

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES
DÉPARTEMENT THÉMATIQUE **C**
DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES



Les marchés publics passés par les institutions de l'Union Européenne

Note



DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES DE
L'UNION

DÉPARTEMENT THÉMATIQUE C: DROITS DES CITOYENS ET
AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

AFFAIRES JURIDIQUES

Les marchés publics passés par les institutions de l'Union Européenne

Note Informative

Résumé

Les institutions communautaires sont soumises, pour la passation de leurs marchés, aux prescriptions contenues dans la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. Les dispositions de la directive sont reprises, et adaptées, dans les règlements financiers communautaires n° 1605/2002 et n° 2342/2002 du 25 juin 2002. Ces dispositions garantissent à tous les opérateurs économiques de l'Union un accès non discriminatoire aux marchés européens.

Le présent document a été demandé par la commission des affaires juridiques du Parlement européen.

AUTEUR

Stéphane BRACONNIER
Université Panthéon-Assas (Paris II)
Cabinet Bird & Bird AARPI

ADMINISTRATEUR RESPONSABLE

Danai PAPADOPOULOU
Département thématique C: Droits des citoyens et affaires constitutionnelles
Parlement européen
B-1047 Bruxelles
Courriel: danai.papadopoulou@europarl.europa.eu

VERSIONS LINGUISTIQUES

Original: FR
Traduction: EN, ES

À PROPOS DE L'ÉDITEUR

Pour contacter le département thématique ou pour vous abonner à son bulletin d'information mensuel, contactez:
poldep-citizens@europarl.europa.eu

Manuscrit achevé en mars 2011.
© Parlement européen, Bruxelles, 2011.

Ce document est disponible sur Internet à l'adresse suivante:
<http://www.europarl.europa.eu/studies>

CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ

Les opinions exprimées dans le présent document relèvent de la seule responsabilité de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen.

Reproduction et traduction autorisées, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source, information préalable de l'éditeur et transmission d'un exemplaire à celui-ci.

SOMMAIRE

LISTE DES ABRÉVIATIONS	5
RÉSUMÉ	6
INFORMATIONS GÉNÉRALES	7
1. LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES, POUVOIRS ADJUDICATEURS	7
2. TYPOLOGIE DES PROCÉDURES APPLICABLES	10
2.1. Les seuils	11
2.2. Présentation des procédures	11
2.3. Les procédures ouvertes ou restreintes	11
2.3.1. Le concours	12
2.3.2. Les procédures négociées	12
2.3.3. Le dialogue compétitif	13
2.3.4. Le système d'acquisition dynamique	13
3. ACCÈS AUX MARCHÉS PUBLICS PASSÉS PAR LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES	14
3.1. L'ouverture à la concurrence des marchés des institutions communautaires	14
3.1.1. Les cas d'exclusion de la participation aux procédures de passation	14
3.1.2. La base de données centrale	15
3.2. La gestion des conflits d'intérêt	15
3.2.1. Définition	15
3.2.2. Les procédures de contrôle	15
4. PUBLICITÉ DES MARCHÉS PUBLICS PASSÉS PAR LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES	18
4.1. Le principe de publicité	18
4.2. Les modalités de publicité	18
4.2.1. Les modalités de publicité des marchés supérieurs aux seuils	18
4.2.2. Les mesures de publicité pour les marchés ne relevant pas de la directive 2004/18/CE, et pour les marchés visés à son annexe II B (article 119 du règlement n° 2342/2002)	18
4.2.3. Publication des avis	19
4.2.4. Autres formes de publicité	19
5. SÉLECTION DES CANDIDATURES ET DES OFFRES	20
5.1. Les critères de sélection des candidatures et des offres	20

5.2. L'examen des candidatures et des offres par les institutions communautaires	20
5.3. Conclusion du contrat	20
5.3.1. Information des candidats et des soumissionnaires évincés (article 149 du règlement n° 2342/2002)	21
5.3.2. Délai d'attente avant la signature du contrat (article 158 bis du règlement n° 2342/2002)	21
6. CONTENTIEUX DES CONTRATS PASSÉS PAR LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES	23
6.1. Demande en référé visant au sursis à l'exécution d'une décision, sur le fondement de l'article 278 TFUE	23
6.2. Recours en annulation d'un acte en vertu de l'article 263 TFUE (ex-article 230 TCE)	23
6.3. Recours indemnitaire	23
7. CONCLUSION	25
RÉFÉRENCES	28

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AAPC	Avis d'appel public à la concurrence
Aff.	Affaire
BOAMP	Bulletin officiel des annonces des marchés publics (F)
CAO	Commission d'appel d'offres
CE	Conseil d'État (F)
CE	Communautés européennes
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Dir.	Directive
Fasc.	Fascicule
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Juris-cl.	Juris-Classeur (Lexis-Nexis)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
OMC	Organisation mondiale du commerce
PE	Parlement Européen
Règl.	Règlement
Req.	Requête
SAD	Système d'acquisition dynamique
ss. dir.	Sous la direction
TFUE	traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne
TP	Travaux publics

RÉSUMÉ

Historique

La présente note a pour objectif de contribuer, à partir de la présentation des règles de droit positif applicables à la passation, par les institutions communautaires, de leurs marchés publics, à la réflexion sur l'émergence d'un droit administratif de l'Union européenne. La question se pose, en effet, de savoir si, au-delà des règles spécifiques applicables à la passation des marchés publics, peut émerger un corpus cohérent de règles et principes qui, nourris par les droits nationaux, seraient applicables à l'ensemble des contrats passés par les institutions communautaires.

Objet

- Présentation des textes applicables aux marchés publics passés par les institutions communautaires.
- Présentation des modalités d'application de ces textes.
- Présentation des principales spécificités.
 - Typologie des procédures.
 - Accès des opérateurs économiques aux marchés passés par les institutions communautaires.
 - Publicité des marchés passés par les institutions communautaires.
 - Contentieux des marchés passés par les institutions communautaires.

INFORMATIONS GÉNÉRALES

PRINCIPALES OBSERVATIONS

- Soumission des marchés passés par les institutions communautaires à la directive générale 2004/18/CE du 31 mars 2004¹.
- Transposition de cette directive dans les règlements financiers n° 1605/2002² et n° 2342/2002 du 25 juin 2002³.

1. LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES, POUVOIRS ADJUDICATEURS

Dans son arrêt fondateur "Les Verts c/ Parlement européen" (CJCE, 23 avril 1983, Aff. C-294/83: Rec., p. 1339), la Cour de justice a rappelé solennellement que les institutions communautaires ne pouvaient échapper au contrôle de la conformité de leurs actes, parmi lesquels figurent les contrats qu'elles sont amenées à passer pour répondre à leurs propres besoins, à la "charte constitutionnelle de base" qu'est le traité. Force est toutefois de constater que le traité de Lisbonne relatif au fonctionnement de l'Union européenne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, ne contient, à l'instar du traité de Rome de 1957 ou de ses versions issues des traités de Maastricht de 1992, d'Amsterdam de 1999 ou de Nice de 2000, aucune disposition spécifique relative aux marchés publics.

Le traité comprend, certes, des règles particulières relatives à la libre circulation des biens, des services, des travailleurs, des capitaux et des paiements, ou encore à la liberté d'établissement, à la libre concurrence ou aux aides d'État, mais aucune règle ni principe relatifs aux marchés publics ni, *a fortiori*, aux marchés publics passés par les institutions communautaires. Cette absence s'explique assez bien.

D'une part, l'importance prise par la commande publique dans le développement du marché intérieur n'a été perçue puis identifiée comme un axe de développement prioritaire que dans les années 70 (directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux: JO L 185 du 16.8.1971, p. 5) et, surtout, 90 (voir notamment: directives 92/50/CEE du 18 juin 1992: JO L 209, du 24 juillet 1992; 93/36/CEE du 14 juin 1993: JO L 199, du 9 août 1999 et 93/37/CEE du 14 juin 1993: JO L 199, du 9 août 1999, portant respectivement coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux).

D'autre part et surtout, l'intégration d'un dispositif détaillé et cohérent de règles de passation des marchés publics au niveau européen, dans le corps même du traité originaire, était inenvisageable sur le plan pratique. La présence de ces règles hautement

¹ 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 services (JO L 134 du 30.4.2004).

² Règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes.

³ Règlement (CE, Euratom) n° 2342/2002 de la Commission du 23 décembre 2002 établissant les modalités d'exécution du règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes

spécialisées dans le traité aurait, en effet, très largement dépassé la dimension constitutionnelle de ce dernier.

On notera, enfin, que les institutions communautaires sont compétentes, en vertu des traités (notamment, art. 5 § 3-CE), pour agir dans le domaine des marchés publics. Dans ces conditions, il s'est avéré inutile d'insérer des règles détaillées sur ce sujet dans les traités. Le procédé de la directive, qui s'appuie sur la technique de l'harmonisation des législations nationales, est de surcroît apparue comme un vecteur optimal de pénétration des principes communautaires dans le champ de la commande publique, dont le niveau de réglementation est fortement hétérogène selon les États.

Dans ces conditions, seul le droit communautaire dérivé comporte une série importante de directives relatives aux marchés publics, notamment la directive générale 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qui forment un corpus juridique à la fois très détaillé et très contraignant pour ceux auxquels il s'applique.

Les institutions communautaires ne peuvent, à l'évidence, être maintenues à l'écart de l'application de ce droit dérivé. Ces dernières se trouvent soumises, en principe, aux actes de droit dérivé qui traduisent et mettent en œuvre les règles contenues dans les traités (voir notamment: CJCE, 12 juillet 1957, *Algera*: Aff. 7/56). Dès lors que ce droit dérivé des marchés publics a été adopté sur le fondement du droit originaire, en l'espèce l'article 95-CE, devenu article 114-TFUE, et que, de surcroît, les principes généraux contenus dans les traités communautaires ont un effet sur les contrats publics, au-delà du périmètre défini par les directives "marchés publics" (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*: Aff. C-324/98), les procédures de passation qui doivent être suivies par les institutions européennes pour la passation des marchés destinés à répondre à leurs besoins sont les procédures de droit commun définies, notamment, par la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. Le § 24 du préambule du règlement n°1605/2002 du 25 juin 2002 (voir ci-dessous) prévoit d'ailleurs qu'"en ce qui concerne les marchés publics passés par les institutions des Communautés pour leur propre compte, il y a lieu de prévoir que les règles contenues dans les directives du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de services et de fournitures s'appliquent".

La directive 2004/18/CE s'applique, en effet, aux "contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive".

Or, l'article 104 du règlement n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 applicable au budget général des Communautés européennes dispose que les institutions communautaires sont considérées comme pouvoirs adjudicateurs pour les marchés passés pour leur propre compte (voir également: Règl. n° 2342/2002, art. 116 § 7).

La passation d'un marché public par une institution de l'Union européenne s'inscrit cependant dans un cadre institutionnel complexe duquel émergent, parfois, des situations particulières que les règlements de 2002 ont entendu prendre en compte.

Deux situations spécifiques peuvent ainsi être évoquées à ce stade.

La première est la procédure conjointe de passation de marché avec un État membre (art. 125 quater du règlement (CE, Euratom) n° 2342/2002). Lorsqu'une procédure de passation de marché est organisée conjointement par une institution de l'Union européenne et le pouvoir adjudicateur d'un ou de plusieurs États membres, les dispositions de procédure applicables à l'institution communautaire s'appliquent en principe.

Cependant, si la part revenant au pouvoir adjudicateur d'un État membre, ou gérée par lui, dans le montant total estimé du marché est égale ou supérieure à 50 %, ou dans d'autres cas dûment justifiés, l'institution peut décider que les dispositions de procédure applicables au pouvoir adjudicateur d'un État membre s'appliquent, à condition qu'elles puissent être considérées comme équivalentes à celles de l'institution.

L'institution et le pouvoir adjudicateur d'un État membre concernés par la procédure conjointe de passation de marché conviennent, en particulier, des modalités pratiques concernant l'évaluation des demandes de participation ou des offres, l'attribution du marché, le droit applicable au marché et la juridiction compétente en cas de contentieux.

La seconde situation spécifique concerne les marchés passés entre les institutions communautaires, pour laquelle une procédure interinstitutionnelle (article 91 du règlement n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002) a été mise en place.

La directive s'applique donc, par principe et de manière générale, aux marchés passés par les institutions communautaires pour leur propre compte. Mais la directive ne s'applique toutefois aux institutions communautaires que dans la mesure prévue par le règlement financier précité du 25 juin 2002, complété par le règlement (CE, Euratom) n° 2342/2002, pris pour son exécution, qui énoncent, ici ou là, quelques règles particulières et dérogatoires, destinées à tenir compte de la spécificité de la procédure de passation des marchés passés par les institutions européennes.

De ce point de vue, les institutions communautaires se trouvent exactement dans la même situation que les États membres, les règlements financiers de 2002 apparaissant, à l'instar des droits nationaux, comme le vecteur de transposition des prescriptions contenues dans la directive générale de 2004.

Force est d'admettre que ces deux règlements financiers assurent une transposition fidèle de la directive, sur tous les aspects de la passation des marchés publics.

2. TYPOLOGIE DES PROCÉDURES APPLICABLES

PRINCIPALES OBSERVATIONS

- Les procédures applicables aux marchés publics passés par les institutions communautaires dépendent principalement de leur montant (règles de seuils).
- Les procédures applicables sont celles prévues par le droit communautaire général des marchés publics.

Conformément aux prescriptions de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, l'attribution d'un marché public par une institution de l'Union européenne peut se faire, selon les dispositions du règlement n° 2342/2002 (art. 122 § 1) "soit sur appel à la concurrence, par procédure ouverte, restreinte ou négociée après publication d'un avis de marché, soit par procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, le cas échéant suite à un concours".

L'article 119 du règlement n° 2342/2002 reprend également le concept de "publicité adéquate", développé par la Cour de justice dans son arrêt *Telaustria* précité et applicable aux marchés ne relevant pas des directives communautaires.

Par ailleurs, les seuils déterminant les modalités de publication des avis d'appel public à la concurrence, de préinformation et d'attribution, le choix des procédures et les délais correspondants sont ceux fixés par les directives du Parlement et du Conseil (Règl. n° 1605/2002, art. 105).

Il existe donc une volonté explicite du législateur communautaire de soumettre les marchés passés par les institutions communautaires à la règle générale, en l'espèce les directives de 2004.

Ces directives ne sont toutefois, par nature, que des textes d'harmonisation et ne sont pas directement applicables. Les moyens permettant la réalisation de ces objectifs sont laissés à la libre appréciation des États membres. De la même manière, les règlements communautaires idoines ont adapté ces directives aux spécificités et aux contraintes des institutions communautaires. Une filiation commune est ainsi établie, par la directive 2004/18/CE, entre la législation applicable aux marchés publics passés par les États membres et les marchés publics passés par les institutions de l'Union européenne. Cette filiation commune participe d'ailleurs à l'émergence d'un droit européen des contrats publics assez homogène.

On peut toutefois s'interroger, à ce stade, sur la pertinence de cette filiation commune dans le cas particulier des institutions de l'Union européenne. En effet, l'objectif visé par les directives de 2004 à l'égard des États membres ne coïncide pas nécessairement, et précisément, avec celui que paraît devoir viser la législation applicable aux marchés publics passés par les institutions de l'Union européenne. Dans le premier cas, les directives "marchés publics" s'inscrivent dans une logique d'intégration destinée à favoriser l'interpénétration des économies nationales. Dans le second cas en revanche, la mise en œuvre de procédures de publicité et de mise en concurrence conformes aux directives de 2004 vise surtout à assurer l'accès libre et non discriminatoire de l'ensemble des opérateurs économiques de l'Union aux marchés publics passés par les institutions européennes.

Les règlements financiers de 2002 ont donc pour objet de traduire, à partir d'un texte unique (la directive de 2004), l'asymétrie d'objectif visé par la législation sur les marchés

publics, selon qu'elle s'applique aux États membres ou aux institutions de l'Union européenne.

2.1. Les seuils

L'article 105 du règlement n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 précise que, sous réserve des dispositions spécifiques aux marchés passés dans le cadre des actions extérieures, la directive 2004/18/CE fixe les seuils applicables aux marchés passés par les institutions européennes pour leur propre compte qui déterminent:

- Les modalités de publication;
- Le choix des procédures;
- Les délais correspondants.

Pour rappel, l'article 158 du règlement n° 2342/2002 (modifié par la décision 2010/78/UE de la Commission du 9 février 2010) a fixé ces seuils à:

- 4 845 000 euros pour les marchés de travaux;
- 125 000 euros pour les marchés de fournitures et les marchés de services figurant à l'annexe II A de la directive 2004/18/CE (à l'exclusion des marchés de recherche et de développement figurant à la catégorie 8 de ladite annexe);
- 193 000 euros pour les marchés de services figurant à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE, ainsi que pour les marchés de recherche et de développement figurant à la catégorie 8 de l'annexe II A.

Il incombe à chaque ordonnateur délégué ou subdélégué au sein de chaque institution d'évaluer si les seuils visés par la directive 2004/18 sont atteints (article 149 bis du règlement n° 2342/2002).

2.2. Présentation des procédures

L'article 91 du règlement n° 1605/2002 prévoit que les procédures de passation de marché peuvent prendre l'une des formes suivantes: la procédure ouverte, la procédure restreinte, le concours, la procédure négociée et le dialogue compétitif.

Le règlement n° 2342/2002 détaille les procédures de passation qui peuvent être suivies par les institutions communautaires.

2.3. Les procédures ouvertes ou restreintes

Conformément à l'article 28 de la directive 2004/18 et à l'article 122 du règlement n° 2342/2002, les institutions communautaires passent leurs marchés publics en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte, le marché étant considéré comme ouvert lorsque tout opérateur économique peut présenter une offre, et restreint lorsque tous les opérateurs économiques peuvent demander à participer et que seuls les candidats satisfaisant aux critères de sélection énumérés à l'article 135 du règlement n° 2342/2002 et qui y sont invités simultanément et par écrit par les institutions communautaires, peuvent présenter une offre.

Le nombre de candidats invités à soumissionner ne peut être inférieur à cinq, à condition qu'il y ait un nombre suffisant de candidats satisfaisant aux critères de sélection (article 123 du règlement n° 2342/2002), mais (spécificité intéressante) le pouvoir adjudicateur peut également prévoir un nombre maximal de vingt candidats, en fonction de l'objet du marché et sur la base de critères de sélection objectifs et non discriminatoires. Dans ce cas, la fourchette et les critères doivent être indiqués dans l'avis de marché ou d'appel à manifestation d'intérêt (article 123 du règlement n° 2342/2002).

L'article 128 du règlement n° 2342/2002 prévoit par ailleurs l'hypothèse particulière de procédure restreinte après appel à manifestation d'intérêt.

L'appel à manifestation d'intérêt constitue un mode de présélection des candidats qui seront invités à soumissionner lors de futures procédures d'appels d'offres restreints pour des marchés d'une valeur supérieure à 60 000 euros. La liste qui découle de cet appel reste valable au maximum trois ans à compter de la date d'envoi de l'avis à l'OPOCE et toute personne qui serait intéressée peut déposer sa candidature durant toute la période de validité de la liste, à l'exception des trois derniers mois de celle-ci.

Ensuite, à l'occasion d'un marché spécifique, l'article 128 du règlement n° 2342/2002 autorise le pouvoir adjudicateur à inviter soit tous les candidats inscrits sur la liste, soit certains d'entre eux, sur la base de critères de sélection objectifs et non discriminatoires propres au marché, à déposer une offre.

2.3.1. Le concours

Le concours est la procédure qui permet au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est proposé par un jury après mise en concurrence, avec ou sans attribution de primes (Règl. n° 2342/2002, art. 122 § 4).

Le jury, nommé par l'ordonnateur compétent, est composé exclusivement de personnes physiques indépendantes des participants au concours et doit disposer d'une autonomie d'avis. Les projets doivent être présentés de manière anonyme par les candidats et en se fondant exclusivement sur les critères indiqués dans l'avis de concours.

Le pouvoir adjudicateur prend ensuite une décision précisant les nom et adresse du candidat retenu et les raisons de ce choix au regard des critères préalablement annoncés dans l'avis de concours, en particulier s'il s'écarte des propositions émises dans l'avis du jury.

2.3.2. Les procédures négociées

Conformément à l'article 124 du règlement n° 2342/2002, les institutions communautaires peuvent négocier avec les soumissionnaires les offres présentées par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher l'offre la plus avantageuse.

Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs doivent assurer l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires.

Le règlement n° 2342/2002 prévoit, à la suite de la directive 2004/18/CE, deux catégories de procédures négociées: la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché et la procédure négociée après publication d'un avis de marché.

Dans les deux cas, la procédure négociée ne peut être utilisée que dans les hypothèses limitativement énumérées par le règlement n° 2342/2002.

On relèvera, à cet égard, que le règlement financier, s'écartant de la logique qualitative, en termes de concurrence, qui prévaut dans la directive de 2004, a retenu, à la marge, une logique purement quantitative. Ainsi, pour les marchés d'un montant inférieur ou égal à 60 000 EUR, le recours à la procédure négociée sans publicité est possible, à condition qu'au moins cinq candidats soient consultés. De même, pour les marchés d'une valeur inférieure ou égale à 25 000 EUR, le recours à la procédure négociée avec consultation d'au moins trois candidats est possible. Enfin, les marchés d'une valeur inférieure ou égale à 5 000 EUR, quant à eux, peuvent faire l'objet d'une seule offre et les paiements effectués pour des dépenses d'un montant inférieur ou égal à 500 euros peuvent intervenir en simple remboursement de facture, sans acceptation préalable d'une offre (article 129 du règlement n° 2342/2002).

2.3.3. Le dialogue compétitif

Lorsqu'un marché est particulièrement complexe, les institutions communautaires, dans la mesure où elles estiment que le recours direct à la procédure ouverte ou aux modalités existantes régissant la procédure restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, peuvent recourir au dialogue compétitif visé à l'article 29 de la directive 2004/18/CE.

À l'évidence, ce recours sera plus exceptionnel dans le cas des institutions communautaires que dans le cas des États membres, les marchés passés par les premières étant plus "standardisés" que certains marchés passés par les seconds.

L'article 125 ter du règlement n° 2342/2002 relatif aux marchés passés par les institutions reprend les conditions générales détaillées au sein de l'article 29 de la directive 2004/18/CE.

En application des textes susvisés, un marché est considéré comme particulièrement complexe lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou ses objectifs ou bien d'établir le montage juridique ou financier du projet.

2.3.4. Le système d'acquisition dynamique

En application de l'article 33 de la directive 2004/18/CE et de l'article 125 bis du règlement n° 2342/2002, les institutions communautaires peuvent recourir au système d'acquisition dynamique qui est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges et aux documents complémentaires éventuels. Les offres indicatives peuvent être améliorées à tout moment, à condition qu'elles demeurent conformes aux cahiers des charges. La durée d'un système d'acquisition dynamique ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés (article 125 bis du règlement n° 2342/2002).

3. ACCÈS AUX MARCHÉS PUBLICS PASSÉS PAR LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

PRINCIPALES OBSERVATIONS

- La participation à la concurrence doit être ouverte à égalité de conditions à toutes les personnes physiques et morales relevant du domaine d'application des traités et à toutes les personnes physiques et morales d'un pays tiers qui aurait conclu avec les Communautés un accord particulier dans le domaine des marchés publics.
- Le droit de l'Union européenne a mis en place des procédures particulières destinées à prévenir les conflits d'intérêts dans la passation des marchés passés par ses institutions.

3.1. L'ouverture à la concurrence des marchés des institutions communautaires

La participation à la concurrence doit être ouverte à égalité de conditions à toutes les personnes physiques et morales relevant du domaine d'application des traités et à toutes les personnes physiques et morales d'un pays tiers qui aurait conclu avec les Communautés un accord particulier dans le domaine des marchés publics, dans les conditions prévues par cet accord (règlement n° 1605/2002, art. 106).

En outre, dans le cas où l'accord multilatéral relatif aux marchés publics conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce est applicable, les marchés doivent également être ouverts aux ressortissants des États qui ont ratifié cet accord, dans les conditions prévues par celui-ci.

À cet égard, les cahiers des charges des institutions européennes doivent prescrire aux soumissionnaires d'indiquer l'État dans lequel ils ont leur siège ou sont domiciliés, en présentant les preuves requises en la matière selon leur loi nationale.

3.1.1. Les cas d'exclusion de la participation aux procédures de passation

Les articles 93 et 94 du règlement n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 dressent, de manière précise, la liste des cas dans lesquels un soumissionnaire doit être automatiquement exclu de la procédure de passation d'un marché public passé par une institution de l'Union européenne.

Sont ainsi exclus de la participation aux procédures de passation de marchés les candidats ou les soumissionnaires qui sont en état ou qui font l'objet d'une procédure de faillite, qui sont affectés par un jugement sanctionnant un défaut de moralité professionnelle, dont la situation fiscale et sociale est irrégulière, ou qui ont fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée pour fraude, corruption, participation à une organisation criminelle ou toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés.

L'article 93 du règlement n° 1605/2002 rappelle que les candidats ou soumissionnaires doivent attester qu'ils ne se trouvent pas dans l'une des situations susmentionnées. Les institutions peuvent néanmoins s'abstenir d'exiger cette attestation en cas de marché de très faible valeur (moins de 10 000 euros).

L'article 94 du règlement n° 1605/2002 précise par ailleurs des cas d'exclusion de candidats ou de soumissionnaires qui, à l'occasion de la procédure de passation de ce marché, se trouvent en situation de conflit d'intérêts (voir ci-dessous) ou se sont rendus coupables de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigés par le pouvoir adjudicateur pour leur participation au marché ou n'ont pas fourni ces renseignements.

3.1.2. La base de données centrale

Une base de données centrale a été créée par la Commission, dans le respect de la réglementation communautaire relative au traitement des données à caractère personnel. Elle contient des informations détaillées concernant les candidats et les soumissionnaires qui sont dans l'une des situations d'exclusion susmentionnées. Elle est commune à l'ensemble des institutions communautaires.

En application de l'article 95 du règlement n° 1605/2002, les autorités des États membres et des pays tiers, qui participent à l'exécution du budget, doivent communiquer à l'ordonnateur compétent des informations sur les candidats et les soumissionnaires qui se trouvent dans l'une des situations d'exclusion, lorsque la conduite de l'opérateur concerné a porté atteinte aux intérêts financiers des Communautés.

L'ordonnateur compétent reçoit ces informations et demande au comptable de les introduire dans la base de données.

Les articles 133 bis et 134 bis du règlement n° 2342/2002 détaillent les conditions de fonctionnement de la base de données centrale.

3.2. La gestion des conflits d'intérêt

3.2.1. Définition

Conformément à l'article 52 du règlement n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002, il y a un conflit d'intérêts lorsque l'exercice impartial et objectif des fonctions d'un candidat ou d'un soumissionnaire est compromis pour des motifs familiaux, affectifs, d'affinité politique ou nationale, d'intérêt économique ou pour tout autre motif de communauté d'intérêt avec le bénéficiaire.

On considère qu'il existe une présomption de conflit d'intérêts si un demandeur, un candidat ou un soumissionnaire est un agent soumis au statut, sauf si sa participation à la procédure a été préalablement autorisée par son supérieur.

3.2.2. Les procédures de contrôle

Par principe, l'article 94 du règlement n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 exclut de l'attribution des marchés passés par les institutions communautaires pour leur propre compte les candidats ou les soumissionnaires qui, à l'occasion de la procédure de passation de ce marché, se trouvent en situation de conflit d'intérêt.

À cette fin, le règlement prévoit que les candidats et soumissionnaires doivent fournir une attestation sur l'honneur, dûment datée et signée, mentionnant qu'ils ne se trouvent pas dans une situation de conflit d'intérêt.

Cependant, en fonction de son évaluation des risques, le pouvoir adjudicateur peut s'abstenir d'exiger cette attestation dans les cas des marchés d'une valeur inférieure ou égale à 5 000 EUR.

Le règlement ne prévoit expressément aucune mesure supplémentaire permettant aux institutions de s'assurer qu'il n'existe pas de conflit d'intérêts lors de la passation de leurs marchés.

Cependant, le juge communautaire a pu sanctionner la Commission européenne qui n'avait pas mis en place les diligences nécessaires pour s'assurer de l'absence de conflit d'intérêt (TPICE 17 mars 2005 AFCon Management Consultants: Aff. n° T-160/03).

En l'espèce, les requérants reprochaient à la Commission de ne pas avoir tiré les conséquences du conflit d'intérêts entre un membre du comité d'évaluation et l'un des soumissionnaires. Ils considéraient, en substance, d'une part, que la Commission n'avait pas agi avec toute la diligence requise après avoir découvert l'existence d'un conflit d'intérêts et, d'autre part, qu'elle n'aurait pas dû permettre au soumissionnaire de participer à la suite de la procédure d'appel d'offres.

Le tribunal a rappelé que "le principe d'égalité de traitement en matière de marchés publics, le souci d'une bonne gestion financière des deniers communautaires et la prévention de la fraude rendent hautement critiquable, et le droit pénal de plusieurs États membres incrimine, le fait qu'une personne qui contribue à évaluer et à sélectionner les offres d'un marché public se voit attribuer ce marché (arrêt du tribunal du 15 juin 1999, *Ismeri Europa/Cour des comptes*, T-277/97, Rec. p. II-1825, point 112).

Après la découverte d'un conflit d'intérêts entre un membre du comité d'évaluation et l'un des soumissionnaires, il incombe à la Commission de préparer et de prendre, avec toute la diligence requise et sur la base de toutes les données pertinentes, sa décision sur les suites de la procédure de passation du marché en cause. Cette obligation découle notamment des principes de bonne administration et d'égalité de traitement (voir, par analogie, arrêt du tribunal du 9 juillet 1999, *New Europe Consulting et Brown/Commission*, T-231/97, Rec. p. II-2403, point 41). La Commission est en effet tenue de veiller à chaque phase d'une procédure d'appel d'offres au respect de l'égalité de traitement et, par voie de conséquence, à l'égalité des chances de tous les soumissionnaires (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 29 avril 2004, *Commission/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, non encore publié au Recueil, point 108, et arrêt du tribunal du 24 février 2000, *ADT Projekt/Commission*, T-145/98, Rec. p. II-387, point 164).

Les juges de première instance considèrent qu'après la découverte d'un conflit d'intérêt, il incombe aux institutions de préparer et de prendre, avec toute la diligence requise et sur la base de toutes les données pertinentes, leur décision sur les suites de la procédure de passation du marché en cause.

Cependant, après la découverte d'un conflit d'intérêts, les institutions disposent d'une marge d'appréciation afin de déterminer les mesures qui doivent être prises concernant le déroulement des stades ultérieurs de la procédure de passation du marché sur appel d'offres.

Cette problématique rejoint celle, plus générale, relative aux avantages concurrentiels objectifs, que la Cour a notamment eu l'occasion d'aborder dans son affaire *Fabricom SA* du 3 mars 2005, à l'occasion de laquelle elle a adopté une position plutôt ambiguë, laissant aux États une marge d'appréciation substantielle pour apprécier la nécessité d'écarter de la mise en concurrence les entreprises disposant, ab initio, d'un avantage concurrentiel (CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*: Aff. C-21/03 et C-34/03). Appelée à se prononcer sur la légalité du dispositif national belge excluant, par principe, de toute procédure de mise en concurrence les sociétés intervenues en amont, la Cour a jugé que "compte tenu de la situation dans laquelle pourrait se trouver la personne ayant à effectuer certains travaux préparatoires, il ne saurait être soutenu que le principe d'égalité de traitement oblige à traiter celle-ci de la même façon que tout autre soumissionnaire", reconnaissant ainsi, sous conditions, comme conforme aux directives communautaires la réglementation belge qui

imposait aux pouvoirs adjudicateurs d'écarter les candidats ayant, en amont, participé à la préparation du marché.

4. PUBLICITÉ DES MARCHÉS PUBLICS PASSÉS PAR LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

PRINCIPALES OBSERVATIONS

- Tous les marchés doivent, en principe, faire l'objet d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne.
- Les modalités de publicité intéressent tant la phase préalable à la mise en concurrence, que la phase postérieure à l'attribution du contrat.

4.1. Le principe de publicité

Conformément à l'article 90 du règlement financier n° 1605/2002, tous les marchés font l'objet d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne, exceptés ceux qui sont inférieurs aux seuils prévus aux articles 105 ou 167 règlement financier.

Ces derniers font, comme les marchés de services visés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE, l'objet d'une publicité appropriée conformément aux dispositions des modalités d'exécution.

4.2. Les modalités de publicité

4.2.1. Les modalités de publicité des marchés supérieurs aux seuils

En application de l'article 118 du règlement n° 2342/2002, la publication pour les marchés dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils visés aux articles 157 et 158 du règlement n° 2342/2002 doit comporter un avis de préinformation, un avis de marché ou avis de marché simplifié et un avis d'attribution.

4.2.2. Les mesures de publicité pour les marchés ne relevant pas de la directive 2004/18/CE, et pour les marchés visés à son annexe II B (article 119 du règlement n° 2342/2002)

Les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils fixés à l'article 158 du règlement financier et les marchés de services visés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE font l'objet d'une publicité qui comporte, à défaut de l'avis de marché visé, un avis d'appel à manifestation d'intérêt pour les marchés d'objet similaire d'une valeur supérieure au montant visé à l'article 128, paragraphe 1 et la publication annuelle d'une liste des contractants, précisant l'objet et le montant du marché attribué, pour les marchés d'une valeur supérieure à 25 000 EUR.

La publicité ex ante et la publication annuelle des contractants pour les autres marchés est effectuée sur le site Internet des institutions; la publication ex post a lieu au plus tard le 31 mars de l'exercice suivant.

Elle peut également faire l'objet d'une publication au Journal officiel des Communautés européennes.

4.2.3. Publication des avis

L'article 120 du règlement n° 2342/2002 prévoit que l'OPOCE publie au Journal officiel des Communautés européennes les avis visés aux articles 118 et 119 du règlement n° 2342/2002, au plus tard douze jours calendrier après leur envoi.

Le délai visé au premier alinéa est réduit à cinq jours calendrier dans les procédures accélérées.

Les pouvoirs adjudicateurs doivent être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi.

4.2.4. Autres formes de publicité

L'article 121 du règlement n° 2342/2002 dispose que, outre les mesures de publicité prévues aux articles 118, 119 et 120 dudit règlement, les marchés peuvent faire l'objet de toute autre forme de publicité, notamment sous forme électronique.

Cette publicité ne peut introduire de discrimination entre les candidats ou soumissionnaires, ni contenir des renseignements autres que ceux contenus dans l'avis de marché susmentionné, s'il existe.

5. SÉLECTION DES CANDIDATURES ET DES OFFRES

PRINCIPALES OBSERVATIONS

- Les critères de sélection utilisés par les pouvoirs adjudicateurs des institutions de l'Union européenne doivent ainsi, de manière générale, être clairs et non discriminatoires.
- L'ordonnateur compétent désigne l'attributaire du marché, dans le respect des critères de sélection et d'attribution préalablement définis dans les documents d'appel à la concurrence et les règles de passation des marchés

5.1. Les critères de sélection des candidatures et des offres

De manière générale, les dispositions des articles 135 et suivants du règlement n° 2342/2002 reprennent les prescriptions de la directive générale de 2004. Les critères de sélection utilisés par les pouvoirs adjudicateurs des institutions communautaires doivent ainsi, de manière générale, être clairs et non discriminatoires (art. 135 § 1 du règlement n° 2342/2002).

Les critères d'attribution des marchés détaillés à l'article 138 bis du règlement n° 2342/2002 s'inspirent également des dispositions de l'article 53 de la directive 2004/18.

Pour les marchés passés par les institutions pour leur propre compte d'une valeur inférieure ou égale à 60 K€, les institutions européennes peuvent toutefois, en fonction de leur évaluation des risques, décider de ne pas exiger la preuve de la capacité financière, économique, technique et professionnelle du candidat ou du soumissionnaire. Dans ce cas, aucun préfinancement n'est effectué, sauf si une garantie financière d'un montant équivalent est fournie (article 135 § 6 du règlement n° 2342/2002).

5.2. L'examen des candidatures et des offres par les institutions communautaires

En application de l'article 98 du règlement n° 1605/2002, les modalités de remise des offres doivent permettre de garantir une mise en concurrence réelle et le secret de leur contenu jusqu'à leur ouverture simultanée.

À cet égard, l'article 140 du règlement n° 2342/2002 reprend les dispositions de l'article 38 de la directive 2004/18 qui fixe les délais minimaux de réception des candidatures et des offres en fonction de la procédure qui est suivie par le pouvoir adjudicateur.

5.3. Conclusion du contrat

En application de l'article 100 du règlement n° 1605/2002, l'ordonnateur compétent désigne l'attributaire du marché, dans le respect des critères de sélection et d'attribution préalablement définis dans les documents d'appel à la concurrence et les règles de passation des marchés.

En outre, le pouvoir adjudicateur peut, par une décision motivée et portée à la connaissance des intéressés, jusqu'à la signature du contrat, soit renoncer au marché, soit

annuler la procédure de passation du marché, sans que les candidats ou les soumissionnaires puissent prétendre à une quelconque indemnisation (article 101 du règlement n° 1605/2002).

5.3.1. Information des candidats et des soumissionnaires évincés (article 149 du règlement n° 2342/2002)

Les marchés passés par les institutions communautaires pour leur propre compte, dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils fixés par la directive 2004/18/CE et qui ne sont pas exclus du champ d'application de la directive 2004/18/CE, doivent donner lieu, conformément aux dispositions de la directive générale de 2004, à une information précise des opérateurs économiques ayant participé à la mise en concurrence. Pour ces marchés, le pouvoir adjudicateur notifie, simultanément et individuellement à chaque soumissionnaire ou candidat évincé, par lettre, par télécopie ou courrier électronique, que leur offre ou candidature n'a pas été retenue, à l'un ou l'autre des stades suivants:

- peu de temps après l'adoption de décisions sur la base des critères d'exclusion et de sélection et avant la décision d'attribution, lorsque les procédures de passation de marché sont organisées en deux étapes distinctes;
- en ce qui concerne les décisions d'attribution et les décisions de rejet d'une offre, le plus tôt possible après la décision d'attribution et au plus tard dans la semaine qui suit.

5.3.2. Délai d'attente avant la signature du contrat (article 158 bis du règlement n° 2342/2002)

Le règlement financier prévoit, à l'instar de la directive générale de 2004 (art. 41), un délai dit de "standstill", permettant, le cas échéant, aux opérateurs économiques qui se prétendent victimes d'une infraction aux prescriptions de publicité et de mise en concurrence de former un recours devant la juridiction compétente.

Le pouvoir adjudicateur ne doit ainsi procéder à la signature du contrat ou du contrat-cadre, couvert par la directive 2004/18/CE, avec l'attributaire qu'au terme d'une période de quatorze jours calendrier.

Cette période court à compter de l'une ou l'autre des dates suivantes:

- le lendemain de la date de notification simultanée des décisions d'attribution et de rejet;
- lorsque le contrat ou le contrat-cadre est attribué à la suite d'une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, le lendemain de la publication au Journal officiel de l'Union européenne de l'avis d'attribution.

En principe, tout contrat signé avant l'expiration de la période prévue au premier alinéa est nul et non avenu.

Cette période ne s'applique pas dans les cas suivants:

- procédures ouvertes où une seule offre a été déposée;
- procédures restreintes ou négociées, après publication préalable d'un avis de marché, lorsque le soumissionnaire auquel le marché doit être attribué était le seul qui satisfaisait aux critères d'exclusion et de sélection, pour autant que les autres candidats ou soumissionnaires aient été informés des motifs de leur exclusion ou du rejet peu de temps après l'adoption des décisions correspondantes sur la base des critères d'exclusion et de sélection;

- contrats spécifiques fondés sur un contrat-cadre et par l'application des termes fixés dans ce contrat-cadre, sans remise en concurrence;
- urgence impérieuse.

6. CONTENTIEUX DES CONTRATS PASSÉS PAR LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

PRINCIPALES OBSERVATIONS

- Dans le cadre d'un contentieux relatif à la passation d'un marché public passé par une institution de l'Union européenne, les personnes, physiques ou morales, disposant d'un intérêt à agir bénéficient de trois voies de recours.

6.1. Demande en référé visant au sursis à l'exécution d'une décision, sur le fondement de l'article 278 TFUE

Peuvent faire l'objet d'une demande en référé visant au sursis d'une décision prise dans le cadre d'un marché public passé par une institution communautaire: les décisions rejetant l'offre soumise par un candidat dans le cadre d'un appel d'offres (voir, par exemple, TPI, Ordonnance, 14 mai 2008, Icuna.Com SCRL contre Parlement européen, T-383/06) ou la décision de signature du contrat avec la société au terme d'une procédure d'appel d'offres (voir, par exemple, TPI, Ordonnance, 14 mai 2008, Icuna.Com SCRL contre Parlement européen, T-383/06)

6.2. Recours en annulation d'un acte en vertu de l'article 263 TFUE (ex-article 230 TCE)

Les décisions suivantes peuvent faire l'objet d'un recours direct en annulation:

- décision de la Commission portant annulation d'une procédure d'appel d'offres (voir, par exemple, TPI, 29 octobre 1998, Team SRL contre Commission des Communautés européennes, T-13/96);
- décision du Parlement de ne pas retenir l'offre d'un candidat dans le cadre d'un appel d'offre (voir, par exemple, TPI, 6 juillet 2000, Alsace International Car Services (AICS) contre Parlement européen, T-139/99);
- décision de la Commission d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire (TPI, 9 septembre 2009, Brink's Security Luxembourg SA contre Commission des Communautés européennes).

6.3. Recours indemnitaire

Enfin, un recours indemnitaire fondé sur l'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté en vertu de l'article 340, alinéa 2 TFUE (ex-article 288, alinéa 2 TCE) peut être initié par un candidat évincé. Le requérant doit alors démontrer le caractère illégal du comportement reproché à l'institution, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre ce comportement et le préjudice allégué (Voir, par exemple, TPI, 6 juillet 2000, Alsace International Car Services (AICS) contre Parlement européen, T-139/99)

Quel que soit le type de recours choisi par le requérant, le recours doit être porté en premier ressort devant le Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne (article 256§1 TFUE et article 51 du Statut de la Cour de Justice de l'Union européenne). Un pourvoi devant la Cour de Justice, limité aux questions de droit, peut être formé contre les décisions du tribunal (article 256§1, alinéa 2 TFUE).

Il ressort des arrêts rendus, principalement par le TPI, que la majorité des jugements rejettent les recours en annulation introduits par des sociétés évincées.

En effet, un principe fondamental est que les institutions disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passer un marché sur appel d'offres et que le contrôle du tribunal doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir (arrêts du tribunal du 24 février 2000, ADT Projekt/Commission, T 145/98, Rec. p. II 387, point 147, et du 26 février 2002, Esedra/Commission, T 169/00, Rec. p. II 609, point 95).

À titre d'exemple, le Tribunal de Première Instance a rappelé, dans l'arrêt *Antwerpse Bouwwerken c. Commission* (TPI, 10 décembre 2009, T-195/08), que la Commission bénéficiait dans le cadre des procédures d'appel d'offres d'un large pouvoir d'appréciation qui implique que le contrôle du juge se limite à la vérification qu'aucune erreur manifeste d'appréciation n'a été commise. Ainsi, alors que le cahier des charges précisait que le prix devait être mentionné sous peine d'exclusion, le TPIUE a jugé que l'absence de prix était une erreur matérielle qui pouvait s'expliquer simplement et a validé le choix retenu par la Commission de laisser les sociétés préciser certains points de leurs offres.

7. CONCLUSION

La naissance d'un droit administratif européen est, de longue date, annoncée, à partir de l'influence conjuguée des droits administratifs nationaux sur le droit communautaire et, réciproquement, du droit communautaire sur le droit administratif⁴. Ce droit administratif européen est censé, à terme, pouvoir embrasser l'ensemble des questions qui intéressent, directement ou indirectement, l'action administrative des institutions communautaires. Les problèmes que posent l'action des administrations nationales et celle de l'administration communautaire sont, en effet, comme en témoigne la passation des marchés publics, bien souvent analogues. Elles doivent pouvoir conduire, en conséquence, "à des solutions convergentes dans la mesure où elles s'inscrivent dans des contextes sociaux, politiques et économiques analogues"⁵.

Cela est d'autant plus vrai dans le domaine des marchés publics que le droit applicable aux marchés passés par les institutions communautaires et celui applicable aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs nationaux puisent leurs racines dans une filiation commune: la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Cette homogénéité du droit positif applicable, dans ce domaine, aux institutions de l'Union et aux droits nationaux favorise, à l'évidence, l'émergence d'un corpus administratif européen.

De surcroît, les impératifs de la protection des droits de l'homme qui découlent de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'imposent de la même manière au système juridique communautaire qu'aux systèmes juridiques nationaux. Or, fondée sur la notion de "société démocratique", la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme irrigue, notamment, le droit administratif. Elle corrige en particulier l'inégalité structurelle entre le citoyen-administré et l'État-administration. Le phénomène, particulièrement prégnant dans les États membres, ne reste pas à l'écart, même s'il s'y manifeste différemment, de l'administration de l'Union européenne.

En effet, la Cour de justice prend souvent en considération la Convention européenne des droits de l'homme au-delà d'une simple source d'inspiration l'aidant à identifier des principes généraux du droit communautaire, en se référant directement à la Convention et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voir: *CJCE, 6 mars 2001, aff. C-273/99P et C-274/99P, Bernard Connolly c/ Comm. CE: Rec. CJCE 2001, I, p. 1575 et 1611*).

Par ailleurs, et surtout, l'article 6-2 du TFUE prévoit que l'Union adhère à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Cette adhésion est, par ailleurs, désormais prévue par le protocole n°14 à la CEDH, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010. Dans ce contexte, la Commission européenne a publié, en mars 2010, des directives de négociation en vue de l'adhésion de l'Union à la CEDH (IP/10/291). Ces négociations ont débuté en juillet 2010.

En adhérant à la CEDH, l'Union européenne va se placer sur un pied d'égalité avec ses États membres en ce qui concerne le système de protection des droits fondamentaux, au respect duquel veille la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg. Elle portera ainsi une responsabilité propre, devant la Cour européenne des droits de l'homme, pour la

⁴ SCHWARTZE J., *Droit administratif européen: Bruxelles, Bruylant, 1994.* – AUBY J.-B. et DUTHEIL de La ROCHERE J. [ss dir.], *Droit administratif européen: Bruxelles, Bruylant, 2007*

⁵ DUBOS O. *Droit administratif et droit communautaire, Juris-Cl. Adm.*, 2007, Fasc. 24.

violation de la Convention par les actes du droit dérivé, le cas échéant administratif. Une fois cette adhésion acquise, la CEDH constituera ainsi un fonds commun dans lequel pourra s'inscrire le droit administratif européen.

Même si le domaine des contrats est assez peu touché par le système de la CEDH (voir toutefois: *Cour EDH, 9 décembre 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis: Série A, n°301-B*), ce dernier constitue, à l'évidence, un vecteur favorable à l'émergence, dans ce secteur, d'un ensemble de principes communs qui pourraient permettre la formation d'un droit administratif européen des contrats.

Cette évolution doit, toutefois, être nuancée, pour au moins trois raisons

La première raison est constitutionnelle. L'article 6-3 du TFUE dispose, en effet, que "*l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres*". Or, le droit administratif, discipline "relativement ethnocentrique", est assurément un élément de cette identité nationale. Comme le relève O. Dubos, "le droit administratif européen ne remet jamais fondamentalement en cause ni les institutions nationales, ni les concepts de droit interne. Tout au plus il les adapte. Le droit administratif européen n'est pas un processus d'acculturation".

La seconde raison est institutionnelle. Force est, en effet, de constater que si l'Union européenne agit, sur le plan administratif, comme un État, puisqu'elle emploie du personnel, passe des contrats et engage des dépenses de fonctionnement comme le fait n'importe quel État, elle n'est pas, de *lege lata* ou de *lege ferenda*, un État.

Dans ces conditions, le fonctionnement administratif de ses institutions, et par ricochet son droit administratif, sont confrontés à des problèmes inconnus des systèmes nationaux. À l'inverse, il va demeurer étranger à des problématiques sensibles dans les administrations nationales.

Dans le domaine des marchés publics, les institutions communautaires ne sont, par exemple, pas confrontés aux différences entre les marchés passés par les institutions centrales (État notamment) et ceux passés par les institutions locales. Plus généralement, les questions organiques afférentes aux marchés publics, celles liées, en particulier, à la mise en place et au fonctionnement des commissions d'appel d'offres, se posent dans une mesure moindre en droit de l'Union européenne que dans les droits nationaux. De même, ainsi que cela a été vu, certaines procédures, le dialogue compétitif par exemple, sont moins pertinentes en droit de l'Union que dans les droits nationaux, parce que les besoins diffèrent.

À l'inverse, les marchés publics passés par les institutions de l'Union européenne sont confrontés à des difficultés qu'ignorent les droits nationaux: procédures de contrôle spécifiques, prévention des conflits d'intérêts, gestion différenciée du contentieux etc.

Parallèlement prédomine, dans le champ du droit administratif, un principe de territorialité né de la délimitation unilatérale du champ d'application du droit interne. Déclinaison de la théorie des immunités de l'État, cette règle a une double conséquence. D'une part, les actes administratifs issus du droit français ne peuvent juridiquement produire aucun effet hors du territoire national. D'autre part et symétriquement, les actes administratifs étrangers ne peuvent produire aucun effet hors du territoire de l'État qui les a adoptés. L'articulation des ordres juridiques est donc une question, en principe, étrangère au droit administratif, construit autour de la souveraineté et de l'immunité de l'État. Seuls les

contrats internationaux ou transnationaux de l'administration⁶ viennent remettre en cause, de manière assez marginale toutefois, ce principe de territorialité du droit administratif. Seuls ces contrats internationaux ou transnationaux⁷ paraissent ainsi pouvoir, territorialement, faire l'objet d'un véritable droit administratif européen des contrats.

La troisième et dernière raison susceptible de freiner, dans le domaine des contrats administratifs, l'émergence d'un droit administratif européen, est fonctionnelle. Il nous semble, à l'analyse, que les objectifs visés par le droit européen des marchés publics, en particulier par la directive du 31 mars 2004 et la jurisprudence subséquente de la CJUE, sont différents selon que les institutions de l'Union ou les États sont en cause.

Plus précisément, le droit des marchés publics européen vise principalement, lorsqu'il s'applique aux États membres, à favoriser, voire à garantir, la libre circulation des services et des biens à l'intérieur de l'Union. Il vise donc, dans ce cas, à la promotion de droits économiques, ce qui profite, réellement ou potentiellement mais à titre principal, aux opérateurs économiques de l'Union. Ce n'est que par ricochet que la concurrence introduite par le droit communautaire dans la passation des marchés publics nationaux doit permettre aux pouvoirs adjudicateurs de se procurer leurs biens, services et travaux au meilleur rapport qualité-prix. Autrement dit, l'objectif de bonne administration apparaît, dans cette perspective, plus subsidiaire.

En revanche, lorsqu'il s'applique aux institutions de l'Union européenne, le droit européen des marchés publics vise principalement à garantir la transparence du processus de passation, la régularité de la dépense communautaire et, de manière générale, la bonne utilisation des fonds issus du budget de l'Union européenne. De ce point de vue, la transposition de la directive de 2004 par les règlements financiers de 2002 modifiés est clairement centrée sur le pouvoir adjudicateur, pris en la personne des institutions communautaires, davantage que sur les opérateurs économiques susceptibles d'obtenir les contrats. La bonne administration des institutions communautaires prévaut, dans ce cas, sur la préservation de la concurrence intra-communautaire.

Cette asymétrie d'objectifs entre deux ensembles de normes (les règlements financiers communautaires d'une part, les droits nationaux des marchés publics d'autre part), pourtant marqués par une filiation commune, forme un frein à la mise en place d'un droit administratif européen qui se nourrirait principalement, voire exclusivement, des droits et pratiques nationaux. Elle démontre au contraire, s'il en était besoin, que la spécificité des institutions communautaires, et les contraintes qui leur sont propres, exige que ce droit administratif en devenir soit, dans le domaine des contrats, déconnecté des contingences des droits nationaux et, au contraire, marqué par une identité européenne très forte.

⁶ AUDIT M., Les conventions transnationales entre personnes publiques, Paris, LGDJ, 2002. Voir également: LAAZOUZI M., Les contrats administratifs à caractère international, Paris, Economica, 2008 et LEMAIRE S., Les contrats internationaux de l'administration, Paris, LGDJ, 2005.

⁷ BRACONNIER S., Partenariats public-privé internationaux, Juris-cl. Contrats et marchés publics, 2010, fasc. 610.

RÉFÉRENCES

- AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHERE J., Droit administratif européen, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- AUDIT M., Les conventions transnationales entre personnes publiques, Paris, LGDJ, 2002.
- BERTRAND G., La prise de décision dans l'Union européenne, Paris, La Documentation française, 2^{ème} édition, 2002.
- BLUMANN C., La fonction législative communautaire, Paris, LGDJ, 1995.
- BOUVERESSE A., Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- BRACONNIER S., Précis du droit des marchés publics, Paris, Le Moniteur, 3^{ème} édition, 2009.
- BRACONNIER S., Partenariats public-privé internationaux, Juris-cl. Contrats et marchés publics, 2010, fasc. 610.
- BRACONNIER S., Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et droit administratif français, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- CASSIA P., L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires, Paris, Dalloz, 2002.
- CHITI M.-P., Diritto amministrativo europeo, Milan, Giuffré, 1999.
- COSSALTER P., Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne, Paris, LGDJ, 2007.
- COUTRON L., La contestation incidente des actes de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- CRAIG P., EU administrative Law, Oxford, Academy of european law et Oxford University Press, 2006.
- DUBOS O. Droit administratif et droit communautaire, Juris-Cl. Adm., 2007, Fasc. 24
- HAMONIAUX T., L'intérêt général et le juge communautaire, Paris, LGDJ, 2001.
- JORDA J., Le pouvoir exécutif de l'Union européenne, Aix-en-Provence, PUAM, 2001.
- LAAZOUZI M., Les contrats administratifs à caractère international, Paris, Economica, 2008.
- LEMAIRE S., Les contrats internationaux de l'administration, Paris, LGDJ, 2005.
- NOGUELLOU R. et STELKENS U. (Dir.), Droit comparé des contrats publics, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- PESCATORE P., l'ordre juridique des communautés européennes, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- PESACTORE P., le droit de l'intégration, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- PRECHAL S., Directives in EC Law, Oxford University Press, 2005.
- RICHER L., L'Europe des marchés publics, Paris, LGDJ, 2009.
- SCHWARTZE J., Droit administratif européen, Bruxelles, Bruylant, 2009.

- SIMON D., Le droit communautaire et les métamorphoses du droit, Strasbourg, PUS, 2003.
- SIRINELLI J., Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Contribution à l'étude du droit administratif européen, Paris, LGDJ, 2011.
- Commentaire de Julie DUPONT-LASSALLE, Europe n°5, Mai 2010, comm. 169
- Note de Julie DUPONT-LASSALLE, Europe n°10, Octobre 2010, comm. 319
- *Avoir la Commission européenne pour client, Conseils à l'attention des contractants disponibles*, Publication de la Commission de 2009, disponible à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/budget/library/publications/public_contracts/doing_business_FR.pdf
- *Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics*, document de travail des services de la Commission du 25 mai 2008, disponible à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_fr.pdf

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES






DÉPARTEMENT THÉMATIQUE

DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

Rôle

Les départements thématiques sont des unités de recherche qui fournissent des conseils spécialisés aux commissions, délégations interparlementaires et autres organes parlementaires.

Domaines

-  Affaires constitutionnelles
-  Liberté, sécurité et justice
-  Égalité des genres
-  Affaires juridiques et parlementaires
-  Pétitions

Documents

Visitez le site web du Parlement européen: <http://www.europarl.europa.eu/studies>

SOURCE PHOTO: iStock International Inc.

