

Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2008/C 91/02)

1. INTRODUCTION

Au cours des dernières années, le phénomène du partenariat public-privé (PPP) s'est développé dans de nombreux domaines. La caractéristique de cette coopération, le plus souvent à long terme, est le rôle dévolu au partenaire privé qui participe aux différentes phases du projet en cause (conception, exécution et exploitation), supporte des risques traditionnellement pris en charge par le secteur public, et, qui contribue souvent au financement du projet.

En droit communautaire, les autorités publiques sont en effet libres d'exercer elles-mêmes une activité économique ou de la confier à des tiers, par exemple des entités à capital mixte créées dans le cadre d'un PPP. Toutefois, si les organismes publics décident d'associer des tiers à des activités économiques dans des conditions qui peuvent être qualifiées de marchés publics ou de concessions, les dispositions du droit communautaire applicables en la matière doivent être respectées. L'objectif de ces dispositions est de permettre à tous les opérateurs économiques intéressés de faire des offres pour les marchés publics et les concessions sur une base équitable et transparente dans l'esprit du marché intérieur européen, relevant ainsi la qualité de ce type de projets et diminuant leurs coûts grâce à une concurrence accrue ⁽¹⁾.

La consultation publique sur le livre vert concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions ⁽²⁾ a montré ⁽³⁾ qu'il y avait un réel besoin de clarifier l'application de ces règles dans le cas des PPP dits «institutionnalisés» (PPPI). La Commission entend comme PPPI une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions ⁽⁴⁾. L'apport privé aux travaux du PPPI consiste, hormis la contribution aux capitaux ou aux autres actifs, en la participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte et/ou la gestion de l'entité à capital mixte. En revanche, un simple apport de fonds par un bailleur privé à une entreprise publique ne constitue pas un PPPI. Par conséquent, cette dernière situation n'est pas couverte par la présente communication.

L'incertitude juridique ressentie qui entoure la participation de partenaires privés à des PPPI peut nuire au succès de la formule. Le risque d'établir des structures basées sur des contrats qui s'avèreraient plus tard non conformes au droit communautaire peut même dissuader des autorités publiques et des entités privées de fonder des PPPI.

Le Parlement européen, dans sa résolution du 26 octobre 2006 ⁽⁵⁾ sur les partenariats public-privé, a pris acte du fait que les opérateurs souhaitent la clarté sur l'application de la législation relative aux marchés publics à la création d'entreprises public-privé en relation avec l'attribution d'un contrat ou d'une concession, et a invité la Commission à formuler au plus tôt les éclaircissements appropriés.

La présente communication met en lumière ce que doivent être, selon la Commission, les modalités d'application des dispositions communautaires relatives aux marchés publics et aux concessions ⁽⁶⁾ en cas de création et d'exploitation de PPPI ⁽⁷⁾. L'objectif de la communication est de renforcer la sécurité juridique et en

⁽¹⁾ Le Parlement européen a établi à ce propos que le respect de ces règles «peut constituer un instrument efficace pour prévenir les entraves inopportunes à la concurrence, en permettant dans le même temps aux pouvoirs publics de fixer eux-mêmes et de contrôler les conditions à remplir en termes de qualité, de disponibilité, de normes sociales et de protection de l'environnement» (Résolution du Parlement européen sur le Livre vert sur les services d'intérêt général [P5_TA(2004)0018], point 32).

⁽²⁾ COM(2004) 327 du 30 avril 2004.

⁽³⁾ «Partenariats public-privé et droit communautaire des marchés publics et des concessions» — COM(2005) 569 final du 15.11.2005, p. 9.

⁽⁴⁾ Dans les États membres, des terminologies et schémas différents sont utilisés dans ce contexte (par exemple, Kooperationsmodell, les joints ventures, les Sociétés d'Économie Mixte).

⁽⁵⁾ P6_TA(2006)0462, paragraphe 35.

⁽⁶⁾ La «concession de travaux publics» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix; la «concession de services» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix (voir article 1 paragraphe 2, points 3 et 4, de la directive 2004/18/CE, JO L 134 du 30.4.2004, p. 114).

⁽⁷⁾ La présente communication ne couvre pas les marchés publics et concessions de service auxquels l'article 5 paragraphes 2 à 7 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil (JO L 315 du 3.12.2007, p. 1) s'applique.

particulier de répondre aux préoccupations régulièrement exprimées concernant l'application du droit communautaire à la participation de partenaires privés aux PPPI, certains craignant que cela ne rende la formule peu attrayante, voire impossible. L'adoption de la présente communication fait partie des engagements que la Commission a pris de fournir des éléments d'orientation dans le domaine des services d'intérêt général, tels que ces engagements figurent dans la communication sur les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général ⁽⁸⁾ du 20 novembre 2007.

La présente communication ne crée aucune réglementation nouvelle. Elle reflète la compréhension que la Commission a du traité CE, des directives relatives aux marchés publics et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Il convient de noter qu'en tout état de cause il appartient en dernier ressort à la CJCE d'interpréter le droit communautaire.

2. LA CRÉATION D'UN PPPI

2.1. Les principes

Il n'existe pas, au niveau communautaire, de réglementation spécifique régissant la mise en place de PPPI. Cependant, dans le domaine des marchés publics et des concessions, le principe d'égalité de traitement et les expressions spécifiques de celui-ci que sont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité ainsi que les articles 43 CE sur la liberté d'établissement et 49 CE sur la libre prestation de services trouvent à s'appliquer dans le cas où une autorité publique confie la prestation d'activités économiques à un tiers ⁽⁹⁾. Plus spécifiquement, les principes découlant des articles 43 et 49 CE sont, non seulement, la non-discrimination et l'égalité de traitement, mais encore, la transparence, la reconnaissance mutuelle et la proportionnalité ⁽¹⁰⁾. Pour les cas entrant dans le champ des directives relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics ⁽¹¹⁾ («les directives relatives aux marchés publics»), des dispositions précises s'appliquent.

Le fait qu'une entité privée et une entité adjudicatrice ⁽¹²⁾ coopèrent dans le cadre d'une entité à capital mixte ne peut justifier le non-respect des dispositions relatives aux marchés publics et aux concessions lors de l'attribution de marchés publics ou de concessions à cette entité privée ou à l'entité à capital mixte. En effet la CJCE a constaté ⁽¹³⁾ qu'une participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'entité adjudicatrice en cause exclut en tout état de cause la possibilité d'une relation «interne» (in-house) à laquelle la législation relative aux marchés publics ne s'applique en principe pas, entre cette entité adjudicatrice et cette société ⁽¹⁴⁾.

2.2. Le processus de création

Dans la pratique la mise en place d'un PPPI se traduit habituellement:

- par la création d'une nouvelle entreprise dont le capital est détenu conjointement par l'entité adjudicatrice et le partenaire privé — dans des cas particuliers par plusieurs entités adjudicatrices et/ou plusieurs partenaires privés —, et l'attribution d'un marché public ou d'une concession à cette entité à capital mixte nouvellement créée ou
- par la participation d'un partenaire privé à une entreprise publique déjà existante qui exécute des marchés publics ou des concessions obtenus par le passé dans le cadre d'une relation «in-house».

⁽⁸⁾ COM(2007) 725 du 20 novembre 2007; voir aussi le document de travail des services de la Commission «Questions-Réponses sur l'application des règles 'marchés publics' aux services sociaux d'intérêt général» SEC(2007) 1514 qui accompagne la communication du 20 novembre 2007.

⁽⁹⁾ Affaire C-458/03, Parking Brixen, Rec. 2005, I-8612, point 61.

⁽¹⁰⁾ Voir la Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JO C 121 du 29.4.2000, p. 6.

⁽¹¹⁾ Directive 2004/18/CE, voir plus haut note de bas de page 6, et directive 2004/17/CE, JO L 134 du 30.4.2004, p. 1.

⁽¹²⁾ Dans la présente communication, l'expression «entité adjudicatrice» désigne aussi bien les pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE que les entités adjudicatrices au sens de l'article 2 de la directive 2004/17/CE.

⁽¹³⁾ Affaire C-26/03, Stadt Halle, Rec. 2005, I-1, point 49.

⁽¹⁴⁾ Selon la CJCE (affaire C-410/04, ANAV, Rec. 2006, p. I-3303, points 30 et suivants) ce qui compte au regard du droit des marchés publics n'est cependant pas seulement la participation effective d'un tiers au capital d'une entreprise publique, mais déjà la volonté d'une entité adjudicatrice d'ouvrir à l'avenir le capital d'une filiale au secteur privé. En d'autres termes, l'attribution interne d'un marché public ou d'une concession à une entreprise publique est exclue si l'intention est d'ouvrir le capital de celle-ci aux entités privées pendant la période d'exécution de ces contrats. En revanche, la simple possibilité théorique de la participation d'une entité privée au capital d'une filiale d'une entité adjudicatrice ne remet pas en cause, selon la Commission, le lien interne entre l'entité adjudicatrice et sa filiale.

Indépendamment de la manière dont un PPPI a été créé, les dispositions du droit communautaire relatives aux marchés publics et aux concessions imposent à l'entité adjudicatrice de suivre une procédure équitable et transparente lorsqu'elle choisit le partenaire privé, qui dans le cadre de sa participation à l'entité à capital mixte fournit des fournitures, des travaux ou des services ⁽¹⁵⁾, ou, lorsqu'elle attribue un marché public ou une concession à une entité à capital mixte ⁽¹⁶⁾. En tout état de cause, les entités adjudicatrices ne peuvent pas «recourir à des manœuvres visant à masquer l'attribution de marchés publics de services à des entreprises d'économie mixte» ⁽¹⁷⁾.

À cet égard, la Commission considère qu'une double procédure (la première pour la sélection du partenaire privé du PPPI, et la seconde pour l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité à capital mixte) est difficilement praticable.

Une possibilité d'établir un PPPI en conformité avec les principes du droit communautaire, tout en évitant les problèmes liés à une double procédure, est d'agir comme suit: le partenaire privé est sélectionné dans le cadre d'une procédure transparente et concurrentielle, l'objet de laquelle est le marché public ou la concession ⁽¹⁸⁾ qui doit être attribué à l'entité à capital mixte, et, la contribution opérationnelle du partenaire privé à l'exécution de ces tâches et/ou sa contribution administrative à la gestion de l'entité à capital mixte. La sélection du partenaire privé s'accompagne par la création du PPPI et l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité à capital mixte.

2.3. La sélection des partenaires privés pour les PPPI

2.3.1. Base juridique

Si la mission assignée à une entité à capital mixte est un marché public qui relève entièrement des directives relatives aux marchés publics, la procédure de sélection du partenaire privé est déterminée par ces directives. S'il s'agit d'une concession de travaux ou d'un marché public partiellement soumis aux directives, les règles et les principes fondamentaux tirés du traité CE s'appliquent parallèlement aux dispositions pertinentes des directives. Dans le cas des services figurant à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE, les principes fondamentaux du traité CE visés aux articles 43 et 49 s'appliquent si ces contrats peuvent être considérés comme présentant un intérêt certain pour des entreprises situées dans un État membre différent de celui de l'entité adjudicatrice concernée ⁽¹⁹⁾. Enfin, dans le cas d'une concession de services ou d'un marché public non soumis aux directives relatives aux marchés publics, la sélection d'un partenaire privé doit se faire dans le respect des principes du traité CE.

La jurisprudence citée dans ce document concerne en partie les marchés publics qui sont couverts par l'ensemble des dispositions détaillées des directives. Cependant, comme cette jurisprudence se base souvent sur les principes du traité CE elle peut être également pertinente pour l'application du droit communautaire dans d'autres situations, telles que les concessions ou les marchés non soumis ou partiellement soumis aux dispositions détaillées des directives relatives aux marchés publics ⁽²⁰⁾.

2.3.2. Procédure de passation

Quand la création d'un PPPI implique l'attribution d'un marché public entièrement soumis à la directive 2004/18/CE à une entité à capital mixte, il se peut que, compte tenu de la complexité financière ou juridique de tels montages, les procédures ouvertes et restreintes définies dans cette directive n'offrent pas une flexibilité suffisante. Pour de telles situations, la directive 2004/18/CE a introduit une procédure innovatrice — le

⁽¹⁵⁾ Une procédure équitable et transparente du partenaire privé d'un PPPI garantit que l'objectif de libre concurrence non faussée et le principe d'égalité de traitement sont respectés, notamment en évitant que l'entreprise privée participant au capital du PPPI ne bénéficie d'avantages indus sur ses concurrents. Ainsi la fondation d'un PPPI par voie d'une procédure de sélection équitable et transparente du partenaire privé de cette entité au capital mixte répond aux exigences respectives de la CJCE formulées dans l'affaire Stadt Halle, voir plus haut note de bas de page 13, point 51.

⁽¹⁶⁾ Les entités adjudicatrices peuvent attribuer de gré à gré des marchés publics couverts par la directive 2004/17/CE à leurs entreprises liées au sens de l'article 23 de cette directive.

⁽¹⁷⁾ Affaire C-29/04, Commission c. Autriche, Rec. 2005, p. I-9705, point 42.

⁽¹⁸⁾ Si le PPPI en cause est établi par la participation d'un partenaire privé à une entreprise publique existante, l'objet de la procédure de sélection du partenaire privé pour ce PPPI peut être de confier l'exécution de marchés publics ou concessions qui, jusqu'alors, ont été exécutés en interne par l'entreprise publique.

⁽¹⁹⁾ Cas C-507/03, Commission c. Ireland, [2007], point 32, pas encore publié au Recueil.

⁽²⁰⁾ Voir pour des lignes directrices sur l'attribution de tels marchés, la Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics (JO C 179 du 1.8.2006, p. 2). Certains États membres et le Parlement Européen ont introduit auprès du Tribunal de première instance un recours en annulation contre cette communication. Au moment de l'adoption de la présente communication, l'affaire est encore pendante.

dialogue compétitif ⁽²¹⁾ — dont le but est à la fois de sauvegarder la concurrence entre opérateurs économiques et de prendre en compte le besoin des entités adjudicatrices de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché ⁽²²⁾.

Pour l'attribution de marchés publics entièrement soumis à la directive 2004/18/CE, la procédure négociée avec publication d'un avis de marché ne peut être utilisée que dans des cas exceptionnels ⁽²³⁾. En revanche, les entités adjudicatrices peuvent toujours recourir à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché quand ils attribuent des concessions ou des marchés publics autres que ceux qui sont entièrement soumis à la directive 2004/18/CE.

2.3.3. Information sur le projet

Lorsque la tâche visée par la création d'un PPPI est couverte par les directives relatives aux marchés publics, ou par des dispositions Communautaires sectorielles prévoyant des dispositions en matière de marchés publics ⁽²⁴⁾, des dispositions spécifiques en matière de publicité doivent être respectées ⁽²⁵⁾. En ce qui concerne les autres marchés et les concessions de services, conformément aux principes de transparence et d'égalité de traitement qui découlent du Traité CE ⁽²⁶⁾, les soumissionnaires potentiels doivent avoir accès à des informations appropriées relatives au projet de l'entité adjudicatrice de mettre en place une entité à capital mixte et de lui confier un marché public ou une concession. L'accès à des informations appropriées ne peut être assuré que par la publication d'un avis qui soit accessible aux parties potentiellement intéressées avant la sélection du partenaire privé.

2.3.4. Critères de sélection et d'attribution admis, exigences de transparence pour ces critères

Selon la Commission, le droit communautaire oblige l'entité adjudicatrice à publier les critères de sélection et d'attribution pour l'identification du partenaire privé du PPPI. Les critères appliqués doivent respecter le principe de non discrimination. Cette obligation s'applique aux marchés publics entièrement soumis aux directives relatives aux marchés publics ⁽²⁷⁾ et aussi, selon la Commission, aux autres marchés publics et concessions. Le choix des candidats pour participer à la procédure et le choix des offres doit se faire sur la base de ces critères, et l'entité adjudicatrice doit respecter les règles de procédure et les exigences fondamentales fixées initialement ⁽²⁸⁾.

Les directives relatives aux marchés publics prévoient des obligations spécifiques relatives aux capacités personnelles du partenaire privé, comme la situation personnelle du candidat, sa capacité économique et financière, son habilitation à exercer l'activité professionnelle en cause et sa capacité technique et/ou professionnelle ⁽²⁹⁾. Ces critères peuvent également être utilisés dans le contexte des concessions et des marchés publics qui ne sont pas entièrement soumis aux directives relatives aux marchés publics.

En matière de services sociaux d'intérêt général des clarifications sur les critères de sélection et d'attribution possibles ont été apportées dans le document de travail des services de la Commission «Questions-Réponses sur l'application des règles 'marchés publics' aux services sociaux d'intérêt général» ⁽³⁰⁾.

2.3.5. Éléments spécifiques des statuts, du pacte d'actionnaires ainsi que du marché public ou de la concession

Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination impliquent une obligation de transparence qui consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ⁽³¹⁾. Dans le contexte de la création d'un PPPI cette obligation implique, selon la Commission, que l'entité adjudicatrice inclut dans l'avis de marché ou dans le

⁽²¹⁾ Voir article 29 de la directive 2004/18/CE.

⁽²²⁾ Voir considérant 31 de la directive 2004/18/CE.

⁽²³⁾ Voir articles 30 et 31 de la directive 2004/18/CE.

⁽²⁴⁾ Voir par exemple l'article 4 du règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires (JO L 15 du 23.1.1993, p. 33).

⁽²⁵⁾ Voir articles 41 et suivants de la directive 2004/17/CE et articles 35, 36 et 58 de la directive 2004/18/CE.

⁽²⁶⁾ Affaire C-324/98, *Telaustria*, Rec. 2000, I-10745, points 60 et 61.

⁽²⁷⁾ Affaire C-19/00, *SIAC Constructions*, Rec. 2001, I-7725, points 41-45; affaire C-31/87 *Bentjees*, Rec. 1988, p. 4635, points 29 et suivants.

⁽²⁸⁾ Même si les spécifications prévoient la possibilité pour les candidats d'apporter des améliorations techniques aux solutions proposées par l'entité adjudicatrice (ce qui sera souvent le cas pour les PPPI), ces modifications ne peuvent concerner les exigences fondamentales du projet et doivent être circonscrites.

⁽²⁹⁾ Voir articles 45 à 48 de la directive 2004/18/CE et article 54 de la directive 2004/17/CE.

⁽³⁰⁾ Voir plus haut note de bas de page 8.

⁽³¹⁾ Voir affaire C-324/98 *Telaustria*, voir plus haut note de bas de page 26, point 62; affaire C-458/03 *Parking Brixen*, voir plus haut note de bas de page 9, point 49.

cahier des charges de l'information fondamentale sur les documents suivants: le marché public et/ou la concession qui doit être attribué à l'entité à capital mixte à créer, ainsi que les statuts de cette entité, le pacte d'actionnaires et tous les autres éléments régissant, d'un côté, la relation contractuelle entre l'entité adjudicatrice et le partenaire privé, et, de l'autre, la relation entre l'entité adjudicatrice et l'entité à capital mixte devant être créée. Si l'entité adjudicatrice applique le dialogue compétitif ou la procédure négociée il se peut qu'une partie de cette information, ne doit pas être fixée d'avance. Ces éléments peuvent être identifiés au cours du dialogue ou de la négociation avec les entreprises candidates. L'appel à concurrence devrait inclure quelques informations sur la durée prévue du marché public à exécuter ou de la concession à exploiter par l'entité à capital mixte.

De l'avis de la Commission, le principe de transparence impose d'indiquer clairement dans le dossier d'appel d'offres les possibilités de renouvellement ou de modification du marché public ou de la concession attribuée à l'entité à capital mixte et d'indiquer des possibilités d'attribution de nouvelles tâches. Le dossier d'appel d'offres devrait indiquer au moins le nombre et les conditions d'application de ces options. L'information ainsi fournie doit être suffisamment détaillée pour assurer une mise en concurrence équitable et efficace.

Il est souhaitable que le contrat entre l'entité adjudicatrice et le partenaire privé définisse d'emblée la marche à suivre lorsqu'aucune mission supplémentaire n'est attribuée à l'entité à capital mixte et/ou lorsque celles dont il a la charge ne sont pas renouvelées. Selon la Commission, il convient de formuler les statuts de sorte qu'un changement ultérieur de partenaire privé soit possible. Comme le partenaire privé ne peut pas être exclu d'office d'une nouvelle procédure de mise en concurrence, l'entité adjudicatrice doit dans ce cas prêter une attention particulière à l'obligation de transparence et à l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires.

3. LA PHASE POSTÉRIEURE À LA CRÉATION DU PPPI

La CJE a constaté que les sociétés ouvertes, même en partie, au capital privé ne peuvent être considérées comme des structures de gestion «interne» d'un service des collectivités territoriales qui les détiennent ⁽³²⁾. Il en résulte que les règles applicables aux marchés publics et aux concessions, qu'elles découlent du traité CE ou des directives relatives aux marchés publics, doivent être respectées lors de l'attribution aux entités à capital mixte de marchés publics ou de concessions, autres que ceux qui ont été mis en concurrence dans le cadre de la procédure qui a précédé la création du PPPI en cause. En d'autres termes, les PPPI conservent leur champ d'activité initial et ne peuvent pas, en principe, obtenir de marchés publics nouveaux ou des concessions nouvelles sans une procédure de mise en concurrence qui respecte le droit communautaire des marchés publics et des concessions.

Cependant, le PPPI étant habituellement créé pour la prestation d'un service sur une période assez longue, il doit être en mesure de s'adapter à certains changements intervenus dans l'environnement économique, juridique ou technique. Les dispositions communautaires relatives aux marchés publics et aux concessions n'empêchent pas de tenir compte de ces évolutions, pour autant que les principes de l'égalité de traitement ⁽³³⁾ et de la transparence ⁽³⁴⁾ soient respectés. Ainsi, au cas où le pouvoir adjudicateur souhaiterait, pour des motifs précis, que certaines conditions de l'adjudication puissent être ajustées après le choix de l'adjudicataire, il est tenu de prévoir expressément cette possibilité d'adaptation, de même que ses modalités d'application, dans l'avis de marché ou les cahiers des charges et de tracer le cadre dans lequel la procédure doit se dérouler, de sorte que toutes les entreprises intéressées à participer au marché en aient connaissance dès le départ et se trouvent ainsi sur un pied d'égalité au moment de formuler leur offre ⁽³⁵⁾.

Toute modification des termes essentiels du contrat non prévue dans les cahiers des charges exige une nouvelle procédure de mise en concurrence ⁽³⁶⁾. La CJCE considère qu'un terme est essentiel, en particulier, quand il s'agit d'une stipulation qui, si elle avait figuré dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, aurait permis aux soumissionnaires de soumettre une offre substantiellement différente ⁽³⁷⁾. On citera comme exemple de termes essentiels du contrat, l'objet des travaux ou des services à fournir par l'adjudicataire ou les redevances imposées aux utilisateurs du service fourni par l'adjudicataire.

⁽³²⁾ Voir affaire C-231/03, Coname, Rec. 2005, I-7287, point 26; affaire C-410/04, ANAV, voir plus haut note de bas de page 14, point 32.

⁽³³⁾ Voir, inter alia, affaires jointes C-285/99 et C-286/99, Lombardini et Mantovani, Rec. 2001, I-9233, point 37, et affaire C-315/01, GAT, Rec. 2003, I-6351, point 73.

⁽³⁴⁾ Voir, inter alia, affaire C-92/00, HI, Rec. 2002, I-5553, point 45, et affaire C-470/99, Universale-Bau et autres, Rec. 2002, I-11617, point 91.

⁽³⁵⁾ Voir affaire C-496/99 P, Commission c. CAS Succhi di Frutta SpA, Rec. 2004, I-3801, point 118.

⁽³⁶⁾ Voir affaire C-337/98, Commission c. France, Rec. 2000, I-8377, point 50.

⁽³⁷⁾ Voir affaire C-496/99 P, Commission c. CAS Succhi di Frutta SpA, voir plus haut note de bas de page 35, points 116 et suivants.

Il convient de rappeler que, pour ce qui concerne les marchés publics entièrement soumis aux directives et les concessions de travaux, le droit dérivé précise les situations exceptionnelles dans lesquelles une attribution directe et sans mise en concurrence de travaux ou services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement envisagé, est permise ⁽³⁸⁾.

En droit communautaire, l'entité à capital mixte est libre, comme tout opérateur économique, de participer aux appels d'offres publics ⁽³⁹⁾. Cela vaut également pour les adjudications rendues nécessaires par une modification importante ou une prolongation des marchés publics ou des concessions déjà attribués à l'entité à capital mixte par l'entité adjudicatrice qui l'a créé. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice doit prêter une attention particulière à l'obligation de transparence et à l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. Des mesures de sauvegarde spécifiques doivent être prises pour garantir une séparation stricte des personnes qui préparent l'appel d'offres et décident de l'attribution de la mission au sein de l'entité adjudicatrice, d'une part, et celles qui assurent la gestion du PPPI, d'autre part, et pour empêcher toute transmission d'informations confidentielles de l'entité adjudicatrice à l'entité à capital mixte.

⁽³⁸⁾ Voir articles 31 et 61 de la directive 2004/18/CE et article 40, paragraphe 3, points f) et g), de la directive 2004/17/CE. La Commission estime que les dérogations pertinentes peuvent être également appliquées aux marchés non visés par les directives y compris les concessions de services (voir les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire C 525/03, Commission/Italie, points 46 à 48). En principe, la Commission considère que les modifications des termes essentiels d'une concession de services non prévues dans les documents de la consultation ne sont acceptables que lorsqu'elles sont rendues nécessaires par un événement imprévu, ou lorsqu'elles sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (article 46 Traité CE).

⁽³⁹⁾ Le considérant 4 de la directive 2004/18/CE demande aux États membres de veiller à ce que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés.