

ÉDITO

177

Vers une reconnaissance juridictionnelle
des droits politiques des citoyens européens

Jean Paul Jacqué

RTDEur.

Revue trimestrielle de droit européen

DOSSIER

Controverses sur les traités de libre-échange

181

Post-CETA : How we got there and how to go on

Pieter Jan Kuijper

189

Quel avenir pour la politique commerciale de l'UE ?

Marianne Dony

COMMENTAIRES

201

Le Peuple, le(s) Parlement(s) et le Juge :
l'arrêt *Miller* de la Cour suprême, une
valse constitutionnelle à trois temps

Laurent Pech et Sébastien Platon

229

Neutraliser la religion dans l'entreprise ?
Arrêts *G4S Secure Solutions* et *Boungaoui*
(CJUE 14 mars 2017, aff. C-157/15 et C-188/15)

Sophie Robin-Olivier

ref : 571702



DAJLOZ

Droit européen des marchés et autres contrats publics

1^{er} janvier 2016 -
31 décembre 2016

Ann Lawrence **Durviaux**
Professeur ordinaire à l'Université
de Liège (Belgique), Avocat

1. Un transfert de compétences entre deux personnes publiques n'est pas un marché public¹

(CJUE 21 déc. 2016, aff. C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord*, ECLI:EU:C:2016:985, concl. av. gén. P. Mengozzi ; Contrats Marchés publ. 2-2017, p. 26 ; ACCP, n° 173, 2017, p. 8, note G. Eckert ; AJDA 2016. 2463, Un transfert de compétences entre personnes publiques est-il un marché public, note D. Poupeau)

Un accord passé entre deux collectivités territoriales portant création d'une nouvelle personne morale de droit public à laquelle sont transférées certaines compétences ne constitue pas un marché public pour autant que le transfert de compétences concernant l'accomplissement de missions publiques porte à la fois sur les responsabilités liées à la compétence transférée et sur les pouvoirs qui sont le corollaire de celle-ci, de sorte que l'autorité publique nouvellement compétente dispose d'une autonomie décisionnelle et financière.

Dans cet arrêt de principe, la Cour de justice clarifie la distinction délicate entre, d'une part, une mesure qui relève du pouvoir d'organisation administrative interne d'un État membre, ici un trans-

fert de compétences² entre autorités publiques, et, d'autre part, un marché public.

Le litige opposait une entreprise, prestataire de services d'enlèvement des déchets (Remondis) à la région de Hanovre au sujet du transfert par cette dernière, notamment³ des missions de traitement des déchets dont elle était investie, à une nouvelle personne morale de droit public (un syndicat de collectivités de la région de Hanovre) créée avec la ville de Hanovre, par le biais d'un accord suivi de l'adoption d'un règlement statutaire portant création et organisation du syndicat. À côté de l'enlèvement des déchets, le syndicat était chargé d'autres fonctions au bénéfice de la ville exclusivement ou concomitamment à celui de la ville et de la région. Tirant

- (1) Les principaux arrêts rendus pendant cette période sont analysés dans un ordre chronologique décroissant.
(2) Déjà évoqué dans des arrêts antérieurs par la Cour : CJCE 20 oct. 2005, aff. C-264/03, *Commission d' France*, EU:C:2005:620 et CJUE 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock*, EU:C:2013:385, comme le rappelle l'av. gén., pt 32 de ses concl.
(3) Le transfert des missions de nettoyage de la voirie et de services d'hiver était également prévu.

progressivement des revenus significatifs d'activités accomplies au bénéfice d'entités distinctes de la ville et de la région, le syndicat s'est vu reproché par la société Remondis de sortir des conditions d'une attribution *in house* selon la jurisprudence *Teckal*⁴, le transfert des missions devant désormais être considéré comme une « adjudication illégale de fait ». Dans ce contexte, la juridiction de renvoi va poser deux questions à la Cour : la première tendait à savoir si le transfert de compétences était bien un marché public, la seconde visait à savoir si le transfert relevait de l'exception dite des « relations *in house* » ou de l'exception de la coopération horizontale.

Après avoir rappelé, d'une part, que la qualification de marché public suppose parfois d'examiner une opération comportant plusieurs phases dans sa globalité en tenant compte de sa finalité⁵ et, d'autre part, que les autorités publiques restaient libres de décider de recourir ou non au marché pour l'accomplissement des tâches d'intérêt public⁶, la Cour de justice va d'emblée souligner la protection conférée par l'article 4, paragraphe 2, TUE, selon lequel l'Union est tenue de respecter l'identité nationale des États membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale⁷, cette protection porte également sur les réorganisations de compétences à l'intérieur d'un État membre⁸.

La Cour précise qu'un tel transfert de compétences ou réattribution de compétences ne rencontre pas les éléments de la définition de marché public.

En effet, il ne s'agit pas d'un contrat à titre onéreux, le caractère onéreux impliquant que le pouvoir adjudicateur reçoive, moyennant une contrepartie, une prestation qui comporte un intérêt économique direct pour lui⁹, faisant, pour la première fois¹⁰, du caractère synallagmatique une caractéristique essentielle du marché public¹¹. Or, le transfert de compétences implique la disparition de tout intérêt économique dans le chef de l'autorité qui est désinvesti de celle-ci, indépendamment de la circonstance « qu'une décision relative à l'attribution de compétences publiques ne relève pas du domaine des transactions économiques »¹². La réaffectation des moyens, conséquence logique du transfert, ne peut être analysée comme le paiement d'un prix¹³.

Le transfert de compétences doit cependant remplir certaines conditions pour pouvoir être considéré comme un acte d'organisation interne jouissant de la protection de l'article 4, paragraphe 2, TUE. Il doit porter « non seulement sur les responsabilités liées à la compétence transférée, notamment l'obligation d'accomplir les missions que cette compétence implique, mais également sur les pouvoirs qui sont le corollaire de celle-ci. Cela requiert que l'autorité

(4) CJCE 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano*, EU:C:1999:562, pt 50, le droit de l'Union en matière de marchés publics n'est pas applicable dans l'hypothèse où, à la fois, une entité publique exerce sur l'entité qui lui délivre des fournitures ou des services un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette seconde entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les entités publiques qui la détiennent.

(5) Pt 37 de l'arrêt, citant CJCE 10 nov. 2005, aff. C-29/04, *Commission c/ Autriche*, EU:C:2005:670, pt 41.

(6) Pt 39 de l'arrêt, citant CJCE 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne*, EU:C:2009:357, pt 45 et jurisprudence citée.

(7) Pt 40, citant CJUE 12 juin 2014, aff. C-156/13, *Digibet et Albers*, EU:C:2014:1756, pt 34, RTD eur. 2015. 251, obs. A.-L. Sibony.

(8) Pt 41 de l'arrêt, citant les pts 41 et 42 des concl. av. gén.

(9) Pt 43 de l'arrêt, citant CJUE 25 mars 2010, aff. C-451/08, *Helmut Müller*, EU:C:2010:168, pts 47 à 49.

(10) En effet, cette caractéristique n'avait figuré que dans certaines conclusions d'av. gén. mais pas dans un arrêt de la Cour : concl. av. gén. Jääskinen dans l'aff. *Commission c/ Espagne* (CJUE 26 mai 2011, aff. C-306/08, EU:C:2010:528, pts 84 et 87) et concl. av. gén. Trstenjak dans l'aff. *Commission c/ Allemagne* (CJCE 29 oct. 2009, aff. C-536/07, EU:C:2009:340, pt 47).

(11) Suivant et citant son av. gén. au pt 36 de ses concl.

(12) Pt 44 de l'arrêt.

(13) Pt 45 de l'arrêt.

publique qui se voit investie d'une compétence ait le pouvoir d'organiser l'exécution des missions qui relèvent de cette compétence ainsi que d'établir le cadre réglementaire relatif à ces missions et qu'elle dispose d'une autonomie financière permettant d'assurer le financement desdites missions »¹⁴. En d'autres termes, l'autorité publique à laquelle est transférée la compétence doit l'exercer de manière autonome et sous sa propre responsabilité¹⁵. L'avocat général insistait quant à lui sur le dessaisissement de l'autorité transférante des compétences relatives à la mission de service public en cause¹⁶.

Cependant, la Cour précise que cette autonomie est compatible avec une « certaine » influence de l'autorité qui transfère « un certain droit de regard sur les missions liées à ce service public »¹⁷, par exemple par l'intermédiaire d'un organe, assemblée générale, composé de représentants des collectivités territoriales anciennement compétentes.

Enfin, la Cour précise que l'autorisation ou l'interdiction, pour les entités publiques des États membres d'exercer une activité sur le marché, en dehors

de leur action d'intérêt général, relève de la réglementation interne des États membres, auxquels il revient d'apprécier si une telle activité est compatible ou non avec les objectifs institutionnels et statutaires de ces entités¹⁸, cette question étant sans incidence sur la question du transfert de compétences.

Avec cet arrêt de principe, la Cour clarifie, sur la base de la directive 2004/18/CE, une distinction épineuse née de la part d'ambiguïté de la jurisprudence *Teckal*, en interprétant incidemment l'article 1^{er}, paragraphe 6, de la 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/CE¹⁹ qui dispose que « les accords, décisions ou autres instruments juridiques, qui organisent le transfert de compétences et de responsabilités en vue de l'exécution de missions publiques entre pouvoirs adjudicateurs ou groupements de pouvoirs adjudicateurs et qui ne prévoient pas la rémunération de prestations contractuelles, sont considérés comme relevant de l'organisation interne de l'État membre concerné et, à ce titre, ne sont en aucune manière affectés par la présente directive ».

2. La condition relative à l'exercice de l'essentiel de l'activité dans le cadre d'une relation *in house*

[CJUE 8 déc. 2016, aff. C-553/15, *Undis Servizi Srl*, ECLI:EU:C:2016:935, Contrats Marchés publ. 2-2017, p. 31, note M. Ubaud-Bergeron ; ACCP, n° 172, 2017, p. 9]

Dans le cadre de l'application de la jurisprudence de la Cour concernant les attributions directes des marchés publics dites « in house », afin

de déterminer si l'entité adjudicataire exerce l'essentiel de son activité pour le pouvoir adjudicateur, notamment les collectivités territoriales qui sont

(14) Pt 49 de l'arrêt.

(15) Pt 51 de l'arrêt.

(16) Pt 53 des concl. av. gén.

(17) Pt 52 de l'art.

(18) Pt 54 de l'arrêt, citant CJUE 23 déc. 2009, aff. C-305/08, *CoNISMa*, EU:C:2009:807, pt 48.

(19) JOUE n° L 94, 2014, p. 65.

ses associées et qui la contrôlent, il convient de ne pas inclure dans cette activité celle qu'impose à cette entité une autorité publique, non associée de cette entité, en faveur de collectivités territoriales qui ne sont pas non plus associées de ladite entité et n'exercent aucun contrôle sur elle, cette dernière activité devant être considérée comme exercée pour des tiers.

Si la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'existence d'un contrôle analogue exercé par le pouvoir adjudicateur, qui attribue le marché public sur le pouvoir adjudicateur qui exécute celui-ci, permettant d'échapper à l'application du droit des marchés publics depuis l'arrêt Teckal²⁰, est très abondante, celle relative à la seconde condition, l'accomplissement de l'essentiel de ses activités par le pouvoir adjudicateur qui preste pour le pouvoir adjudicateur qui le contrôle, est bien moins fournie. Pour cette seule raison, cet arrêt mérite quelques mots d'observation, même s'il est rendu sur la base de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services²¹ telle qu'interprétée par la Cour de justice, abrogée avec effet au 18 avril 2016, par la 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/CE²².

La question se pose dans le cadre d'un litige opposant une société privée Undis à la commune de Sulmona. Par une décision du 30 septembre 2014, cette

dernière a attribué un marché de service relatif à la gestion du cycle intégré des déchets urbains à une société à capital public détenue par plusieurs communes de la région des Abruzzes (Cogesa) dont 200 actions sur 1200 étaient détenues par la commune de Sulmona. Avant la conclusion du marché, par une convention du 20 octobre 2014, les collectivités territoriales associées ont modalisé le contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services qu'elles entendaient exercer sur Cogesa. Selon Undis et sur la base des bilans des années 2011 à 2013, Cogesa ne réalisait que 50 % de son activité globale avec les collectivités territoriales associées, l'activité exercée par cette société en faveur des communes non associées devant être comprise dans cette activité globale. Le Conseil d'État italien pose à la Cour la question de savoir si, pour déterminer si une entité exerce l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la contrôle, il faut également tenir compte de l'activité qu'impose une administration publique non associée en faveur de collectivités publiques non associées ?

Après avoir rappelé l'interprétation stricte de l'exception²³, sa justification – la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public par ses propres moyens sans être obligée de faire appel à des entités externes²⁴ et les liens particuliers existants entre certains pouvoirs adjudicateurs pourtant juridiquement distincts²⁵ qui permettent de considérer qu'il s'agit de services quasi internes²⁶, et ses deux conditions, le contrôle analogue et la réalisation de l'essentiel de ses activités²⁷, la Cour indique que, pour apprécier cette seconde condition,

(20) CJCE 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal*, EU:C:1999:562, pt 50.

(21) JOUE n° L 134, 2004, p. 114.

(22) JOUE n° L 94, 2004, p. 65.

(23) Pt 29 de l'arrêt, citant CJCE 11 janv. 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Lochau*, EU:C:2005:5, pt 46, ainsi que CJUE 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, EU:C:2014:303, pt 23.

(24) Pt 30 de l'arrêt, citant CJCE 11 janv. 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Lochau*, EU:C:2005:5, préc., pt 48.

(25) Pt 30 de l'arrêt, citant CJUE 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, EU:C:2014:303, préc., pt 29.

(26) Pt 30 de l'arrêt, citant CJUE 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, EU:C:2014:303, préc., pt 25.

(27) Pt 31 de l'arrêt, citant CJCE 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal*, EU:C:1999:562, pt 50, préc.

le juge doit prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce tant qualitatives que quantitatives, le « chiffre d'affaires pertinent est celui que cette entité réalise en vertu des décisions d'attribution prises par cette ou ces collectivités de tutelle »²⁸.

Cette exigence a pour objet de garantir que la directive 2004/18/CE reste applicable dans l'hypothèse où une entreprise contrôlée par une ou plusieurs collectivités est active sur le marché et donc susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises²⁹, ces activités de marché lui procurant une autonomie certaine.

Par conséquent, poursuit la Cour, « toute activité de l'entité attributaire qui est consacrée à des personnes autres que celles qui la détiennent, à savoir à des personnes qui n'ont aucun rapport de contrôle avec cette entité, fussent-elles des autorités publiques, doit être considérée comme étant exercée en faveur de tiers »³⁰, les collectivités territoriales qui ne sont pas associées de Cogesa doivent être considérés comme des tiers, les activités exercées à leur profit devant être considérées comme accomplies en faveur de tiers, peu importe que ces activités soient exercées en vertu d'une obligation imposée par une autorité publique non associée.

3. La limitation du recours à la sous-traitance

[CJUE 27 oct. 2016, aff. C-292/15, *Hörmann Resien GmbH*, ECLI:EU:C:2016:817, Contrats Marchés publ. 1-2017, p. 25, note M. Ubaud-Bergeron ; ACCP, n° 171, 2016, p. 8 ; ; CJUE 14 juill. 2016 aff. C-406/14, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu c/ Minister Infrastruktury i Rozwoju*, ECLI:EU:C:2016:562 ; concl. av. gén. Eleanor Sharpston présentées le 17 nov. 2015, ECLI:EU:C:2015:761]

L'article 4, paragraphe 7, du règlement (CE) n° 1370/2007 ne s'oppose pas à la fixation à 70 %, par le pouvoir adjudicateur, de la proportion de fourniture autonome par l'opérateur chargé de la gestion et de l'exécution d'un service public de transport de voyageurs par autobus, tel que celui en cause au principal, alors que la directive 2004/18/CE ne permet pas à un pouvoir adjudicateur d'exiger, par une clause d'un cahier spécial des charges d'un marché public de travaux, que le futur adjudicataire exécute par ses propres moyens un certain pourcentage des travaux faisant l'objet dudit marché.

Le droit de l'Union permet-il de limiter le recours à la sous-traitance dans le cadre de l'exécution d'un contrat public

ou, au contraire, consacre-t-il un droit à la sous-traitance dans le chef des entreprises ?

La question est sensible.

Les entreprises présentent souvent la sous-traitance comme une nécessité économique pour faire face aux aléas des carnets de commandes, aux exigences en matière de capacités techniques, financières et économiques de leurs clients et aux nécessités techniques liées à la réalisation de certaines prestations.

Les pouvoirs publics, d'une part, souhaitent favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux commandes

(28) Pt 32 de l'arrêt, citant CJCE 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo et Consorzio Alisei*, EU:C:2006:308, pts 63 et 65, ainsi que CJCE 17 juill. 2008, aff. C-371/05, *Commission c/ Italie*, non publié, EU:C:2008:410, pt 31.

(29) Pt 33 de l'arrêt.

(30) Pt 34 de l'arrêt.

publiques et, d'autre part, redoutent la perte de qualité et d'informations lorsque la chaîne des sous-traitants est trop importante, souhaitent s'assurer des compétences des intervenants sur le chantier.

Dans le cadre de la première affaire, des pouvoirs adjudicateurs avaient, dans un avis de marché relatif à la fourniture de services publics de transport de voyageurs par autobus sur certaines lignes régionales, prévu que les soumissionnaires étaient autorisés à recourir à des sous-traitants dans une proportion maximale de 30 % de la prestation calculée en fonction des kilomètres de réseau. La société Hörman Reisen a contesté la légalité de cette limitation, estimant qu'elle était incompatible avec l'article 25 de la directive 2004/18/CE³¹ puisque l'article 4, paragraphe 7, du règlement (CE) n° 1370/2007 prévoyant effectivement la limitation du recours à la sous-traitance ne serait pas applicable à la procédure litigieuse en vertu de l'article 5, paragraphe 1, du même règlement. Les questions préjudicielles tendent à clarifier l'articulation de ces deux textes de droit dérivé.

La Cour considère que le marché en cause au principal concerne des services publics de transport de voyageurs par route, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1370/2007, et porte sur des services publics de transport de voyageurs par autobus, comme prévu à l'article 5, paragraphe 1, de ce règlement, sans cependant revêtir la forme d'un contrat de concession de services. En vertu de l'article 5, paragraphe 1, première phrase, du règlement (CE) n° 1370/2007, un tel contrat doit en principe être attribué conformément aux règles établies

dans ce règlement. Toutefois, lorsqu'un contrat ne revêt pas la forme d'un contrat de concession de services, tel que défini dans les directives 2004/17/CE ou 2004/18/CE, le marché de service public de transport de voyageurs par autobus est attribué, en vertu de l'article 5, paragraphe 1, deuxième phrase, du règlement (CE) n° 1370/2007, conformément aux procédures prévues par ces directives, sous réserve des paragraphes 2 à 6 de l'article 5. Par conséquent, l'article 4, paragraphe 7, du règlement était bien applicable au marché litigieux et, partant, les pouvoirs adjudicateurs pouvaient limiter le recours à la sous-traitance. Cette disposition contient une règle spéciale par rapport à l'article 25 de la directive 2004/18/CE.

Restait à déterminer si l'article 4 permettait aux pouvoirs adjudicateurs de fixer à 70 % la proportion de fournitures à prester par l'adjudicataire du marché ? La Cour estime que la disposition confère aux pouvoirs adjudicateurs un large pouvoir d'appréciation puisqu'elle permet l'interdiction de la sous-traitance d'un service public de transport de voyageurs par autobus. En outre, le paragraphe 7 de l'article 4 prévoit que l'opérateur chargé de ce service est tenu d'exécuter lui-même une partie importante de celui-ci.

Encore faut-il souligner l'évolution significative du droit des marchés publics, puisque désormais l'article 63, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE permet aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger que « certaines tâches essentielles » soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques, par un participant dudit groupement. À la différence de

(31) La disposition dispose que « dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre de demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés. Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'opérateur économique principal ». Elle ne prévoit donc pas la possibilité de limiter le recours à la sous-traitance. La même disposition figure désormais à l'art. 71 de la dir. 2014/24/UE (JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 65).

l'article 25 de la directive 2004/18/CE, il autorise donc expressément l'imposition de restrictions en matière de recours à la sous-traitance. Si cette disposition autorise désormais expressément des restrictions en matière de recours à la sous-traitance lors des phases d'examen des offres et de sélection du sou-

missionnaire, celles-ci ne sont acceptables qu'à condition de concerner des tâches bien définies considérées comme « essentielles » à l'exécution du marché³². Nul doute que les acteurs et la jurisprudence seront amenés à préciser les éléments objectifs permettant de définir ces tâches essentielles.

4. La transaction et l'interdiction de modification substantielle

(CJUE 7 sept. 2016, aff. C-549/14, *Finn Frogne A/S*, ECLI:EU:C:2016:634, Contrats Marchés publ. 11-2016, p. 13, note F. Llorens ; ACCP, n° 169, 2016, p. 8)

Après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché, même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renonciations réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché. Il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté.

L'interdiction de modification substantielle après l'attribution d'un marché public sans organisation d'une nouvelle procédure de passation empêche-t-elle la conclusion d'une transaction ?

La Cour a déjà abordé cette question et précisé « qu'il ne saurait être fait abstraction des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que de l'obligation de transparence qu'ils impliquent, qui découlent du traité

FUE, lorsqu'il est envisagé de modifier de façon substantielle un contrat de concession de services ou d'octroi de droit exclusif dans le but d'apporter une solution raisonnable propre à mettre fin à un litige survenu entre des entités publiques et un opérateur économique, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, quant à la portée de la convention qui les lie »³³.

La question est toutefois posée à nouveau à la Cour en raison de certaines spécificités liées au litige se nouant à l'occasion de l'exécution d'un marché public de fournitures d'un système global de communications commun à l'ensemble des services d'intervention d'urgence et l'entretien de ce système pendant plusieurs années, passé au terme d'une procédure de dialogue compétitif. Le marché a été conclu le 4 février 2008 pour un montant de 70 629 800 € dont 40 187 000 € correspondait à une solution minimale (le surplus prenant la forme d'options) ; son exécution du marché fut émaillée de difficultés importantes. Les parties sont finalement parvenues à un règlement transactionnel impliquant une réduction importante des prestations se limitant

(32) Concl. av. gén. dans CJUE 14 juill. 2016, aff. C-406/14, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, EU:C:2015:761, pt 39.
 (33) Pt 40 de CJUE 14 nov. 2013, aff. C-221/12, *Belgacom*, EU:C:2013:736.

à l'acquisition du système de communications par radio pour les corps de police régionaux d'une valeur de 4 690 000 €, combiné avec l'acquisition de serveurs (6 700 000 €) dont la location était prévue dans le marché initial. Avant de finaliser la transaction, le pouvoir adjudicateur a publié un avis de transparence *ex ante* volontaire au *Journal officiel de l'Union européenne*³⁴. Le règlement transactionnel a été attaqué devant les instances de recours national par une société qui n'avait pas participé à la première procédure de passation.

Les spécificités mises en avant par le pouvoir adjudicateur résidait, d'une part, dans le caractère transactionnel de la modification emportant des renoncements réciproques en vue de mettre un terme définitif au litige, d'autre part, dans une modification qui prenait la forme d'une réduction considérable des prestations qui ne serait pas régie en tant que telle par le droit de l'Union. Enfin, il faudrait reconnaître une plus large marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'exécution des marchés relatifs au développement informatique qui donnent souvent lieu à des difficultés dont l'imputabilité à l'une des parties est souvent discutée.

La Cour de justice ne sera pas sensible à ces spécificités qu'elle va écarter en rappelant sa jurisprudence antérieure.

La circonstance qu'il s'agissait d'une réduction des prestations n'est pas pertinente pour s'écarter de la solution de principe dégagée de la jurisprudence *Pressetext Nachrichtenagentur*³⁵. Fondée sur le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, l'interdiction d'apporter des modifications substantielles au marché vise

celles qui ont pour objet soit de l'étendre de manière importante à des éléments non prévus, soit de changer l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire, soit de remettre en cause l'attribution en ce sens que si les modifications avaient été intégrées dans les documents initiaux de marché, d'autres soumissionnaires auraient pu être admis ou une autre offre aurait pu être choisie. Dans le cas d'espèce, la Cour considère que la réduction significative de l'ampleur du marché était de nature à susciter l'intérêt d'opérateurs économiques différents par rapport à ceux qui ont demandé à participer, de manière évidente, puisque d'autres conditions de participation relatives aux capacités économiques financières et techniques³⁶ auraient été posées en application du principe de proportionnalité. La modification consistant dans la réduction d'une prestation n'énerve donc pas l'obligation d'organiser une nouvelle procédure de passation portant sur le marché modifié³⁷. Il ne peut en aller autrement que si la modification avait été prévue par les clauses du marché initial³⁸.

La seconde particularité, la circonstance que la modification résulte non pas de la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du contrat, mais de difficultés objectives, et aux conséquences imprévisibles rencontrées dans le cadre de l'exécution d'un marché intrinsèquement complexe comme ceux relatifs aux développements de systèmes informatiques, n'infléchira pas la jurisprudence de la Cour. À juste titre, la référence à la volonté délibérée des parties de renégocier les termes du marché n'est pas un élément déterminant de sa jurisprudence, la modification devant s'analyser d'un point de vue objectif³⁹. La Cour l'avait déjà écarté dans un pro-

(34) Conformément à l'art. 2 *quinquies*, § 4, de la dir. 89/665/CEE.

(35) CJCE 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, EU:C:2008:351, pts 34 à 37.

(36) Art. 44, § 2, al. 2, de la dir. 2004/18/CE.

(37) Pt 29 de l'arrêt, citant par analogie, CJUE 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall*, EU:C:2010:182, pt 42.

(38) Pt 29 de l'arrêt, citant CJCE 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, EU:C:2008:351, préc., pts 37, 40, 60, 68 et 69.

(39) Pt 34 de l'arrêt, citant le pt 28 de CJCE 5 oct. 2000, aff. C-337/98, *Commission c/ France*, EU:C:2000:543.

cessus transactionnel mettant fin au litige survenu indépendamment de la volonté des parties dans le cadre de l'exécution d'une concession de services (ou d'octroi de droit exclusif)⁴⁰. Sur le caractère objectivement aléatoire de certaines prestations, la Cour rappelle que la situation en cause ne rentre pas dans les hypothèses de procédure négociée sans publicité énoncées par l'article 31 de la directive 2004/18/CE qui sont d'interprétation restrictive. Même si la Cour n'étaye pas son constat, il semble irréfutable puisque l'article 31 n'évoque l'imprévisibilité qu'en lien avec une urgence impérieuse qui ne peut en aucun cas être imputable au pouvoir adjudicateur et dans l'hypothèse de marché de travaux et de services (et non de fournitures) pour l'attribution de prestations complémentaires avec une limite de dépassement maximal par rapport au montant du marché initial. Au surplus, le caractère aléatoire de certaines prestations rend prévisibles les difficultés d'exécution et doit conduire le pouvoir adjudicateur à insérer des clauses adéquates lui permettant d'apporter certaines modifications, même substantielles, en cours d'exécution. La Cour a déjà précisé que l'insertion de ces clauses était de nature à assurer le respect du principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, puisque tous les opérateurs pouvaient remettre une offre en toute connaissance de cause⁴¹, leur absence entraînant l'obligation d'ouvrir une nouvelle procédure de passation en cas de modification substantielle⁴².

Sur le fond, la solution retenue s'inscrit parfaitement dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice. Elle nous semble cependant inappropriée si l'on veut bien essayer de s'attacher aux contraintes factuelles

entourant un processus de transaction. Par définition, les acteurs ne peuvent maîtriser *a priori* les événements qui conduisent à la possibilité d'envisager une transaction en cours d'exécution d'un marché. Sauf circonstances particulières démontrant une volonté de contourner les obligations résultant des directives relatives à la passation des marchés publics et des concessions, il nous semble dès lors nécessaire de construire une solution pour permettre la conclusion de transaction dans le cadre de l'exécution d'un marché public ou autre contrat public en marge de la question des modifications substantielles. L'insertion d'une clause dans le contrat permettant ou modalisant la possibilité de conclure une transaction ne résout pas la difficulté de rencontrer tous les paramètres pour pouvoir transiger de manière transparente. Plus fondamentalement, l'organisation d'une procédure de mise en concurrence au moment où la question de la transaction se pose n'a aucun sens et ne pourrait être organisée pratiquement.

Une première piste aurait été dans le cas d'espèce de pouvoir fonder la transaction sur l'article 31, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/18/CE qui dispose que « 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 » : dans le cas d'espèce, il existe bien des raisons techniques (les difficultés rencontrées et la nécessité de trouver une solution) avec un opérateur économique déterminé (l'adjudicataire du marché). L'article 32, paragraphe 2, sous b), ii), de la directive 2014/24/UE constitue une base juridique possible puisqu'il permet une procédure négociée sans publicité « lorsque les travaux, fournitures ou

(40) Pt 34 de l'arrêt, citant le pt 40 de CJUE 14 nov. 2013, aff. C-221/12, *Belgacom*, EU:C:2013:736, préc.

(41) Pt 37 de l'arrêt, citant par analogie CJUE 29 avr. 2004, aff. C-496/99 P, *Commission c/ CAS Succhi di Frutta*, EU:C:2004:236, pts 112, 115, 117 et 118.

(42) Pt 38 de l'arrêt, citant par analogie CJUE 29 avr. 2004, aff. C-496/99 P, *Commission c/ CAS Succhi di Frutta*, EU:C:2004:236, pt 127.

services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier » en raison de « l'absence de concurrence pour des raisons techniques ».

Il convient encore de rappeler que la jurisprudence de la Cour rappelée ci-dessus a été consolidée dans les directives 2014/23/UE et 2014/24/UE du 26 février 2014.

5. La transparence de la méthode de notation

[CJUE 14 juill. 2016, aff. C-6/15, *TNS Dimarso, NV*, ECLI:EU:C:2016:555, concl. av. gén. P. Mengozzi ; Contrats Marchés publ. 10-2016, p. 19, note M. Ubaud-Bergeron ; Pondération des critères et méthode de notation des offres, ACCP, n° 168, 2016, p. 10]

Dans le cas d'un marché public devant être attribué selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, ce dernier n'est pas tenu de porter à la connaissance des soumissionnaires potentiels dans l'avis de marché ou le cahier des charges relatif au marché en cause la méthode d'évaluation appliquée par le pouvoir adjudicateur afin d'évaluer et de classer concrètement les offres. En revanche, ladite méthode ne saurait avoir pour effet d'altérer les critères d'attribution et leur pondération relative.

Dans le cadre d'une attribution se fondant sur plusieurs critères d'attribution (attribution du marché au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse), le pouvoir adjudicateur doit-il publier la méthode d'évaluation des offres dans l'avis de marché ou doit-il la faire connaître au préalable en l'insérant dans les documents du marché ?

La question posée par le Conseil d'État de Belgique dans cette affaire s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour précisant le degré de transparence qui doit entourer l'attribution d'un marché public qui repose sur plusieurs critères.

L'article 53, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE⁴³ est pourtant clair sur cette question : « [...] le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse » ; lorsque la pondération n'est pas possible « pour des raisons démontrables », le pouvoir adjudicateur indique dans les mêmes documents l'ordre décroissant d'importance des critères. Le droit dérivé ne mentionne pas l'exigence de la publication du système de notation (ou d'évaluation des offres) et n'est pas sujet à interprétation. À côté des règles claires, le droit européen regorge de principes généraux de droit plus imprévisibles lorsqu'ils sont appliqués à des processus méthodologiques complexes comme une procédure de passation des marchés publics qui consiste toujours à expliquer à la dauphine de miss monde, pourquoi elle n'est pas miss monde, ce qui ne saute jamais aux yeux de personne, la proposition étant vraie pour le dauphin de mister monde... La complexité résulte également du caractère peu rigoureux des expressions utilisées tant par le droit dérivé que par

(43) Du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE n° L 134, p. 114. Directive telle que modifiée par le régl. (UE) n° 1251/2011 de la Commission, du 30 nov. 2011, modifiant les dir. 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés (JOUE n° L 319, p. 43, ci-après la « directive 2004/18/CE »).

la jurisprudence de la Cour de justice pour rendre compte de ce processus de comparaison des offres, les plaideurs exploitant ces ambiguïtés pour critiquer l'absence de transparence des processus de comparaison des offres.

La question est posée dans le cadre d'un litige relatif à l'attribution par la Région flamande d'un marché de services d'études sur le logement et les consommateurs de logement en Flandre selon la procédure dite « d'appel d'offres »⁴⁴, prévoyant deux critères d'attribution : la qualité de l'offre (50/100) définie comme « la qualité de la préparation, de l'organisation et de l'exécution du travail sur le terrain, de l'encodage et du premier traitement des données. Les prestations proposées doivent être décrites de la façon la plus détaillée possible. Il doit ressortir clairement de l'offre que le soumissionnaire est en mesure d'assumer la totalité du marché (minimum 7 000 unités d'échantillonnage/maximum 10 000 unités d'échantillonnage) dans le délai d'exécution prévu de 12 mois » et le prix (50/50). Dans le rapport d'attribution, la méthode d'évaluation était précisée en ces termes : « Les quatre offres ont été évaluées et comparées entre elles sur la base des critères précités. Les offres ont tout d'abord été examinées et évaluées sur la base du critère de la "qualité". Chacune s'est, à cet égard vu attribuer à l'unanimité une note déterminée (très bon, satisfaisant, faible). C'est ensuite le critère du prix qui a été appliqué ». La partie requérante (Dimarso) et deux autres soumissionnaires ont reçu la note « très bon », un quatrième obtenant la note « faible ». Le rapport de comparaison des offres reprenait ensuite un tableau avec les différents prix, la conclusion finale

faisant apparaître dans un tableau le classement final reprenant d'abord les trois soumissionnaires dont la qualité de l'offre avait été considérée comme « très bon » dans un ordre croissant des prix, et en quatrième position venait le soumissionnaire dont la qualité de l'offre avait été considérée comme faible, mais qui avait remis l'offre la plus basse.

En comparaison avec les méthodes d'évaluation pratiquées par les pouvoirs adjudicateurs en Belgique, celle-ci apparaissait très sommaire et peu transparente, et, partant, de nature à renforcer l'étendue du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence dans la jurisprudence de la Cour de justice. Tel n'a pourtant pas été le cas.

Repasant des prescriptions de l'article 53, paragraphe 2, précité, interprété à la lumière du considérant 46 de la directive 2004/18/CE, ces dernières devant permettre à tout soumissionnaire d'être raisonnablement informé des critères et modalités qui seront appliqués pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, dans le prolongement du principe d'égalité de traitement entre les opérateurs économiques et de l'obligation de transparence, la Cour rappelle que ces principes s'appliquent avant et pendant la procédure de passation⁴⁵. Les mêmes principes ont permis de juger que l'objet et les critères d'attribution doivent être clairement déterminés dès le début de la procédure⁴⁶, qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer, pour les critères d'attribution, des sous-critères qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires⁴⁷ et qu'il doit s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de

(44) Terminologie belge qui figurait dans l'art. 16 de la L. du 24 déc. 1993 décrivant une attribution sur base de l'offre économiquement la plus avantageuse au sens des directives, abandonnée par la nouvelle loi de 2016 transposant les directives 2014.

(45) Pt 22 de l'arrêt, citant CJCE 24 nov. 2005, aff. C-331/04, *ATI EAC e Viaggi di Maio e.a.*, EU:C:2005:718, pt 22, ainsi que CJUE 24 mai 2016, aff. C-396/14, *MT Højgaard et Züblin*, EU:C:2016:347, pt 37 et jurisprudence citée.

(46) Pt 23 de l'arrêt, citant CJUE 10 mai 2012, aff. C-368/10, *Commission c/ Pays-Bas*, EU:C:2012:284, pt 56.

(47) Pt 23 de l'arrêt, citant CJUE 21 juill. 2011, aff. C-252/10 P, *Evropaïki Dynamiki c/ EMSA*, non publié, EU:C:2011:512, pt 31.

la procédure⁴⁸. Il en va de même pour la pondération relative de chacun des critères⁴⁹ qui doit être fixée dès le début de la procédure et ne pas varier pendant son déroulement.

À la rigueur de ces principes, la Cour a admis un tempérament⁵⁰ : la possibilité de préciser *ex post* des « coefficients de pondération pour les sous-critères qui correspondent en substance aux critères préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires », moyennant le respect de trois conditions : premièrement, que la pondération *ex post* ne modifie pas les critères d'attribution définis dans le cahier spécial des charges ; deuxièmement, qu'elle ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ; et, troisièmement, qu'elle n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

Abordant enfin la question qui lui était posée, la Cour va souligner l'évidence : l'article 53 ne contient aucune obligation d'annoncer au préalable dans l'avis ou les documents du marché la méthode de notation (et d'évaluation des offres). Moins évidente et plus inattendue, elle considère que sa jurisprudence ne l'implique pas non plus. Il est vrai qu'elle s'était déjà montrée clémente à l'égard d'un marché attribué par les institutions de l'Union dans lequel elle avait estimé « qu'un comité d'évaluation doit pouvoir disposer d'une certaine liberté dans l'accomplissement de sa tâche et, ainsi, il peut, sans modifier les critères d'attribution du marché établis dans le cahier

des charges ou dans l'avis de marché, structurer son propre travail d'examen et d'analyse des offres présentées »⁵¹. Elle ajoute une considération pratique : le pouvoir adjudicateur doit pouvoir adapter la méthode d'évaluation qu'il appliquera afin d'évaluer et de classer les offres par rapport aux circonstances de l'espèce. Elle ne pose qu'une seule limite à cette flexibilité : « [...] l'établissement par le pouvoir adjudicateur de la méthode d'évaluation après la publication de l'avis de marché ou du cahier des charges ne saurait avoir pour effet d'altérer les critères d'attribution ni leur pondération relative », n'exigeant pas explicitement qu'il le soit avant la remise et l'ouverture des offres⁵². Appliquant ces principes au cas d'espèce, la Cour va relever que le procédé utilisé ne permettait pas de refléter, lors du classement des soumissionnaires, les différences de qualité de leurs offres par rapport aux prix de celles-ci, tout en respectant la pondération relative des critères d'attribution prévue par la mention, faisant du critère prix le poids décisif.

Cet arrêt ne mettra pas un terme aux discussions qui se nouent devant les juridictions nationales au sujet des méthodes d'évaluation des offres (ou de notation). La question de la communication préalable de celles-ci ne constituait pas le véritable enjeu : de nombreuses juridictions administratives avaient répondu négativement à cette question⁵³. La question de savoir si la méthode d'évaluation des offres ne modifie pas la pondération relative des critères qui continuera à être discutée, et plus fondamentalement la transparence même de la pondération annoncée, nourrira la jurisprudence à venir.

(48) Pt 23 de l'arrêt, citant CJCE 18 oct. 2001, aff. C-19/00, *SIAC Construction*, EU:C:2001:553, pt 43 et jurisprudence citée.

(49) Pt 24 de l'arrêt, citant CJCE 24 janv. 2008, aff. C-532/06, *Lianakis e.a.*, EU:C:2008:40, pts 38 et 42.

(50) Pt 26 de l'arrêt, citant CJUE 21 juill. 2011, aff. C-252/10 P, *Evropaïki Dynamiki c/ EMSA*, non publié, EU:C:2011:512, pt 33 et jurisprudence citée.

(51) Pt 29 de l'arrêt, citant CJUE 21 juill. 2011, aff. C-252/10 P, *Evropaïki Dynamiki c/ EMSA*, non publié, EU:C:2011:512, pt 35.

(52) Pt 32 de l'arrêt.

(53) CE 31 mars 2010, n° 334279, *Collectivité territoriale de Corse*, Juris-Data n° 003023 ; BJDC 2010. 241, concl. N. Boulouis ; CMP 2010. Comm. 240, note P. Devillers.

Sur ces derniers points, il semble bien que certaines pratiques des pouvoirs adjudicateurs présentent des failles évidentes qui devraient être sanctionnées sur la base de la jurisprudence de la Cour.

Les critères d'attribution d'un marché public se présentent la plupart du temps comme des variables de trois éléments fondamentaux qui guident généralement les processus d'achat : la qualité, le prix et le délai ; le premier est de type qualitatif et les deux autres sont de type quantitatif. À notre sens, il est quasiment impossible de considérer qu'un critère d'attribution de type quantitatif répond à l'exigence de transparence si la manière dont il va être évalué n'est pas annoncée dans l'avis ou les documents du marché. Ainsi, si l'avis ou les documents du marché énoncent que le critère de prix vaut 50 points sur 100, à défaut de préciser la manière dont les 50 points vont être attribués, il est impossible pour les opérateurs économiques de mesurer le prix par rapport aux autres critères d'attribution. Or, le prix peut être apprécié de manière différente, pour des raisons d'ailleurs pertinentes : une répartition des 50 points

selon une règle de trois ou une fonction d'attribution de points qui lisse les différences de prix modifie le poids relatif du critère dans l'attribution finale. À vrai dire, les mêmes raisonnements peuvent être tenus pour tout critère de type quantitatif : si le critère est le délai, encore faut-il préciser si l'on va privilégier le délai le plus court ou le délai le plus raisonnable. Par contre, les critères qualitatifs sont moins aisés à appréhender et c'est précisément pour eux qu'une certaine flexibilité doit être maintenue.

Dans le cas d'espèce, l'échelle trop limitée d'appréciation de la qualité (seulement trois niveaux d'appréciation) alors que le critère valait 50 points combinée à l'absence d'évaluation du prix (les 50 points n'ont pas été distribués entre les soumissionnaires) rend le processus impropre à sa finalité première qui est de permettre aux soumissionnaires de remettre une offre la plus pertinente en fonction des priorités exprimées par le pouvoir adjudicateur : la qualité n'est pas mise en relation avec le prix. En d'autres termes, l'absence de méthode d'évaluation adaptée fait disparaître la pondération annoncée.

6. Un système d'acquisition ouvert n'est pas un marché public

(CJUE 2 juin 2016, aff. C-410/14, Dr. Falk Pharma GmbH, ECLI:EU:C:2016:399)

Ne constitue pas un marché public un système d'accords par lequel une entité publique entend acquérir des biens sur le marché en contractant, pendant toute la durée de validité de ce système, avec tout opérateur économique qui s'engage à fournir les biens concernés à des conditions prédéterminées, sans opérer de choix entre les opérateurs intéressés et en permettant à ceux-ci d'adhérer audit système pendant toute la durée de validité de celui-ci.

L'existence d'une décision de sélection d'un adjudicataire, et l'exclusivité qui en résulte, est-elle un élément constitutif de la notion de marché ? La Cour va répondre à cette question inédite en invoquant un seul précédent pour construire son raisonnement.

Elle se pose dans le cadre du régime légal d'assurance maladie en Allemagne. Il y est prévu que pour la fourniture d'un médicament qui a été prescrit

par l'indication de son principe actif et dont le remplacement par un médicament au principe actif équivalent n'est pas exclu par le médecin prescripteur, les pharmaciens doivent remplacer le médicament prescrit par un médicament au principe actif équivalent pour lequel un accord de remise a été conclu. Les caisses d'assurance maladie ou leurs groupements peuvent conclure avec des entreprises pharmaceutiques des accords de remise sur le prix de vente des médicaments qui sont délivrés à la charge de ces caisses, d'une durée de deux ans. C'est la procédure d'admission en vue de la conclusion de l'accord de remise qui fait l'objet de la question préjudicielle. Elle prévoyait l'admission de toutes les entreprises intéressées remplissant les critères d'admission et la conclusion avec chacune de ces entreprises de contrats identiques, dont les termes étaient prédéterminés et non négociables. En outre, toute autre entreprise remplissant ces critères avait encore la possibilité d'adhérer, aux mêmes conditions, au système d'accords de remise durant la période de validité de celui-ci.

La Cour, de manière rare, va au départ d'une interprétation finaliste du droit des marchés publics exclure un accord du champ d'application du droit dérivé. Elle rappelle que la coordination des procédures de passation des marchés publics de services au niveau de l'Union vise à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un État membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre. Plus précisément encore, la directive 2004/18/CE poursuit l'objectif d'exclure le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou aux candidats nationaux lors de toute passation

de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs⁵⁴. Ce risque est intimement lié à la sélection que le pouvoir adjudicateur entend opérer parmi les offres recevables et à l'exclusivité qui va découler du marché considéré à l'opérateur retenu. Partant, lorsqu'un pouvoir adjudicateur cherche à conclure des contrats avec tous les opérateurs économiques désireux de procurer les produits recherchés aux conditions indiquées, l'absence de désignation d'un opérateur économique jouissant de l'exclusivité a pour conséquence qu'il n'existe pas de nécessité d'encadrer ces contrats puisque le risque de préférence des nationaux n'existe pas. Le choix d'une offre et d'un adjudicataire constitue dès lors bien un élément intrinsèquement lié à l'encadrement des marchés publics visés par la directive, ce qui est confirmé par la notion de passation inscrite désormais dans l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE.

La particularité du présent accord ne répondant pas à la définition du marché public réside dans son ouverture permanente, durant toute la durée de sa validité, aux opérateurs intéressés.

Dans la mesure où il présente un intérêt transfrontalier, l'accord reste néanmoins soumis aux règles fondamentales du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en particulier aux principes de non-discrimination et d'égalité de traitement entre opérateurs économiques ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle, cette dernière obligation imposant de procéder à une publicité adéquate, permettant à des opérateurs économiques potentiellement intéressés de prendre dûment connaissance du déroulement et des caractéristiques essentielles de la procédure d'admission.

(54) Pt 35 de l'arrêt, citant CJCE 10 nov. 1998, aff. C-360/96, *BFI Holding*, EU:C:1998:525, pts 41 et 42 et jurisprudence citée.