pour l'exécution.

(a) La procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation

21. La procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif les cas d'application

Les hypothèses dans lesquelles les deux procédures peuvent être utilisées sont identiques¹⁰².

La plupart des mots choisis pour les définir sont plus précis qu'auparavant, simplifiant au passage le recours à l'hypothèse de procédure négociée prévue en cas d'impossibilité de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante. L'amélioration est précieuse, car les pouvoirs adjudicateurs sont obligés de motiver le choix de la procédure, cette motivation dépendant de considérations factuelles qui doivent rester praticables dans le monde réel. D'autres hypothèses restent sujettes à interprétation.

Il existe deux catégories d'hypothèses, d'ailleurs communes pour les marchés de travaux, de fournitures et de services. La première¹⁰³ implique un ou plusieurs éléments de conception et de complexité technique, juridique et financière tandis que la seconde¹⁰⁴ implique la remise d'offres irrégulières ou inacceptables dans le cadre d'une première procédure ouverte ou restreinte.

La **première catégorie d'hypothèses** est conçue de manière très souple dans la mesure où elles dépendent d'un choix discrétionnaire du pouvoir adjudicateur. Ainsi, il suffira d'insérer dans le marché un volet de conception¹⁰⁵ pour pouvoir organiser une procédure concurrentielle avec négociation.

D'autres hypothèses sont plus sujettes à interprétation : comment en effet apprécier que les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles¹⁰⁶ ? Suffit-il de sortir de biens et de services fabriqués de manière standardisée pour rentrer dans l'hypothèse ? Cette solution appliquée aux marchés de travaux pourrait faire ressortir tout le champ de la construction dans cette hypothèse dans la

¹⁰¹ Article 30 de la directive 2004/18/CE.

¹⁰² Article 26.4 de la directive 2014/24/UE.

¹⁰³ Article 26.4. a) de la directive 2014/24/UE.

¹⁰⁴ Article 26.4. b) de la directive 2014/24/UE.

¹⁰⁵ Article 26.4. a), ii) de la directive 2014/24/UE.

¹⁰⁶ Article 26.4. a), i) de la directive 2014/24/UE.

mesure où le pouvoir adjudicateur ne recourt pas à du « préfabriqué ». Il est délicat de prédire l'interprétation qui sera donnée à cette hypothèse. La question de savoir si la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif doivent être considérés comme des procédures exceptionnelles est déterminante puisqu'elle dictera la règle d'interprétation stricte ou souple.

La « complexité »¹⁰⁷ qui permettait de recourir au dialogue compétitif sous l'empire du droit antérieur a été en quelque sorte démystifiée. Il suffit désormais que le marché ne puisse être « attribué **sans négociations préalables** du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité¹⁰⁸ ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent »¹⁰⁹. La nouvelle formulation ne résoud pas tous les problèmes d'interprétation. Il est délicat de mesurer l'étendue de la charge de la preuve pour le pouvoir adjudicateur : le texte implique d'ailleurs une preuve négative impossible « le marché ne peut être attribué sans négociation préalable ». Il est toujours possible « de ne pas négocier ». Il eût été plus simple d'indiquer de manière positive les hypothèses où la négociation était souhaitable et d'indiquer plus simplement « lorsque le marché porte sur plusieurs objets comme la conception, la réalisation, le financement et la maintenance ». Globalement, les deux formulations devraient cependant conduire aux mêmes solutions sous réserve d'une interprétation raisonnable de la Cour de justice.

La dernière hypothèse vise la situation où le pouvoir adjudicateur « n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante¹¹⁰ en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'annexe VII, points 2 à 5 »¹¹¹.

La seconde catégorie d'hypothèse concerne les travaux, les fournitures ou les services « pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte¹¹², seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées. En pareil cas, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure tous, et seulement, les soumissionnaires qui (...lire ont été sélectionnés) et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation de marchés ». La directive énonce des exemples d'irrégularités ou d'inacceptabilité : « sont notamment considérées comme irrégulières les offres qui ne sont pas conformes aux documents de marché, qui sont parvenues tardivement, qui comportent des éléments manifestes de collusion ou de corruption ou que le pouvoir adjudicateur a jugées anormalement basses » ; « sont notamment considérées comme inacceptables les offres présentées par des soumissionnaires dépourvus des capacités requises ou dont le prix dépasse le budget du pouvoir adjudicateur tel qu'il a été déterminé et établi avant le lancement de la procédure de passation de marché ».

¹⁰⁷ Article 29.1. a) de la directive 2004/18/CE : « Lorsqu'un marché est particulièrement complexe, les États membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif conformément au présent article ».

¹⁰⁸ L'article 30.A.b) de la directive 2004/18/CE disposait : « dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ».

¹⁰⁹ Article 26.4. a), ii) de la directive 2014/24/UE.

¹¹⁰ L'article 30.1. c) de la directive 2004/18/CE disposait : « dans le domaine des services, notamment au sens de la catégorie 6 de l'annexe II A, et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte ».

¹¹¹ Article 26.4. a), iv) de la directive 2014/24/UE.

¹¹² Cette précision est un indice qui présente les procédures ouverte et restreinte comme des procédures ordinaires par rapport à des procédures "autres" qu'il faudra encore qualifier d'exceptionnel ou pas.

L'hypothèse est assouplie par rapport à la version antérieure puisque disparaît l'exigence que les « conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées »¹¹³.

22. La procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif : éléments de différenciation

Si la directive laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix entre les deux procédures reste un choix d'opportunité pour les pouvoirs adjudicateurs, celles-ci présentent des modalités sensiblement différentes : principalement sous l'angle du moment où l'objet du marché est définissable et par rapport aux modalités de la négociation.

Dans la procédure concurrentielle avec négociation, les pouvoirs adjudicateurs doivent définir « l'objet du marché en fournissant une **description de leurs besoins** et des **caractéristiques requises** des fournitures, travaux ou services faisant l'objet du marché et précisent les **critères d'attribution du marché**. Ils indiquent également les éléments de la description qui fixent les **exigences minimales** que doivent respecter toutes les offres »¹¹⁴.

Dans le cadre du dialogue compétitif, les pouvoirs adjudicateurs indiquent « leurs **besoins** et leurs **exigences** dans l'avis de marché et **définissent ces besoins et ces exigences dans cet avis et/ou dans un document descriptif**. À cette occasion, et dans les mêmes documents, ils indiquent et définissent également les **critères d'attribution** retenus et fixent un **calendrier indicatif** »¹¹⁵. Le marché est attribué sur la seule base du **critère d'attribution du meilleur rapport qualité/prix**, conformément à l'article 67, paragraphe 2¹¹⁶.

La description des caractéristiques requises des fournitures, travaux ou services est faite par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure concurrentielle avec publicité et n'est possible qu'au terme du dialogue, dans le cadre d'un dialogue compétitif.

Si les modalités de négociations sont largement communes aux deux procédures, deux différences subsistent.

D'une part, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se réserver dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, la possibilité d'attribuer le marché sans négociation uniquement dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociation¹¹⁷, la négociation ne pouvant porter qu sur les offres initiales ou ultérieures (et non pas sur l'offre finale) à l'exclusion « des exigences minimales et les critères d'attribution »¹¹⁸.

D'autre part, l'objet des négociations est limité dans le cadre du dialogue compétitif à deux moments et de manière ambiguë. D'abord, après la clôture du dialogue lorsque les participants sont invités à remettre une offre finale, le pouvoir adjudicateur peut demander à ce que ces offres soient « **clarifiées, précisées et optimisées** ». Cependant, de tels efforts de clarification, de précision ou d'optimisation ou la présentation d'informations complémentaires *ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre ou du marché public, notamment les besoins et exigences indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif*, lorsque les modifications apportées à ces aspects, besoins

¹¹³ Article 30.1.a) al.1 de la directive 2004/18/CE : " Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée après avoir publié un avis de marché dans les cas suivants:a) en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables au regard des dispositions nationales compatibles avec les prescriptions des articles 4, 24, 25, 27 et celles du chapitre VII, soumises en réponse à une procédure ouverte ou restreinte ou à un dialogue compétitif, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées

¹¹⁴ Article 29, §1, al.2 directive 2014/24/UE.

¹¹⁵ Article 30, §2 directive 2014/24/UE.

¹¹⁶ Article 31, 61, in fine directive 2014/24/UE.

¹¹⁷ Article 29, §4 directive 2014/24/UE.

¹¹⁸ Article 29.3 de la directive 2014/24/UE.

ou exigences sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire»¹¹⁹. Ensuite, une fois que le choix de l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix a été réalisé, le pouvoir adjudicateur peut entamer des **négociations** avec le soumissionnaire qui en est l'auteur, pour « confirmer les engagements financiers ou d'autres conditions énoncées dans l'offre en arrêtant les clauses du marché, à condition que ce processus n'ait pas pour effet de modifier, de manière importante, des aspects essentiels de l'offre ou du marché public, y compris les besoins et les exigences indiquées dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, et ne risque pas de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations »¹²⁰.

23. Le partenariat d'innovation

Le partenariat d'innovation est une nouvelle procédure¹²¹ qui désigne également le marché auquel aboutit cette procédure.

Le partenariat d'innovation présente de nombreuses similitudes avec la procédure concurrentielle avec négociation.

Il reste cependant une **procédure spécifique** en ce qu'il intègre dans une même procédure et un même marché, le développement et l'acquisition ultérieure d'un bien ou d'une prestation¹²².

Il convient de distinguer le partenariat d'innovation des modèles de passation de marchés relatifs à la **recherche et développement (R&D)** qui ont fait l'objet d'une communication de la Commission du 14 décembre 2007 intitulée « Achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe », qui ne relèvent pas du champ d'application de la directive 2014/24/UE¹²³.

Les marchés R&D portent uniquement sur la recherche et le développement alors que le partenariat d'innovation va jusqu'à la commercialisation¹²⁴. Dans le cadre du partenariat d'innovation, le produit n'est pas réservé à l'usage exclusif du pouvoir adjudicateur, à la différence des marchés R&D.

L' **innovation** est conçue très largement dans la directive puisqu'il s'agit de « la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, y compris, mais pas exclusivement des procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, notamment dans le but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive »¹²⁵. Cette définition englobe l'éco-innovation et l'innovation sociale ou le développement durable.

D'une manière générale, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce « que la structure du partenariat, et notamment la durée et la valeur de ses différentes phases, tiennent compte du degré d'innovation de la solution proposée et du déroulement des activités de recherche et d'innovation requises pour le développement d'une solution innovante non encore disponible sur le marché. La valeur estimée des fournitures, des services ou des travaux n'est pas disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement »¹²⁶.

¹¹⁹ Article 31, §6 de la directive 2014/24/UE.

¹²⁰ Article 31, §7 de la directive 2014/24/UE.

¹²¹ Introduite par l'article 31 de la directive 2014/25/UE et par l'article 29 de la directive 2014/25/UE.

¹²² Considérant 49 de la directive 2014/24/UE.

¹²³ considérant 47 de la directive 2014/24/UE.

¹²⁴ Ibid, spéc. p. 49.

¹²⁵ Article 1.22. Directive 2014/24/UE.

¹²⁶ Article 31.7. directive 2014/25/UE

L'innovation est intégrée en amont du processus d'achat : au stade de la définition du besoin (dont elle est une composante), de l'objet du marché, lors de la sélection qualitative, sans pour autant obliger le pouvoir adjudicateur à privilégier l'offre la plus innovante (au travers, par exemple, d'un critère d'attribution), ce dernier pouvant opérer un arbitrage entre l'innovation et l'optimisation de la dépense publique liée au marché.

Ainsi, dans la mesure où, le pouvoir adjudicateur définit dans les documents du marché, « le **besoin relatif** à un produit, un service ou à des travaux innovants **qui ne peut être satisfait par l'acquisition de produits, de services ou de travaux déjà disponibles sur le marché** »¹²⁷, le caractère innovant (c'est-à-dire leur indisponibilité sur le marché) est une composante du besoin lui-même¹²⁸.

Le pouvoir adjudicateur doit dès lors établir que les services, fournitures et travaux ne sont pas disponibles sur le marché, entreprise qui peut se révéler délicate....

L'encouragement à l'innovation s'exprime déjà lors de la **sélection des candidats**, puisque « les pouvoirs adjudicateurs appliquent en particulier les critères relatifs aux capacités des candidats dans le domaine de la recherche et du développement ainsi que de l'élaboration et de la mise en œuvre de solutions innovantes »¹²⁹.

Le partenariat d'innovation peut être mis en place avec **un ou plusieurs partenaires** menant des activités de recherches séparées¹³⁰.

L'attribution du ou des marchés se fait sur la seule base du critère d'attribution du meilleur rapport qualité/prix¹³¹.

Les modalités de la procédure de passation sont comparables à celles de la procédure concurrentielle avec négociation

Certaines modalités procédurales concernent la phase d'exécution du partenariat d'innovation et visent à intégrer les aléas et les spécificités du processus de développement : l'acquisition, la résiliation partielle ou entière du partenariat, et la confidentialité étendue à l'exécution.

Ainsi, l'**acquisition ultérieure** des fournitures, services ou travaux n'est prévue que pour autant qu'ils correspondent « au niveau de performance et aux coûts maximum convenus entre les pouvoirs adjudicateurs et les participants »¹³².

Le partenariat est structuré en **phases** qui suivent « le déroulement des étapes du processus de recherche et d'innovation, qui peuvent comprendre le stade de la fabrication des produits, de la prestation des services ou de l'exécution des travaux. Le partenariat d'innovation établit des objectifs intermédiaires que les partenaires doivent atteindre et prévoit le paiement de la rémunération selon des tranches appropriées »¹³³.

Sur la base de ces objectifs, « le pouvoir adjudicateur peut décider, après chaque phase, de **résilier** le partenariat d'innovation ou, dans le cas d'un partenariat d'innovation établi avec plusieurs partenaires, de **réduire le nombre de partenaires** en mettant un terme aux

¹²⁷ Article 31.1 de la directive 2014/24/UE

¹²⁸ P. Pintant, A. N'Gouah-Beaud, Le partenariat d'innovation : une procédure à suivre, ACCP-CP, 2014, n°123, pp.46-50, spéc.p.48

¹²⁹ Article 31.6 directive 2014/24/UE

¹³⁰ Article 31.1, al. 3 directive 2014/24/UE

¹³¹ Article 31.1, in fine directive 2014/24/UE

¹³² Article 31.2 directive 2014/24/UE

¹³³ Article 31.2, al.2 directive 2014/24/UE

contrats individuels, à condition que, dans les documents de marché, il ait indiqué ces possibilités et les conditions de leur mise en œuvre »¹³⁴.

Enfin, « en cas de partenariat d'innovation associant plusieurs partenaires, conformément à l'article 21, le pouvoir adjudicateur ne révèle pas aux autres partenaires les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un partenaire dans le cadre du partenariat sans l'accord dudit partenaire. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale, mais vise des informations précises dont la communication est envisagée »¹³⁵.

24. Éléments de comparaison sous forme de synthèse chronologique : les procédures concurrentielles avec négociation (PCN) et de partenariat d'innovation (PI)

Les deux procédures présentent de nombreuses similitudes, le partenariat d'innovation étant, en quelque sorte, une forme spécifique de procédure concurrentielle avec négociation.

Si l'on suit une séquence chronologique, la procédure commence avec la définition des besoins et des caractéristiques de la solution (PCN), la définition des besoins d'innovation (PI).

Viennent ensuite : la publication d'un avis de mise en concurrence, la demande de participation, la sélection des candidats, la lettre d'invitation à remettre une offre initiale, la remise de l'offre initiale, l'examen des offres initiales, avec la possibilité d'en retenir une dans le cadre d'une PCN si les documents du marché l'ont prévu, la négociation en une ou plusieurs phases, la remise d'offres ultérieures précédées dans le cadre du PI de la communication des changements apportés par le PA à cette fin, suivie de la demande de remise d'une offre finale.

L'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse en vertu des articles 66 à 69) (PCN) et à l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix (article 67) dans le cadre du PI. Les marchés sont ensuite notifiés dans le cadre des deux procédures.

25. Éléments de comparaison sous forme de synthèse chronologique (suite) : les variables du dialogue compétitif (DC)

La définition des besoins au stade initial est plus sommaire puisqu'il sert à lancer un dialogue qui porte sur la manière de les rencontrer.

La publication de l'avis de mise en concurrence, les demandes de participation la sélection des candidats s'opèrent selon des principes identiques.

Alors qu'une lettre d'invitation à remettre une offre initiale suit immédiatement la sélection qualitative dans le cadre de la PCN, c'est une lettre d'invitation au dialogue qui est adressée aux candidats sélectionnés dans le cadre du DC.

Le dialogue porte sur les moyens ou solutions pour satisfaire les besoins définis, il porte sur tous les aspects et peut se dérouler en une ou plusieurs phases, avec remise d'une ou de plusieurs solutions (ou propositions) de la part des participants. Le dialogue est clôturé et suivi par une invitation à remettre une offre finale qui peut être seulement clarifiée, précisée ou optimisée (ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre ou du marché public, notamment les besoins et exigences indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, lorsque les modifications apportées à ces aspects, besoins ou

¹³⁴ Article 31.2, in fine directive 2014/24/UE

¹³⁵ Article 31.6, in fine directive 2014/24/UE

exigences sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire) avant d'être finalement évaluées en fonction des critères d'attribution.

D'ultimes négociations peuvent être menées, à la demande du pouvoir adjudicateur, avec le soumissionnaire qui a remis l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix (67) dont l'objet est de confirmer les engagements financiers ou autres conditions énoncées dans l'offre en arrêtant les clauses du marché, pour autant que le processus (n)ait pas pour effet de modifier, de manière importante, des aspects essentiels de l'offre ou du marché public, y compris les besoins et les exigences indiquées dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, et ne risque pas de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations).

(b) La procédure négociée sans publicité préalable

26. Permanence

La possibilité de recourir à une procédure négociée sans publicité préalable est limitée à des circonstances très exceptionnelles compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence¹³⁶. Les États membres ne peuvent toujours pas prévoir d'autres hypothèses que celles prévues par l'article 32¹³⁷. Le législateur européen confirme l'interprétation restrictive de ces hypothèses et semble même vouloir renforcer l'obligation de motivation¹³⁸.

Certaines hypothèses peuvent impliquer une mise en concurrence entre plusieurs participants¹³⁹ et partant impliquer une négociation en une ou plusieurs phases en vue de

¹³⁶ Considérant 50 directive 2014/24/UE

¹³⁷ Article 26.6.

¹³⁸ Le considérant 50 précise en effet que : « Ces exceptions devraient se limiter aux cas où une publication n'est pas possible pour des **raisons d'extrême urgence** résultant d'**événements imprévisibles** qui ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe **objectivement qu'un seul opérateur économique** capable d'exécuter le marché. Tel est le cas des œuvres d'art, pour lesquelles l'identité de l'artiste détermine en soi le caractère unique et la valeur de l'œuvre d'art. L'exclusivité peut aussi résulter d'autres motifs, mais le recours à la procédure négociée sans publication ne peut être justifié que dans une **situation d'exclusivité objective**, c'est-à-dire lorsque l'exclusivité n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même en vue de la passation du marché.

Les pouvoirs adjudicateurs invoquant cette exception devraient en **justifier l'absence de solutions de remplacement ou rechange raisonnables** telles que le recours à d'autres canaux de distribution, y compris en dehors de l'État membre du pouvoir adjudicateur ou le fait d'envisager des travaux, fournitures ou services ayant une fonction comparable.

Lorsque l'exclusivité est due à des **raisons techniques, celles-ci devraient être rigoureusement définies et justifiées au cas par cas**. Parmi ces raisons pourraient par exemple figurer la quasi-impossibilité technique, pour un autre opérateur économique, de réaliser les prestations requises, ou la nécessité de recourir à un savoir-faire, des outils ou des moyens spécifiques dont ne dispose qu'un seul opérateur économique. Des raisons techniques peuvent également découler d'**exigences spécifiques d'interopérabilité** qui doivent être satisfaites pour garantir le fonctionnement des travaux, des fournitures ou des services achetés.

Enfin, une procédure de passation de marché n'est pas utile lorsque les fournitures sont achetées directement sur une **bourse des matières premières**, notamment les plateformes d'échange de produits de base telles que les bourses de produits agricoles, de matières premières et de produits énergétiques, où la structure d'échange multilatérale réglementée et contrôlée garantit naturellement les prix du marché. »

¹³⁹ Article 32.2.a, 32.2, c, 32.3.a

réduire le nombre de candidats. D'autres hypothèses ne concernent qu'un seul candidat¹⁴⁰.

Les textes connaissent cependant des évolutions sensibles du point de vue qualitatif en ce qu'ils clarifient certaines hypothèses et en ce qu'ils précisent les modalités de la négociation.

27. Les hypothèses de procédures négociées sans publicité sous l'empire de la directive 2004/18/CE

L'article 31 de la directive 2004/18/CE définissait les hypothèses dans lesquelles il était possible de passer un marché en recourant à une procédure négociée sans publicité en distinguant celles communes aux marchés de travaux, de fournitures et de services¹⁴¹, celles prévues pour les marchés de fournitures¹⁴², pour les marchés de services¹⁴³, et celles communes aux marchés de travaux et aux marchés de services¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Article 32.2.b., 32.3b., 32.4. et 32.5

¹⁴¹ **31.1.** dans le cas des marchés publics de **travaux, de fournitures et de services:**

a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission à sa demande;

b) lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé;

c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les

pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;

¹⁴² **31.2.** dans le cas des marchés publics de **fournitures:**

a) lorsque les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement;

b) pour les livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées; la durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans;

c) pour les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;

d) pour l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature prévue par les législations ou réglementations nationales;

¹⁴³ **31.3.** dans le cas des marchés publics de **services**, lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours; dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours doivent être invités à participer aux négociations;

¹⁴⁴ **31.4.** dans le cas des marchés publics de **travaux** et marchés **publics** de services:

a) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service:

- lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,

ou

— lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial;

b) pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs

La Cour de justice a rendu de nombreux arrêts précisant l'interprétation de ces hypothèses.

28. *Les raisons techniques imposant le recours à un seul opérateur économique déterminé*

La possibilité de recourir à la procédure négociée sans publicité, lorsque des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité impose l'attribution du marché à un opérateur économique déterminé, requiert la réunion de deux conditions cumulatives, à savoir : une spécificité technique des prestations faisant l'objet du marché, d'une part, cette spécificité technique devant rendre absolument nécessaire d'attribuer ledit marché à un opérateur déterminé, d'autre part¹⁴⁵.

La Cour de justice s'est montrée très stricte dans l'appréciation de ces deux conditions cumulatives en refusant dans la quasi-majorité des cas de les considérer comme remplies.

Les contraintes liées à la protection de l'environnement peuvent être une raison technique justifiant le recours à la procédure négociée sans publicité et l'attribution du marché à un seul opérateur économique déterminé, au sens de la disposition concernée du droit dérivé. Toutefois, en l'espèce, le choix d'un traitement thermique pour l'élimination de déchets à lui seul ne saurait constituer une telle raison¹⁴⁶.

La nécessité de procéder à l'élimination de déchets à proximité de leur lieu d'origine n'est pas établie en l'espèce, puisque le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré que le transport des déchets jusqu'à un prestataire de service établi plus loin que l'adjudicataire, constituerait un danger pour l'environnement ou la santé publique¹⁴⁷.

Enfin, la proximité de l'adjudicataire par rapport au territoire du pouvoir adjudicateur ne saurait non plus constituer, à elle seule, une raison technique justifiant le recours à la procédure négociée et l'attribution du marché à un seul opérateur économique déterminé, au sens de la disposition concernée du droit dérivé¹⁴⁸.

L'objectif d'assurer la continuité des travaux afférents à des projets complexes et visant à la sécurité hydraulique d'une région est une considération technique dont il faut admettre l'importance. Cependant la seule affirmation du caractère complexe et délicat d'un ensemble de travaux relatifs à l'aménagement de bassins de rétention d'eau, ne suffit pas à démontrer qu'il ne peut être confié qu'à un même entrepreneur, en particulier lorsque les travaux sont répartis en lots dont la réalisation doit s'étaler sur de nombreuses années¹⁴⁹.

Le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré en l'espèce que le système de bandes transporteuses de cendres devant être construit entre une centrale thermoélectrique et une mine ne pouvait l'être que par un opérateur déterminé. En effet, ni les propriétés particulières du produit à transporter ni la nature instable du sous-sol ou la nécessité de raccorder le

adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure ouverte ou restreinte.

- La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 7.

Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

¹⁴⁵ C.J.C.E., 18 mai 1995, *Commission c. Italie*, C-57/94, Rec. p. I-1249, point 24 ; C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, Rec., p. I-08121, points 18, 20 et 21 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, Rec., p. I-04713, point 34.

¹⁴⁶ C.J.C.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, points 60-64.

¹⁴⁷ C.J.C.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 65.

¹⁴⁸ C.J.C.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 66.

¹⁴⁹ C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, Rec., p. I-08121, points 15-24.

système de bandes transporteuses avec celui déjà existant ne prouve, que l'adjudicataire du marché était l'unique entrepreneur dans le marché intérieur européen à disposer du savoir-faire nécessaire pour effectuer les travaux en question. Les faits de l'espèce démontrent d'ailleurs que le pouvoir adjudicateur a envisagé de recourir à au moins une autre entreprise que l'adjudicataire¹⁵⁰.

Le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré en l'espèce que les hélicoptères commandés ne pouvaient être fournis que par un opérateur déterminé. À cet égard, le motif qu'il convenait d'assurer l'homogénéité de la flotte d'hélicoptères afin de réduire les coûts logistiques, opérationnels et de formation des pilotes, ne suffit pas à justifier le recours à la procédure négociée sans publicité. Il n'est en effet pas démontré qu'un changement de fournisseur aurait contraint le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel fabriqué selon une technique différente de nature à entraîner une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien disproportionnées¹⁵¹.

Le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré en l'espèce que le logiciel commandé pour la gestion centralisée de l'immatriculation de véhicules automobiles, ne pouvait être fourni que par un opérateur déterminé. À cet égard, la circonstance que l'unique concurrent de cet opérateur sur le marché national n'offrait pas un logiciel satisfaisant aux exigences techniques requises, ne suffit pas à justifier le recours à la procédure négociée sans publicité. Il ne saurait en effet être exclu que, si des recherches sérieuses avaient été menées au niveau européen, des entreprises à même de fournir un logiciel adapté aient pu être identifiées¹⁵².

29. L'urgence impérieuse

La Cour de justice s'est montrée tout aussi intransigeante dans l'appréciation de l'urgence impérieuse qui est subordonnée à trois conditions cumulatives l'existence d'un événement imprévisible ; une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse¹⁵³.

Le fait de devoir achever des travaux dont le caractère incomplet aggrave le risque d'inondations, alors que les premiers marchés ont été attribués il y a près de 15 ans et qu'il a été prévu dès le départ de procéder à leur exécution par lots, ne constitue pas une urgence impérieuse. Ces éléments relèvent en effet de l'organisation arrêtée par le pouvoir adjudicateur¹⁵⁴.

Le fait que le pouvoir adjudicateur disposait en réalité du délai suffisant pour passer le marché en cause en procédure restreinte accélérée, fait obstacle à la démonstration de l'existence d'une urgence impérieuse¹⁵⁵.

Le fait qu'une autorité qui doit approuver le projet concerné puisse imposer des délais ne constitue pas un élément imprévisible de la procédure d'approbation dudit projet¹⁵⁶.

¹⁵⁰ C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, Rec., p. I-04713, points 35-39.

¹⁵¹ C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec. p. I-2173, points 55 et 59.

¹⁵² C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, Rec., p. I-00168, points 61-64.

¹⁵³ C.J.C.E., 2 août 1993, *Commission c. Italie*, C-107/92, Rec. p. I-4655, point 12 ; C.J.C.E., 28 mars 1996, *Commission c. Allemagne*, C-318/94, Rec. p. I-1949, point 14 ; C.J.C.E., 18 novembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-126/03, Rec. p. I-11197, point 23 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, Rec., p. I-04713, point 40 ; C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, Rec., p. I-00168, point 69 ; C.J.C.E., 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, non encore publié au recueil, point 50.

¹⁵⁴ C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, Rec., p. I-08121, points 25-29.

¹⁵⁵ C.J.C.E., 18 novembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-126/03, Rec. p. I-11197, point 23.

¹⁵⁶ C.J.C.E., 28 mars 1996, *Commission c. Allemagne*, C-318/94, Rec. p. I-1949, point 18 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, Rec., p. I-04713, point 43.

Un délai de plusieurs mois entre la décision de procéder au remplacement du logiciel utilisé, le lancement de la procédure négociée sans publicité avec un seul opérateur économique et la conclusion du marché fait obstacle à la démonstration de l'existence d'une urgence impérieuse¹⁵⁷. En outre, la circonstance que les dysfonctionnements du logiciel utilisé étaient connus plusieurs mois avant le lancement de la procédure négociée sans publicité, tend à démontrer que l'urgence est au moins en partie imputable au pouvoir adjudicateur¹⁵⁸. Enfin, l'écoulement de plusieurs mois entre la décision de remplacer le logiciel et la conclusion du marché en cause démontre qu'il était possible de conduire une procédure restreinte accélérée, de sorte qu'il n'y avait pas en l'espèce d'urgence impérieuse¹⁵⁹.

S'il peut paraître « évident que l'endommagement important d'une partie significative des bâtiments de plusieurs localités à la suite d'un séisme de grande ampleur constitue un événement extraordinaire et imprévisible ». Toutefois, faute de pouvoir bénéficier de l'exemption de la « coopération horizontale », la passation de marchés publics (tels que ceux visés en l'espèce) suite à cet événement et en procédure négociée sans publicité doit respecter les trois conditions cumulatives posées par le droit dérivé – ce qu'il appartient en l'espèce à la juridiction de renvoi de vérifier¹⁶⁰.

30. Les offres inappropriées

Le recours à la procédure négociée sans publicité est autorisé lorsqu'aucune offre appropriée n'a été déposée au cours d'une première procédure de passation avec mise en concurrence. Des offres qui ne sont pas conformes à des spécifications techniques indispensables (comme celles qui découlent du respect de la législation en matière de protection de l'environnement) et dont la non-conformité ne porte pas sur une simple imprécision ou sur un simple détail, sont des offres inappropriées au sens de la disposition concernée du droit dérivé, puisque ces non-conformités empêcheraient le pouvoir adjudicateur de mettre en service la centrale thermoélectrique en cause¹⁶¹.

31. Le marché de service attribué suite à un concours

La disposition qui autorise le recours à la procédure négociée sans publicité lorsque, dans le cas de marchés publics de services, le marché considéré fait suite à un concours et doit être attribué au(x) lauréat(s), suppose tout d'abord que les prestations en cause rentrent toutes dans la notion de concours qui se réfère à « un plan ou un projet » – ce qui est le cas de l'assistance au maître d'ouvrage dans l'élaboration d'un programme technique détaillé, mais non dans l'analyse des offres remises pour exécuter ce programme. Ensuite, l'expression « faire suite à un concours » signifie qu'il doit subsister un lien fonctionnel direct entre le concours et le marché concerné – ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Enfin, les conditions du concours doivent prévoir l'obligation d'attribuer le marché au lauréat et non la simple possibilité¹⁶².

32. Les travaux ou services complémentaires

Le recours à la procédure négociée sans publicité est autorisé pour les travaux ou services complémentaires ne figurant pas dans le projet initial et qui sont devenus nécessaires à la

¹⁵⁷ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, *Rec.*, p. I-00168, points 70-71.

¹⁵⁸ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, *Rec.*, p. I-00168, point 72.

¹⁵⁹ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, *Rec.*, p. I-00168, points 73-75.

¹⁶⁰ C.J.C.E., 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, non encore publié au recueil, points 48-54.

¹⁶¹ C.J.C.E., 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, C-250/07, *Rec.*, p. I-04369, points 37-43.

¹⁶² C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Commission c. France*, C-340/02, *Rec.*, p. I-09845, points 33-43.

suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou des services du projet initial. L'attribution de ces travaux ou services complémentaires à l'opérateur qui exécute le projet initial est en outre (et notamment) subordonnée à la condition que ces travaux ou services complémentaires ne dépassent pas 50% du montant du marché initial.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a confié des services complémentaires de cadastre et d'aménagement urbain non prévus par les documents du marché initial en violation de la disposition concernée du droit dérivé. D'une part, aucune circonstance imprévue n'est survenue – ni même invoquée dans la décision attaquée. Il incombait d'ailleurs au pouvoir adjudicateur de prévoir l'extension des zones à cadastrer et à urbaniser, dès le lancement du marché initial. D'autre part, les services complémentaires dépassent 50% du montant du marché initial¹⁶³.

33. Les travaux et services similaires (marchés reconductibles)

Le recours à la procédure négociée sans publicité est autorisé pour les travaux ou services similaires, à la condition que la reconduction ait été annoncée dans les documents du marché initial et que ce dernier ait été passé en procédure ouverte ou restreinte. Une disposition de la directive limite le recours à cette procédure négociée sans publicité « pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial ». À la lumière d'une comparaison des versions linguistiques de cette disposition et en vertu de considérations liées au principe d'interprétation stricte et à la sécurité juridique, il convient de comprendre l'expression « conclusion du marché initial » dans le sens de la conclusion du contrat initial et non pas dans le sens de l'achèvement des travaux sur lesquels porte le marché¹⁶⁴.

34. Les précisions apportées par la directive 2014/24/UE

Par rapport à l'article 31, 1, a) de la directive 2004/18/CE, l'article 32.2.a) de la directive 2014/24/UE ajoute qu'« une offre n'est pas considérée comme appropriée lorsqu'elle est sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences du pouvoir adjudicateur spécifiés dans les documents de marché. Une demande de participation n'est pas considérée comme appropriée lorsque l'opérateur économique concerné doit ou peut être exclu en vertu de l'article 57 ou ne remplit pas les critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 58 ».

Par rapport à l'article 31, 1, b, de la directive 2004/18/CE, l'article 32.2. b) de la directive 2014/24/UE clarifie les raisons qui désignent un opérateur particulier « b) lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier, pour l'une quelconque des raisons suivantes: i) l'objet du marché est la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ; ii) il y a absence de concurrence pour des raisons techniques; iii) la protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle. Le texte ajoute cependant que les « exceptions indiquées aux points ii) et iii) ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres du marché ».

L'article 32.2.c) de la directive 2014/24/UE renforce par rapport à l'article 31.1, c de la directive 2004/18/CE, la rigueur de l'exigence impérieuse puisqu'il faut désormais démontrer « dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais des

¹⁶³ C.J.U.E., 27 octobre 2011, *Commission c. Grèce*, C-601/10, Rec., p. I-00163, points 33-34.

¹⁶⁴ C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, Rec., p. I-08121, points 33-41.

procédures ouvertes, restreintes», mais aussi de la procédure concurrentielle avec négociation. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne peuvent être imputables au pouvoir adjudicateur.

L'article 32.3. a) de la directive 2014/24/UE reprend l'article 31.2.b) de la directive 2004/18/CE. Par contre, l'article 32.3.b) de la directive 2014/24/UE assouplit l'article 31.2. b) de la directive 2004/18/CE en ce qu'il permet la PN sans publicité pour les fournitures complémentaires destinées soit au renouvellement soit à l'extension sans plus exiger que celles-ci soient d'usage courant. La disposition reprend les mêmes conditions : premièrement, le changement de fournisseurs « obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées », ; deuxièmement, « la durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne dépasse pas, en règle générale, trois ans ».

35. *Conclusions*

En terme de conclusion, nous aimerions proposer une voie de simplification plus fondamentale pour les prochaines décennies. Plutôt que de prendre chaque fois 10 ans pour corriger les errements de la dernière version, pourquoi ne pas simplifier les processus d'évolution en reprenant dans un règlement les éléments fondamentaux qui sont aujourd'hui stabilisés : la seule question délicate et politique reste le champ d'application, pour les méthodes de passation, il suffirait de poser le principe de la publication d'un avis de marché à l'échelle européenne et de méthode respectueuse des libertés fondamentales et des principes généraux de droit européen. Pour le reste, un système de soft law piloter par les instances européennes avec un échange des bonnes pratiques au sein des États membres permettrait aux acteurs d'avancer beaucoup plus vite et au droit de rester à un niveau de généralités qui préserve un espace pour les initiatives et la créativité humaine.

1.	Les ambitions de la réforme	1
2.	Analyse de la réforme.....	2
I.	Les procédures de passation	3
3.	Présentation.....	3
4.	Pas de changement de paradigme.....	3
5.	L'exécution des marchés publics.....	4
A.	Le choix des participants et l'attribution des marchés.....	5
6.	Pas de changement dans les distinctions structurantes, adaptées à la marge.....	5
7.	Une nouveauté l'encadrement de la préparation du marché et la prévention des conflits d'intérêts.....	6
(1)	Le choix des participants	6
8.	Les différentes catégories de motifs d'exclusion.....	6
9.	Les critères de sélection qualitative.....	8
10.	Le recours aux capacités d'autres entités	9
(2)	Le choix des offres	10
11.	Les critères d'attribution.....	10
12.	Les offres anormalement basses	11
B.	Les modes de passation.....	12
13.	Présentation	12
(1)	Les procédures de passation ordinaires	12
14.	Les procédures ordinaires : la rigidité.....	12
15.	Critique	13
(2)	Les procédures particulières de passation	13
16.	Au départ, il y avait la négociation	13
17.	Le caractère exceptionnel de la procédure négociée	14
18.	Le caractère impératif des documents du marché limite l'objet de la négociation et les soumissionnaires admis à négocier.....	14
19.	L'exigence du nombre de candidats appropriés et l'obligation d'assurer une concurrence réelle	15
20.	Les apports de la directive 2014/24/UE	15
(a)	La procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation	16
21.	La procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif les cas d'application.....	16
22.	La procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif : éléments de différenciation	18
23.	Le partenariat d'innovation	19
24.	Éléments de comparaison sous forme de synthèse chronologique : les procédures concurrentielles avec négociation (PCN) et de partenariat d'innovation (PI).....	21
25.	Éléments de comparaison sous forme de synthèse chronologique (suite) : les variables du dialogue compétitif (DC)	21
(b)	La procédure négociée sans publicité préalable.....	22
26.	Permanence	22
27.	Les hypothèses de procédures négociées sans publicité sous l'empire de la directive 2004/18/CE	23
28.	Les raisons techniques imposant le recours à un seul opérateur économique déterminé	24
29.	L'urgence impérieuse	25
30.	Les offres inappropriées	26
31.	Le marché de service attribué suite à un concours	26
32.	Les travaux ou services complémentaires	26
33.	Les travaux et services similaires (marchés reconductibles)	27
34.	Les précisions apportées par la directive 2014/24/UE	27
35.	Conclusions	28

