



COMMISSION EUROPÉENNE

LES MARCHÉS PUBLICS DANS L'UNION EUROPÉENNE

GUIDE SUR LES RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX

DANS LES SECTEURS AUTRES QUE CEUX DE L'EAU,
DE L'ÉNERGIE, DES TRANSPORTS ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

DIRECTIVE 93/37/CEE

*Ce Guide n'a pas de valeur juridique et ne reflète pas
nécessairement la position officielle de la Commission.*

TABLE DE MATIERES

I. INTRODUCTION: LES REGLES COMMUNAUTAIRES APPLICABLES AUX MARCHES PUBLICS DE TRAVAUX

1. Les principes généraux du Traité	1
1.1. La liberté d'établissement	1
1.2. La libre prestation de services.....	3
2. Les dispositions de coordination des procédures nationales	6
2.1. Objectif.....	6
2.2. Effet juridique	7

II. LA DIRECTIVE CODIFIEE 93/37/CEE

1 Qu'entend-on par marchés publics de travaux?	9
1.1. Définition	9
1.2. La notion d'entrepreneur.....	9
1.3. La notion de pouvoir adjudicateur	10
1.4. La forme et l'objet du contrat	12
1.5. Les marchés subventionnés à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs	13
2. Marchés publics de travaux couverts par la directive	15
2.1. Seuil	15
2.2. L'estimation de la valeur du marché	16
2.2.1. Règles.....	16
2.2.2. Scission des marchés	17
2.3. Marchés exclus.....	17
3. Procédures de passation.....	23
3.1. La procédure ouverte	23
3.2. La procédure restreinte.....	23
3.3. La procédure négociée	24
3.3.1. Procédure négociée avec publication d'un avis de marché.....	25
3.3.2. Procédure négociée sans publication d'un avis de marché	26
3.4. Procédure spéciale pour la réalisation de logements sociaux	28

3.5.	Annulation d'une procédure de passation.....	28
4.	Règles communes de publicité	29
4.1.	Les avis	29
4.2.	Contenu et présentation des avis.....	29
4.3.	Les modèles d'avis	31
4.3.1.	Avis indicatif ou de pré-information	31
4.3.2.	Avis de marché	32
4.3.3.	Avis sur les marchés passés	35
4.4.	Méthode de fixation des délais.....	35
4.5.	Publicité au niveau national	36
4.6.	Qui publie les avis?.....	36
4.7.	Délais minimaux et maximaux à respecter	37
4.7.1.	Procédure ouverte	37
4.7.2.	Procédure restreinte	38
4.7.3.	Procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché.....	38
4.7.4.	Tableaux récapitulatifs.....	39
4.8.	Méthode à utiliser pour le décompte des certains délais.....	40
4.9.	Modalités des demandes de participation	40
4.10.	Modalités et contenu des invitations à présenter une offre.....	41
5.	Règles communes dans le domaine technique	42
5.1.	Notion de spécifications techniques	42
5.2.	A quelles spécifications techniques faut-il se référer ?.....	43
5.2.1.	Règle générale.....	43
5.2.2.	Exceptions.....	43
5.2.3.	Absence de normes européennes, d'agréments techniques européens ou de spécifications techniques communes	44
5.3.	Interdiction de toute discrimination.....	45
6.	Règles communes de participation	46
6.1.	Quand et comment ont lieu la vérification de l'aptitude des entrepreneurs et l'attribution du marché?.....	46

6.2.	La sélection des entrepreneurs	47
6.2.1.	Situation personnelle de l'entrepreneur	48
6.2.2.	Inscription au registre professionnel.....	49
6.2.3.	Capacité financière et économique	50
6.2.4.	Capacités techniques.....	51
6.2.5.	Renseignements complémentaires	52
6.2.6.	Listes officielles d'entrepreneurs agréés.....	52
6.3.	Nombre de candidats invités à présenter une offre ou à négocier	54
6.3.1.	Dans les procédures restreintes.....	54
6.3.2.	Dans les procédures négociées avec publication préalable d'un avis	55
6.3.3.	Appel aux ressortissants des autres Etats membres	55
6.3.4.	Information des candidats écartés.....	55
6.4.	Conditions particulières de participation	56
6.4.1.	Les offres proposant des variantes au cahier des charges.....	56
6.4.2.	La sous-traitance	57
6.4.3.	Les groupements d'entrepreneurs	57
6.4.4.	Dispositions de protection et conditions de travail en vigueur où les travaux sont à exécuter	57
6.4.5.	Conditions non prévues par la directive	58
6.5.	L'attribution du marché	58
6.5.1.	Critères d'attribution.....	58
6.5.2.	Exception	60
6.5.3.	Offres anormalement basses	61
6.5.4.	Information des soumissionnaires écartés	62
6.6.	Procès-verbal sur le marché passé	62
7.	Les concessions de travaux publics.....	63
7.1.	Qu'entend-on par concession de travaux publics	63
7.2.	Concessions de travaux publics soumises aux règles de publicité	64
7.2.1.	Seuil	64
7.3.	Règles de publicité pour les concessions de travaux publics.....	64
7.3.1.	Contenu et forme de l'avis.....	65
7.3.2.	Délai minimal pour la présentation des candidatures	65

7.4.	Règles applicables en cas de sous-traitance de travaux par le concessionnaire.....	66
7.4.1.	Le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur.....	66
7.4.2.	Le concessionnaire n'est pas un pouvoir adjudicateur	66
7.4.3.	Publication d'un avis de marché.....	67
7.4.4.	Forme et contenu de l'avis.....	68
7.4.5.	Délais minimaux	68
7.4.6.	Exception.	69

ANNEXES

I.	Liste des "organismes et des catégories d'organismes de droit public".....	75
II.	Liste des activités professionnelles énumérées dans la classe 50 de la N.A.C.E.....	87
III.	Liste des adresses où peut être obtenu le Supplément au <i>Journal Officiel des Communautés européennes</i>	91
IV.	Règlement (CEE, EURATOM) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes.....	95
	Pour toute information	
	97	

I. INTRODUCTION

LES REGLES COMMUNAUTAIRES APPLICABLES AUX MARCHES PUBLICS DE TRAVAUX

1. Les principes généraux du Traité

Le Traité C.E.E. ne mentionne pas explicitement les marchés publics. Ses règles constituent pourtant des obligations fondamentales ayant une portée générale que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de respecter dans la passation de tous leurs marchés, même de ceux -comme il sera expliqué ensuite- qui, en raison de leur valeur pécuniaire, se situent en dessous du seuil d'application des dispositions spécifiques établies par la directive. Les principes du Traité qui régissent les marchés publics de travaux sont notamment : la liberté d'établissement (articles 52 et ss), le principe de la libre prestations de services (articles 59 et ss) et, en général, le principe de non-discrimination sur la base de la nationalité (article 6).

1.1 La liberté d'établissement

En vertu du premier principe précité, le Traité C.E.E.¹ interdit toute restriction à la liberté des ressortissants communautaires de s'établir dans un autre Etat membre pour y exercer une activité non salariée. Cette liberté s'exprime par le droit d'avoir accès aux activités professionnelles et de les exercer aux mêmes conditions que le pays d'établissement fixe pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions relatives aux capitaux.

Ce principe d'égalité de traitement avec les ressortissants nationaux s'applique à toutes les activités non salariées, exercées par une personne physique ou par une personne morale, y compris les activités comportant la création d'agences, succursales ou de filiales, la constitution et la gestion d'entreprises, de sociétés de droit civil ou

¹ Le Traité CECA ne régit pas la matière du droit d'établissement. Dans le domaine couvert par ce traité s'appliquent donc les dispositions des articles 52 et suivants du traité CEE, car ce droit ne va pas à l'encontre des principes et des dispositions du traité CECA. Le Traité CEEA, à son article 97, établit qu'aucune restriction fondée sur la nationalité ne peut être opposée aux personnes physiques ou morales, publiques ou privées, désireuses de participer à la construction dans la Communauté d'installations nucléaires de caractère scientifique ou industriel. Cette disposition comporte, entre autres, le principe du droit d'établissement lors de la construction d'une telle installation et constitue une règle directement applicable. L'interdiction fixée par cet article est complétée par les articles 52 et suivants, dans la mesure où leurs dispositions ne constituent pas une dérogation aux dispositions du traité CEEA.

commercial, y compris les sociétés coopératives et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, ayant un but lucratif.

Les seules activités non salariées exclues du droit d'établissement sont celles qui participent, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique.

Il faut souligner que cette exception prévue par l'article 55 du Traité, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, doit être interprétée restrictivement sans dépasser le but poursuivi par l'exclusion. Le but étant de permettre aux Etats membres, dans le cas où certaines fonctions comportant l'exercice de l'autorité publique sont liées à une activité non-salariée, d'exclure l'accès des non-nationaux à de telles fonctions, ce résultat est atteint dès lors que l'exclusion de ces ressortissants est limitée à celles des activités visées par l'article 52 qui, par elles-mêmes, comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique².

Le principe de la liberté d'établissement implique aussi bien l'interdiction des discriminations directes, c'est-à-dire des dispositions ou des mesures imposées aux seuls étrangers auxquelles les nationaux échappent, que l'interdiction des discriminations indirectes. Ces dernières discriminations, tout en revêtant la forme de mesures applicables sans exception de nationalité, gênent toutefois exclusivement ou principalement l'accès ou l'exercice des activités par des étrangers³.

La liberté d'établissement peut être limitée pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. L'article 56 reconnaît, en effet, la légitimité des dispositions législatives, réglementaires et administratives qui prévoient un régime particulier pour les ressortissants étrangers justifiées par une de ces raisons.

En ce qui concerne le "principe du traitement national" la Cour s'est ainsi prononcée⁴:

"Aux termes de l'article 52, deuxième alinéa, la liberté d'établissement est exercée dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants".

Dans l'hypothèse où les activités spécifiques en cause ne sont soumises à aucune réglementation dans l'Etat d'accueil, de sorte qu'un ressortissant de cet Etat membre ne doit remplir aucune qualification spéciale pour les exercer, le ressortissant de tout autre Etat membre a le droit de s'établir sur le territoire du premier Etat et d'y exercer ces mêmes activités.

Toutefois, l'accès à certaines activités non salariées et leur exercice peuvent être subordonnés au respect de certaines dispositions législatives, réglementaires ou administratives, justifiées par l'intérêt général, telles que les règles d'organisation, de

² C.J.C.E., Arrêt du 22.6.1974, aff. préjudicelle 2-74, J. Reyners c/Etat belge, Réc. 1974, page 631.

³ Programme général pour la réalisation du droit d'établissement, publié au J.O. n° 2 du 15.1.62 C.J.C.E., Arrêt du 28.4.1977, aff. préjudicielle 71-76, J. Thieffry c/Conseil de l'ordre de avocats à la Cour de Paris, Réc. 1977, page 765.

⁴ C.J.C.E., Arrêt du 30.9.1995, aff. préjudicielle C-55/94, Reinhard Gelhard c/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Réc. 1995, page I-4165 (points 33 à 37).

qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité. Ces dispositions peuvent notamment prévoir que l'exercice d'une activité spécifique est réservé, selon le cas, aux personnes titulaires d'un diplôme, certificat ou autre titre, aux personnes assujetties à une certaine discipline ou contrôle.

Lorsque l'accès à une activité spécifique, ou l'exercice de celle-ci, est subordonné dans l'Etat membre d'accueil à de telles conditions, le ressortissant d'un autre Etat membre, entendant exercer cette activité, doit en principe y répondre. C'est pourquoi l'article 57 prévoit que le Conseil arrêtera des directives visant, d'une part, à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres et, d'autre part, à la coordination des dispositions nationales concernant l'accès aux activités non salariées et l'exercice de celles-ci.

Il résulte toutefois de la jurisprudence de la Cour que les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions: qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre”.

1.2. La libre prestation des services

La libre prestation de service⁵ est régie, tout comme le droit d'établissement, par le principe du traitement national. Aux termes de l'article 60 2ème alinéa du Traité, “le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants”.

L'élément fondamental, qui différencie le droit d'établissement de la libre prestation de services, consiste dans le fait que le premier droit suppose une installation durable dans le pays d'accueil pour exercer une activité économique, tandis que la deuxième suppose un déplacement temporaire dans un autre Etat membre où le service est presté.

Il faut considérer comme service une prestation fournie normalement contre rémunération, qui n'est pas régie par les dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes -dans ce cas, les dispositions particulières prévues par le traité dans ces domaines sont applicables- et qui comporte un déplacement dans un pays autre que celui du prestataire. Les services

⁵ De même que le droit d'établissement, le principe de la libre prestation de services n'est pas réglementé par ce traité. Aussi les dispositions des articles 59 et suivants du traité CEE sont-ils applicables au domaine CECA, car le principe fixé par ces articles n'est contredit par le contenu d'aucune disposition du traité CECA. Le principe de la libre prestation de services dans le Traité CECA est établi par l'article 97. Dans la mesure où les dispositions des articles 59 et suivants du Traité CEE ne dérogent pas aux dispositions du traité CEEA, elles compètent la portée de l'interdiction fixée par l'article 97 précité. l'interdiction fixée par l'article 97 précité.

comprennent notamment des activités de caractère industriel, des activités de caractère commercial, des activités artisanales et les activités des professions libérales.

Les services de transport sont exclus du champ d'application des dispositions sur la libre prestation de services pour être entièrement régis par les dispositions du titre du traité relatif aux transports. D'autre part, une règle spéciale est prévue pour les services des banques et des assurances. Leur libération est réalisée en harmonie avec la libéralisation progressive de la circulation des capitaux.

En outre, l'exception concernant les activités participant dans un Etat à l'exercice de l'autorité publique et la réserve de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique, fixées pour le droit d'établissement, valent également pour les prestations de services.

Le principe du traitement national comporte l'interdiction de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ainsi que toute pratique administrative susceptible de restreindre ou de gêner l'accès et l'exercice des activités non salariées de prestataires des autres Etats membres en leur réservant un traitement différencié par rapport aux nationaux. Ce traitement différencié peut trouver son origine aussi bien dans des mesures distinctement applicables, selon qu'il s'agisse de prestataires nationaux ou ressortissants des autres Etats membres, qu'indistinctement applicables.

Conformément à la jurisprudence de la Cour⁶, l'article 59 du Traité implique, en premier lieu, l'élimination de toute discrimination exercée à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il est établi dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être exécutée. Des réglementations nationales qui ne sont pas indistinctement applicables aux prestations de services quelle qu'en soit l'origine ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse, tel l'article 56 du Traité.

En l'absence d'harmonisation des règles applicables aux services, voire d'un régime d'équivalence, des entraves à la liberté garantie par le traité dans ce domaine peuvent, en second lieu, provenir de l'application de réglementations nationales, qui touchent toute personne établie sur le territoire national, à des prestataires établis sur le territoire d'un autre Etat membre, lesquels doivent déjà satisfaire aux prescriptions de la législation de cet Etat.

Ainsi qu'il découle d'une jurisprudence constante, pareilles entraves tombent sous le coup de l'article 59 dès lors que l'application de la législation nationale aux prestataires étrangers n'est pas justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général ou que les exigences que traduit cette législation sont déjà satisfaites par les règles imposées à ces prestataires dans l'Etat membre où ils sont établis.

⁶ C.J.C.E., Arrêt du 25.7.1991, aff. préjudicielle C -288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres/Commissariaat voor de Media, Réc. 1991, page I - 4007.

Enfin, selon une jurisprudence constante, l'application des réglementations nationales aux prestataires établis dans l'autres Etats membres doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles visent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint ; en d'autres termes, il faut que le même résultat ne puisse pas être obtenu par des règles moins contraignantes".

2. Les dispositions de coordination des procédures nationales

2.1 Objectif

Les principes généraux du Traité précités posent des obligations négatives interdisant toute mesure et tout comportement discriminatoires.

Ces interdictions, toutefois, n'étaient pas suffisantes, à elles seules, pour réaliser un marché unique dans le domaine spécifique des marchés publics. La disparité des dispositions nationales en la matière et l'absence d'obligation de réaliser une mise en concurrence communautaire des marchés publics constituaient, en effet, des conditions très favorables pour le maintien du cloisonnement des marchés. Il est donc apparu nécessaire d'assurer des conditions égales essentielles de participation aux marchés publics dans tous les Etats membres et une transparence des procédures d'adjudication permettant de mieux veiller au respect des principes fixés par le Traité.

Pour faciliter une réalisation effective de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux, le Conseil a donc adopté le 26.7.71, la directive 71/305/CEE "portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux"⁷.

Cette coordination a été structurée essentiellement en trois principes de base :

- l'organisation d'une publicité communautaire pour le développement d'une concurrence effective parmi les opérateurs économiques de tous les Etats membres ;
- l'interdiction de définitions techniques de l'objet du marché ayant un effet discriminatoire ;
- l'application de critères objectifs de participation aux procédures d'adjudication et de choix du contractant.

Cette première directive n'a pas donné les résultats espérés au niveau de l'ouverture de ces marchés : d'une part, cette législation communautaire ne donnait pas assez de garanties et avait laissé de nombreuses lacunes et, d'autre part, l'application qui en a été faite au niveau national a été le reflet du protectionnisme qui a trop longtemps caractérisé ce secteur.

Une nouvelle directive a donc été adoptée pour pallier aux déficiences relevées dans la réglementation précédente, à savoir, la directive du Conseil 89/440/CEE du 18.07.1989, "modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux"⁸.

Les innovations principales ont été introduites notamment au niveau :

⁷ J.O. n° 185 du 16.8.1971.

⁸ J.O. L 210 du 21.7.1989.

- de la définition du champ d'application ;
- de l'information et des conditions de mise en concurrence ;
- de la transparence des procédures ;
- de la définition des spécifications techniques.

Il est apparu enfin d'une très grande importance de réunir dans un seul texte les dispositions des deux actes législatifs précités, afin de mettre à la disposition du citoyen européen un texte clair et transparent et de lui offrir donc la possibilité de se prévaloir plus aisément des droits spécifiques qui lui sont reconnus.

Les directives "travaux" ont été ainsi codifiées dans la directive 93/37/CEE⁹.

Il convient de rappeler que l'efficacité de cette directive n'est pas limitée aux pays de l'Union européenne, mais qu'elle s'étend, en vertu de l'«Accord sur l'Espace Economique Européen»¹⁰, à la Norvège, à l'Islande et au Liechtenstein¹¹.

Il paraît opportun de rappeler, en outre, que le Parlement européen et le Conseil examinent actuellement une proposition de directive¹² visant à aligner les dispositions de la directive 93/37/CEE sur celles du nouvel Accord relatif aux marchés publics¹³ signé par l'Union européenne à l'issue des négociations commerciales du cycle de l'Uruguay menées dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce.

2.2 Effet Juridique

Quant à l'effet juridique des directives, l'article 189 du traité CEE énonce que la "directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens".

Les Etats membres sont donc obligés d'adopter et de mettre en oeuvre toutes les dispositions et les mesures nécessaires pour conformer leur droit national aux dispositions des directives qui leur sont adressées.

La directive 93/37/CEE ne constituant qu'une consolidation des directives "travaux" déjà existantes, le législateur communautaire n'a évidemment pas prévu de délai de transposition pour cette directive qui est donc devenue immédiatement applicable. Il a toutefois sauvegardé les obligations que les différentes dispositions antérieures prévoyaient en ce qui concerne leurs délais de transposition et d'application. De ce fait, les seuls délais d'application encore ouverts concernent la Grèce et le Portugal (1.01.1998) et ce uniquement pour les dispositions sur les marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

⁹ Publiée au J.O. n° L199 du 9.03.1993, pages 54 et suivantes.

¹⁰ Publié au J.O. n° L 1 du 3.1.1994.

¹¹ Décision de la Commission de l'E.E.E. du 10.3.95, publiée au J.O. n° 186 du 20.4.1995.

¹² Publiée au J.O. n° C 136 du 3.6.1995.

¹³ Publiée au J.O. n° C 256 du 3.6.1996.

L'efficacité des directives n'est cependant pas nécessairement subordonnée aux mesures d'exécution prises par les Etats membres concernés.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour en matière d'effet direct, à l'expiration du délai prévu pour la transposition en droit national, un Etat membre ne peut pas se prévaloir de l'inaccomplissement des formalités de transposition d'une directive dans l'ordre juridique interne ou de l'adoption de mesures non conformes à une directive pour s'opposer à l'application par ses juridictions des dispositions aptes à produire des effets directs.

Selon les principes dégagés par la Cour pour déterminer si les dispositions ont un effet direct, il convient d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les Etats membres et les particuliers. Tel est le cas, en règle générale, lorsqu'une disposition exprime une obligation claire, précise et inconditionnelle ne réservant aux Etats membres destinataires de la directive aucune marge d'appréciation.

D'autre part, "lorsque sont remplies les conditions requises par la jurisprudence de la Cour pour que les dispositions d'une directive puissent être invoquées par les particuliers devant les juridictions nationales, tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées," ..."sont tenus de faire application de ces dispositions"¹⁴.

La Cour a estimé, en effet, qu'il serait contradictoire de juger que les particuliers sont fondés à évoquer les dispositions d'une directive remplissant les conditions précitées devant les juridictions nationales en vue de faire censurer l'administration et d'estimer néanmoins que celle-ci n'a pas l'obligation d'appliquer les dispositions de la directive en écartant celles du droit national qui n'y sont pas conformes.

¹⁴. C.J.C.E., Arrêt du 22.6.1989, Affaire préjudicielle 103/88, Fratelli Constanzo Spa co/Commune de Milan, Rec. 1989, page 1839, point 31.

II. LA DIRECTIVE CODIFIEE 93/37/CEE

1. QU'ENTEND-ON PAR "MARCHES PUBLICS DE TRAVAUX" ?

1.1 Définition

Par marchés publics de travaux il faut entendre des contrats à titre onéreux qui sont conclus par écrit entre un entrepreneur d'une part et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur et qui ont pour objet :

- soit l'exécution ou conjointement la conception et l'exécution de travaux impliquant une des activités professionnelles - bâtiment, génie civil, installation, aménagement et parachèvement - énumérées dans la classe 50 de la "Nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes (N.A.C.E.)"¹⁵ ou d'un ouvrage;
- soit de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

La notion d'ouvrage est définie par la directive comme "le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil" - comme, par exemple, un hôpital, un théâtre, un pont, etc. - "destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique", c'est-à-dire achevé dans toutes ses finitions et installations.

1.2 La notion d'entrepreneur

Ainsi qu'il a été précisé par la Cour dans l'arrêt rendu le 14 avril 1994 dans l'affaire C-389/92¹⁶ la notion d'entrepreneur pouvant participer à une procédure de passation des marchés doit être interprétée dans le sens qu'elle vise non seulement une personne physique ou morale qui exécute elle-même les travaux, mais également une personne qui les fait exécuter par l'intermédiaire d'agences ou de succursales ou qui a recours à des techniciens ou organes techniques extérieures ou encore un groupement d'entrepreneurs, quelle que soit sa forme juridique. Dans le cas d'espèce, la Cour a donc affirmé qu' "une société holding" qui n'exécute pas elle-même des travaux ne peut pas, parce que ses filiales qui exécutent les travaux sont des personnes morales distinctes, être, pour ce motif, écartée des procédures de participation aux marchés publics de travaux¹⁷.

1.3. La notion de pouvoir adjudicateur

¹⁵ La liste de ces activités est reprise à l'annexe I.

¹⁶ C.J.C.E., affaire préjudicielle, Ballast Nedam Groeg NV co/ Belgische Staat, Réc. 1994, page I - 1289.

¹⁷ Voir aussi le point 6.4.3 "Les groupements d'entrepreneurs".

Les pouvoirs adjudicateurs aux termes de la directive sont : l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par un ou plusieurs de ces organismes de droit public ou de ces collectivités territoriales.

⊙ *Notion d'Etat*

Il est opportun de souligner que pour l'application de la directive la notion d'Etat ne se limite pas à l'administration classique mais comprend également des organismes qui, tout en étant placés, d'un point de vue formel, en dehors des structures traditionnelles de cette administration, sont dépourvus de personnalité juridique et exécutent des missions relevant normalement de l'administration de l'Etat dont ils ne sont, sous des formes différentes, que des représentants.

Ce point a été éclairci par la Cour dans l'arrêt rendu le 20.9.1988 dans l'affaire 31/87¹⁸ où il était question de savoir si la directive 71/305/CEE s'appliquait à la passation de marchés publics de travaux par la Commission locale de remembrement Waterland, organisme dépourvu de personnalité juridique propre. A cet effet, la Cour a rappelé "que la directive 71/305 a pour objet la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux conclus dans les Etats membres pour le compte de l'Etat, des collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public" et a précisé que "la notion d'Etat" au sens de l'article 1er, sous b de la directive 71/305 définissant les pouvoirs adjudicateurs "doit recevoir une interprétation fonctionnelle. Le but de la directive, qui vise à la réalisation effective de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services en matière de marchés publics de travaux, serait en effet compromis si l'application du régime de la directive devait être exclue du seul fait qu'un marché public de travaux est adjugé par un organisme qui, tout en ayant été créé pour exécuter des tâches que la loi lui confère, n'est pas formellement intégré à l'administration de l'Etat".

Par conséquent, un organisme dont "la composition et les fonctions sont prévues par la loi et qui dépend des pouvoirs publics de par la nomination de ses membres, par la garantie des obligations découlant de ses actes et par le financement des marchés publics qu'il est chargé d'adjuger, doit être considéré comme relevant de l'Etat au sens de la disposition précitée, même s'il n'en fait pas formellement partie."

⊙ *Notion d'organisme de droit public*

Ce qu'il faut entendre par "organisme de droit public" aux fins de la directive est établi par celle-ci sur la base de trois critères cumulatifs. Est considéré comme tel tout organisme:

1. créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
2. et doté d'une personnalité juridique
3. et dont

¹⁸ C.J.C.E., affaire préjudicielle, Gebroeders Beentjes B.V. co/Etat des Pays-Bas, Rec. 1988, page 4635.

- * soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public,
- * soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers,
- * soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres ou d'autres organismes de droit public.

Est donc soumis au respect de la directive tout organisme ayant une personnalité juridique publique ou privée, dont les choix opérationnels et l'activité sont ou peuvent être influencés par un pouvoir adjudicateur en raison des liens existant entre eux en vertu d'une ou plusieurs des conditions constituant le troisième critère et qui a été créé dans un but d'intérêt général.

Les seuls organismes créés dans un but d'intérêt général et remplissant les autres critères, que la directive ne considère pas comme pouvoirs adjudicateurs, sont ceux qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins ayant un caractère industriel ou commercial, c'est-à-dire des besoins que ces organismes satisfont en exerçant des activités économiques de caractère industriel ou commercial consistant à offrir des biens ou des services sur des marchés, dont l'accès est ouvert, en plein régime de concurrence, aux autres opérateurs économiques, privés et publics. Il s'agit donc des organismes qui exercent une activité assimilable à celle d'un entrepreneur privé.

Il paraît opportun de souligner que l'exonération prévue par la directive s'applique uniquement aux organismes qui exercent de telles activités économiques, car ils ont été créés dans le but spécifique d'exercer ces activités. Par conséquent, l'exonération ne s'applique pas aux organismes qui, tout en ayant des activités commerciales ou industrielles, ont en fait été créés dans un but d'intérêt général différent. Ainsi, par exemple, un organisme créé spécifiquement pour accomplir des tâches administratives répondant à des besoins d'intérêt général d'ordre social, qui, pour assurer l'équilibre de son bilan, exerce une activité commerciale rentable.

Néanmoins chaque cas d'espèce doit être analysé afin de déterminer s'il s'agit d'un organisme de droit public soumis au respect de la directive.

Pour une meilleure transparence dans l'application de la directive, celle-ci reprend à son annexe I¹⁹, une liste des organismes et des catégories d'organismes qui remplissent les critères définissant les organismes de droit public et prévoit une procédure de mise à jour de cette liste pour qu'elle soit aussi complète que possible.

L'obligation pour un organisme de droit public de respecter la directive ne dépend pas toutefois de son insertion préalable dans la liste. Cette obligation, en effet, lui incombe à partir du moment où il remplit les critères précités. De même un organisme, tout en figurant sur la liste, pourrait être soustrait à cette obligation au cas où il ne remplirait plus un ou plusieurs de ces critères cumulatifs.

1.4 La forme et l'objet du contrat

¹⁹ Cette liste est reprise à l'annexe II du présent guide.

En ce qui concerne la forme du contrat, la directive précise uniquement que le contrat doit être conclu par écrit et à titre onéreux. La contrepartie des prestations fournies par l'entrepreneur doit donc consister dans un prix ou, en tout cas, être appréciable en argent²⁰. La rémunération de l'entrepreneur pourrait, par exemple, consister dans la cession de terrains ou d'immeubles par le pouvoir adjudicateur.

D'autre part, en ce qui concerne l'objet du contrat, la directive précise qu'il consiste non seulement dans l'exécution ou la conception et l'exécution de travaux ou d'ouvrages, mais également dans le fait "de faire réaliser", par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur."

Par ces nouvelles définitions de l'objet du contrat et notamment par la dernière, le législateur communautaire a bien indiqué que tout contrat comprenant dans son objet la réalisation de travaux de bâtiment et/ou de génie civil, accompagnée ou non d'autres tâches, constitue un marché public de travaux. Quant à la notion de "faire réaliser", elle vise toutes les nouvelles formes de contrat par lesquelles le pouvoir adjudicateur préfère confier à l'entrepreneur un nombre plus ou moins élevé de tâches - par ex. financement, acquisition de terrains, élaboration de projets, etc. - en allégeant ainsi la charge traditionnelle de sa mission lors de la réalisation de travaux publics.

La réalité économique montre en effet que, très souvent, les pouvoirs adjudicateurs choisissent d'avoir recours à une entreprise générale qui, elle-même, conçoit les travaux voulus par l'acheteur et coordonne toute la réalisation de ces travaux ("conception et exécution") ou bien préfèrent passer un contrat de promotion ou de management suivant lequel l'ouvrage est intégralement financé et réalisé par l'entrepreneur, qui est ensuite payé par l'acheteur ("faire réaliser").

Le champ d'application de la directive est donc le plus large possible pour recouvrir l'éventail des formes contractuelles qu'un pouvoir adjudicateur pourrait envisager pour répondre à ses exigences spécifiques.

Il est opportun de préciser que la directive ne couvre pas le simple achat d'un bien immobilier déjà existant à condition, bien entendu, que cet immeuble n'ait pas été construit pour répondre aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ayant préalablement souscrit un engagement à l'acheter après achèvement. Dans ce dernier cas, il s'agirait, en effet, d'un contrat de promotion immobilière couvert par la directive.

De même, la simple location d'un bien immobilier, n'ayant aucun lien avec un contrat de construction et d'achat, n'est pas couverte par la directive.

D'autre part, il faut remarquer que les contrats publics de services et, notamment, les contrats de gestion de propriétés immobilières, également, ne constituent pas des marchés publics de travaux, mais des marchés publics de services soumis à la directives

²⁰ Toutefois, lorsque cette rémunération consiste en tout ou en partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage visé par le contrat, celui-ci ne se configure pas comme un marché public de travaux, mais comme une concession de travaux publics, soumise à des règles différentes qui seront traitées au chapitre 7.

90/50/CEE, dans la mesure où les travaux éventuels dont ils impliquent la réalisation ne sont qu'accessoires et ne forment pas l'objet du contrat²¹.

Conformément à la définition de marché public de travaux, en effet, le contrat doit nécessairement avoir comme objet principal la réalisation de travaux de construction et/ou de génie civil compris dans la classe 50 de la N.A.C.E. ou la réalisation d'un ouvrage.

1.5 Les marchés subventionnés à plus de 50% par des pouvoirs adjudicateurs

La directive impose aux Etats membres d'adopter les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou fassent respecter les dispositions de la directive lorsqu'ils subventionnent à plus de 50% un marché de travaux passé par une entité, publique ou privée, autre qu'eux-mêmes.

Cette disposition n'est cependant applicable que lorsque les marchés subventionnés concernent des travaux de génie civil (figurant dans la classe 50, groupe 502 de la N.A.C.E.) ou bien des travaux relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif.

Les subventions à prendre en considération sont toutes les différentes formes, y compris celles d'origine communautaire, directement destinées aux marchés de travaux en question.

En raison de la subvention qu'il donne et de son expérience dans la passation de marchés, un pouvoir adjudicateur pourrait s'occuper directement du choix de l'adjudicataire, même si le résultat des travaux ne lui est pas destiné. Il est alors obligé de respecter lui-même la directive.

Si le choix du réalisateur des travaux est laissé au bénéficiaire de la subvention, le pouvoir adjudicateur doit être tenu d'imposer à celui-ci d'appliquer les règles de la directive, par exemple, en l'obligeant au respect de ces règles dans les conditions générales à remplir pour obtenir des subventions déterminées ou bien dans les conditions spécifiques de l'acte d'octroi de la subvention.

Enfin, il y a lieu de remarquer que l'énumération des types de travaux indiqués dans cette disposition de la directive revêt un caractère exhaustif. Toutefois, la dénomination des établissements qui y sont cités, à savoir, hôpitaux, équipements sportifs et de loisirs, bâtiments scolaires et universitaires, bâtiments à usage administratif, revêt un caractère générique et les établissements en question ont été mentionnés sous la forme de catégories. Compte tenu de l'objectif poursuivi par la directive, c'est-à-dire

²¹ Voir : C.J.C.E., arrêt du 19.4.94, affaire préjudicielle C-331/92, Gestión Hotelera Internacional S.A. c/o Comunidad Autónoma de Canarias Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, Gran Casino de las Palmas S.A., Réc. 1994, page 1329.

l'amélioration de la transparence dans les marchés de travaux, une interprétation restrictive de cette énumération porterait atteinte à cet objectif.

Ainsi, par exemple, des maisons de retraite ou d'handicapés physiques doivent être assimilés à des hôpitaux, dans la mesure où leur mission spécifique n'est pas d'assister des personnes âgées ou handicapées et seulement occasionnellement de leur dispenser des petits soins, mais celle de dispenser des soins médicaux ou chirurgicaux à des personnes, âgées, handicapées ou malades.

2. MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX COUVERTS PAR LA DIRECTIVE

La notion de marchés publics de travaux qui vient d'être définie n'est qu'un premier élément pour déterminer le champ d'application des règles établies par la directive. Elles s'appliquent, en effet, à partir d'un certain montant et compte tenu de certaines exceptions prévues en relation avec l'activité exercée par certains organismes, avec l'objet du marché ou encore avec les dispositions particulières régissant le marché.

2.1 Seuil

Sont soumis aux dispositions de la directive les marchés publics de travaux dont le montant, estimé hors TVA, est égal ou supérieur à 5.000.000 Ecus.

Les contre-valeurs en monnaies nationales à prendre en considération pour déterminer le seuil de ces marchés sont les moyennes des valeurs quotidiennes de chaque monnaie exprimées en ECU, enregistrées durant une période vingt quatre mois prenant fin le dernier jour du mois d'août qui précède la révision. Ces contre-valeurs, calculées par la Commission qui les révisé en principe tous les deux ans avec effet au 1er janvier 1992, sont publiées au Journal Officiel des Communautés européennes, série Communications et informations au mois de novembre.

Les équivalents de l'écu et des seuils applicables jusqu'à la prochaine révision (donc, sauf révision anticipée, jusqu'au 31.12.1997) sont les suivants :

Contre-valeur en monnaie nationale de:

	5.000.000 Ecus	1.000.000 Ecus
Franc belge/luxembourgeois	197.463.667	39.492.733
Dansk krone	37.517.115	7.503.423
Deutsche Mark	9.529.019	1.905.804
Drachmi	1.450.386.458	290.077.291
Franc français	32.910.979	6.582.196
Markka	30.586.642	6.117.328
Nederlandse gulden	10.683.965	2.136.793
Irish pound	4.014.106	802.821
Lira italiana	9.927.175.000	1.985.435.000
Oster. Schilling	67.036.083	13.407.217
Pound sterling	3.950.456	790.091
Peseta	799.822.917	159.964.583
Escudo	982.444.792	196.488.958
Svensk krona	46.628.913	93.325.783

2.2 L'estimation de la valeur du marché

2.2.1 Règles

Sur un plan général, la valeur à prendre en considération pour établir si un marché public de travaux atteint le seuil est le montant estimé hors TVA du contrat que le pouvoir adjudicateur envisage de passer. Dans cette évaluation il faut donc prendre en considération toutes les prestations, les matériaux et autres, qui feront l'objet du contrat. Dans le cas, par exemple, où le pouvoir adjudicateur choisit de passer un contrat de promotion, la valeur du marché doit être estimée en prenant en considération non seulement les activités rentrant dans la classe 50 de la N.A.C.E., mais également toutes les autres tâches qui seront confiées à l'adjudicataire par ce contrat.

A côté de cette règle générale qui découle de la notion de marchés publics de travaux, la directive prévoit des règles pour l'évaluation des marchés dans trois cas spécifiques.

Lorsque le pouvoir adjudicateur met lui-même à la disposition de l'entrepreneur des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux, le montant du marché doit être calculé en prenant en considération aussi bien la valeur du contrat que le pouvoir adjudicateur veut conclure avec un entrepreneur que la valeur estimée de ces fournitures.

Par fournitures, il ne faut pas entendre uniquement les matériaux destinés à être incorporés dans la construction, mais également les équipements nécessaires pour la réalisation des travaux : un pouvoir adjudicateur, par exemple, pourrait mettre à la disposition de l'adjudicataire une grue ou bien des camions. En ce qui concerne les équipements, bien évidemment, la valeur à prendre en considération ne sera pas toujours le prix d'achat, mais le prix normalement exigé sur le marché pour la location. Le choix du prix à prendre en considération dépendra de la durée moyenne du bien et de la durée de sa mise à la disposition par le pouvoir adjudicateur. Si un bien a été construit pour être utilisé pendant une période supérieure à la durée de sa mise à disposition (par ex. un bien a été fabriqué pour être utilisé pendant cinq ans et l'entrepreneur peut en disposer pendant un an), la valeur à prendre en compte sera celle de la location. Si par contre, la durée de la mise à disposition dépasse celle de la vie moyenne du bien, le pouvoir adjudicateur devra inclure dans son estimation de la valeur du marché le prix d'achat du bien.

Si un ouvrage est réparti en plusieurs lots faisant l'objet chacun d'un marché, il faut prendre en considération la valeur cumulée de tous les lots. Si cette valeur atteint le seuil, la directive doit être appliquée pour la passation de chaque marché, indépendamment de la valeur du lot qui en fait l'objet. Cependant, les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité d'attribuer librement des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 1.000.000 Ecus. L'utilisation de cette possibilité de déroger à l'application de la directive est toutefois limitée. La valeur cumulée des lots attribués librement ne peut pas dépasser 20% de la valeur cumulée de tous les lots prévus pour la réalisation de l'ouvrage.

Par exemple, un marché de travaux de bâtiment est divisé en trois lots estimés respectivement à 3.000.000 Ecus, 1.200.000 Ecus, 900.000 Ecus. La valeur cumulée estimée s'élève à 5.100.000 d'Ecus et le seuil d'application de la directive est

incontestablement atteint. Cependant, la faculté de déroger pourra être utilisée pour le lot estimé à 900.000 Ecus, sa valeur individuelle n'atteignant pas 1 million d'Ecus et ne dépassant par ailleurs pas le 20% du montant total de tous les lots. Pour ce lot, la directive ne s'applique pas et il pourra ne pas être publié, tandis que les deux autres le seront obligatoirement.

Le pouvoir adjudicateur, qui envisage de confier, dans un “deuxième temps”, par procédure négociée à l'adjudicataire du marché qui va être lancé de nouveaux travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires, doit inclure dans le calcul du montant de ce premier marché le montant total envisagé pour les travaux successifs ainsi que, le cas échéant, la valeur estimée de toutes les fournitures nécessaires qu'il mettra à la disposition du réalisateur des travaux.

2.2.2 *Scission des marchés*

Il y a enfin une interdiction d'ordre général : aucun ouvrage ni aucun marché peut être scindé en vue de le soustraire à l'application de la directive.

Cette interdiction vise toute forme de fractionnement qui n'est pas justifiée par des motivations objectives et qui poursuit donc le seul but d'échapper aux règles de la directive.

2.3 **Marchés exclus**

En ce qui concerne les marchés de travaux passés dans les secteurs des services publics, la directive exclut de son champ d'application les marchés qui sont passés dans les domaines mentionnés aux articles 2, 7, 8 et 9 de la directive 90/531/CEE du Conseil du 17 septembre 1990 “relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications”²². Les marchés qui répondent aux conditions de l'article 6, paragraphe 2 de ladite directive. Cette directive a été remplacée par la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 “portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications”²³. Les références faites à la directive 90/531/CEE s'entendent comme faites à la directive 93/38/CEE.

Le texte de ces articles est le suivant :

Article 2

²² Publiée au J.O. n° L 297 du 29.10.1990, page 1.

²³ Publiée au J.O. n° L.199 du 9.8.93, pages 84 et suivantes.

1. *La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices :*
 - a) *qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2 ;*
 - b) *qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs publics ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, une des activités visées au paragraphe 2 ou plusieurs de ces activités et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un Etat membre.*

2. *Les activités relevant du champ d'application de la présente directive sont les suivantes :*

- a) *la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution :*
 - i) *d'eau potable*
ou
 - ii) *d'électricité*
ou
 - iii) *de gaz ou de chaleur*
ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur ;
- b) *l'exploitation d'une aire géographique dans le but :*
 - i) *de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides*
ou
 - ii) *de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou autres terminaux de transport ;*
- c) *l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble.*

En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un Etat membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service ;

- d) *la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunication.*
3. *Pour l'application du paragraphe 1 point b), les droits spéciaux ou exclusifs sont des droits qui résultent d'une autorisation octroyée par une autorité compétente de*

l'Etat membre concerné, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie au paragraphe 2.

Une entité adjudicatrice est considérée comme bénéficiant de droit spéciaux ou exclusifs, notamment :

- a) *lorsque, pour la construction des réseaux ou la mise en place des installations visées au paragraphe 2, cette entité peut jouir d'une procédure d'expropriation publique ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique pour mettre en place les équipements de réseaux;*
- b) *lorsque, dans le cas du paragraphe 2 point a), cette entité alimente en eau potable, électricité, gaz ou chaleur, un réseau qui est lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente de l'Etat membre concerné.*

4. *La fourniture au public d'un service de transport par autobus n'est pas considérée comme une activité au sens du paragraphe 2 point c), lorsque d'autres entités peuvent librement fournir ce service soit d'une manière générale, soit dans une aire géographique spécifique, dans les mêmes conditions que les entités adjudicatrices.*

5. *L'alimentation en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur de réseaux destinés à fournir un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs publics n'est pas considérée comme une activité au sens du paragraphe 2 point a) lorsque:*

- a) *dans le cas de l'eau potable ou de l'électricité :*
 - *la production d'eau potable ou d'électricité par l'entité concernée a lieu parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celle visée au paragraphe 2*
 - et*
 - *l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre de l'entité et n'a pas dépassé 30% de la production totale d'eau potable ou d'énergie de l'entité prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours ;*
- b) *dans le cas du gaz ou de la chaleur :*
 - *la production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inéluctable de l'exercice d'une activité autre que celle visée au paragraphe 2*
 - et*
 - *l'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter de manière économique cette production et correspond à 20 % du chiffre d'affaires au maximum en prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours ;*

6. *Les entités adjudicatrices énumérées aux annexes I à X répondent aux critères énoncés ci-avant. En vue de s'assurer que les listes sont aussi complètes que possible,*

les Etats membres notifient à la Commission les modifications intervenues dans leurs listes. La Commission révisé les annexes I à X selon la procédure prévue à l'article 40.

Article 6

1. La présente directive ne s'applique pas aux marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités visées à l'article 2 paragraphe 2 ou pour la poursuite de ces activités dans un pays tiers, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté.

2. Toutefois, la présente directive s'applique également aux marchés qui sont passés par les entités exerçant une activité visée à l'article 2 paragraphe 2 point a) sous i) et qui:

a) sont liés à des projets de génie hydraulique, à l'irrigation ou au drainage, pour autant que le volume d'eau destiné à l'approvisionnement en eau potable représente plus de 20% du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou par ces installations d'irrigation ou de drainage

ou

b) sont liés à l'évacuation ou au traitement des eaux usées.

3. Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission, sur sa demande, toute activité qu'elles considèrent comme exclue en vertu du paragraphe 1. La Commission peut publier périodiquement, à titre d'information, au Journal officiel des Communautés européennes, les listes des catégories d'activités, qu'elle considère comme exclues. A cet égard, la Commission respecte le caractère commercial sensible que ces entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission des informations.

Article 7

1. *La présente directive ne s'applique pas aux marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés et lorsque d'autres entités peuvent librement les vendre ou les louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.*

2. *Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission, sur sa demande, toutes les catégories de produits qu'elle considère comme exclues en vertu du paragraphe 1. La Commission peut publier périodiquement, à titre d'information, au Journal officiel des Communautés européennes, les listes des catégories de produits qu'elle considère comme exclues. A cet égard, la Commission respecte le caractère commercial sensible que ces entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission des informations.*

Article 8

1. *La présente directive ne s'applique pas aux marchés qu'une entité adjudicatrice exerçant une activité visée à l'article 2 paragraphe 2 point d) passe pour ses achats destinés exclusivement à lui permettre d'assurer un ou plusieurs services de télécommunications lorsque d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique et dans des conditions substantiellement identiques.*

2. *Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission, sur sa demande, les services qu'elles considèrent comme exclus en vertu du paragraphe 1. La Commission peut publier périodiquement, à titre d'information, au Journal officiel des Communautés européennes, la liste des services de produits qu'elle considère comme exclus. A cet égard, la Commission respecte le caractère commercial sensible que ces entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission des informations.*

Article 9

1. *La présente directive ne s'applique pas :*

- a) *aux marchés que les entités adjudicatrices énumérées à l'annexe I passent pour l'achat d'eaux ;*
- b) *aux marchés que les entités adjudicatrices énumérées aux annexes II à V passent pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie.*

2. *Le Conseil réexaminera les dispositions du paragraphe 1 lorsqu'il sera saisi d'un rapport de la Commission, assorti des propositions appropriées.*

Les marchés publics passés dans les secteurs de l'eau, des transports, de l'énergie et des télécommunications, exclus du champ d'application de la directive "travaux" sont donc ceux visés aux articles précités de la directive 90/531/CEE remplacée par la directive 93/38/CEE, qui ne font pas l'objet du présent guide.

Il paraît cependant opportun de souligner que cette directive s'applique uniquement, avec les corrections prévues par son article 6, paragraphe 2 précité, aux marchés que les entités adjudicatrices, exerçant une action visée par cette directive, passent pour la poursuite de cette même activité.

Par conséquent, un pouvoir adjudicateur qui exerce, en même temps, plusieurs activités ne peut invoquer l'exclusion de la directive travaux que pour les marchés qu'il passe dans l'exercice des activités couvertes par la directive 93/38/CEE.

Une commune, qui assure en régie un service de transports par chemin de fer métropolitain, n'appliquera pas la directive travaux pour la réalisation d'une nouvelle ligne destinée à étendre ce service, mais sera tenue de l'appliquer lorsqu'elle fait construire une école ou un théâtre. D'autre part, la directive "travaux" s'appliquera également dans le cas où le marché concernant cette nouvelle ligne est passé par une commune qui tout en n'assurant pas elle-même en régie le service, fait réaliser ces travaux pour étendre le réseau de transports par chemin de fer métropolitain géré en ce lieu et place par une autre entité.

Sont également exclus du champ d'application de la directive les marchés publics régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu :

- d'un accord international conclu en conformité avec le traité CEE entre un Etat membre et un ou plusieurs pays tiers et portant sur des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les Etats signataires. Un tel accord doit cependant être communiqué à la Commission qui peut l'examiner en consultation avec le Comité consultatif pour les marchés publics²⁴;
- ou d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou d'un pays tiers;
- ou de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

Enfin, la directive ne s'applique pas aux marchés de travaux :

- lorsqu'ils sont déclarés secrets
- ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'Etat membre concerné
- ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'Etat membre concerné l'exige.

²⁴ Ce Comité a été institué par la décision du Conseil 71/306/CEE du 26.7.71 (JO n° L 185 du 16.8.71, page 15), modifiée par la décision du Conseil 77/63/CEE du 21.12.76 (J.O. n° L 13 du 15.1.77, page 15).

3. PROCEDURES DE PASSATION

La nouvelle directive prévoit trois types de procédures de passation des marchés, à savoir la procédure ouverte et la procédure restreinte, que les pouvoirs adjudicateurs sont libres de choisir, et la procédure négociée, dont l'utilisation n'est admise que dans des circonstances exceptionnelles.

Important

Le Conseil et la Commission, lors de l'adoption de la directive "travaux", ont conjointement déclaré que "dans les procédures ouvertes ou restreintes, est exclue toute négociation avec les candidats ou les soumissionnaires portant sur des éléments fondamentaux des marchés dont la variation est susceptible de fausser le jeu de la concurrence, et notamment sur les prix; cependant, il peut y avoir des discussions avec les candidats ou les soumissionnaires seulement pour faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres, ainsi que les exigences des pouvoirs adjudicateurs, pour autant que ceci n'ait pas un effet discriminatoire."

En outre, l'utilisation d'une procédure spéciale est admise pour l'attribution de marchés particuliers concernant la réalisation d'un ensemble de logements sociaux.

3.1 La procédure ouverte

La procédure ouverte est une procédure dans laquelle, après la publication d'un avis de marché, tout entrepreneur intéressé peut présenter une offre.

3.2 La procédure restreinte

La procédure restreinte est une procédure dans laquelle seuls les entrepreneurs invités à soumissionner par le pouvoir adjudicateur, parmi ceux qui se sont portés candidats suite à la publication de l'avis de marché, peuvent présenter une offre.

Les candidats invités à soumissionner doivent être choisis sur la base des renseignements concernant leur situation personnelle ainsi que des renseignements et des formalités nécessaires à l'évaluation des conditions minimales de caractère économique et technique précisés dans l'avis de marché, parmi ceux présentant les qualifications requises par les articles 24 à 29 de la directive.

La procédure restreinte peut se dérouler sous une forme accélérée lorsque l'urgence de passer le marché rend impraticables les délais normaux prévus pour la procédure restreinte. S'agissant d'une exception susceptible de restreindre la concurrence, la possibilité de recourir à cette forme de procédure doit être interprétée de façon restrictive, c'est-à-dire limitée aux cas où le pouvoir adjudicateur est en mesure de prouver l'objectivité de l'urgence ainsi que l'impossibilité réelle de respecter les délais normalement prévus pour ce type de procédure.

Les justifications du recours à cette forme accélérée doivent être indiquées dans l'avis de marché publié au *Journal Officiel des Communautés Européennes*.

3.3 La procédure négociée

La procédure négociée est une procédure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs consultent les entrepreneurs de leur choix et négocient les conditions du marché, comme par exemple, les conditions techniques, administratives ou financières, avec un ou plusieurs d'entre eux.

Dans la procédure négociée, le pouvoir adjudicateur a la faculté de se comporter comme un opérateur économique non seulement au stade de l'attribution du marché, mais également au stade des discussions préalables.

Cette procédure, cependant, ne peut être assimilée à une attribution de gré à gré. Elle implique nécessairement une attitude active du pouvoir adjudicateur lors de la détermination des clauses contractuelles, telles que les prix, les délais, les caractéristiques techniques, les garanties. En outre, la procédure négociée ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de devoir respecter certaines règles de bonne administration, à savoir :

- celle de comparer effectivement les offres et leurs avantages respectifs
- et celle d'appliquer le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

Le recours à cette procédure souple est justifié par les circonstances exceptionnelles de passation du marché et n'est donc admis que dans les cas énumérés limitativement par la directive.

Conformément à la jurisprudence de la Cour, "ces dispositions qui autorisent des dérogations aux règles" de la directive "visant à garantir l'effectivité des droits" en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services "dans le secteur des marchés publics de travaux, doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement"²⁵.

Suivant les circonstances, la directive prévoit la procédure négociée avec ou sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal Officiel des Communautés européennes*.

3.3.1 Procédure négociée avec publication d'un avis de marché

²⁵ CJCE, Arrêt du 10.3.1987, Commission c/République Italienne, affaire 199/85, Réc. 1987, page 1039. Voir aussi : CJCE, Arrêt du 18.3.91, Commission c/Royaume d'Espagne, aff. 24/91, Réc. 1992, page I - 1989 ; Arrêt du 2.8.1993, Commission c/République italienne, aff. 107/92, Réc. 1993, page I - 4655 ; Arrêt du 3.5.94, Commission c/Royaume d'Espagne, aff. 328/92, Réc. 1994, page I - 1569 ; Arrêt du 18.5.95, Commission c/République italienne, aff. 57/94, Réc. 1995, page I - 1249 ; Arrêt du 28.3.96, Commission c/République fédérale d'Allemagne, aff. 318/94, Réc. 1996, page I - 1949.

Dans cette procédure, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de choisir les candidats qu'ils inviteront à négocier parmi ceux présentant les qualifications précisées dans l'avis de marché. Ces qualifications ne peuvent être que celles requises par les articles 24 à 29 de la directive, c'est-à-dire elles ne peuvent concerner que la situation personnelle et les capacités économiques et techniques de l'entrepreneur.

Comme la procédure restreinte et dans les mêmes conditions, cette procédure peut se dérouler sous une forme accélérée.

La procédure négociée avec publication préalable d'un avis peut être utilisée dans les trois cas suivants :

1. à la suite du recours à une procédure ouverte ou restreinte, dans laquelle n'ont été déposées que des offres irrégulières²⁶ ou bien inacceptables²⁷ au regard des dispositions nationales compatibles avec le Titre IV de la directive (règles communes de participation soit, dispositions générales, critères de sélection qualitative, critères d'attribution du marché), pour autant que les conditions du marché initial, telles qu'elles avaient été précisées dans l'avis et les documents du marché, ne soient pas substantiellement modifiées. Dans le cas contraire, la procédure ouverte ou restreinte doit être entièrement recommencée dans le plein respect des dispositions de la directive qui s'appliquent à chacune de ces procédures.

Il y a lieu de considérer comme des modifications substantielles le changement des conditions concernant, par exemple, le financement, les délais d'exécution et la réception des travaux, la technique de construction, etc.

D'autre part, le recours à la procédure négociée n'est légitime que si le pouvoir adjudicateur a déclaré, préalablement et officiellement, l'irrégularité ou l'inacceptabilité des offres reçues lors de la procédure ouverte ou restreinte précédente et clôturé cette procédure.

Les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas obligés de publier un avis d'adjudication s'ils invitent à négocier tous les entrepreneurs qui satisfont aux critères de sélection visés aux articles 24 à 29 de la directive et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation du marché, c'est-à-dire des offres présentées conformément aux règles procédurales mentionnées dans les documents du marché ;

- 2) pour des travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mises au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement.

²⁶ Par exemple : des offres non conformes au règlement du marché ou dont les prix sont soustraits au jeu normal de la concurrence ou comportant des clauses léonines.

²⁷ Par exemple: les offres tardives ou émanant de soumissionnaires n'ayant pas les qualifications requises ou dont le prix est soit trop élevé par rapport au budget prévu par le pouvoir adjudicateur, soit anormalement bas.

Pour certains travaux de recherche comportant des données particulièrement confidentielles, il est admis que l'appréciation du caractère approprié des candidats en vue de leur admission aux négociations, tout en se fondant sur les critères de sélection fixés par la directive, soit effectuée en fonction de la confidentialité de ces données. La nationalité des entrepreneurs, cependant, ne peut pas, même dans ce cas, constituer un élément d'appréciation.

- 3) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.

3.3.2 *Procédure négociée sans publication d'un avis de marché*

La procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché peut être utilisée dans les cinq cas suivants:

- 1) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions du marché fixées dans la procédure antérieure ne soient pas substantiellement modifiées. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'établir un rapport comportant toutes les justifications du recours à cette procédure et de le transmettre à la Commission, sur sa demande, pour qu'elle puisse exercer son contrôle.

Par offres non appropriées, il faut entendre des offres qui sont inacceptables et irrégulières, mais, de plus, ont un contenu n'ayant aucune pertinence avec le marché et sont donc complètement inadéquates pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur, tels qu'ils ont été définis dans les documents du marché. De ce fait, la présentation de telles offres est assimilée à l'absence d'offre.

- 2) pour des travaux dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant de la protection des droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé;
- 3) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs concernés, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes - même sous forme accélérée - ou négociées avec publication préalable d'un avis d'adjudication. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs.

Important

Par événements imprévisibles, il faut entendre des événements qui dépassent largement le cadre normal de la vie économique et sociale (par exemple, un séisme ou une inondation).

D'autre part, il est opportun de souligner que la procédure négociée n'est admise que pour faire réaliser les travaux strictement nécessaires pour faire face de toute urgence à ces événements imprévisibles;

- 4) pour des travaux complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement adjugé ni dans le premier contrat conclu et qui, à la suite d'une circonstance imprévue, sont devenus nécessaires à l'exécution de l'ouvrage, tel qu'il y est décrit.

Dans ce cas, le recours à la procédure négociée est admis à condition que :

- a) les travaux soient attribués à l'entrepreneur qui exécute l'ouvrage,
et
 - b) ces travaux ne puissent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur
ou
ces travaux, quoique séparables de l'exécution du marché principal, soient strictement nécessaires à son perfectionnement,
et
 - c) le montant cumulé des marchés passés pour ces travaux complémentaires ne dépasse pas 50% du montant du marché principal;
- 5) pour des nouveaux travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires confiés à l'entreprise titulaire d'un premier marché par le même pouvoir adjudicateur, à condition :
- a) que ces travaux soient conformes à un projet de base ayant fait l'objet d'un premier marché passé par procédure ouverte ou restreinte
et
 - b) que la possibilité de recourir à la procédure négociée pour attribuer de tels travaux ait été indiquée dès la mise en concurrence du premier marché
et
 - c) que le montant total envisagé pour les nouveaux travaux ait été pris en considération pour l'estimation de la valeur du premier marché afin de déterminer s'il rejoignait le seuil d'application de la directive.

Dans ce cas, le recours à la procédure négociée est limité dans le temps, car il n'est admis que pendant les trois ans qui suivent la conclusion du marché initial.

3.4 Procédure spéciale pour la réalisation de logements sociaux

Pour l'attribution de marchés portant à la fois sur la conception et la construction d'un ensemble de logements sociaux dont, en raison de l'importance, de la complexité et de la durée des travaux, le plan doit être établi dès le début sur la base d'une stricte collaboration au sein d'une équipe comprenant les délégués du pouvoir adjudicateur, des experts et l'entrepreneur qui exécutera les travaux, la directive admet que les pouvoirs adjudicateurs recourent à une procédure spéciale visant à choisir l'entrepreneur le plus apte à être intégré dans cette équipe.

En utilisant une telle procédure, les pouvoirs adjudicateurs doivent cependant appliquer les règles communes de publicité que la directive fixe pour la procédure restreinte ainsi que celles relatives aux critères de sélection qualitative des candidats.

En particulier, ils doivent faire figurer dans l'avis de marché une description des ouvrages aussi précise que possible pour permettre aux entrepreneurs intéressés d'apprécier valablement le projet à exécuter ainsi que les conditions personnelles, techniques et financières - conformément aux articles 24 à 29 de la directive - que ceux-ci doivent remplir.

3.5 Annulation d'une procédure de passation

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de renoncer à passer un marché qu'ils ont déjà mis en concurrence ou bien de recommencer la procédure d'adjudication.

Dans ces cas, ils doivent informer l'Office des Publications officielles des Communautés européennes de la décision prise.

Ils sont en outre tenus de communiquer aux candidats ou soumissionnaires qui en font la demande les motifs de leur décision.

4. REGLES COMMUNES DE PUBLICITE

4.1. Les avis

La directive prévoit trois types d'avis à publier au *Journal officiel des Communautés européennes* et à la banque de données TED en ce qui concerne la passation de leurs marchés par procédure ouverte, restreinte ou négociée :

- **l'avis indicatif.** Il s'agit d'un avis visant à donner une pré-information sur les marchés qui seront passés et comportant par conséquent des informations , limitées aux caractéristiques essentielles de ces marchés. Les pouvoirs adjudicateurs, en effet, sont tenus de le publier dès qu'ils prévoient de faire réaliser des travaux ou un ouvrage et qu'ils ont pris une décision à ce sujet, avant que cette décision puisse se concrétiser par le lancement d'une procédure de passation. Le but de la publication de cet avis est de permettre aux entrepreneurs intéressés d'organiser à l'avance leurs travaux, de mieux s'informer et d'avoir, ce qui vaut notamment pour les entreprises d'autres Etats membres que celui du pouvoir adjudicateur, les mêmes conditions de concurrence que les entreprises situées près du pouvoir adjudicateur. Pour cette raison, la publication de cet avis, qui n'est pas obligatoire, permet aux pouvoirs adjudicateurs de réduire les délais de la procédure²⁸.
- **l'avis de marché**, qui doit être publié au moment du lancement de la procédure de passation. La publication de cet avis est une des obligations fondamentales qui incombent aux pouvoirs adjudicateurs. Elle est destinée à développer une concurrence effective parmi les entrepreneurs de tous les Etats membres en leur donnant les informations essentielles pour qu'ils puissent exprimer leur intérêt à participer aux marchés qui sont passés dans la Communauté;
- **l'avis sur les marchés passés**, comportant les informations essentielles sur les conditions dans lesquelles ces marchés ont été attribués. Cet avis assure une meilleure transparence des procédures et permet en même temps aux entrepreneurs écartés de mieux apprécier leurs chances pour d'autres marchés comparables.

4.2 Contenu et présentation des avis

Les pouvoirs adjudicateurs sont obligés de présenter les avis de marchés conformément aux modèles repris à l'annexe IV de la directive et de préciser les renseignements que ces modèles prévoient.

Lorsque les rubriques de l'avis revêtent un caractère obligatoire, les informations mentionnées doivent y figurer. Lorsque ces rubriques ne revêtent pas un caractère obligatoire et les informations qu'elles prévoient ne sont pas pertinentes pour un marché

²⁸ Voir points 4.7.1 et 4.7.2

donné, il est souhaitable que le pouvoir adjudicateur l'indique, par exemple en faisant paraître dans la rubrique concernée la mention "sans objet".

En ce qui concerne les avis de marché, il convient de formuler quelques observations au sujet de certaines rubriques.

Dans les rubriques concernant les conditions minimales que les entrepreneurs doivent remplir, les formalités et renseignements demandés ne peuvent être fixés que dans les limites des articles 24 à 29 de la directive.

En ce qui concerne la justification de la capacité financière et économique de l'entrepreneur, l'article 26 de la directive donne au pouvoir adjudicateur, qui recourt à la procédure restreinte ou négociée, la possibilité d'indiquer les références exigées soit dans l'avis soit dans l'invitation à soumissionner. Lorsque le pouvoir adjudicateur utilise cette deuxième possibilité, il doit le mentionner dans la rubrique précitée de l'avis.

Dans la rubrique sur les critères qui seront utilisés pour l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur est tenu de faire figurer l'indication suivante :

- soit : "le prix le plus bas"
- soit : "l'offre économiquement la plus avantageuse"
- soit, dans le cas où il utilise la procédure restreinte et précise dans l'invitation à soumissionner le critère d'attribution du marché, il doit faire un renvoi à cette invitation, par exemple en indiquant : "critère d'attribution fixé dans l'invitation à soumissionner".

Lorsque le pouvoir adjudicateur indique comme choix l'"offre économiquement la plus avantageuse", il est tenu de préciser les éléments composant ce critère soit dans ladite rubrique de l'avis, soit dans le cahier des charges. S'il souhaite les indiquer dans le cahier des charges, il doit alors ajouter dans cette rubrique la mention : "critères d'attribution énumérés dans le cahier des charges".

En ce qui concerne les avis sur les marchés passés, la directive admet des dérogations. La publication de l'avis reste obligatoire, mais il est admis que les pouvoirs adjudicateurs, dans certains cas, ne publient pas des informations dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entrepreneurs.

Tout en étant clairs et complets dans les informations qu'ils comportent, les avis doivent être établis en termes concis. La directive fixe, en effet, qu'ils ne peuvent pas dépasser une page du *Journal officiel des Communautés européennes*, soit environ 650 mots.

4.3 Les modèles d'avis

Les modèles des avis sont les suivants :

4.3.1 Avis indicatif ou de pré-information

1. Nom, adresse, numéros de téléphone, de télégraphe, de télex et de télécopieur du pouvoir adjudicateur ;
2.
 - a) Lieu d'exécution;
 - b) nature et étendue des prestations et, dans le cas où l'ouvrage est divisé en plusieurs lots, caractéristiques essentielles de ces lots par référence à l'ouvrage ;
 - c) si elle est disponible, estimation de la fourchette du coût des prestations envisagées;
3.
 - a) Date provisoire pour l'engagement des procédures de passation du ou des marchés;
 - b) si elle est connue, date provisoire pour le début des travaux;
 - c) s'il est connu, calendrier provisoire pour la réalisation des travaux;
4. Si elles sont connues, conditions de financement des travaux et de révision des prix et/ou références aux textes qui les régulent;
5. Autres renseignements;
6. Date d'envoi de l'avis;
7. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

4.3.2 Avis de marché

Procédure ouverte :

1. Nom, adresse, numéros de téléphone, de télégraphe, de télex et de télécopieur du pouvoir adjudicateur;
2.
 - a) Mode de passation choisi;
 - b) forme du marché faisant l'objet de l'appel d'offres;
3.
 - a) Lieu d'exécution
 - b) nature et étendue des prestations, caractéristiques générales de l'ouvrage;
 - c) si l'ouvrage ou le marché est divisé en plusieurs lots, l'ordre de grandeur des différents lots et la possibilité de soumissionner pour un, pour plusieurs ou pour l'ensemble des lots;
 - d) indications relatives à l'objectif de l'ouvrage ou du marché lorsque celui-ci comporte également l'établissement de projets;
4. Délai d'exécution éventuellement imposé;
5.
 - a) Nom et adresse du service auquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés;
 - b) le cas échéant, montant et modalités de paiement de la somme qui doit être versée pour obtenir ces documents;
6.
 - a) Date limite de réception des offres;
 - b) adresse où elles doivent être transmises;
 - c) la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées;
7.
 - a) Le cas échéant, personnes admises à assister à l'ouverture des offres;
 - b) date, heure et lieu de cette ouverture;
8. Le cas échéant, cautionnement et garanties demandées;
9. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent;
10. Le cas échéant, forme juridique que devra revêtir le groupement d'entrepreneurs attributaire du marché;
11. Conditions minimales de caractère économique et technique à remplir par l'entrepreneur;
12. Délai pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre;
13. Critères qui seront utilisés lors de l'attribution du marché. Les critères autres que le prix le plus bas sont mentionnés lorsqu'ils ne figurent pas dans le cahier des charges;
14. Le cas échéant, interdiction des variantes;
15. Autres renseignements;
16. Date de publication au *Journal officiel des Communautés européennes* de l'avis de pré-information ou mention de sa non-publication;
17. Date d'envoi de l'avis;
18. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

Procédure restreinte :

1. Nom, adresse, numéros de téléphone, de télégraphe, de télex et de télécopieur du pouvoir adjudicateur;
2.
 - a) Mode de passation choisi;
 - b) le cas échéant, justification du recours à la procédure accélérée;
 - c) forme du marché faisant l'objet de l'appel d'offres;
3.
 - a) Lieu d'exécution;
 - b) nature et étendue des prestations, caractéristiques générales de l'ouvrage;
 - c) si l'ouvrage ou le marché est divisé en plusieurs lots, l'ordre de grandeur des différents lots et la possibilité de soumissionner pour un, pour plusieurs ou pour l'ensemble des lots;
 - d) indications relatives à l'objectif de l'ouvrage ou du marché lorsque celui-ci comporte également l'établissement de projets;
4. Délai d'exécution éventuellement imposé;
5. Le cas échéant, forme juridique que devra revêtir le groupement d'entrepreneurs attributaire du marché;
6.
 - a) Date limite de réception des demandes de participation;
 - b) adresse où les demandes doivent être transmises;
 - c) la ou les langues dans lesquelles les demandes doivent être rédigées;
7. Date limite d'envoi des invitations à soumissionner;
8. Le cas échéant, cautionnement et garanties demandés;
9. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent;
10. Renseignements concernant la situation propre de l'entrepreneur ainsi que conditions minimales de caractère économique et technique à remplir par celui-ci;
11. Critères qui seront utilisés lors de l'attribution du marché lorsqu'ils ne sont pas mentionnés dans l'invitation à soumissionner;
12. Le cas échéant, interdiction des variantes;
13. Autres renseignements;
14. Date de publication au *Journal officiel des Communautés européennes* de l'avis de pré-information;
15. Date d'envoi de l'avis;
16. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

Procédure négociée:

1. Nom, adresse, numéros de téléphone, de télégraphe, de télex et de télécopieur du pouvoir adjudicateur;
2.
 - a) Mode de passation choisi;

- b) le cas échéant, justification du recours à la procédure accélérée;
 - c) forme du marché faisant l'objet de l'appel d'offres;
3.
 - a) Lieu d'exécution;
 - b) nature et étendue des prestations, caractéristiques générales de l'ouvrage;
 - c) si l'ouvrage ou le marché est divisé en lots, l'ordre de grandeur des différents lots et la possibilité de soumissionner pour un, pour plusieurs ou pour l'ensemble des lots;
 - d) indications relatives à l'objectif de l'ouvrage ou du marché lorsque celui-ci comporte également l'établissement de projets.
 4. Délai d'exécution éventuellement imposé;
 5. Le cas échéant, forme juridique que devra revêtir le groupement d'entrepreneurs attributaire du marché;
 6.
 - a) Date limite de réception des demandes de participation;
 - b) adresse où elles doivent être transmises;
 - c) la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées;
 7. Le cas échéant, cautionnement et garanties demandés;
 8. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent;
 9. Renseignements concernant la situation propre de l'entrepreneur ainsi que les renseignements et formalités nécessaires pour l'évaluation des conditions minimales de caractère économique et technique à remplir par celui-ci;
 10. Le cas échéant, interdiction des variantes;
 11. Le cas échéant, nom et adresse des fournisseurs déjà sélectionnés par le pouvoir adjudicateur;
 12. Le cas échéant, date des publications précédentes au *Journal officiel des Communautés européennes*;
 13. Autres renseignements;
 14. Date de publication au *Journal officiel des Communautés européennes* de l'avis de pré-information;
 15. Date d'envoi de l'avis;
 16. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

4.3.3 Avis sur les marchés passés

1. Nom et adresse du pouvoir adjudicateur;
2. Procédure de passation choisie;
3. Date de la passation du marché;

4. Critères d'attribution du marché;
5. Nombre d'offres reçues;
6. Nom et adresse du ou des adjudicataires;
7. Nature et étendue des prestations effectuées, caractéristiques générales de l'ouvrage construit;
8. Prix ou gamme des prix (minimum/maximum) payés;
9. Le cas échéant, valeur et part du contrat susceptibles d'être sous-traitées à des tiers;
10. Autres renseignements;
11. Date de publication de l'avis de marché au Journal officiel des Communautés européennes;
12. Date d'envoi du présent avis;
13. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

Pour décrire l'objet du marché, la Commission a recommandé²⁹ aux entités adjudicatrices d'utiliser le vocabulaire commun pour les marchés publics.

4.4 Méthode de fixation des délais

Il est important de souligner que les délais minimaux et maximaux que les avis de marché comportent doivent être fixés de façon que leur échéance puisse être déterminée par les entrepreneurs de tous les Etats membres dans les mêmes conditions.

Aussi, il ne saurait pas être acceptable que pour la détermination de ces délais, les pouvoirs adjudicateurs indiquent, par exemple, un certain nombre de jours à compter de la date de publication de l'avis au Journal officiel national ou régional. Ceci comporte des difficultés pour les entrepreneurs des autres Etats membres bien supérieures à celles rencontrées par les entrepreneurs nationaux, ce qui est contraire au principe de la libre prestation de services.

4.5 Publicité au niveau national

Pour assurer une information identique tant au niveau national qu'au niveau communautaire, la directive prescrit que la publication des avis dans les journaux officiels ou dans la presse du pays du pouvoir adjudicateur ne doit pas contenir des renseignements autres que ceux publiés au Journal officiel des Communautés européennes. En outre, la publication au niveau national ne peut pas avoir lieu avant la date d'envoi de l'avis pour sa publication au niveau communautaire et doit mentionner cette date d'envoi.

²⁹ Recommandation de la Commission du 30.6.1996 "relative à l'utilisation du vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) pour la description de l'objet des marchés", publiée au J.O. L n° 222 du 3.9.1996.

4.6 Qui publie les avis ?

La publication des avis est effectuée par l'Office des Publications officielles des Communautés européennes.

En général, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'envoyer leurs avis dans les meilleurs délais et par les voies les plus appropriées. En particulier, la directive leur impose :

- d'envoyer l'avis de pré-information le plus rapidement possible après la prise de décision autorisant le programme dans lequel s'inscrivent les marchés de travaux qu'ils envisagent de passer;
- en cas de procédures restreintes ou négociées accélérées, d'envoyer les avis de marché par télex, télégramme ou télécopieur;
- d'envoyer l'avis concernant les résultats d'un marché dans les 48 jours qui suivent la passation du marché;
- d'être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des différents avis à l'Office des Publications Officielles des Communautés européennes.

L'adresse pour la correspondance est :

Supplément au Journal officiel des Communautés européennes
Office des Publications officielles des Communautés européennes
2, rue Mercier
L - 2985 LUXEMBOURG
Tél : 00-352 499 28 23 32
Télex : 1324 pubof LU
2731 pubof LU
Télécopieur : 00-352 49 00 03
00-352 49 57 19

Dans les douze jours (5 en cas de procédure restreinte ou négociée accélérée) l'Office des Publications publie au Supplément au Journal officiel des Communautés européennes³⁰ et à la banque de données TED³¹.

³⁰ Le Supplément au Journal Officiel des Communautés européennes peut être obtenu dans tous les Etats membres aux adresses reprises à l'annexe III.

³¹ Pour toute information concernant cette base de données et les modalités d'accès, les personnes intéressées sont priées de prendre contact avec :
Office des Publications officielles des Communautés européennes
2, rue Mercier
L - 2985 LUXEMBOURG
Tél : (352) 499 28 25 63 - 499 28 25 64

- les avis de pré-information et de marchés passés in extenso dans toutes les langues officielles de la Communauté;
- les avis de marchés in extenso uniquement dans leurs langues originales et sous forme de résumés dans toutes les autres langues.

L'Office des Publications se charge des traductions et des résumés nécessaires.

Les frais de publication au *Supplément du Journal officiel des Communautés européennes* sont à la charge de celles-ci.

4.7 Délais minimaux et maximaux à respecter

Pour assurer à tous les entrepreneurs de la Communauté la possibilité d'exprimer à temps leur intérêt à participer aux marchés, la directive fixe des délais minimaux qui doivent obligatoirement être respectés pour le déroulement des différentes phases de procédures. Ceci implique que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas fixer de délais inférieurs à ceux indiqués dans la directive, mais ils sont bien entendu autorisés à en fixer de plus longs. D'autre part, la directive fixe également des délais minimaux pour l'envoi des documents relatifs au marché et pour la communication de renseignements complémentaires.

4.7.1 Procédure ouverte

- a) délai de réception des offres :
- 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis pour sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*, si le pouvoir adjudicateur n'a pas publié l'avis de pré-information;
 - 36 jours à compter de la même date, si le pouvoir adjudicateur a publié l'avis de pré-information;

Ces délais doivent être prolongés de façon adéquate :

- lorsque, en raison de l'importance de leur volume, les cahiers des charges et les documents ou renseignements complémentaires ne peuvent être fournis dans les délais prescrits par la directive;
ou lorsque les offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents annexés au cahier des charges.
- b) délai maximal pour l'envoi du cahier des charges et des documents complémentaires : dans les 6 jours suivant la réception de la demande pour autant que celle-ci soit faite en temps utile;
- c) délai maximal pour la communication de renseignements complémentaires sur le cahier des charges : 6 jours au plus tard avant la date de réception des offres, pour autant que ces renseignements aient été demandés en temps utile.

4.7.2 Procédure restreinte

- a) délai de réception des demandes de participation : 37 jours (procédure restreinte accélérée : 15 jours) à compter de la date d'envoi de l'avis pour sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*;
- b) délai maximal pour la communication de renseignements complémentaires sur le cahier des charges : 6 jours (procédure restreinte accélérée : 4 jours) au plus tard avant la date limite pour la réception des offres, pour autant que ces renseignements aient été demandés en temps utile;
- c) délai pour la réception des offres :
 - 40 jours (procédure restreinte accélérée : 10 jours) à compter de la date d'envoi de l'invitation écrite à présenter une offre, si le pouvoir adjudicateur n'a pas publié l'avis de pré-information;
 - 26 jours (procédure restreinte accélérée : 10 jours) à compter de la même date, si le pouvoir adjudicateur a publié l'avis de pré-information;

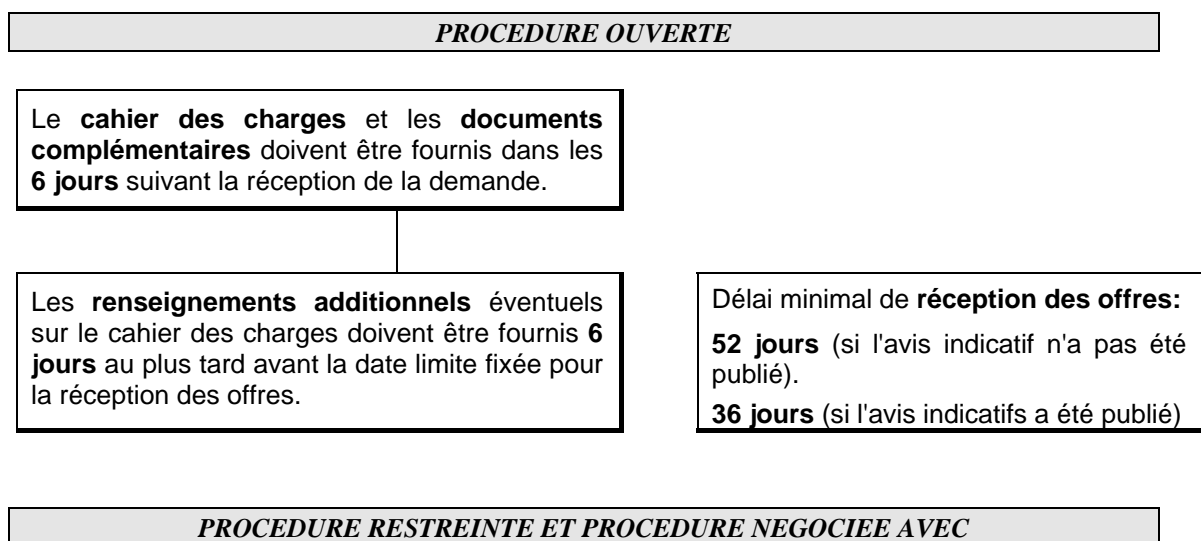
Ces délais doivent être prolongés de façon adéquate lorsque les offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents annexés au cahier des charges;

4.7.3 Procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché

Délai de réception des demandes de participation :

37 jours (procédure négociée accélérée : 15 jours) à compter de la date de l'envoi de l'avis pour sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

4.7.4 Tableaux récapitulatifs



PUBLICATION PREALABLE D'UN AVIS DE MARCHE

Délai minimal de **réception des demandes de participation** à compter de l'envoi de l'avis au JOCE :

37 jours

15 jours (en cas de procédure accélérée)

L'invitation à présenter une offre doit être envoyée **simultanément** à tous les candidats retenus et doit être accompagnée du **cahier des charges** et des **documents complémentaires**.

Les **renseignements additionnels** éventuels sur le cahier des charges doivent être communiqués **6 jours** (**4 jours** en cas de procédures accélérées) au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

UNIQUEMENT EN CAS DE PROCEDURE RESTREINTE

Délai minimal de **réception des offres**, à compter de la date d'envoi de l'invitation écrite à présenter une offre:

40 jours (si l'avis indicatif n'a pas été publié)

26 jours (si l'avis indicatif a été publié)

10 jours (en cas de procédures accélérées)

4.8 Méthode à utiliser pour le décompte de certains délais

Le décompte des délais de réception des offres et le décompte des délais de réception des demandes de participation doivent s'effectuer conformément au règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes³².

Il est opportun de rappeler qu'aux termes de ce règlement, les délais exprimés en jours à partir d'un certain événement :

- a) sont à compter à partir du jour qui suit le jour au cours duquel a lieu cet événement,
- b) commencent à courir au début de la première heure du premier jour, tel que défini sous a), et prennent fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai,

³² Le texte de ce règlement est repris à l'annexe IV.

- c) prennent fin à l'expiration de la dernière heure du jour ouvrable suivant, si le dernier jour est un jour férié, un dimanche ou un samedi et les délais ne sont pas exprimés en heures,

Si les délais sont exprimés en heures, comme il arrive souvent dans certains actes à accomplir par les entrepreneurs, les délais prennent fin à la date et à l'heure préfixées.

Les délais comprennent les jours fériés, les dimanches et les samedis, sauf si ceux-ci en sont expressément exclus ou si les délais sont exprimés en jours ouvrables. Les jours fériés à prendre en considération sont tous les jours prévus comme tels dans l'Etat membre auprès duquel un acte est à accomplir.

Pour des précisions supplémentaires, il convient de se référer au texte du règlement précité.

4.9 Modalités des demandes de participation

Dans les procédures restreintes et les procédures négociées avec publication préalable d'un avis, les demandes de participation peuvent être faites par lettre, par télégramme, par télex, par télécopieur ou par téléphone. Dans ces quatre derniers cas, elles doivent être confirmées par lettre envoyée avant l'expiration du délai fixé pour leur réception.

Lorsque ces procédures se déroulent sous la forme accélérée, les demandes de participation doivent être faites par les voies les plus rapides possibles prévues par la directive. Si elles sont faites par télégramme, télex, télécopieur ou téléphone, les entrepreneurs doivent les confirmer par lettre envoyée avant l'expiration du délai fixé pour la réception des demandes de participation.

4.10 Modalités et contenu des invitations à présenter une offre

L'invitation à présenter une offre doit être faite par écrit et envoyée simultanément à tous les candidats retenus.

La lettre d'invitation doit normalement être accompagnée du cahier des charges et des documents complémentaires et comporter au moins les informations suivantes :

- a) si elle n'est pas accompagnée du cahier des charges et des documents complémentaires, dont le pouvoir adjudicateur ne dispose pas car ils sont de compétence d'un autre service, l'adresse du service auprès duquel ils peuvent être demandés, la date limite pour effectuer cette demande ainsi que le montant et les modalités de paiement de la somme qui doit être éventuellement versée pour les obtenir;
- b) la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles doivent être transmises et la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées;
- c) la référence à l'avis de marché public;

- d) l'indication des documents à joindre éventuellement soit à l'appui des déclarations vérifiables, soit en complément des renseignements fournis par le candidat pour montrer qu'il satisfait aux critères de sélection;
- e) les critères d'attribution du marché s'ils ne figuraient pas dans l'avis de marché.

Dans les procédures restreintes et les procédures négociées sous la forme accélérée, ces invitations doivent être faites par les voies les plus rapides possibles prévues par la directive.

5. REGLES COMMUNES DANS LE DOMAINE TECHNIQUE

Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'indiquer dans les documents généraux ou dans les documents contractuels propres à chaque marché les spécifications techniques exigées pour les travaux à réaliser.

5.1 Notion de spécifications techniques

Conformément aux définitions données à l'annexe III de la directive, on entend par :

- 1) "Spécifications techniques", l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers des charges, définissant les caractéristiques requises d'un travail, d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture et permettant de caractériser objectivement un travail, un matériau, un produit ou une fourniture de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur. Ces caractéristiques incluent les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions, y compris les prescriptions applicables au matériau, au produit ou à la fourniture en ce qui concerne le système d'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage. Elles incluent également les règles de conception et de calcul des ouvrages, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur est à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages.
- 2) "**Normes**", les spécifications techniques approuvées par un organisme reconnu à activité normative, pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas, en principe, obligatoire.
- 3) "**Normes européennes**", les normes approuvées par le Comité européen de normalisation (CEN) ou par le Comité européen de normalisation électronique (CENELEC) en tant que "normes européennes (EN)" ou "documents d'harmonisation (HD)", conformément aux règles communes de ces organisations.
- 4) "**Agrément technique européen**", l'appréciation technique favorable de l'aptitude à l'emploi d'un produit, fondée sur la satisfaction des exigences essentielles pour la construction, selon les caractéristiques intrinsèques de ce produit et les conditions établies de mise en oeuvre et d'utilisation. L'agrément européen est délivré par l'organisme agréé à cet effet par l'Etat membre.

- 5) "**Spécifications techniques communes**", les spécifications techniques élaborées selon une procédure reconnue par les Etats membres et publiées au *Journal officiel des Communautés européennes*.
- 6) "**Exigences essentielles**", les exigences concernant la sécurité, la santé et certains autres aspects d'intérêt collectif, auxquelles doivent satisfaire les ouvrages.

5.2 A quelles spécifications techniques faut-il se référer?

5.2.1 Règle générale

Les règles communes dans le domaine technique ont été adaptées à la nouvelle politique communautaire en matière de normalisation et de standardisation et tirent les conséquences des progrès que celle-ci a réalisés au cours des dernières années.

Ainsi, la directive, sans préjuger du recours aux règles techniques nationales obligatoires, pour autant qu'elles soient compatibles avec le traité, impose aux pouvoirs adjudicateurs de définir les spécifications techniques requises en faisant référence à des normes nationales transposant des normes européennes ou à des agréments techniques européens ou à des spécifications techniques communes.

5.2.2 Exceptions

On peut déroger à cette règle générale :

- lorsque les normes, les agréments techniques européens ou les spécifications techniques communes ne contiennent aucune disposition concernant l'établissement de la conformité ou lorsqu'il n'existe pas un moyen technique permettant d'établir la conformité d'un produit à ces normes, à ces agréments techniques européens, à ces spécifications techniques communes;
- lorsque la référence aux normes, aux agréments techniques européens ou aux spécifications techniques communes imposerait l'utilisation de produits ou de matériaux incompatibles avec des installations déjà utilisées ou entraînerait des coûts disproportionnés, ou des difficultés techniques disproportionnées, mais uniquement dans le cadre d'une stratégie clairement définie et consignée en vue d'un passage, dans un délai déterminé, à des normes européennes à des agréments techniques européens ou à des spécifications techniques communes;

Ce cas de dérogation est également applicable lorsque des difficultés techniques disproportionnées dépendraient du fait qu'une norme, un agrément technique européen ou une spécification techniques commune sont inadéquats, étant donné qu'ils sont

techniquement dépassés ou ont été établis pour être appliqués dans contexte différent. Dans de telles situations, la stratégie en vue d'un passage à des normes européennes, à des agréments techniques européens ou à des spécifications techniques communes ne serait évidemment pas exigée pour qu'un pouvoir adjudicateur puisse déroger à la règle générale.

- lorsque les travaux ou l'ouvrage à réaliser constituent une véritable innovation et le recours à des normes, à des agréments techniques européens ou à des spécifications techniques communes serait inapproprié.

Les pouvoirs adjudicateurs qui utilisent ces possibilités de déroger à la règle générale doivent en indiquer, sauf lorsque cela n'est pas possible, les raisons dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. En tout état de cause, ils sont obligés d'indiquer toujours ces raisons dans leur documentation interne et, sur demande, de les communiquer aux Etats membres et à la Commission.

5.2.3 *Absence de normes européennes, d'agréments techniques européens ou de spécifications techniques communes*

En l'absence de normes européennes, d'agréments techniques européens ou de spécifications techniques communes, la directive prescrit que les spécifications techniques :

- a) sont définies par référence aux spécifications nationales reconnues conformes aux exigences essentielles énumérées dans les directives communautaires relatives à l'harmonisation technique, selon les procédures prévues dans ces directives, et en particulier selon les procédures prévues dans la directive 89/106/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, concernant les produits de la construction³³;
- b) peuvent être définies par référence aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en oeuvre des produits;
- c) peuvent être définies par référence à d'autres documents.

Dans ce cas, il convient de se rapporter, par ordre de préférence :

- 1) aux normes nationales transposant des normes internationales acceptées par le pays du pouvoir adjudicateur;
- 2) aux autres normes et agréments techniques nationaux du pays du pouvoir adjudicateur;
- 3) à toute autre norme.

5.3 **Interdiction de toute discrimination**

³³ Publié au J.O. n° L 40 du 11.2.1989, p. 12.

La libre circulation des marchandises et la libre prestation de services dans la Communauté étant des principes fondamentaux du marché intérieur, toute spécification technique discriminatoire est interdite.

En ce sens, la directive interdit l'introduction de spécifications techniques qui mentionnent des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers et qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises, à moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché.

Elle interdit notamment l'indication de marques, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée; toutefois, une telle indication accompagnée de la mention "ou équivalent" est autorisée lorsque les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas la possibilité de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés.

Il incombe aux pouvoirs adjudicateurs qui utilisent de telles spécifications d'être en mesure d'apporter les preuves justifiant la nécessité de leur imposition.

Principe de la reconnaissance mutuelle

En tout état de cause, lorsqu'il s'agit des spécifications concernant les produits, la disposition de la directive doit être interprétée à la lumière de la jurisprudence de la Cour en matière de mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives.

En l'absence de normes ou de règles techniques communautaires, un pouvoir adjudicateur ne peut rejeter des offres prévoyant l'utilisation de produits d'autres Etats membres pour la seule raison que ces produits correspondent à des règles ou normes techniques différentes sans vérifier préalablement s'ils respectent les exigences du marché³⁴.

Conformément au "principe de la reconnaissance mutuelle", il doit prendre en considération, sur un même pied d'égalité, les produits des autres Etats membres fabriqués selon des règles ou normes techniques qui assurent une protection des intérêts légitimes concernés équivalant à celle visée au niveau national.

³⁴ C.J.C.E., Arrêt du 22.9.1988, affaire 45/87, Commission co/ Irlande, Rec. 1988, page 4929.

6. REGLES COMMUNES DE PARTICIPATION

Les règles communes de publicité et celles dans le domaine technique ne pourraient assurer une application réelle des principes de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services dans le secteur des marchés publics si la participation aux marchés, qui est la phase de la procédure d'adjudication où les enjeux sont les plus importants, pouvait être influencée par des choix arbitraires de la part des pouvoirs adjudicateurs.

La directive établit donc, au Titre IV, des règles communes de participation concernant la sélection des entrepreneurs et l'attribution des marchés ainsi que certaines conditions particulières de participation.

6.1 Quand et comment ont lieu la vérification de l'aptitude des entrepreneurs et l'attribution du marché?

La directive établit que l'attribution du marché doit être faite sur la base des critères qu'elle prévoit au chapitre 3 de son titre IV, compte tenu des dispositions contenues à l'article 19 en matière de variantes, après la vérification de l'aptitude des entrepreneurs non exclus en vertu de l'article 24, à savoir pour des situations personnelles concernant leur "honorabilité".

Le même article précise, en outre, que les pouvoirs adjudicateurs doivent effectuer la vérification de l'aptitude conformément aux critères de capacité économique, financière et technique visés aux articles 26 à 29. La vérification de l'aptitude des entrepreneurs doit être ainsi effectuée aussi bien dans les procédures restreintes et négociées que dans la procédure ouverte.

Dans le système de la directive, la vérification de l'aptitude des entrepreneurs et l'attribution du marché constituent donc deux opérations distinctes dans le cadre de la passation d'un marché. La Cour³⁵ tout en ne reconnaissant pas à la séparation chronologique des deux phases suggérée par la directive un caractère rigide et formel, a bien souligné la nette séparation qui doit exister entre celles-ci en ce qui concerne les instruments à utiliser. Elle a affirmé, en effet, que "même si la directive (...) n'exclut pas que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché puissent avoir lieu simultanément, les deux opérations sont régies par des règles différentes".

De ce fait, on ne pourra pas, lors de l'appréciation des offres, se référer par exemple à la plus ou moins grande capacité financière de leurs auteurs ou bien repêcher un soumissionnaire ne satisfaisant pas aux critères de sélection préétablis grâce à l'appréciation positive de son offre.

6.2 La sélection des entrepreneurs

³⁵ Arrêt du 20.9.1988, aff. préjudicielle 31/87, Gebroeders Beentjes B.V. c/Etat des Pays-Bas, Rec. 1988, page 4635.

Dans le cadre de la coordination des procédures de passation des marchés publics, il était essentiel d'éviter que les entrepreneurs puissent être écartés d'un marché sur la base de critères discriminatoires.

Aussi la directive "ne se contente pas d'énumérer les critères de sélection sur la base desquels certains entrepreneurs peuvent être exclus par le pouvoir adjudicateur", mais "détermine également la manière dont les entreprises peuvent faire la preuve de ce qu'elles satisfont à de tels critères"³⁶.

Ces critères sont relatifs à l'honorabilité de l'entrepreneur et à sa qualification professionnelle, à savoir son inscription au registre professionnel, sa capacité économique et financière et sa capacité technique.

Conformément à la jurisprudence de la Cour³⁷, la vérification de l'aptitude des entrepreneurs ne peut être effectuée que sur la base des critères de sélection qualitative fixés par la directive, c'est-à-dire des critères fondés sur leur capacité économique, financière et technique.

Important

L'objet des articles de la directive précités n'est pas de délimiter la compétence des Etats membres pour fixer le niveau de ces capacités en vue de la participation aux différents marchés, mais de déterminer quelles sont les références ou moyens de preuve pouvant être fournis pour les justifier.

Ainsi qu'il a été souligné par la Cour, il est important de préciser que la compétence nationale dans ce domaine n'est toutefois pas illimitée, car elle est conditionnée au respect de toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire et notamment des interdictions qui découlent des principes consacrés par le Traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation de services.

6.2.1 Situation personnelle de l'entrepreneur

Tout d'abord, l'article 24 énumère de façon exhaustive les cas relevant de la situation propre des entrepreneurs qui peuvent amener à leur exclusion du marché. Ainsi, peut être écarté tout entrepreneur :

³⁶ C.J.C.E., Arrêt du 10.2.1982, affaire 76/81, S.A. Transporoute et travaux publics c/Ministère des travaux publics, Rec. 1982, page 417.

³⁷ C.J.C.E., Arrêt du 9.7.1987, affaire préjudicielle 27,28 et 29/86, Société anonyme constructions et Entreprises Industrielles et autres c/Société Coopérative Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes et autres, Rec. 1987, p. 3368 et Arrêt du 20.9.1988, affaire préjudicielle 31/87 Gebroeders Beentjes B.V. c/Etat des Pays-Bas, Rec. 1988, page 4635.

- a) qui est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de règlement judiciaire ou de concordat préventif ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;
- b) qui fait l'objet d'une procédure de déclaration de faillite, de règlement judiciaire, de concordat préventif ou de toute autre procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;
- c) qui fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant autorité de chose jugée pour tout délit affectant la moralité professionnelle de l'entrepreneur;
- d) qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen que les pouvoirs adjudicateurs pourront faire valoir;
- e) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi ou selon celles du pays du pouvoir adjudicateur;
- f) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon les dispositions légales du pays du pouvoir adjudicateur;
- g) qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application du Titre IV, chapitre 2, de la directive (critères de sélection qualitative).

Pour les cas indiqués sous d) et g), c'est au pouvoir adjudicateur qu'il incombe de justifier l'existence de telles circonstances. Dans les autres cas, c'est à l'entrepreneur, si le pouvoir adjudicateur en demande la preuve, de justifier qu'il ne se trouve pas dans une ou plusieurs de ces situations.

Cependant, la détermination des moyens de preuve que le pouvoir adjudicateur peut exiger des entrepreneurs à cette fin, n'est pas laissée à son libre choix. Aux termes de l'article précité, il est obligé d'accepter comme preuve suffisante :

- pour les cas prévus sous a), b) et c), la production d'un extrait du casier judiciaire ou, à défaut, d'un document équivalent délivré par une autorités judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou de provenance de l'entrepreneur et dont il résulte que ces exigences sont satisfaites;
- pour les cas prévus sous e) et f) un certificat délivré par l'autorité compétente de l'Etat membre concerné.

Lorsque cet Etat ne délivre pas un tel document ou certificat, la preuve peut être fournie par une déclaration sous serment ou, dans les Etats membres où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance.

6.2.2 *Inscription au registre professionnel*

En ce qui concerne la preuve de la capacité professionnelle en général, le pouvoir adjudicateur aux termes de l'article 25, peut demander aux entrepreneurs de justifier leur inscription au registre professionnel dans les conditions prévues par la législation de l'Etat membre où ils sont établis, à savoir :

- pour la Belgique, le "Registre du Commerce" - "Handelsregister",
- pour le Danemark, le "Handelsregistret", "Aktieselskabesregistret" et "Erhvervsregistret",
- pour l'Allemagne, le "Handelsregister" et le "Handwerksrolle",
- pour la Grèce, le "Registre des entreprises contractantes" du Ministère de l'Environnement, de l'Aménagement du territoire et des Travaux publics
- pour l'Espagne, le "Registro Oficial de Contratistas del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo;
- pour la France, le "Registre du commerce" et le "Répertoire des métiers";
- pour l'Italie, le "Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato";
- pour le Luxembourg, le "Registre aux firmes" et le "Rôle de la Chambre des métiers";
- pour les Pays-Bas, le "Handelsregister";
- pour le Portugal, le "Comissão de Alvaras de Empresas de Obras Públicas e Particulares" "(CAEOPP)";
- pour le Royaume-Uni et pour l'Irlande, l'entrepreneur peut être invité à produire un certificat du "Registrar of Companies" ou du "Registrar of Friendly Societies" ou, si tel n'est pas le cas, une attestation précisant que l'intéressé a déclaré sous serment exercer la profession en question dans le pays où il s'est établi en un lieu spécifique et sous une raison commerciale déterminée";
- pour l'Autriche, le "Firmenbuch", le "Gewerberegister", les "Mitglieder-verzeichnisse der Landeskammern";
- pour la Finlande, le "Kaupparekisteri", le "Handelsregistret";
- pour la Suède, les "aktiebolags-, handels- eller föreningsregistren".

Il va de soi que l'exigence qu'un entrepreneur établi dans un autre Etat membre soit inscrit au registre professionnel du pays du pouvoir adjudicateur serait non seulement contraire à la directive, mais constituerait également une très grave infraction au principe de la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté.

Il faut aussi souligner que même la simple indication d'une telle exigence dans l'avis de marché, sans que le pouvoir adjudicateur exige réellement des entrepreneurs étrangers de fournir une telle preuve, constituerait une violation de ce principe à cause de l'effet dissuasif que cette indication pourrait avoir auprès des entrepreneurs des autres Etats membres.

6.23. Capacité financière et économique

Quant à la justification de la capacité financière et économique, l'article 26 prévoit qu'elle peut, en règle générale, être fournie par une ou plusieurs des références suivantes :

- a) des déclarations bancaires appropriées;
- b) la présentation des bilans ou d'extraits de bilans de l'entreprise dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation sur les sociétés du pays où l'entrepreneur est établi;
- c) une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires en travaux de l'entreprise au cours des trois derniers exercices."

Cette liste n'est pas limitative. En effet, la directive impose aux pouvoirs adjudicateurs de préciser dans l'avis ou dans l'invitation à soumissionner celle ou celles des références précitées qu'ils ont choisies ainsi que les autres références probantes qu'ils entendent obtenir.

Par conséquent, lorsqu'il s'agit de la capacité économique et financière, il relève de la compétence des pouvoirs adjudicateurs non seulement d'établir le niveau de capacité exigé pour participer à un marché donné, mais également de fixer les justifications nécessaires. Les justifications éventuellement exigées au delà de celles indiquées par la directive doivent, toutefois, constituer des références probantes, c'est-à-dire qu'elles doivent être objectivement utiles pour prouver la capacité exigée en fonction de l'importance des travaux à réaliser et, surtout, qu'elles ne doivent pas avoir un effet discriminatoire entre entrepreneurs nationaux et entrepreneurs des autres Etats membres.

Dans l'arrêt rendu le 9.7.1987 dans les affaires jointes 27, 28 et 29/86³⁸, la Cour a admis, par exemple, que parmi les éléments d'appréciation de la capacité économique et financière puisse figurer le montant total des travaux effectués simultanément par l'entreprise.

Enfin, si pour une raison justifiée, l'entrepreneur n'est pas en mesure de fournir les références demandées, la directive impose aux pouvoirs adjudicateurs de lui permettre de prouver par tout autre document qu'il répond aux exigences économiques et financières requises. Toutefois, il appartient au pouvoir adjudicateur d'apprécier si ces documents sont appropriés.

³⁸ C.J.C.E., affaires préjudicielles, Société Anonyme Constructions et Entreprises Industrielles et autres co/Société Coopérative Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes et autres, Rec. 1987, page 3368.

6.2.4 Capacités techniques

En ce qui concerne la justification des capacités techniques de l'entrepreneur, l'article 27 fixe la liste exhaustive des moyens de preuve que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger.

Cette preuve peut être fournie :

- a) par des titres d'études et professionnels de l'entrepreneur ou/et des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de la conduite des travaux;
- b) par la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiqueront le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et préciseront s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Le cas échéant, ces certificats seront transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente;
- c) par une déclaration mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage;
- d) par une déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels de l'entreprise et l'importance de ses cadres pendant les trois dernières années;
- e) par une déclaration mentionnant les techniciens ou les organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise, dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage."

Comme pour la justification de la capacité financière et économique, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de préciser dans l'avis ou dans l'invitation à soumissionner ou à négocier les références relatives aux capacités techniques qu'ils entendent obtenir.

6.2.5 Renseignements complémentaires

Pour assurer la transparence de la sélection, toute fixation ultérieure d'exigences qualitatives supplémentaires est interdite.

Postérieurement, le pouvoir adjudicateur ne peut, dans les limites fixées aux articles 24 à 27, qu'inviter les entrepreneurs à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter (article 28).

Il est opportun de souligner qu'il s'agit d'une possibilité offerte aux pouvoirs adjudicateurs, dont l'utilisation est laissée à la discrétion de ceux-ci. Certes, un pouvoir adjudicateur ne pourrait pas, lors d'un même marché, utiliser ce pouvoir de façon discriminatoire. Toutefois, cette disposition de la directive ne crée aucun droit, pour un fournisseur n'ayant pas correctement prouvé qu'il répond exigences fixées pour le marché, d'être invité à corriger ses oublis.

6.2.6 Listes officielles d'entrepreneurs agréés

L'article 29 de la directive contient des dispositions particulières sur les modalités suivant lesquelles les Etats membres établissent et gèrent les listes officielles d'entrepreneurs agréés et la force probatoire d'aptitude résultant de l'inscription sur ces listes à l'égard des pouvoirs adjudicateurs des autres Etats membres.

"Les Etats membres qui ont des listes officielles d'entrepreneurs agréés doivent les adapter aux dispositions de l'article 24 points a) à d) et g) et des articles 25, 26 et 27" (article 29, paragraphe 1).

L'établissement et la gestion de ces listes doivent donc avoir lieu en vertu d'une appréciation objective basée sur les critères que la directive prévoit pour la sélection des concurrents au cours des procédures d'adjudication.

Il faut préciser qu'une société holding qui n'exécute pas elle-même les travaux mais les fait réaliser par ses filiales peut demander l'inscription sur une liste d'entrepreneurs agréés en faisant état des références de ses filiales pour autant qu'elle établit "que, quelle que soit la nature du lien juridique qui l'unit à ces filiales, elle a effectivement la disposition des moyens de ces dernières qui sont nécessaires à l'exécution des marchés"³⁹.

Les entrepreneurs inscrits sur de telles listes dans l'Etat membre où ils sont établis peuvent utiliser cette inscription comme moyen de preuve alternatif, dans les limites examinées ensuite, de leur capacité à remplir les critères qualitatifs énoncés aux articles 24 à 27.

Conformément à la jurisprudence de la Cour⁴⁰, il est exclu que l'inscription sur une telle liste dans l'Etat du pouvoir adjudicateur puisse être exigée des entrepreneurs établis dans d'autres Etats membres.

Une telle exigence aurait pour conséquence d'enlever tout effet utile à l'article 59 du Traité CEE, dont l'objet est précisément d'éliminer les restrictions à la libre prestation de services de la part de personnes non établies dans l'Etat où la prestation doit être fournie.

L'entrepreneur qui choisit d'utiliser ce moyen de preuve alternatif doit présenter au pouvoir adjudicateur un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente et mentionnant les références qui ont permis l'inscription sur la liste ainsi que la classification que cette liste comporte.

En ce qui concerne la force probante d'un tel certificat, le paragraphe 3 de l'article 29 précité établit que "l'inscription certifiée par les organismes compétents sur de telles listes ne constitue, à l'égard des pouvoirs adjudicateurs des autres Etats membres, qu'une présomption d'aptitude aux travaux correspondant au classement de cet entrepreneur qu'au sens de l'article 24 points a) à d) et g), de l'article 25 et de l'article 26

³⁹ C.J.C.E., Arrêt du 14.4.94, aff. préjudicielle C-589/92, Ballast Nedam Groep NV co Belgische Staat, Rec. 1994, page 4635.

⁴⁰ C.J.C.E., Arrêt du 10.2.1982, S.A. Transporoute et travaux co/Ministère des Travaux publics, Affaire préjudicielle 76/81, Rec. 1982, page 417.

points b) et c), de l'article 27 points b) et d) pour les travaux correspondant au classement de cet entrepreneur.

Les renseignements qui peuvent être déduits de l'inscription sur des listes officielles ne peuvent être mis en cause. Toutefois, en ce qui concerne le versement des cotisations de sécurité sociale, une attestation supplémentaire peut être exigée de tout entrepreneur inscrit, à l'occasion de chaque marché.

En dehors des preuves apportées par ces éléments objectifs, l'entrepreneur peut, pour les références où il y a présomption d'aptitude, être invité par le pouvoir adjudicateur à compléter ces renseignements en vue d'évaluer l'aptitude requise pour les travaux.

Pour les références où il n'y a pas de présomption d'aptitude, l'entrepreneur est tenu de transmettre la documentation exigée par le pouvoir adjudicateur dans le respect de la directive.

Ainsi qu'il a été confirmé par la Cour⁴¹, la force probante d'un certificat d'inscription sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un Etat membre à l'égard des pouvoirs adjudicateurs des autres Etats membres est limitée aux éléments objectifs qui ont permis l'inscription et ne couvre pas la classification qui en résulte. Les pouvoirs adjudicateurs, tout en ne pouvant pas mettre en cause les renseignements déduits d'une telle inscription, gardent cependant la compétence pour fixer le niveau de capacité économique et financière et des capacités techniques requis pour participer à un marché déterminé.

Par conséquent, ils sont tenus d'accepter comme suffisantes la capacité économique et financière et les capacités techniques de l'entrepreneur pour les travaux correspondant à son classement dans la seule mesure où ce classement est fondé sur des critères équivalents quant au niveau de capacités exigé. Si tel n'est pas le cas, ils sont en droit d'écarter un entrepreneur qui ne remplit pas les conditions requises.

6.3 Nombre de candidats invités à présenter une offre ou à négocier

Conformément à l'article 22, dans les procédures restreintes et dans les procédures négociées, les pouvoirs adjudicateurs choisissent les candidats qu'ils inviteront à présenter une offre ou à négocier parmi ceux présentant les qualifications requises par les articles 24 à 29, leur choix étant basé uniquement sur les renseignements concernant la situation personnelle de l'entrepreneur et les renseignements et formalités nécessaires pour l'évaluation des conditions minimales de caractère économique et technique à remplir conformément aux exigences indiquées dans l'avis.

Important

⁴¹ C.J.C.E., Arrêt du 9.7.1987, affaires préjudicielles 27, 28 et 29/86, Société Anonyme Constructions et Entreprises Industrielles et autres co/Société Coopérative Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes et autres, Rec. 1987, page 3368.

Les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas pour autant obligés d'inviter tous les candidats répondant aux conditions requises. La directive leur permet, ainsi qu'il est précisé par la suite, d'en limiter le nombre, à condition cependant que le choix soit effectué sur la base des mêmes critères de sélection qualitative, transparents et objectifs, préalablement fixés.

Les pouvoirs adjudicateurs ne pourront donc parvenir à une limitation des invités à soumissionner ou à négocier qu'en prenant en considération les candidats présentant les meilleures qualifications conformément aux critères de sélection précisés dans l'avis de marché.

6.3.1 Dans les procédures restreintes

En ce qui concerne le nombre d'entrepreneurs invités à soumissionner dans les procédures restreintes, la directive admet la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de fixer préalablement une fourchette à l'intérieur de laquelle se situera le nombre d'entreprises qu'ils envisagent de faire participer au marché.

Le recours à cette possibilité n'est admis que si la fourchette est précisée dans l'avis de marché - toute fixation ultérieure étant interdite - et que si le nombre le moins élevé de cette fourchette n'est pas inférieur à 5 candidats.

La fixation de la fourchette doit être faite en fonction de la nature des travaux à réaliser.

Important

La directive prévoit, en outre, que le nombre des candidats admis à présenter une offre doit, en toute hypothèse, être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

En effet, tout en ayant préfixé un nombre minimal conforme à la directive, un pouvoir adjudicateur pourrait être dans l'impossibilité de le respecter en raison du nombre insuffisant de candidatures qu'il a reçues de la part d'entreprises ayant les qualifications requises pour le marché.

Dans ce cas, il est présumé qu'une concurrence réelle est assurée lorsque le nombre des candidats invités à soumissionner est, dans la mesure où il y a un nombre suffisant de demandes de participation par des entreprises qualifiées, au minimum de trois.

6.3.2 Dans les procédures négociées avec publication préalable d'un avis

Dans les procédures négociées avec publication préalable d'un avis, le nombre minimum de candidats invités à négocier est de trois à condition, bien entendu, qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés.

6.3.3 Appel aux ressortissants des autres Etats membres

En tout état de cause, lorsqu'il s'agit d'inviter les entrepreneurs à une procédure restreinte ou négociée, la directive impose aux pouvoirs adjudicateurs - et aux Etats membres d'assurer le respect de cette obligation - de faire appel, sans discrimination, aux ressortissants des autres Etats membres répondant aux qualifications requises et dans les mêmes conditions qu'aux nationaux.

En règle générale, on peut présumer qu'il n'y a pas de discrimination en raison de la nationalité lors de la sélection des entrepreneurs, si le pouvoir adjudicateur a maintenu, entre les candidats nationaux et ceux des autres Etats membres qu'il a retenus, la proportion constatée entre les candidats nationaux et ceux des autres Etats membres qui présentaient les qualifications requises. Cette présomption ne préjuge cependant pas, lors d'un éventuel contrôle, d'une appréciation plus approfondie des éléments pris en considération lors de la sélection.

6.3.4 Information des candidats écartés

Les pouvoirs adjudicateurs sont obligés de communiquer aux candidats écartés, qui en font la demande, les motifs pour lesquels ils n'ont pas été invités à présenter une offre ou à négocier. Cette information doit être transmise dans un délai de 15 jours à partir de la réception de la demande introduite par le candidat.

6.4 Conditions particulières de participation

6.4.1 Les offres proposant des variantes au cahier des charges

La stimulation du progrès technique dans le secteur de la construction est un des éléments essentiels pour la réalisation d'un marché unique concurrentiel au niveau mondial. De ce fait, l'intérêt général exige que le transfert des technologies et de savoir-faire d'un Etat membre à l'autre dans le secteur des travaux publics se fasse au profit non seulement de la collectivité des usagers, mais également de la profession.

Sur la base de ce constat et compte tenu des travaux envisagés par la Commission pour établir dans l'Union des cahiers des charges en termes de performance en lieu et place de prescriptions techniques détaillées, la directive prévoit que les entrepreneurs puissent déjà, dans le respect de certaines conditions, proposer des variantes.

Cette possibilité est uniquement prévue lorsque le critère d'attribution du marché est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, car, d'une part, ce critère est normalement adopté pour les marchés plus complexes et importants où la présentation d'une variante peut montrer tout son intérêt et, d'autre part, l'appréciation d'une variante implique plusieurs critères d'évaluation et non seulement le prix offert.

La directive laisse au pouvoir adjudicateur le soin de décider s'il désire autoriser ou interdire les variantes et d'établir quel type de variantes il entend prendre en considération ainsi que les conditions de présentation de ces variantes. Par exemple, le pouvoir adjudicateur pourrait exiger la présentation d'une offre de base en même temps que la variante.

Elle lui impose toutefois, dans le cas où il interdit les variantes, de préciser dans l'avis de marché qu'elles ne sont pas autorisées.

Lorsque les variantes sont admises, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de l'indiquer dans l'avis de marché, mais il est obligé de mentionner dans le cahier des charges les conditions minimales que les variantes doivent respecter et les modalités de leur soumission.

Ensuite, il ne pourra prendre en considération que les variantes répondant aux exigences minimales indiquées dans le cahier des charges.

D'autre part, il ne pourra rejeter la soumission d'une variante pour la seule raison qu'elle a été établie avec des spécifications techniques définies par référence à des normes nationales transposant des normes européennes ou à des agréments techniques européens ou à des spécifications techniques communes ou encore par référence à des spécifications techniques nationales reconnues conformes - selon les procédures prévues dans les directives communautaires relatives à l'harmonisation technique - aux exigences essentielles que ces directives énumèrent ou par référence aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en oeuvre des produits.

6.4.2 *La sous-traitance*

La sous-traitance dans les marchés publics n'est pas réglementée en tant que telle par la directive. Cependant, en vue d'assurer une transparence des conditions d'exécution des marchés, la directive prévoit que, dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire de lui communiquer avec son offre la part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers.

La directive précise, en outre, que cette communication ne préjuge pas de la question de la responsabilité de l'entrepreneur principal.

6.4.3 *Les groupements d'entrepreneurs*

Les groupements d'entrepreneurs doivent être admis à présenter une offre ou à négocier sans qu'ils revêtent une forme juridique déterminée. Toutefois, le groupement retenu pourra être contraint d'assurer sa transformation dans une telle forme lorsque le marché lui aura été attribué. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit avoir préalablement précisé dans l'avis de marché la forme juridique exigée.

Ainsi qu'il a été indiqué au sujet de la "notion d'entrepreneur" (point 1.2), la Cour⁴² a confirmé qu'une personne, qui n'a pas l'intention ou les moyens d'exécuter elle-même les travaux et les fait réaliser par d'autres, peut participer à une procédure de passation des marchés. Cependant, il lui incombe, pour démontrer qu'elle possède les capacités techniques, financières et économiques requises, d'établir qu'elle a effectivement à disposition les moyens possédés par les entrepreneurs auxquels elle compte recourir

⁴² C.J.C.E., Arrêt du 14.4.94, aff. préjudicielle C-389/92, Ballast Nedam Groep NV co Belgische Staat, Rec. 1994, page I-1289.

pour la réalisation du marché et que ces moyens satisfont aux exigences précisées par le pouvoir adjudicateur.

6.4.4 Dispositions de protection et conditions de travail en vigueur où les travaux sont à exécuter

Les pouvoirs adjudicateurs ont la faculté ou bien peuvent être obligés par l'Etat membre auquel ils appartiennent d'indiquer dans le cahier des charges l'autorité et/ou les autorités auprès desquelles les soumissionnaires peuvent obtenir les informations pertinentes sur les obligations relatives aux dispositions de protection et conditions de travail en vigueur dans l'Etat membre, la région ou la localité dans laquelle les travaux seront réalisés et qui seront applicables aux travaux effectués sur le chantier durant l'exécution du marché.

Lorsque le pouvoir adjudicateur fournit les informations précitées, il doit demander aux entrepreneurs d'indiquer qu'ils ont tenu compte de ces obligations dans la préparation de leur offre.

6.4.5 Conditions non prévues par la directive

Conformément aux principes dégagés par la Cour dans l'arrêt "Beentjes"⁴³, la participation des soumissionnaires aux marchés peut être soumise à des conditions non prévues par la directive et consistant dans la capacité de l'entrepreneur de satisfaire, au cas où il serait adjudicataire du marché, à des clauses contractuelles (dans le cas d'espèce, il s'agissait de l'obligation d'employer des chômeurs de longue durée) ne concernant aucun élément susceptible de rentrer dans les critères de sélection ou dans les critères d'attribution.

Ces clauses doivent, bien entendu, respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire et, notamment, les principes de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services ainsi que l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

En ce qui concerne plus particulièrement leur compatibilité avec la directive, les clauses ne doivent pas avoir d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres, c'est-à-dire, il ne doit pas s'avérer, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, que ces conditions ne pourraient être remplies que par les soumissionnaires nationaux ou bien qu'elles pourraient être plus difficilement remplies par les soumissionnaires provenant d'autres Etats membres.

En outre, comme il s'agit de conditions particulières supplémentaires, les pouvoirs adjudicateurs doivent obligatoirement les indiquer dans l'avis de marché pour que les

⁴³ C.J.C.E., Arrêt du 20.9.1988, aff. préjudicielle 31/87, Gebroeders Beentjes B.V. Etat des Pays-Bas, Rec. 1988, page 4635.

entrepreneurs soient en mesure d'apprécier si un marché public comportant de telles conditions contractuelles les intéresse⁴⁴.

6.5 L'attribution du marché

6.5.1 Critères d'attribution

Les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs doivent se fonder pour attribuer leurs marchés sont soit le prix le plus bas, soit l'offre économiquement la plus avantageuse.

⁴⁴ Pour une plus ample analyse de cette jurisprudence et de ses possibilités d'application, voir la Communication de la Commission du 22 septembre 1989 "Marchés publics - Aspects régionaux et sociaux (J.O. n° C 311 du 12.12.89, page 17).

Le prix le plus bas

Ce critère ne pose pas de problème d'interprétation, car seul le prix demandé par les soumissionnaires doit être pris en considération et le marché doit être attribué au soumissionnaire qui demande le prix le moins élevé.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs utilisent ce critère d'attribution doivent l'indiquer :

- dans l'avis de marché en cas de procédure ouverte
- dans l'avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner en cas de procédure restreinte.

L'offre économiquement la plus avantageuse

Le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, par contre, nécessite des précisions supplémentaires. Le problème se pose, en effet, de déterminer les composantes susceptibles de définir cette offre.

A cet égard, la directive indique que les pouvoirs adjudicateurs peuvent se baser sur "divers critères variables suivant le marché : par exemple, le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique".

Cette liste n'est pas limitative, mais les exemples cités permettent d'établir que les composantes de l'offre économiquement la plus avantageuse ne peuvent être que des critères objectifs, également applicables à toutes les offres et strictement liés à l'objet du marché.

Leur variété est admise pour répondre aux exigences inhérentes aux différents travaux à réaliser et à leur destination, telle que prévue par le pouvoir adjudicateur.

Conformément à l'interprétation donnée par la Cour, la directive reconnaît aux pouvoirs adjudicateurs un pouvoir d'appréciation qui doit être exercé uniquement en vue d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de critères objectifs tels que ceux énumérés à titre d'exemple par la directive. Tout élément de choix arbitraire étant interdit.

Chaque critère que le pouvoir adjudicateur compte utiliser pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse doit être précisé, soit dans l'avis de marché, soit dans le cahier des charges. Cette obligation de publicité ne serait pas satisfaite - ainsi qu'il a été précisé par la Cour⁴⁵ - par un renvoi général à une disposition de la législation nationale.

Des critères qui n'ont pas été mentionnés ne pourront pas être utilisés lors du choix de l'offre.

⁴⁵ C.J.C.E., Arrêt du 20.9.1988, aff. préjudicielle 31/87, Gebroeders Beentjes B.V. co/ Etat des Pays-Bas, Rec. 1988, page 4635.

La directive précise, en outre, que les critères doivent, si possible, être énumérés dans l'ordre décroissant de l'importance que le pouvoir adjudicateur leur accorde.

On pourrait penser que cette hiérarchisation pose des problèmes. Cependant, il y a des cas où l'un ou l'autre critère prédomine : par exemple, s'il s'agit de bâtir un pont, l'ordre dans lequel les critères sont énumérés peut être le suivant :

1. valeur technique (solidité, résistance aux déformations du sol, élasticité, etc.);
2. coût de l'ouvrage;
3. valeur esthétique.

En présence d'une valeur technique égale, la préférence sera donnée à l'ouvrage le moins cher. Si deux projets présentent la même valeur technique et comportent le même prix, la préférence sera donnée au plus élégant, etc.

C'est pourquoi les pouvoirs adjudicateurs doivent, chaque fois que cela est possible, communiquer cette hiérarchie des valeurs aux entreprises afin que celles-ci soient informées de la base sur laquelle leur offre sera appréciée⁴⁶.

6.5.2 *Exception*

A titre d'exception, l'attribution du marché peut être fondée sur des critères d'une nature différente de celle des deux critères précités dans le cadre d'une réglementation en vigueur au moment de l'adoption de la directive et visant à faire bénéficier certains soumissionnaires d'une préférence, à condition, bien entendu, que cette réglementation soit compatible avec le traité.

Il s'agit de réglementations nationales qui, au niveau de l'attribution des marchés, accordent, suivant différents systèmes (par exemple, à égalité de prix ou équivalence d'offres), un droit de préférence aux entreprises qui présentent certaines caractéristiques. Cette préférence n'est légitime que si elle est étendue aux entreprises, établies dans n'importe quelle région de l'Union, qui présentent les mêmes caractéristiques.

Il convient de préciser que cette disposition, qui concerne uniquement les préférences accordées pour promouvoir certaines catégories d'entreprises, ne doit pas être confondue avec celle concernant les "régimes de préférences régionales"⁴⁷, l'applicabilité de laquelle a été limitée au 31 décembre 1992.

6.5.3 *Offres anormalement basses*

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur se trouve en présence d'offres qui lui semblent anormalement basses par rapport à la prestation, il ne peut pas les rejeter automatiquement. Avant qu'il ne puisse rejeter une telle offre, la directive lui impose de

⁴⁶ Conclusions du Comité consultatif pour les marchés publics lors de sa 10^{ème} réunion des 25, 26 et 27 avril 1977.

⁴⁷ Au sujet des régimes de préférences régionales, voir la "Communication de la Commission du 22 septembre 1989" "Marchés publics - Aspects régionaux et sociaux" (J.O. n° 311 du 12.12.1989, page 17).

demander par écrit au soumissionnaire concerné toutes les précisions sur la composition en tenant compte des justifications fournies par ce soumissionnaire.

La directive précise les catégories de justifications que le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération, à savoir les justifications tenant à l'économie du procédé de construction, aux solutions techniques adoptées, aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux ou à l'originalité du projet du soumissionnaire.

A défaut de cette procédure, aucune offre ne peut être rejetée en raison de son prétendu caractère anormalement bas. Ce point a été ainsi explicité par la Cour⁴⁸ : "Le fait que le pouvoir adjudicateur se voit expressément reconnaître par cette disposition" - article 29 paragraphe 5 de la directive 71/305/CEE⁴⁹ - "le droit d'établir si ces justifications sont inacceptables ne l'autorise en aucun cas... à préjuger de cette inacceptation en rejetant l'offre sans même demander au soumissionnaire de se justifier. L'objectif de cette disposition, qui est de protéger le soumissionnaire de l'arbitraire du pouvoir adjudicateur, ne pourrait en effet être atteint si on laissait à celui-ci le soin d'apprécier l'opportunité d'une demande de justification."

Conformément à cet arrêt, le pouvoir adjudicateur est obligé de donner au soumissionnaire un délai raisonnable pour présenter ses justifications.

La Cour⁵⁰ a précisé en outre que la procédure précise et détaillée de vérification contradictoire des offres paraissant anormalement basses a été prescrite par la directive pour permettre aux soumissionnaires, qui ont présenté des offres particulièrement basses, de prouver que ces offres sont sérieuses et pour assurer l'ouverture des marchés publics de travaux. Elle a donc dit pour droit que : "l'article 29, paragraphe 5, de la directive 71/305/CEE du Conseil, interdit aux Etats membres de mettre en place des dispositions qui prévoient l'exclusion d'office des marchés de travaux publics, de certaines offres déterminées selon un critère mathématique, au lieu d'obliger le pouvoir adjudicateur à appliquer la procédure de vérification contradictoire prévue par la directive". La Cour, ayant précisé que la disposition en cause de la directive était inconditionnelle et suffisamment précise pour pouvoir être invoquée devant les juridictions nationales, a en outre dit pour droit que "tout comme le juge national, une administration, y compris communale, a l'obligation d'appliquer les dispositions de l'article 29, paragraphe 5, de la directive 71/305 du Conseil, et d'écarter l'application de celles du droit national qui n'y sont pas conformes".

En outre, si le critère d'attribution du marché est le prix le plus bas, le pouvoir adjudicateur doit communiquer à la Commission le rejet des offres jugées trop basses.

Dans ce cas, l'exclusion touche des offres qui, si leur prix était correctement formé, satisferaient le critère fixé pour gagner le marché. Par conséquent, il est

⁴⁸ C.J.C.E., Arrêt du 10.9.1982, aff. préjudicielle 76/81, S.A. Transporoute c/Ministère de Travaux publics du Grand Duché de Luxembourg, Rec. 1982, p. 417.

⁴⁹ L'Art. 29, paragraphe 5 de la directive 71/305/CEE correspond à l'Art. 30, paragraphe 5 de la directive "Travaux" codifiée.

⁵⁰ C.J.C.E., Arrêt du 22.6.1989, affaire préjudicielle 103/88, Fratelli Costanzo S.p.A. c/Commune de Milan, Rec. 1989, page 1839.

particulièrement important d'assurer la plus grande transparence et de permettre à la Commission de vérifier, le cas échéant, si le prix était effectivement anormalement bas et donc inacceptable.

6.5.4 Information des soumissionnaires écartés

Le pouvoir adjudicateur est obligé de communiquer, à tout soumissionnaire écarté qui en fait la demande, les motifs du rejet de son offre ainsi que le nom de l'adjudicataire du marché.

Cette communication doit être faite dans un délai maximum de 15 jours à partir de la réception de la demande.

6.6 Procès-verbal sur le marché passé

Pour chaque marché qu'ils passent, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'établir un procès-verbal dont le texte intégral ou les principaux points doivent, sur demande de la Commission, lui être communiqués.

Ce procès-verbal doit comporter au moins :

- le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché,
- les noms des candidats ou soumissionnaires retenus et la justification de leur choix,
- les noms des candidats ou soumissionnaires exclus et les motifs de leur rejet,
- le nom de l'adjudicataire et la justification du choix de son offre ainsi que, si elle est connue, la part du marché que l'adjudicataire a l'intention de sous-traiter à des tiers,
- en ce qui concerne les procédures négociées, l'indication des circonstances qui justifient le recours à ces procédures.

7. LES CONCESSIONS DE TRAVAUX PUBLICS

Les concessions de travaux publics, compte tenu de leur nature spécifique, ne sont soumises qu'à des règles de publicité, destinées à assurer une certaine transparence dans ce domaine.

Le concédant est donc libre dans le choix des formes procédurales (par exemple, il peut négocier), dans l'établissement des exigences qualitatives auxquelles les candidats doivent satisfaire et dans la fixation des critères qu'il utilisera pour l'attribution de la concession.

Il faut souligner, cependant, que cette liberté n'est pas inconditionnelle. Elle trouve, en effet, ses limites dans les règles fixées par le traité, notamment en ce qui concerne les principes du droit d'établissement et de la libre prestation de services et l'interdiction de toute discrimination sur la base de la nationalité.

D'autre part, il faut observer que les informations publiées conformément aux règles de publicité imposées par la directive, ont des effets inévitables sur la procédure d'attribution de la concession. Par exemple, les critères de sélection des candidats et les critères d'attribution de la concession, une fois qu'ils ont été publiés, sont les seuls que le concédant peut et doit utiliser.

7.1 Qu'entend-ont par concession de travaux publics?

Aux termes de la directive, la concession de travaux publics est un contrat qui présente les mêmes caractères que ceux d'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.

L'élément déterminant pour établir s'il s'agit d'un marché public de travaux ou bien d'une concession de travaux publics est la forme de rémunération des travaux. Pour qu'il s'agisse d'une concession, cette rémunération doit consister, au moins en partie, dans le droit d'exploiter l'ouvrage, c'est-à-dire dans le profit que le concessionnaire, suivant ses capacités de gestion de l'ouvrage, tirera de ce droit.

Peu importe que les recettes provenant de la gestion soient matériellement perçues par le concédant ou par le concessionnaire, ce qui compte est que la totalité ou une partie proportionnelle de ces recettes soit versée à ce dernier au titre de rémunération des travaux.

Suivant les conditions de gestion éventuellement imposées par le concédant, celui-ci peut garantir un revenu minimal au concessionnaire.

Cependant, dans le cas où il rémunérerait le concessionnaire par des montants fixés - par exemple mensuels ou annuels - en contrepartie des travaux d'une part et, d'autre

part, de l'activité de gestion, sans que cette rémunération soit, de quelque façon que ce soit, proportionnelle au produit de la gestion, il ne s'agirait plus d'une concession de travaux publics, mais il s'agirait d'un marché public de travaux dont l'objet comprendrait, outre la réalisation des travaux, la prestation des services nécessaires pour la gestion de l'ouvrage. Dans ce cas, en effet, le "droit d'exploiter l'ouvrage" serait vidé de son contenu essentiel puisque le pouvoir adjudicateur en réalité garderait pour lui les risques et les avantages liés à l'exploitation.

7.2 Concessions de travaux publics soumises aux règles de publicité

Tout contrat de concession de travaux publics, dont la valeur est égale ou supérieure à 5 millions d'Ecus, doit être mis en concurrence au niveau communautaire conformément aux règles de publicité indiquées ci-dessous. Cela implique qu'un pouvoir adjudicateur ne pourrait pas, le cas échéant, invoquer l'existence de circonstances permettant de passer un marché public de travaux sans publication d'un avis pour soustraire aux règles de publicité la passation d'un contrat de concession.

7.2.1 Seuil

En ce qui concerne le seuil et la méthode de calcul du seuil, il faut appliquer les règles indiquées précédemment pour les marchés publics de travaux.

7.3 Règles de publicité pour les concessions de travaux publics

Les pouvoirs adjudicateurs qui désirent conclure un contrat de concession de travaux publics sont obligés de mettre en concurrence communautaire ce contrat en faisant publier au Journal Officiel des Communautés européennes et à la banque de données TED un avis.

A cet effet, l'avis doit être envoyé, dans les meilleurs délais et par les voies les plus appropriées, à l'Office des Publications officielles des Communautés européennes qui, douze jours au plus tard après l'envoi, le publiera in extenso dans la langue originale - la seule faisant foi - et sous forme de résumé des éléments importants dans les autres langues communautaires.

Les pouvoirs adjudicateurs doivent être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi de l'avis à l'Office des Publications.

La publication dans les Journaux Officiels ou dans la presse du pays du pouvoir adjudicateur ne doit pas avoir lieu avant cette date, dont elle doit faire mention. En outre, la publication au niveau national ne doit pas contenir des renseignements autres que ceux publiés au niveau communautaire.

7.3.1 Contenu et forme de l'avis

Les avis de concession de travaux publics doivent être établis, aussi bien en ce qui concerne leur forme que leur contenu, conformément au modèle prévu par la directive et ne doivent pas dépasser une page du *Journal Officiel des Communautés européennes*, soit environ 650 mots.

Le modèle est le suivant :

1. Nom, adresse, numéros de téléphone, de télégraphe, de télex et de télécopieur du pouvoir adjudicateur;
2. a) Lieu d'exécution;
b) objet de la concession, nature et étendue des prestations;
3. a) Date limite de présentation des candidatures;
b) adresse où elles doivent être transmises;
c) la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées;
4. Conditions personnelles, techniques et financières à remplir par les candidats;
5. Critères qui seront utilisés lors de l'attribution du contrat;
6. Le cas échéant, pourcentage minimal des travaux confiés à des tiers;
7. Autres renseignements;
8. Date d'envoi de l'avis;
9. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

7.3.2 Délai minimal pour la présentation des candidatures

En cas de recours à la concession de travaux publics, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de fixer un délai pour la présentation des candidatures.

Ce délai ne peut être inférieur à 52 jours à compter⁵¹ de la date de l'envoi de l'avis à l'Office des Publications officielles des Communautés européennes.

7.4 Règles applicables en cas de sous-traitance de travaux par le concessionnaire

Les règles qu'un concessionnaire doit respecter lorsqu'il fait exécuter par des tiers des travaux, dont la valeur égale ou dépasse 5.000.000 d'Ecus, varient en fonction du concessionnaire.

⁵¹ Les règles pour le décompte de ce délai sont, comme pour les marchés publics de travaux, celles du Règlement (CEE, Euratom) n° 1182/72 du Conseil du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes. Voir annexe IV.

7.4.1 *Le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur*

Si le concessionnaire est lui-même un pouvoir adjudicateur au sens de la directive, les contrats pour l'exécution de ces travaux doivent être adjugés dans le plein respect de toutes les dispositions que la directive prévoit pour les marchés publics de travaux.

7.4.2 *Le concessionnaire n'est pas un pouvoir adjudicateur*

Si le concessionnaire n'est pas lui-même un pouvoir adjudicateur, la directive impose uniquement le respect de certaines règles de publicité.

Ces règles ne sont pas applicables lorsque le concessionnaire passe des marchés de travaux avec des entreprises qui ne sont pas tierces. Aux termes de la directive, ne sont pas considérées comme tierces les entreprises qui se sont groupées pour obtenir la concession ainsi que les entreprises qui leur sont liées. De même, lorsque le concessionnaire n'est pas un groupement d'entreprises mais une seule entreprise, ne sont pas considérées comme tierces les entreprises qui lui sont liées.

Par "entreprise liée", il faut entendre toute entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire ou qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise :

- détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise
ou
- dispose de la majorité de voix attachées aux parts émises par l'entreprise
ou
- peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

La directive établit en outre que la liste limitative de ces entreprises doit être jointe à la candidature à la concession et mise à jour par la suite selon les modifications qui interviennent ultérieurement dans les liens entre les entreprises.

Cette liste étant limitative, le concessionnaire ne pourra pas invoquer la non applicabilité des règles de publicité pour la passation d'un marché de travaux avec une entreprise qui ne paraît pas dans la liste précitée.

Dans les cas où la concession a été octroyée sans que cette liste ait été déposée - soit parce que cette concession a été octroyée avant l'entrée en vigueur de la directive

89/440/CEE⁵² et sans appliquer les règles que les Etats membres étaient convenus de faire respecter par la "Déclaration des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil sur les procédures à suivre en matière de concessions de travaux"⁵³, soit parce que le lien entre le concessionnaire et une ou plusieurs entreprises est intervenu après l'octroi de la concession - le concessionnaire doit déposer préalablement auprès du concédant la liste des entreprises qui lui sont liées pour qu'il puisse passer directement avec elles un marché de travaux sans le mettre en concurrence au niveau communautaire conformément aux règles ci-après.

7.4.3 Publication d'un avis de marché

Le concessionnaire est tenu de faire connaître au niveau communautaire son intention de passer un marché de travaux avec un tiers.

A cet effet, il doit envoyer dans les meilleurs délais et par les voies les plus appropriées à l'Office des Publications officielles des Communautés européennes un avis.

Dans les 12 jours qui suivent, cet avis sera publié, in extenso dans sa langue originale et sous forme de résumé dans les autres langues communautaires, aussi bien au Supplément du *Journal Officiel des Communautés européennes* qu'à la banque de données TED.

La publication de l'avis au niveau national ne peut pas avoir lieu avant la date de l'envoi de cet avis à l'office des publications des Communautés européennes et ne peut contenir des renseignements autres que ceux publiés au niveau communautaire. Le concessionnaire doit être en mesure de faire la preuve de cette date.

7.4.4 Forme et contenu de l'avis

Cet avis doit être établi conformément au modèle suivant prévu par la directive :

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. a) Lieu d'exécution;
b) Nature et étendue des prestations, caractéristiques générales de l'ouvrage;2. Délai d'exécution éventuellement imposé;3. Nom et adresse de l'organisme auprès duquel les cahiers des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés; |
|---|

⁵² La directive du Conseil 89/440/CEE du 18.7.89, "modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux", publiée au J.O. n° L 210 du 21.7.89, a introduit la réglementation concernant les concessions de travaux publics.

⁵³ J.O. n° C 82 du 16.8.1971, page 13.

4. a) Date limite de réception des demandes de participation et/ou de réception des offres
- b) Adresse où elles doivent être transmises;
- c) La ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées;
5. Le cas échéant, cautionnement et garanties demandés;
6. Conditions de caractère économique et technique à remplir par l'entrepreneur;
7. Critères qui seront utilisés lors de l'attribution du marché;
8. Autres renseignements;
9. Date d'envoi de l'avis;
10. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

L'avis ne doit pas dépasser une page du *Journal Officiel*, soit environ 650 mots.

7.4.5 Délais minimaux

Dans la passation de ses marchés de travaux, le concessionnaire qui n'est pas lui-même un pouvoir adjudicateur aux termes de la directive doit respecter les délais minimaux⁵⁴ indiqués ci-après :

- délai de réception des demandes de participation : 37 jours à compter de la date d'envoi de l'avis à l'Office des Publications officielles des Communautés européennes;
- délai de réception des offres : 40 jours à compter de la date d'envoi de l'avis à l'Office précité ou bien - lorsque le concessionnaire sélectionne préalablement les entrepreneurs qui, suite à la publication de l'avis, ont demandé de participer au marché - à compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre.

7.4.6 Exception

Le concessionnaire peut déroger aux règles de publicité indiquées précédemment pour la passation des marchés de travaux qui remplissent les conditions exceptionnelles prévues par la directive dans les cinq cas où les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis pour l'attribution des marchés publics de travaux.

⁵⁴ Les règles pour le décompte de ces délais sont, comme pour les marchés publics de travaux et pour les concessions de travaux publics, celles du Règlement (CEE, Euratom) n° 1182/72 du Conseil du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes. Voir annexe IV.

ANNEXES

- I. Liste des "organismes et des catégories d'organismes de droit public".**
- II. Liste des activités professionnelles énumérées dans la classe 50 de la N.A.C.E.**
- III. Liste des adresses où peut être obtenu le Supplément au *Journal Officiel des Communautés européennes*.**
- IV. Règlement (CEE, EURATOM) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes.**

ANNEXE I

LISTE DES “ORGANISMES ET DES CATÉGORIES D’ORGANISMES DE DROIT PUBLIC”.

LISTE DES ORGANISMES ET DES CATÉGORIES D'ORGANISMES DE DROIT PUBLIC VISÉS À L'ARTICLE 1er POINT b)

I. EN BELGIQUE

Organismes

- Archives générales du Royaume et Archives de l'État dans les provinces - Algemeen Rijksarchief en Rijksarchief in de Provinciën,
- Conseil autonome de l'enseignement communautaire - Autonome Raad van het Gemeenschapsonderwijs,
- Radio et télévision belges, émissions néerlandaises - Belgische Radio en Televisie, Nederlandse uitzendingen,
- Belgisches Rundfunk- und Fernsehzentrum der Deutschsprachigen Gemeinschaft (Centre de radio et télévision belge de la Communauté de langue allemande - Centrum voor Belgische Radio en Televisie voor de Duitstalige Gemeenschap),
- Bibliothèque royale Albert Ier - Koninklijke Bibliotheek Albert I,
- Caisse auxiliaire de paiement des allocations de chômage - Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen,
- Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité - Hulpkas voor Ziekte-, en Invaliditeitsverzekeringen,
- Caisse nationale des pensions de retraite et de survie - Rijkskas voor Rust- en Overlevingspensioenen,
- Caisse de secours et de prévoyance en faveur des marins naviguant sous pavillon belge - Hulp- en Voorzorgskas voor Zeevarenden onder Belgische Vlag,
- Caisse nationale des calamités - Nationale Kas voor de Rampenschade,
- Caisse spéciale de compensation pour allocations familiales en faveur des travailleurs de l'industrie diamantaire - Bijzondere Verrekenkas voor Gezinsvergoedingen ten bate van de Arbeiders der Diamantnijverheid,
- Caisse spéciale de compensation pour allocations familiales en faveur des travailleurs de l'industrie du bois - Bijzondere Verrekenkas voor Gezinsvergoedingen ten bate van Arbeiders in de Houtnijverheid,
- Caisse spéciale de compensation pour allocations familiales en faveur des travailleurs occupés dans les entreprises de batellerie - Bijzondere Verrekenkas voor Gezinsvergoedingen ten bate van Arbeiders der Ondernemingen voor Binnenscheepvaart,
- Caisse spéciale de compensation pour allocations familiales en faveur des travailleurs occupés dans les entreprises de chargement, déchargement et manutention de marchandises dans les ports débarcadères, entrepôts et stations (appelée habituellement «Caisse spéciale de compensation pour allocations familiales des régions maritimes») - Bijzondere Verrekenkas voor Gezinsvergoedingen ten bate van de Arbeiders gebezigd door Ladings- en Lossingsondernemingen en door de Stuwadoors in de Havens, Losplaatsen, Stapelplaatsen en Stations (gewoonlijk genoemd: "Bijzondere Compensatiekas voor kindertoeslagen van de zeevaartgewesten"),
- Centre informatique pour la Région bruxelloise - Centrum voor Informatica voor het Brussels Gewest,
- Commissariat général de la Communauté flamande pour la coopération internationale - Commissariaat-generaal voor Internationale Samenwerking van de Vlaamse Gemeenschap,
- Commissariat général pour les relations internationales de la Communauté française de Belgique - Commissariaat-generaal bij de Internationale Betrekkingen van de Franse Gemeenschap van België,
- Conseil central de l'économie - Centrale Raad voor het Bedrijfsleven,
- Conseil économique et social de la Région wallonne - Sociaal-economische Raad van het Waals Gewest,
- Conseil national du travail - Nationale Arbeidsraad,
- Conseil supérieur des classes moyennes - Hoge Raad voor de Middenstand,
- Office pour les travaux d'infrastructure de l'enseignement subsidié - Dienst voor Infrastructuurwerken van het Gesubsidieerd Onderwijs,
- Fondation royale - Koninklijke Schenking,
- Fonds communautaire de garantie des bâtiments scolaires - Gemeenschappelijk Waarborgfonds voor Schoolgebouwen,
- Fonds d'aide médicale urgente - Fonds voor Dringende Geneeskundige Hulp,
- Fonds des accidents du travail - Fonds voor Arbeidsongevallen,
- Fonds des maladies professionnelles - Fonds voor Beroepsziekten,

- Fonds des routes - Wegenfonds,
- Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises - Fonds tot Vergoeding van de in geval van Sluiting van Ondernemingen Ontslagen Werknemers,
- Fonds national de garantie pour la réparation des dégâts houillers - Nationaal Waarborgfonds inzake Kolenmijnschade,
- Fonds national de retraite des ouvriers mineurs - Nationaal Pensioenfonds voor Mijnwerkers,
- Fonds pour le financement des prêts à des États étrangers - Fonds voor Financiering van de Leningen aan Vreemde Staten,
- Fonds pour la rémunération des mousses enrôlés à bord des bâtiments de pêche - Fonds voor Scheepsjongens aan Boord van Vissersvaartuigen,
- Fonds wallon d'avances pour la réparation des dommages provoqués par des pompages et des prises d'eau souterraine - Waals Fonds van Voorschotten voor het Herstel van de Schade veroorzaakt door Grondwaterzuiveringen en Afpompingen,
- Institut d'aéronomie spatiale - Instituut voor Ruimte-aëronomie,
- Institut belge de normalisation - Belgisch Instituut voor Normalisatie,
- Institut bruxellois de l'environnement - Brussels Instituut voor Milieubeheer,
- Institut d'expertise vétérinaire - Instituut voor Veterinaire Keuring,
- Institut économique et social des classes moyennes - Economisch en Sociaal Instituut voor de Middenstand,
- Institut d'hygiène et d'épidémiologie - Instituut voor Hygiëne en Epidemiologie,
- Institut francophone pour la formation permanente des classes moyennes - Franstalig Instituut voor Permanente Vorming voor de Middenstand,
- Institut géographique national - Nationaal Geografisch Instituut,
- Institut géotechnique de l'État - Rijksinstituut voor Grondmechanica,
- Institut national d'assurance maladie-invalidité - Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering,
- Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants - Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen,
- Institut national des industries extractives - Nationaal Instituut voor de Extractiebedrijven,
- Institut national des invalides de guerre, anciens combattants et victimes de guerre - Nationaal Instituut voor Oorlogsinvaliden, Oudstrijders en Oorlogsslachtoffers,
- Institut pour l'amélioration des conditions de travail - Instituut voor Verbetering van de Arbeidsvoorwaarden,
- Institut pour l'encouragement de la recherche scientifique dans l'industrie et l'agriculture - Instituut tot Aanmoediging van het Wetenschappelijk Onderzoek in Nijverheid en Landbouw,
- Institut royal belge des sciences naturelles - Koninklijk Belgisch Instituut voor Natuurwetenschappen,
- Institut royal belge du patrimoine artistique - Koninklijk Belgisch Instituut voor het Kunstpatrimonium,
- Institut royal de météorologie - Koninklijk Meteorologisch Instituut,
- Enfance et famille - Kind en Gezin,
- Compagnie des installations maritimes de Bruges - Maatschappij der Brugse Zeevaartinrichtingen,
- Mémorial national du fort de Breendonck - Nationaal Gedenkteken van het Fort van Breendonck,
- Musée royal de l'Afrique centrale - Koninklijk Museum voor Midden-Afrika,
- Musées royaux d'art et d'histoire - Koninklijke Musea voor Kunst en Geschiedenis,
- Musées royaux des beaux-arts de Belgique - Koninklijke Musea voor Schone Kunsten van België,
- Observatoire royal de Belgique - Koninklijke Sterrenwacht van België,
- Office belge de l'économie et de l'agriculture - Belgische Dienst voor Bedrijfsleven en Landbouw,
- Office belge du commerce extérieur - Belgische Dienst voor Buitenlandse Handel,
- Office central d'action sociale et culturelle au profit des membres de la communauté militaire - Centrale Dienst voor Sociale en Culturele Actie ten behoeve van de Leden van de Militaire Gemeenschap,
- Office de la naissance et de l'enfance - Dienst voor Borelingen en Kinderen,

- Office de la navigation - Dienst voor de Scheepvaart,
- Office de promotion du tourisme de la Communauté française - Dienst voor de Promotie van het Toerisme van de Franse Gemeenschap,
- Office de renseignements et d'aide aux familles des militaires - Hulp- en Informatiebureau voor Gezinnen van Militairen,
- Office de sécurité sociale d'outre-mer - Dienst voor Overzeese Sociale Zekerheid,
- Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés - Rijksdienst voor Kinderbijslag voor Werknemers,
- Office national de l'emploi - Rijksdienst voor de Arbeidsvoorziening,
- Office national des débouchés agricoles et horticoles - Nationale Dienst voor Afzet van Land- en Tuinbouwprodukten,
- Office national de sécurité sociale - Rijksdienst voor Sociale Zekerheid,
- Office national de sécurité sociale des administrations provinciales et locales - Rijksdienst voor Sociale Zekerheid van de Provinciale en Plaatselijke Overheidsdiensten,
- Office national des pensions - Rijksdienst voor Pensioenen,
- Office national des vacances annuelles - Rijksdienst voor de Jaarlijkse Vakantie,
- Office national du lait - Nationale Zuiveldienst,
- Office régional bruxellois de l'emploi - Brusselse Gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling,
- Office régional et communautaire de l'emploi et de la formation - Gewestelijke en Gemeenschappelijke Dienst voor Arbeidsvoorziening en Vorming,
- Office régulateur de la navigation intérieure - Dienst voor Regeling der Binnenvaart,
- Société publique des déchets pour la Région flamande - Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaams Gewest,
- Orchestre national de Belgique - Nationaal Orkest van België,
- Organisme national des déchets radioactifs et des matières fissiles - Nationale Instelling voor Radioactief Afval en Splijtstoffen,
- Palais des beaux-arts - Paleis voor Schone Kunsten,
- Pool des marins de la marine marchande - Pool van de Zeelieden ter Koopvaardij,
- Port autonome de Charleroi - Autonome Haven van Charleroi,
- Port autonome de Liège - Autonome Haven van Luik,
- Port autonome de Namur - Autonome Haven van Namen,
- Radio et télévision belges de la Communauté française - Belgische Radio en Televisie van de Franse Gemeenschap,
- Régie des bâtiments - Regie der Gebouwen,
- Régie des voies aériennes - Regie der Luchtwegen,
- Régie des postes - Regie der Posterijen,
- Régie des télégraphes et des téléphones - Regie van Telegraaf en Telefoon,
- Conseil économique et social pour la Flandre - Sociaal-economische Raad voor Vlaanderen,
- Société anonyme du canal et des installations maritimes de Bruxelles - Naamloze Vennootschap "Zeekanaal en Haveninrichtingen van Brussel",
- Société du logement de la Région bruxelloise et sociétés agréées - Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij en erkende maatschappijen,
- Société nationale terrienne - Nationale Landmaatschappij,
- Théâtre royal de la Monnaie - De Koninklijke Muntchouwburg,
- Universités relevant de la Communauté flamande - Universiteiten afhankelijk van de Vlaamse Gemeenschap,
- Universités relevant de la Communauté française - Universiteiten afhankelijk van de Franse Gemeenschap,
- Office flamand de l'emploi et de la formation professionnelle - Vlaamse Dienst voor Arbeidsvoorziening en Beroepsopleiding,
- Fonds flamand de construction d'institutions hospitalières et médico-sociales - Vlaams Fonds voor de Bouw van Ziekenhuizen en Medisch-Sociale Instellingen,

- Société flamande du logement et sociétés agréées - Vlaamse Huisvestingsmaatschappij en erkende maatschappijen,
- Société régionale wallonne du logement et sociétés agréées - Waalse Gewestelijke Maatschappij voor de Huisvesting en erkende maatschappijen,
- Société flamande d'épuration des eaux - Vlaamse Maatschappij voor Waterzuivering,
- Fonds flamand du logement des familles nombreuses - Vlaams Woningfonds van de Grote Gezinnen.

Catégories

- les centres publics d'aide sociale,
- les fabriques d'église.

II. AU DANEMARK

Organismes

- Københavns Havn,
- Danmarks Radio,
- TV 2/Danmark,
- TV2 Reklame A/S,
- Danmarks Nationalbank,
- A/S Storebaeltsforbindelsen,
- A/S Øresundsforbindelsen (alene tilslutningsanlaeg i Danmark),
- Københavns Lufthavn A/S,
- Byfornyelsesselskabet København,
- Tele Danmark A/S avec ses filiales,
- Fyns Telefon A/S,
- Jydsk Telefon Aktieselskab A/S,
- Københavns Telefon Aktieselskab,
- Tele Sønderjylland A/S,
- Telecom A/S,
- Tele Danmark Mobil A/S.

Catégories

- De kommunale havne (les ports communaux),
- Andre Forvaltningssubjekter (autres entités administratives).

III. EN ALLEMAGNE

1. Catégories

Les collectivités, établissements et fondations de droit public créés par l'État ou les Länder ou les autorités locales, notamment dans les domaines suivants:

1.1. *Collectivités*

- Wissenschaftliche Hochschulen und verfasste Studentenschaften (établissements d'enseignement supérieur scientifiques et associations d'étudiants dotées de statuts),
- berufsständige Vereinigungen (Rechtsanwalts-, Notar-, Steuerberater-, Wirtschaftsprüfer-, Architekten-, Ärzte- und Apothekerkammern) [associations professionnelles (ordres ou chambres des avocats/avoués, notaires, conseillers fiscaux, experts-comptables, architectes, médecins et pharmaciens),
- Wirtschaftsvereinigungen (Landwirtschafts-, Handwerks-, Industrie- und Handelskammern, Handwerksinnungen, Handwerkerschaften) [groupements à caractère économique (chambres d'agriculture, chambres de métiers, chambres d'industrie et de commerce, organisations professionnelles artisanales, coopératives artisanales),
- Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungstraeger) [assurances sociales (caisses de maladie, organismes d'assurance contre les accidents et d'assurance pension)],
- kassenärztliche Vereinigungen (associations des médecins de caisse),
- Genossenschaften und Verbände (sociétés coopératives et fédérations).

1.2. *Établissements et fondations*

Les entités ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, soumises au contrôle de l'État, et agissant dans l'intérêt général, notamment dans les domaines suivants:

- Rechtsfähige Bundesanstalten (offices fédéraux dotés de la capacité juridique),
- Versorgungsanstalten und Studentenwerke (institutions de solidarité nationale et oeuvres universitaires et scolaires),
- Kultur-, Wohlfahrts- und Hilfsstiftungen (fondations à caractère culturel, de bienfaisance et d'aide).

2. **Personnes morales de droit privé**

Les entités ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, soumises au contrôle de l'État, et agissant dans l'intérêt général, y inclus les Kommunale Versorgungsunternehmen (services publics communaux), notamment dans les domaines suivants:

- Gesundheitswesen (Krankenhäuser, Kurmittelbetriebe, medizinische Forschungseinrichtungen, Untersuchungs- und Tierkörperbeseitigungsanstalten) [santé (hôpitaux, maisons de cure, centres de recherche médicale, laboratoires d'analyse et installations d'équarrissage)],
- Kultur (öffentliche Bühnen, Orchester, Museen, Bibliotheken, Archive, zoologische und botanische Gärten) [culture (théâtres publics, orchestres, musées, bibliothèques, archives, jardins zoologiques et botaniques)],
- Soziales (Kindergärten, Kindertagesheime, Erholungseinrichtungen, Kinder- und Jugendheime, Freizeiteinrichtungen, Gemeinschafts- und Bürgerhäuser, Frauenhaeuser, Altersheime, Obdachlosenunterkünfte) [social (jardins d'enfants, garderies d'enfants, maisons de repos, foyers d'enfants et maisons de jeunes, centres de loisirs, maisons de quartier, foyers féminins, maisons de retraite, refuges pour sans-abris)],
- Sport (Schwimmbäder, Sportanlagen und -einrichtungen) [sport (piscines, installations et équipements sportifs)],
- Sicherheit (Feuerwehren, Rettungsdienste) [sécurité (corps de sapeurs-pompiers, services de secours)],
- Bildung (Umschulungs-, Aus-, Fort- und Weiterbildungseinrichtungen, Volkshochschulen) [formation (centres de rééducation professionnelle, établissements dispensant des cours de formation, de perfectionnement et de recyclage, universités populaires)],
- Wissenschaft, Forschung und Entwicklung (Grossforschungseinrichtungen, wissenschaftliche Gesellschaften und Vereine, Wissenschaftsförderung) [science, recherche et développement (grands centres de recherche, sociétés et associations scientifiques, promotion de la science)],
- Entsorgung (Strassenreinigung, Abfall- und Abwasserbeseitigung) [assainissement (nettoyage des rues, élimination des déchets et des eaux usées)],
- Bauwesen und Wohnungswirtschaft (Stadtplanung, Stadtentwicklung, Wohnungsunternehmen, Wohnraumvermittlung) [bâtiment et logement (aménagement urbain, développement urbain, entreprises de logement, attribution des logements)],
- Wirtschaft (Wirtschaftsförderungsgesellschaften) (économie: société pour la promotion de l'économie),
- Friedhofs- und Bestattungswesen (cimetières et services d'inhumation),

- Zusammenarbeit mit den Entwicklungsländern (Finanzierung, technische Zusammenarbeit, Entwicklungshilfe, Ausbildung) [coopération avec les pays en développement (financement, coopération technique, aide au développement formation)].

IV. EN GRÈCE

Catégories

Les autres personnes morales de droit public dont les marchés publics de travaux sont soumis au contrôle de l'État.

V. EN ESPAGNE

Catégories

- Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social (entités administratives et institutions communes de sécurité sociale),
- Organismos Autónomos de la Administración del Estado (organismes autonomes de l'administration de l'État),
- Organismos Autónomos de las Comunidades Autónomas (organismes autonomes des communautés autonomes),
- Organismos Autónomos de las Entidades Locales (organismes autonomes des autorités locales),
- Otras entidades sometidas a la legislación de contratos del Estado español (autres entités visées par la législation en matière de marchés publics de l'État espagnol).

VI. EN FRANCE

Organismes

1. Établissements publics nationaux:

1.1. à caractère scientifique, culturel et professionnel:

- Collège de France,
- Conservatoire national des arts et métiers,
- Observatoire de Paris;

1.2. scientifiques et technologiques:

- Centre national de la recherche scientifique (CNRS),
- Institut national de la recherche agronomique,
- Institut national de la santé et de la recherche médicale,
- Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération (ORSTOM);

1.3. à caractère administratif:

- Agence nationale pour l'emploi,
- Caisse nationale des allocations familiales,
- Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés,
- Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés,
- Office national des anciens combattants et victimes de la guerre,
- Agences financières de bassins.

Catégories

1. Établissements publics nationaux:

- universités,

- écoles normales d'instituteurs.

2. Établissements publics régionaux, départementaux ou locaux à caractère administratif:

- collèges,
- lycées,
- établissements publics hospitaliers,
- offices publics d'habitations à loyer modéré (OPHLM).

3. Groupements de collectivités territoriales:

- syndicats de communes,
- districts,
- communautés urbaines,
- institutions interdépartementales et interrégionales.

VII. EN IRLANDE

Organismes

- Shannon Free Airport Development Company Ltd,
- Local Government Computer Services Board,
- Local Government Staff Negotiations Board,
- Córas Tráchtála (Irish Export Board),
- Industrial Development Authority,
- Irish Goods Council (Promotion of Irish Goods),
- Córas Beostoic agus Feola (CBF) (Irish Meat Board),
- Bord Fáilte Éireann (Irish Tourism Board),
- Údarás na Gaeltachta (Development Authority for Gaeltacht Regions),
- An Bord Pleanála (Irish Planning Board).

Catégories

- Third Level Educational Bodies of a Public Character (les organismes à caractère public chargés de l'enseignement supérieur),
- National Training, Cultural or Research Agencies (les agences nationales pour la formation, la culture ou la recherche),
- Hospital Boards of a Public Character (les conseils hospitaliers à caractère public),
- National Health & Social Agencies of a Public Character (les agences nationales de la santé et de la sécurité sociale à caractère public),
- Central & Regional Fishery Boards (les conseils centraux et régionaux de la pêche).

VIII. EN ITALIE

Organismes

- Agenzia per la promozione dello sviluppo nel Mezzogiorno.

Catégories

- Enti portuali e aeroportuali (entités portuaires et aéroportuaires),
- Consorzi per le opere idrauliche (consortiums pour les ouvrages hydrauliques),
- Le università statali, gli istituti universitari statali, i consorzi per i lavori inserenti le università (les universités d'État, les instituts universitaires de l'État, les consortiums pour les travaux d'aménagement des universités),
- Gli istituti superiori scientifici e culturali, gli osservatori astronomici, astrofisici, geofisici o vulcanologici (les instituts supérieurs scientifiques et culturels, les observatoires astronomiques, astrophysiques, géophysiques ou vulcanologiques),
- Enti di ricerca e sperimentazione (entités de recherche et d'expérimentation),
- Le istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza (les institutions publiques d'assistance et de bienfaisance),
- Enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza (entités qui gèrent des systèmes obligatoires de prévoyance sociale et d'assistance),
- Consorzi di bonifica (consortium d'assainissement),
- Enti di sviluppo o di irrigazione (entités de développement ou d'irrigation),
- Consorzi per le aree industriali (consortiums pour les zones industrielles),
- Comunità montane (communautés de montagne),
- Enti preposti a servizi di pubblico interesse (entités préposées à des services d'intérêt public),
- Enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero (entités publiques préposées à des activités concernant les spectacles, les sports, le tourisme et les loisirs),
- Enti culturali e di promozione artistica (entités culturelles et de promotion des arts).

IX. AU LUXEMBOURG

Catégories

- Établissements publics de l'État placés sous la surveillance d'un membre du gouvernement.
- Établissements publics placés sous la surveillance des communes.
- Syndicats de communes créés en vertu de la loi du 14 février 1900 telle qu'elle a été modifiée par la suite.

X. AUX PAYS-BAS

Organismes

- De Nederlandse Centrale Organisatie voor Toegepast Natuurwetenschappelijk Onderzoek (TNO) en de daaronder ressorterende organisaties.

Catégories

- De waterschappen (les organismes d'aménagement hydraulique),
- De instellingen van wetenschappelijk onderwijs vermeld in artikel 8 van de Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs (1985), de academische ziekenhuizen [les institutions de formation scientifique mentionnées à l'article 8 de la loi de formation scientifique (1985) [(Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs (1985)], les cliniques universitaires].

XI. AU PORTUGAL

Catégories

- Estabelecimentos públicos de ensino, investigação científica e saúde (les établissements publics de la formation, de la recherche scientifique et de la santé),
- Institutos públicos sem carácter comercial ou industrial (instituts publics ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial),

- Fundações públicas (les fondations publiques),
- Administrações gerais e juntas autónomas (administrations générales et conseils autonomes).

XII. AU ROYAUME-UNI

Organismes

- Central Blood Laboratories Authority,
- Design Council,
- Health and Safety Executive,
- National Research Development Corporation,
- Public Health Laboratory Services Board,
- Advisory, Conciliation and Arbitration Service,
- Commission for the New Towns,
- Development Board For Rural Wales,
- English Industrial Estates Corporation,
- National Rivers Authority,
- Northern Ireland Housing Executive,
- Scottish Enterprise,
- Scottish Homes,
- Welsh Development Agency.

Catégories

- Universities and polytechnics, maintained schools and colleges (universités et écoles polytechniques, écoles et collèges subventionnés),
- National Museums and Galleries (galeries et musées nationaux),
- Research Councils (conseils chargés de la promotion de la recherche),
- Fire Authorities (autorités chargées de la lutte contre l'incendie),
- National Health Service Authorities (autorités relevant du service national de la santé),
- Police Authorities (autorités policières),
- New Town Development Corporations (sociétés de développement de villes nouvelles),
- Urban Development Corporations (sociétés de développement urbain).

XIII. EN AUTRICHE

Tous les organismes soumis au contrôle budgétaire de la "Rechnungshof" (Cour des comptes) ne présentant pas un caractère industriel ou commercial.

XIV. EN FINLANDE

Les organismes ou entreprises publics ou publiquement contrôlés ne présentant pas un caractère industriel ou commercial.

XV. EN SUEDE

Tous les organismes non commerciaux dont les marchés publics sont soumis au contrôle de l'Office national des marchés publics.

ANNEXE II

Liste des activités professionnelles énumérées dans la classe 50 de la N.A.C.E.

liste

ANNEXE III

Liste des adresses où peut être obtenu le Supplément au *Journal Officiel des Communautés européennes*.

liste

ANNEXE IV

Règlement (CEE, EURATOM) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes.

I

(Actes dont la publication est une condition de leur applicabilité)

**REGLEMENT (CEE , EURATOM) N° 1182/71 DU CONSEIL
du 3 juin 1971
portant détermination des règles applicables aux délais , aux dates et aux termes**

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,
vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 235,

vu le traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, et notamment son article 203,

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis de l'Assemblée ⁽¹⁾,

considérant que de nombreux actes du conseil et de la Commission fixent des délais, des dates ou des termes et utilisent les notions de jours ouvrables ou de jours fériés;

considérant qu'il convient d'établir en la matière des règles générales uniformes;

considérant que, dans des cas exceptionnels, il peut se révéler nécessaire que certains actes du Conseil ou de la Commission dérogent à ces règles générales;

considérant que, pour réaliser les objets des Communautés , il est nécessaire d'assurer l'application uniforme du droit communautaire et, dès lors, de déterminer les règles générales applicables aux délais, aux dates et aux termes;

considérant que les traités ne prévoient pas de pouvoirs d'action pour établir de telles règles,

A ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT :

Article premier

Sauf dispositions contraires , les dispositions du présent règlement sont applicables aux actes du

⁽¹⁾ JO n° C 51 du 29.4.1970, p.25

2. Sous réserve des dispositions des paragraphes 1 et

Conseil et de la Commission qui sont ou seront pris en vertu du traité instituant la Communauté économique européenne ou du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique.

CHAPITRE I

Délais

Article 2

1 . Les jours fériés à prendre en considération pour l'application du présent règlement sont tous les jours prévus comme tels dans l'Etat membre auprès duquel ou dans l'institution des Communautés auprès de laquelle un acte est à accomplir.

A cet effet, chaque Etat membre communique à la Commission la liste des jours prévus comme jours fériés par sa législation . La Commission publie au *Journal officiel des Communautés européennes* les listes communiquées par les Etats membres et complétées par la mention des jours prévus comme jours fériés dans les institutions des Communautés.

2. Les jours ouvrables à prendre en considération pour l'application du présent règlement sont tous les jours autres que les jours fériés, les dimanches et les samedis .

Article 3

1. Si un délai exprimé en heures est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte, l'heure au cours de laquelle a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas comptée dans le délai.

Si un délai exprimé en jours, en semaines, en mois ou en années est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte, le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas compté dans le délai.

des effets et de cessation de l'application des actes du

- 4 :
- a) un délai exprimé en heures commence à courir au début de la première heure et prend fin à l'expiration de la dernière heure du délai;
 - b) un délai exprimé en jours commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai;
 - c) un délai exprimé en semaines, en mois ou en années commence à courir au début de la première heure du premier jour du délai et prend fin à l'expiration de la dernière heure du jour qui, dans la dernière semaine, dans le dernier mois ou dans la dernière année, porte la même dénomination ou le même chiffre que le jour de départ. Si, dans un délai exprimé en mois ou en années, le jour déterminant pour son expiration fait défaut dans le dernier mois, le délai prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour de ce mois;
 - d) si un délai comprend des fractions de mois, on considère, pour le calcul de ces fractions, qu'un mois est composé de trente jours.

3. Les délais comprennent les jours fériés, les dimanches et les samedis sauf si ceux-ci en sont expressément exclus ou si les délais sont exprimés en jours ouvrables.

4. Si le dernier jour d'un délai exprimé autrement qu'en heures est un jour férié, un dimanche ou un samedi, le délai prend fin à l'expiration de la dernière heure du jour ouvrable suivant.

Cette disposition n'est pas applicable aux délais calculés rétroactivement à partir d'une date ou d'un événement déterminé.

5. Tout délai de deux jours ou plus comporte au moins deux jours ouvrables.

CHAPITRE II

Dates et termes

Article 4

1. Sous réserve des dispositions du présent article, les dispositions de l'article 3, à l'exception des paragraphes 4 et 5, sont applicables aux délais d'entrée en vigueur, de prise d'effet, de mise en application, de cessation de la validité, de cessation

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre .

Fait à Luxembourg, le 3 juin 1971.

Conseil ou de la Commission ou de dispositions de ces actes.

2. L'entre en vigueur, la prise d'effet ou la mise en application des actes du conseil ou de la Commission - ou de dispositions de ces actes - fixées à une date déterminée interviennent au début de la première heure du jour correspondant à cette date.

Cette disposition est également applicable lorsque l'entrée en vigueur, la prise d'effet ou la mise en application des actes ou dispositions précités doivent intervenir un nombre de jours donné à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte.

3. La cessation de la validité, la cessation des effets ou la cessation de l'application des actes du Conseil ou de la Commission - ou de dispositions de ces actes - fixées à une date déterminée interviennent à l'expiration de la dernière heure du jour correspondant à cette date.

Cette disposition est également applicable lorsque la cessation de la validité, la cessation des effets ou la cessation de l'application des actes ou dispositions précités doivent intervenir un nombre de jours donné à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte.

Article 5

1. Sous réserve des dispositions du présent article, les dispositions de l'article 3, à l'exception des paragraphes 4 et 5, sont applicables lorsqu'un acte peut ou doit être accompli, en application d'un acte du Conseil ou de la Commission, à un moment donné.

2. Lorsqu'un acte peut ou doit être accompli, en application d'un acte du Conseil ou de la Commission, à une date déterminée, il peut ou doit être entre le début de la première heure et l'expiration de la dernière heure du jour correspondant à cette date.

Cette disposition est également applicable lorsqu'un acte peut ou doit être accompli, en application d'un acte du Conseil ou de la Commission, un nombre de jours donné à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un autre acte.

Article 6

Le présent règlement entre en vigueur le 1er juillet 1971.

Par le conseil
Le président
R. PLEVEN

POUR TOUTE INFORMATION

**COMMISSION EUROPEENNE
Rue de la Loi 200
B-1049 Bruxelles
Belgique**

Unité XV/B/3

**Marchés publics:
conception et application du droit communautaire**

**Tél: (32-2) 295.12.33.
Fax: (32-2) 296.09.62**