



**CONSEIL DE  
L'UNION EUROPÉENNE**

**Bruxelles, le 10 mai 2005  
(OR. en)**

**9138/06**

**Dossier interinstitutionnel:  
2006/0066 (COD)**

**MAP 5  
CODEC 454**

**PROPOSITION**

---

Origine: Commission

En date du: 5 mai 2006

---

Objet: Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics

---

Les délégations trouveront ci-joint la proposition de la Commission transmise par lettre de M. Jordi AYET PUIGARNAU, Directeur, à Monsieur Javier SOLANA, Secrétaire général/Haut Représentant.

---

p.j. : COM(2006) 195 final



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 4.5.2006  
COM(2006) 195 final

2006/0066 (COD)

Proposition de

**DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL**

**modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne  
l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des  
marchés publics**

(présentée par la Commission)

{SEC(2006)557}

## EXPOSÉ DES MOTIFS

### 1. CONTEXTE DE LA PROPOSITION

- Motivations et objectifs de la proposition

Les directives 89/665 et 92/13 coordonnent les dispositions nationales relatives aux moyens de recours applicables en cas de violation des directives sur les marchés publics.

Toutefois, l'absence de règles coordonnées en matière de délais applicables aux recours précontractuels, a conduit au maintien dans la plupart des Etats membres de dispositifs nationaux ne permettant pas d'empêcher en temps utile la signature de marchés dont l'attribution est contestée. Or, la signature du contrat concerné a presque toujours pour conséquence de rendre irréversibles les effets de la décision d'attribution contestée. Cette situation est encore plus préoccupante lorsqu'il s'agit de prévenir les marchés passés illégalement de gré à gré; c'est-à-dire des marchés conclus illégalement sans procédure de publicité et de mise en concurrence préalables.

La proposition de directive modifiant les directives 89/665 et 92/13 (les "directives recours") vise à encourager davantage les entreprises communautaires à soumissionner dans n'importe quel Etat membre de l'Union en leur donnant la certitude qu'elles pourront, si nécessaire, engager des recours efficaces dans le cas où leurs intérêts auraient été lésés lors de procédures de passation de marchés. Le caractère désormais efficace des recours précontractuels incitera les autorités adjudicatrices à mieux publier et mettre en concurrence leurs marchés au bénéfice de toutes les parties intéressées.

- Contexte général

Les directives recours distinguent entre les recours pré-contractuels visant principalement à corriger en temps utile les violations du droit communautaire des marchés publics et les recours post-contractuels qui sont généralement limités à l'octroi de dommages et intérêts.

Faute de délais et de dispositifs spécifiques permettant de suspendre en temps utile la signature d'un marché dont l'attribution est contestée, l'efficacité relative des recours précontractuels varie considérablement d'un Etat membre à l'autre. Par ailleurs, en cas de conclusion illégale d'un marché de gré à gré, les entreprises lésées ne disposent en fait que de la possibilité d'engager des recours en dommages et intérêts, lesquels ne permettent pas la remise en concurrence du marché illégalement attribué. En outre, ces recours en dommages et intérêts sont peu dissuasifs pour les autorités adjudicatrices, notamment parce que les entreprises qui s'estiment lésées doivent prouver qu'elles avaient des chances sérieuses d'emporter le marché. Ainsi, bien que la Cour de justice ait qualifié la passation illégale de marchés de gré à gré de violation "la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics" (Stadt Halle, aff. C-26/03, paragraphe 37), les directives recours en vigueur ne permettent pas de prévenir ou corriger efficacement les conséquences d'une telle illégalité.

En l'absence d'action législative au niveau communautaire, seraient maintenues voire aggravées des situations très disparates d'un Etat membre à l'autre en termes

d'efficacité des recours à la disposition des entreprises. Des situations d'insécurité juridique et des violations graves ou répétées des directives relatives aux marchés publics, perdureraient.

- Dispositions en vigueur dans le domaine de la proposition

La présente proposition de directive vise à modifier les deux directives relatives aux recours dans le domaine des marchés publics : i) La directive 89/665/CEE qui est applicable, en principe, aux marchés de travaux, de services et de fournitures passés par les pouvoirs adjudicateurs, désormais visés par la directive 2004/18/CE; ii) La directive 92/13/CEE qui est applicable aux marchés des entités adjudicatrices opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et de la poste, désormais visés par la directive 2004/17/CE (recours dans les secteurs dits "spéciaux").

Les modifications proposées introduisent des règles coordonnées visant à clarifier et à améliorer l'efficacité des dispositions en vigueur sur les recours précontractuels engagés dans le cadre de procédures formelles de passation de marché ou dans le cadre de marchés conclus de gré à gré. Les autres modifications proposées visent, d'une part, à recentrer le mécanisme correcteur susceptible d'être déclenché par la Commission sur les cas de violations graves, et, d'autre part, à abroger deux mécanismes (attestation des entités adjudicatrices et conciliation) applicables uniquement dans les secteurs spéciaux et qui n'ont pas suscité l'intérêt des entités adjudicatrices et des entreprises concernées.

- Cohérence avec les autres politiques et les objectifs de l'Union

L'objectif de la modification des directives "recours" est notamment d'améliorer l'efficacité des recours des opérateurs économiques dans le cadre de procédures de passation de marchés publics qui doivent non seulement être conformes aux dispositions spécifiques des directives 2004/17 et 2004/18, mais aussi aux principes du traité CE tels que les principes de la libre circulation des marchandises, de la libre prestation de services, de la liberté d'établissement, et aux principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. En outre, cet objectif s'inscrit pleinement dans celui de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui proclame le droit pour toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial. Enfin, l'amélioration de l'efficacité des recours nationaux, notamment ceux portant sur les attributions illégales de marchés publics de gré à gré, s'inscrit aussi dans le cadre de la politique globale de l'Union européenne contre la corruption (voir la Communication de la Commission du 28.5.2003, COM(2003) 317 final).

## 2. CONSULTATION DES PARTIES INTÉRESSÉES ET ANALYSE D'IMPACT

- Consultation des parties intéressées

*Méthodes de consultation utilisées, principaux secteurs visés et profil général des répondants*

Les Etats membres ont été consultés dans le cadre du Comité consultatif pour les marchés publics.

Une consultation publique et ouverte aux opérateurs économiques et leurs représentants (associations professionnelles et avocats) a été organisée par le biais de questionnaires en ligne (*Interactive Policy Making*) qui ont donné lieu à 138 contributions. En outre, 5 associations professionnelles européennes et nationales ont fourni des contributions écrites spontanées.

Une autre consultation des opérateurs économiques a été réalisée par le biais d'un questionnaire adressé spécifiquement à un panel représentatif d'entreprises européennes (*European Business Test Panel*) qui a répondu en fournissant 543 contributions.

Des experts non gouvernementaux comprenant aussi des représentants des opérateurs économiques, ont été consultés, dans le cadre du Comité consultatif pour l'ouverture des marchés publics.

Les autorités adjudicatrices ont été consultées par le biais d'un questionnaire en ligne qui a donné lieu à 16 contributions.

#### *Synthèse des réponses reçues et de la façon dont elles ont été prises en compte*

Les consultations des opérateurs économiques et de leurs représentants indiquent que le fonctionnement des procédures nationales de recours dans le cadre des directives en vigueur, ne permet pas toujours de corriger efficacement le non-respect des règles communautaires relatives aux marchés publics. Il existe un quasi-consensus entre les parties intéressées sur la nécessité d'améliorer l'efficacité des recours précontractuels en prévoyant un délai suspensif de type 'standstill' entre la notification de la décision d'attribution et la signature d'un marché public ainsi que des règles complémentaires visant à en garantir l'efficacité. S'il existe également un quasi-consensus sur la gravité des pratiques illégales d'attributions de marchés de gré à gré par certaines autorités adjudicatrices, les avis divergent selon les Etats membres et les opérateurs économiques sur les solutions à y apporter. Seule une minorité d'Etats membres et d'opérateurs économiques soutiennent des propositions visant à imposer des sanctions pécuniaires ou des contrôles administratifs préalables sur les autorités adjudicatrices ou un mécanisme de notification par des autorités indépendantes qui recevraient des plaintes d'entreprises lésées. L'obligation d'observer un délai suspensif assortie d'une obligation de transparence préalablement à la signature d'un marché attribué de gré à gré constitue une proposition généralement plus acceptable pour les parties intéressées.

Une consultation a été organisée via internet du 19/03/2004 au 07/05/2004. La Commission a reçu 543 réponses. Les résultats de cette consultation sont disponibles sur :

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/remedies](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/remedies)

- Obtention et utilisation d'expertise

Le recours à une expertise externe n'a pas été nécessaire.

- Analyse d'impact

Trois grandes options peuvent être envisagées dans le cadre de la révision des directives "recours"; deux de ces options pouvant faire l'objet d'une variante selon qu'il

est envisagé une modification des directives ou l'adoption d'une communication :

(1) Le maintien des directives en l'état : cette option consisterait à inciter la Commission à poursuivre des procédures d'infraction en vue de traiter tous les problèmes d'incompatibilité avec les directives "recours" des législations ou des pratiques nationales dans ce domaine. Les différences déjà constatées dans la manière dont les Etats membres tirent les conséquences opérationnelles des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour perdureraient et les problèmes de course à la signature du marché ne seraient que partiellement réglés et à des rythmes très différents selon les Etats membres, privant ainsi les opérateurs économiques de garanties quant à l'efficacité des recours précontractuels applicables dans les Etats membres ("*no level playing field*"). S'agissant des attributions illégales de gré à gré, la plupart des Etats membres n'envisagent pas à l'heure actuelle de mettre en place des mécanismes de recours spécifiques. En pratique, les soumissionnaires potentiels continueraient à ne disposer que des recours en dommages et intérêts. Or, les difficultés inhérentes à ce type de recours, telles que la charge de la preuve, la longueur et le coût des procédures, n'encouragent pas les soumissionnaires à en faire usage, celui-ci ne produisant que rarement des résultats positifs. En l'absence d'approche coordonnée permettant de mettre en place des recours efficaces contre cette pratique illégale, la transparence et la mise en concurrence des marchés publics ne seraient pas améliorées, ce qui priverait les entreprises européennes (y compris les plus compétitives d'entre elles) de l'opportunité de soumissionner pour les marchés publics qui sont encore attribués illégalement de gré à gré.

(2) L'instauration d'un délai suspensif de type 'standstill' à travers une modification des directives ou à travers une communication indiquant les obligations des Etats membres à cet égard : bien que la jurisprudence de la Cour de justice ait précisé l'exigence de prévoir un délai de suspensif raisonnable, afin que les soumissionnaires qui s'estiment lésés puissent engager un recours utile à un stade où les violations peuvent encore être corrigées, des divergences d'approche demeurent d'un Etat membre à l'autre sur la portée et le contenu exact d'une telle obligation. Tirer les conséquences opérationnelles d'une telle obligation dans une directive permet de régler tout à la fois le problème de la course à la signature du marché dans les procédures formelles de passation et celui relatif aux attributions illégales de gré à gré, en améliorant la sécurité juridique des situations visées et en prévoyant des garanties pour une application efficace du dispositif.

(3) De nouvelles prérogatives conférées à des autorités indépendantes à travers une modification des directives ou à travers une communication incitant à la mise en place de telles autorités : les Etats membres désigneraient des autorités indépendantes qui disposeraient du pouvoir de notifier aux autorités adjudicatrices les manquements les plus graves au droit communautaire des marchés publics (plus particulièrement les attributions illégales de gré à gré) de manière à inciter ces dernières à corriger par elle-même le manquement constaté. Ce mécanisme de notification présente des avantages pour les soumissionnaires en termes de coût et d'anonymat. En revanche, l'incertitude sur les coûts administratifs susceptibles d'être générés pour le fonctionnement de ces autorités indépendantes et la position négative exprimée par la majorité des délégations des Etats membres dans le cadre du Comité consultatif pour les marchés publics, ont conduit la Commission à écarter cette solution au profit de l'instauration d'un délai suspensif.

La Commission a procédé à une analyse d'impact inscrite au Programme législatif et de travail de la Commission, dont le rapport est disponible sur [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/remedies](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/remedies)

### 3. ELÉMENTS JURIDIQUES DE LA PROPOSITION

- Résumé des mesures proposées

Lorsqu'une autorité adjudicatrice termine une procédure formelle de passation de marché conformément aux directives relatives aux marchés publics, elle doit en principe suspendre la conclusion du contrat jusqu'à l'expiration d'un délai minimum de 10 jours de calendrier à compter de la date de notification de la décision d'attribution motivée, aux opérateurs économiques ayant participé à la procédure de passation.

Lorsqu'une autorité adjudicatrice considère qu'elle est en droit d'attribuer de gré à gré un marché dont le montant est supérieur aux seuils fixés par les directives relatives aux marchés publics, elle devra (sauf en cas d'urgence impérieuse) suspendre la conclusion du contrat pendant un délai minimum de 10 jours de calendrier, après avoir procédé à une publicité adéquate via un avis d'attribution simplifié.

Si un contrat est conclu illégalement par l'autorité adjudicatrice pendant le délai suspensif, une telle conclusion est considérée comme sans effet. Les conséquences d'une telle illégalité sur les effets du contrat sont tirées par l'instance de recours compétente, cette dernière devant toutefois être saisie par un opérateur économique avant l'expiration d'un délai de prescription de six mois à compter de la date effective de la conclusion.

Le mécanisme correcteur est recentré sur les cas de violations graves et les mécanismes d'attestation et de conciliation inutilisés sont abrogés.

- Base juridique

Article 95 du Traité CE.

- Principe de subsidiarité

Le principe de subsidiarité s'applique dans la mesure où la proposition ne touche pas à un domaine relevant de la compétence exclusive de la Communauté.

Les objectifs de la proposition ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par l'action des Etats membres pour les raisons suivantes.

Malgré les développements jurisprudentiels intervenus depuis 1999 et les actions subséquentes menées par certains Etats membres, notamment à la suite de procédures en manquement engagées par la Commission, des disparités importantes entre les Etats membres demeurent en termes d'efficacité des recours dans le domaine des marchés publics. En outre, l'absence de garantie de recours efficaces n'encourage pas les entreprises communautaires à soumissionner en dehors de leur pays d'origine. L'expérience de ces dernières années montre que cette insécurité juridique ne sera pas

levée par des actions isolées et disparates de quelques Etats membres.

Les objectifs de la proposition peuvent mieux être réalisés par une action de la Communauté pour les raisons suivantes.

Les faiblesses qui ont pu être décelées au cours du processus de consultation se situent dans le champ d'application de deux directives adoptées en 1989 et 1992. Des améliorations et clarifications apportées aux dispositions en vigueur de ces directives ne produiraient leur plein effet que par une directive modificative.

L'Union est mieux à même de réaliser l'objectif d'amélioration de l'efficacité des recours dans le domaine des marchés publics relevant du champ d'application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. En effet, les consultations préparatoires ont montré que le degré de mobilisation est encore très différent d'un Etat membre à l'autre quant au besoin de renforcer les dispositions permettant d'assurer une application efficace des directives relatives aux marchés publics. En l'absence d'initiative communautaire dans ce domaine, les disparités entre les Etats membres dans l'application correcte de la législation communautaire sur les marchés publics, se maintiendront.

En ce qui concerne le problème des attributions illégales de marchés de gré à gré, aucune solution efficace pour lutter contre cette pratique illégale n'a encore été adoptée par la plupart des Etats membres alors même que ces derniers reconnaissent, dans leur grande majorité, la réalité et la gravité du problème. Quant au problème de la course à la signature du marché dans les procédures formelles de passation, un consensus émerge parmi les représentants des Etats membres sur la nécessité de prévoir dans une directive modificative un délai suspensif dont la portée et les modalités seront définies clairement. En outre, une action législative au niveau de l'Union s'avère nécessaire en vue d'établir un dispositif clair de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives contre les violations les plus graves du droit communautaire des marchés publics.

Les Etats membres conserveront leur pouvoir de désigner les instances responsables des procédures de recours et de maintenir des règles procédurales nationales applicables à de tels recours (respect de l'autonomie procédurale des Etats membres). La proposition de directive se concentre sur les deux problèmes les plus importants qui sont communs à l'ensemble des Etats membres.

La proposition est donc conforme au principe de subsidiarité.

- Principe de proportionnalité

La proposition est conforme au principe de proportionnalité pour les raisons suivantes.

La proposition de directive se limite à prévoir quelques améliorations ou clarifications de dispositions existantes portant sur les recours précontractuels et sur les seuls marchés dont les montants sont supérieurs aux seuils fixés par les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, sans exiger une modification des systèmes administratifs ou juridictionnels en place. En outre, le fait d'envisager l'élaboration ultérieure de documents interprétatifs pour régler les autres problèmes de mauvais fonctionnement des procédures nationales de recours résultant d'une mauvaise interprétation de dispositions existantes par certains Etats membres, montre le caractère proportionné de



la démarche de la Commission.

La charge incombant aux autorités publiques est limitée principalement aux coûts marginaux liés à l'obligation de différer la signature d'un contrat pour une durée de 10 jours de calendrier en général, et à l'augmentation initiale de quelques pourcents du nombre de recours rapporté au nombre de marchés publiés au niveau communautaire. Pour la société en général, le bénéfice d'une meilleure application du droit communautaire des marchés publics du fait de l'effet dissuasif de recours efficaces, serait notamment la réduction des dépenses publiques et l'amélioration de la qualité du service public, ce bénéfice global dépassant largement les coûts additionnels précités. En l'absence d'obligation de créer de nouvelles structures administratives, la charge financière et administrative incombant aux autorités publiques a aussi été minimisée.

- Choix des instruments

Instrument proposé : directive.

D'autres instruments n'auraient pas été adéquats pour les raisons suivantes.

L'alternative à une directive fixant le champ et les modalités d'application d'un délai suspensif de type 'standstill', aurait été l'adoption d'un document interprétant la jurisprudence de la Cour. Toutefois, cette alternative a été écartée car elle n'aurait pu garantir l'application dans tous les Etats membres d'un délai suspensif qui soit clairement défini et satisfaisant au regard des différentes situations couvertes par les directives relatives aux marchés publics. D'une manière générale les divergences d'interprétation avec et entre les Etats membres sur la portée de la jurisprudence sur laquelle se fonde l'obligation de respecter un délai suspensif, ainsi que sur les modalités d'application d'une sanction effective, proportionnée et dissuasive applicable en cas de violation de cette disposition clef pour l'efficacité des recours précontractuels, ne sauraient être levées par l'adoption par la Commission d'un document interprétatif.

#### **4. INCIDENCE BUDGÉTAIRE**

La proposition n'a pas d'incidence pour le budget de la Communauté.

#### **5. INFORMATION SUPPLÉMENTAIRE**

- Simplification

La proposition introduit une simplification du cadre législatif.

La simplification proposée consiste à abroger les mécanismes de l'attestation et de la conciliation applicables dans les secteurs spéciaux (directive 92/13/CEE) qui n'ont pas été utilisés.

- Réexamen / révision / clause de suppression automatique

La proposition comprend une clause de réexamen.

- Tableau de correspondance

Les Etats membres sont tenus de communiquer à la Commission le texte des dispositions nationales transposant la directive, ainsi qu'un tableau de correspondance entre ces dispositions et la présente directive.

- Espace Economique Européen

Ce projet d'acte relève d'un domaine couvert par l'accord EEE et il y a donc lieu de l'étendre à l'Espace Economique Européen.

Proposition de

**DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL**

**modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne  
l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des  
marchés publics**

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

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 95,

vu la proposition de la Commission<sup>1</sup>,

vu l'avis du Comité économique et social européen<sup>2</sup>,

vu l'avis du Comité des régions<sup>3</sup>,

statuant conformément à la procédure prévue à l'article 251 du traité<sup>4</sup>,

considérant ce qui suit:

- (1) La directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux<sup>5</sup>, ainsi que la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications<sup>6</sup>, concernent les procédures de recours en matière de marchés passés respectivement, par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices. Ces directives visent à garantir l'application effective des directives concernant les procédures de passation de marchés qui ont été remplacées par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services<sup>7</sup> et par la directive

---

<sup>1</sup> JO C du , p. .

<sup>2</sup> JO C du , p. .

<sup>3</sup> JO C du , p. .

<sup>4</sup> xxx

<sup>5</sup> JO L 395 du 30.12.1989, p. 33. Directive modifiée par la directive 92/50/CEE (JO L 209 du 24.7.1992, p. 1).

<sup>6</sup> JO L 76 du 23.3.1992, p. 14. Directive modifiée en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 2003.

<sup>7</sup> JO L 134 du 30.4. 2004, p. 114. Directive modifiée en dernier lieu par le règlement 2083/2005/CE de la Commission (OJ L 333 du 20.12.2005, p. 28).

2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.<sup>8</sup>

- (2) Les consultations des parties intéressées ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, ont révélé un certain nombre de faiblesses dans les mécanismes de recours existant dans les Etats membres. A cause de ces faiblesses, les mécanismes visés par les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, ne permettent toujours pas de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. Ainsi, les opérateurs économiques ne disposent-ils pas encore des garanties de transparence et de non-discrimination recherchées à travers ces directives. Dans ces circonstances, la Communauté dans son ensemble ne peut pas bénéficier pleinement des effets positifs de la modernisation et de la simplification des directives relatives à la passation des marchés publics, réalisées par les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE. Il convient donc d'apporter aux directives 89/665/CEE et 92/13/CEE les précisions indispensables permettant d'atteindre les résultats recherchés par le législateur communautaire.
- (3) Parmi les faiblesses relevées figure notamment l'absence de délai permettant un recours efficace entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion du contrat concerné ce qui conduit parfois à une course à la signature du contrat de la part d'autorités adjudicatrices désireuses de rendre irréversibles les conséquences de la décision d'attribution contestée. Afin de remédier à cette faiblesse faisant gravement obstacle à une protection juridictionnelle effective des candidats ou soumissionnaires concernés, il y a lieu de prévoir un délai suspensif minimum, de type 'standstill', destiné à suspendre pendant un délai raisonnable la conclusion du contrat concerné, que celle-ci intervienne ou non au moment de la signature du contrat.
- (4) Compte tenu de la nécessité, reconnue par l'ensemble des parties intéressées, de concilier rapidité des procédures de passation de marchés et efficacité des procédures nationales de recours, il y a lieu de combiner, d'une part, l'obligation de respecter un délai suspensif minimum raisonnable adapté au calendrier ou aux circonstances de temps et aux conditions plus ou moins complexes dans lesquelles certaines procédures sont lancées, et, d'autre part, l'obligation de transmettre par les moyens de communication disponibles les plus rapides, les informations indispensables à toute personne souhaitant introduire un recours utile. Parmi ces informations, figurent notamment sous la forme d'un exposé synthétique, les motifs tels que prévus par les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.
- (5) Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ayant pour objectif de moderniser et de simplifier les procédures de passation des marchés publics, il y a lieu de limiter l'obligation du délai suspensif minimum aux circonstances dans lesquelles d'autres opérateurs économiques que l'attributaire du marché peuvent raisonnablement se prévaloir d'une violation des dispositions communautaires applicables dans le domaine des marchés publics en matière de transparence et de mise en concurrence.

---

<sup>8</sup> JO L 134 du 30.4.2004, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par le règlement 2083/2005/CE.

- (6) Un tel délai suspensif minimum n'est destiné à s'appliquer, ni en cas d'urgence impérieuse au sens des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, ni aux marchés explicitement exclus par ces mêmes directives.
- (7) En revanche, compte tenu de la gravité reconnue de toute passation illégale d'un marché de gré à gré, et afin d'assurer une protection juridictionnelle effective à toute personne concernée, il convient d'appliquer un délai suspensif minimal assorti d'une obligation de transparence pour la passation de tout marché de gré à gré sans publicité ni mise en concurrence préalable en vertu des dérogations figurant aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, et, en tout état de cause, à chaque fois qu'une autorité adjudicatrice passe un marché de gré à gré dont le montant est supérieur aux seuils fixés par ces mêmes directives, sans publicité ni mise en concurrence préalable avec une personne juridiquement distincte d'elle. L'application de ce délai suspensif assorti d'une obligation de transparence telle que visée par l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-26/03, Stadt Halle<sup>9</sup>, doit permettre de lutter efficacement contre les marchés passés illégalement de gré à gré, alors qu'il s'agit-là de la violation la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics de la part d'une autorité adjudicatrice.
- (8) Etant donné que la présente directive doit fixer le délai suspensif minimum jugé indispensable à l'exercice d'un recours efficace, il convient d'assurer la cohérence des dispositions concernées des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE afin de ne pas porter atteinte à l'efficacité du dispositif d'ensemble qui vise à permettre un recours avant la conclusion du contrat.
- (9) En particulier, lorsqu'un Etat membre exige que la personne qui a l'intention d'utiliser une procédure de recours en informe l'autorité adjudicatrice, il convient qu'aucun délai minimum supplémentaire ne soit imposé entre le moment où cette information est envoyée à l'autorité adjudicatrice et le moment où un recours est introduit. De même lorsqu'un Etat membre exige que la personne concernée ait introduit en premier lieu un recours auprès de l'autorité adjudicatrice, il convient que cette même personne dispose d'un délai minimum raisonnable pour saisir l'instance de recours compétente avant la conclusion du contrat au cas où elle souhaiterait contester la réponse ou l'absence de réponse de l'autorité adjudicatrice.
- (10) L'introduction d'un recours peu avant la fin du délai suspensif minimum, ne doit pas avoir pour effet de priver l'instance responsable des procédures de recours du temps minimum indispensable pour agir, notamment pour prolonger le délai de suspension de la conclusion du contrat. Ainsi convient-il de prévoir un délai suspensif minimum autonome, déclenché par le fait même de saisir l'instance responsable des procédures de recours et permettant, en tout état de cause, à cette dernière d'agir dans un délai bref mais raisonnable.
- (11) Pour les mêmes raisons d'efficacité du dispositif d'ensemble, il convient de prévoir que la transmission des informations visées et l'introduction des recours concernés, interviennent par les moyens de communication les plus rapides susceptibles de maintenir l'effet utile du délai suspensif minimum et pouvant offrir des éléments de preuves de ces communications. Ainsi importe-t-il de prévoir dans ce contexte l'envoi

---

<sup>9</sup> Recueil 2005, p. I-1, point 39.

par télécopie ou par moyen électronique en tant que moyens de communication réunissant ces caractéristiques et combinant, de surcroît, simplicité d'utilisation et moindre coût pour l'ensemble des parties concernées.

- (12) De même convient-il d'assurer la cohérence entre, d'une part, les délais de recours contre les décisions des autorités adjudicatrices qui mettent fin à la participation d'un soumissionnaire ou d'un candidat à une procédure relevant des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, et, d'autre part, les délais susmentionnés.
- (13) Afin d'assurer le respect de délais de recours efficaces destinés à lutter contre la course à la signature de marchés passés illégalement et contre la passation illégale de marchés de gré à gré, que la Cour de justice a qualifiée de violation la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics de la part d'une autorité adjudicatrice, il convient de prévoir une sanction effective, proportionnée et dissuasive à l'encontre de toute autorité adjudicatrice ayant violé les délais suspensifs minimum fixés par la présente directive. Dans ces circonstances, les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE prévoyant que les Etats membres veillent à ce que les décisions illégales des autorités adjudicatrices puissent être annulées par les instances responsables des procédures de recours, il convient de prévoir que toute conclusion d'un contrat intervenue en violation de ces délais soit considérée comme sans effet et que l'instance responsable des procédures de recours en tire toutes les conséquences sur le contrat illégal, telles que celles relatives à la restitution des sommes éventuellement versées par l'autorité adjudicatrice.
- (14) Toutefois, afin d'assurer le respect de la proportionnalité des sanctions appliquées, il convient que les Etats membres donnent la possibilité à l'instance responsable des procédures de recours de ne pas remettre en cause le contrat ou de reconnaître certains de ses effets dans le temps, lorsque le respect de certaines exigences impérieuses ou impératives relatives à un intérêt général de nature non économique le commandent dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce. En outre, la nécessité d'assurer dans le temps la sécurité juridique des décisions prises par les autorités adjudicatrices, exige l'établissement d'un délai minimum raisonnable de prescription des recours visant à faire constater l'absence d'effet de ladite conclusion du contrat et à en faire tirer les conséquences.
- (15) Le renforcement de l'efficacité des recours nationaux grâce à la présente directive devrait inciter les personnes concernées à faire un plus grand usage des possibilités de recours avant la conclusion du contrat par voie de référé. Dans ces circonstances, il y a lieu de recentrer le mécanisme correcteur sur les cas de violations graves des dispositions communautaires en matière de marchés publics, et de laisser à la Commission le soin de fixer à l'Etat membre concerné un délai de réponse raisonnable qui tienne mieux compte des circonstances de l'espèce.
- (16) Le système volontaire d'attestation prévu par la directive 92/13/CEE, par lequel les entités adjudicatrices ont la possibilité de faire constater la conformité de leurs procédures de passation de marchés à l'occasion d'examen périodiques, n'a quasiment pas été utilisé, et ne peut donc pas atteindre son objectif de prévention d'un nombre conséquent de violations du droit communautaire des marchés publics. En revanche, l'obligation imposée aux Etats membres par la directive 92/13/CEE d'assurer la mise à disposition permanente d'organismes accrédités à cette fin, peut représenter un coût administratif de maintenance qui ne se justifie plus au vu de l'absence de demande

réelle de la part des entités adjudicatrices. Pour ces raisons, il convient donc de supprimer ce système d'attestation.

- (17) De même, le mécanisme de conciliation prévu par la directive 92/13/CEE, n'a pas suscité de réel intérêt de la part des opérateurs économiques, tant par le fait qu'il ne permet pas d'obtenir à lui seul des mesures provisoires contraignantes susceptibles d'empêcher à temps la conclusion illégale d'un contrat, que par son caractère difficilement compatible avec le respect des délais particulièrement brefs des recours aux fins de mesures provisoires et d'annulation des décisions illégales. En outre, l'efficacité potentielle du mécanisme de conciliation a encore été affaiblie par les difficultés rencontrées dans l'établissement d'une liste complète et suffisamment large de conciliateurs indépendants de chaque Etat membre, disponibles à tout moment et susceptibles de traiter les demandes de conciliation à très brève échéance. Pour ces raisons, il convient donc de supprimer ce mécanisme de conciliation.
- (18) Il y a lieu de maintenir une obligation pour les Etats membres de fournir régulièrement des informations proportionnées sur le fonctionnement des procédures nationales de recours, en impliquant le comité consultatif pour les marchés publics dans la détermination de l'étendue et de la nature de ces informations. En effet, seule la mise à disposition de cette information peut permettre d'évaluer correctement les effets des changements introduits dans le cadre de la présente directive à l'expiration d'une période significative de mise en œuvre de cette dernière.
- (19) Etant donné que, pour les raisons susmentionnées, les objectifs de la présente directive ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats Membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs, en respectant notamment le principe de l'autonomie procédurale des Etats membres.
- (20) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, la présente directive vise à assurer le plein respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas de cette Charte.

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

#### *Article premier*

La directive 89/665/CEE est modifiée comme suit :

L'article 1er est modifié comme suit :

a) Le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant :

«1. Les Etats membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil(\*), les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours

efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à *2septies*, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

(\*) JO L 134 du 30.4.2004, p. 114 »

b) Le paragraphe 3 est remplacé par le texte suivant :

« Les Etats membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles selon des modalités que les Etats membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. »

c) Les paragraphes 4 et 5 suivants sont ajoutés :

« 4. Les Etats Membres peuvent exiger que la personne qui souhaite utiliser une procédure de recours ait informé le pouvoir adjudicateur par télécopie ou par moyen électronique de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours. Dans ce cas, les Etats membres veillent à ce qu'aucun délai minimum ne soit imposé entre le moment où cette information est envoyée au pouvoir adjudicateur et le moment où un recours est introduit devant l'instance responsable des procédures de recours.

De même, les Etats membres peuvent exiger que la personne concernée introduise en premier lieu un recours auprès du pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, les Etats membres veillent à ce que l'introduction dudit recours par télécopie ou par moyen électronique entraîne la suspension immédiate de la possibilité de procéder à la conclusion du contrat.

La suspension automatique visée au deuxième alinéa prend fin à l'expiration d'un délai qui ne peut pas être inférieur à cinq jours ouvrables à compter du lendemain du jour où le pouvoir adjudicateur a envoyé sa réponse par télécopie ou par moyen électronique.

5. En cas de recours relatif aux circonstances dans lesquelles les envois par télécopie ou par moyen électronique visés au paragraphe 4 sont ou ne sont pas intervenus, l'instance responsable des procédures de recours, indépendante du pouvoir adjudicateur, prend notamment en considération tous éléments de preuves raisonnables et pertinents qui lui sont communiqués par les auteurs de ces envois et qui confirment les envois effectués et leur réception par leurs destinataires. »

L'article 2 est modifié comme suit :

a) Le paragraphe 3 est remplacé par le texte suivant :

«3. Sauf dans les cas prévus à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, et aux articles *2bis* à *2septies*, les procédures de recours ne doivent pas avoir nécessairement des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se réfèrent. »

b) le paragraphe 3bis suivant est inséré :



« 3bis Lorsqu'une instance indépendante de l'autorité adjudicatrice est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché ou sur une décision postérieure à celle-ci, elle informe sans délai le pouvoir adjudicateur, par télécopie ou par moyen électronique, du fait qu'il ne peut pas procéder à la conclusion du contrat, pendant un délai déterminé par l'Etat membre dont cette instance ressort et qui ne peut pas être inférieur à cinq jours ouvrables à compter du lendemain du jour de l'envoi de l'information concernée. Après examen de l'ensemble des pièces accompagnant le recours, et lorsqu'elle arrive à la conclusion qu'il n'y a pas lieu de prolonger le délai de suspension susvisé, l'instance peut mettre fin à tout moment à l'obligation de ne pas conclure le contrat ».

c) Le paragraphe 4 est remplacé par le texte suivant :

« 4. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque l'instance responsable des procédures de recours examine s'il y a lieu de prendre des mesures provisoires, celle-ci peut tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages.

En faisant usage de la faculté prévue au premier alinéa, les Etats membres ne peuvent pas faire obstacle à l'application de l'article 2septies, lorsque la conclusion du contrat concerné est intervenue en violation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de l'article 2 paragraphe 3bis, des articles 2bis à 2quinquies ou de l'article 2sexies, ou en violation d'une mesure provisoire complémentaire prise par l'instance responsable des procédures de recours et destinée à prolonger la suspension de ladite conclusion.

La décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.»

d) Le paragraphe 6 est remplacé par le texte suivant :

« 6. Sauf dans les cas prévus à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4 et aux articles 2bis à 2septies, les effets des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur le contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un Etat Membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat intervenue conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, à l'article 2, paragraphe 3, aux articles 2bis à 2sexies ou à l'article 2septies, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi des dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation. »

e) Au paragraphe 8, premier alinéa, les termes « juridiction au sens de l'article 177 du traité » sont remplacés par les termes « juridiction au sens de l'article 234 du traité »

Les articles 2bis à 2septies suivants sont insérés :

## *Article 2 bis*

1. Les Etats membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, disposent de délais assurant des recours efficaces contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, en adoptant les dispositions nécessaires qui respectent les conditions minimum énoncées aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article et aux articles 2<sup>ter</sup>, 2<sup>quater</sup> et 2<sup>quinquies</sup>.

2. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché public relevant de la directive 2004/18/CE, ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours du calendrier à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été communiquée aux soumissionnaires concernés par télécopie ou par moyen électronique. La communication à chaque soumissionnaire concerné de la décision d'attribution est accompagnée de l'exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE.

3. Par dérogation au paragraphe 2, dans les cas d'urgence visés à l'article 38, paragraphe 8, de la directive 2004/18/CE, les Etats membres peuvent prévoir que la conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché public, ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins sept jours calendrier à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été communiquée aux soumissionnaires concernés par télécopie ou par moyen électronique. Ce délai est automatiquement prolongé de trois jours calendrier lorsqu'une personne visée à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, notifie, dans ce délai, par télécopie ou par moyen électronique au pouvoir adjudicateur concerné son intention d'introduire un recours. La communication à chaque soumissionnaire concerné de la décision d'attribution est accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41, paragraphe 2 de la directive 2004/18/CE.

Les Etats membres peuvent appliquer le premier alinéa lorsqu'il s'agit de marchés fondés sur un accord-cadre ou de marchés attribués dans le cadre de systèmes d'acquisition dynamiques au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 5 et 6, respectivement de la directive 2004/18/CE.

4. Les délais visés aux paragraphes 2 et 3 ne s'appliquent pas en cas d'urgence impérieuse au sens de l'article 31, point 1) c), de la directive 2004/18/CE.

## *Article 2ter*

Les Etats membres peuvent prévoir que les délais visés à l'article 2bis paragraphes 2 et 3 ne s'appliquent pas dans les cas suivants :

- a) lorsqu'il s'agit de marchés fondés sur un accord-cadre conclu avec un seul opérateur économique au sens de l'article 32, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE ;
- b) lorsqu'il s'agit de marchés fondés sur un accord-cadre conclu avec plusieurs opérateurs économiques et que ces marchés sont passés par application des termes fixés dans l'accord-cadre, sans remise en concurrence, au sens de l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa , premier tiret de la directive 2004/18/CE ;

c) lorsqu'il s'agit de marchés attribués dans le cadre d'une procédure ouverte au sens de l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 11, point a) de la directive 2004/18/CE, et que le pouvoir adjudicateur n'a reçu que l'offre du soumissionnaire qui se voit attribué le marché ;

d) lorsqu'il s'agit de marchés attribués dans le cadre d'une procédure restreinte au sens de l'article 1er, paragraphe 11, point b), de la directive 2004/18/CE, et que, à l'exception de l'opérateur économique auquel le marché est attribué, tous les opérateurs économiques invités à présenter une offre ont déjà fait l'objet d'une décision du pouvoir adjudicateur susceptible de recours et qui met fin à leur participation à la procédure sur des bases autres que les critères d'attribution du marché concerné ;

e) lorsqu'il s'agit de marchés attribués dans le cadre d'une procédure négociée au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 11, point d), de la directive 2004/18/CE, et que, à l'exception de l'opérateur économique auquel le marché est attribué, tous les opérateurs économiques consultés qui ont manifesté leur intérêt pour celle-ci, ont déjà fait l'objet d'une décision du pouvoir adjudicateur susceptible de recours et qui met fin à leur participation à la procédure sur des bases autres que les critères d'attribution du marché concerné.

#### *Article 2 quater*

1. Lorsque les Etats membres prévoient que tout recours contre une décision d'un pouvoir adjudicateur prise dans le cadre ou en relation avec une procédure de passation de marché relevant de la directive 2004/18/CE, doit être formé avant l'expiration d'un délai déterminé, ce délai ne peut pas être inférieur à dix jours calendrier à compter du lendemain du jour où cette décision du pouvoir adjudicateur a été communiquée par télécopie ou par moyen électronique au soumissionnaire ou candidat concerné. La communication à chaque soumissionnaire ou candidat concerné de cette décision du pouvoir adjudicateur est accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41, paragraphe 2 de la directive 2004/18/CE.

2. Les Etats membres qui font usage des facultés prévues à l'article 2bis, paragraphe 3, peuvent prévoir que le recours visé au paragraphe 1 doit être formé dans un délai qui ne peut pas être inférieur à sept jours calendrier à compter du lendemain du jour où cette décision du pouvoir adjudicateur a été communiquée par télécopie ou par moyen électronique au soumissionnaire ou candidat concerné.

Ce délai est automatiquement prolongé de trois jours calendrier lorsqu'une personne visée à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3 notifie, dans ce délai, par télécopie ou par moyen électronique au pouvoir adjudicateur concerné son intention d'introduire un recours.

La communication à chaque soumissionnaire ou candidat concerné de cette décision du pouvoir adjudicateur est accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE.

#### *Article 2quinquies*

En cas de recours relatif aux circonstances dans lesquelles la communication par télécopie ou par moyen électronique visée à l'article 2bis et 2quater est ou non

intervenue, l'instance de recours prend notamment en considération tous les éléments de preuves raisonnables et pertinents qui lui sont communiqués par le pouvoir adjudicateur de l'envoi effectué par ce dernier et de la réception de cet envoi par le soumissionnaire ou le candidat concerné.

#### *Article 2sexies*

1. Les Etats membres assurent l'efficacité des recours en référé et en annulation visés à l'article 1er et à l'article 2, paragraphe 1, points a) et b), contre les marchés passés illégalement de gré à gré, dans les conditions énoncées aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur estime qu'au regard du droit communautaire applicable, il peut ne pas engager de procédure formelle consistant en des mesures de publicité et de mise en concurrence préalables pour la passation d'un marché public dont le montant est supérieur au seuil correspondant de la directive 2004/18/CE, ce pouvoir adjudicateur doit, préalablement à la conclusion du contrat en question, prendre les deux mesures suivantes :

a) adopter une décision d'attribution ne produisant aucun effet contractuel et susceptible de faire l'objet d'un recours au sens des articles 1 et 2 ;

b) publier un avis assurant un degré de publicité adéquat et contenant au minimum les informations mentionnées à l'annexe de la présente directive.

La publication d'un avis conformément à l'article 35, paragraphe 4, et à l'article 36 de la directive 2004/18/CE, remplit les conditions prévues au point b) du présent paragraphe.

3. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution du marché visé au paragraphe 2, ne peut avoir lieu qu'à l'expiration d'un délai minimum de dix jours calendrier à compter du lendemain du jour où l'avis mentionné au paragraphe 2, point b), a commencé à faire l'objet de la publicité requise.

4. Les paragraphes 2 et 3 ne sont applicables, ni en cas d'urgence impérieuse au sens de l'article 31, point 1) c), de la directive 2004/18/CE, ni aux marchés explicitement exclus aux termes des articles 12 à 18 de celle-ci.

#### *Article 2septies*

1. Les Etats membres assurent le respect, d'une part, des délais prévus à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4 et à l'article 2 bis, paragraphes 2 et 3 et, d'autre part, de l'article 2sexies, dans les conditions énoncées aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. La conclusion d'un contrat intervenue en violation des dispositions visées au paragraphe 1, est considérée comme sans effet.

3. Par dérogation au paragraphe 2, les Etats membres peuvent prévoir que le contrat dont la conclusion a eu lieu en violation des dispositions visées au paragraphe 1, produit néanmoins certains effets entre les parties concernées ou vis-à-vis des tiers du fait de l'écoulement d'un délai de prescription qui ne pourra pas être inférieur à 6 mois à compter de la date effective de la conclusion.

La dérogation prévue au premier alinéa peut aussi être appliquée lorsque, dans le cadre d'un recours visant à faire constater et à faire tirer les conséquences de la conclusion intervenue en violation du paragraphe 1, une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur constate que le respect de certaines exigences impérieuses ou impératives relatives à un intérêt général de nature non économique commandent, dans le cas d'espèce, de ne pas remettre en cause certains effets dudit contrat.

4. Les Etats membres prévoient un régime de sanctions destiné à ne pas laisser sans conséquence la conclusion d'un contrat en violation des dispositions visées au paragraphe 1, lorsque les circonstances visées au paragraphe 3 sont réunies ou lorsque l'urgence impérieuse au sens de l'article 31, point 1) c) de la directive 2004/18/CE a été invoquée par un pouvoir adjudicateur alors que toutes les conditions prévues par cette disposition n'étaient pas réunies.

Les Etats membres notifient ces dispositions à la Commission au plus tard le [...] (18 mois après la date de publication au Journal officiel de l'Union européenne de la présente directive), et toute modification ultérieure les concernant dans les meilleurs délais."

L'article 3 est modifié comme suit :

a) Les paragraphes 1 et 2 sont remplacés par le texte suivant :

"1. La Commission peut invoquer la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5 lorsque, avant la conclusion d'un contrat, elle considère qu'une violation grave des dispositions communautaires en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE.

2. La Commission notifie à l'Etat membre et au pouvoir adjudicateur concernés les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave a été commise et en demande la correction. Elle fixe à l'Etat membre concerné un délai raisonnable de réponse tenant compte des circonstances du cas d'espèce".

b) Au paragraphe 3, la phrase introductive est remplacée par le texte suivant :

« Dans le délai visé au paragraphe 2, l'Etat Membre concerné communique à la Commission:»

L'article 4 est remplacé par le texte suivant :

« Article 4

1. Les Etats membres communiquent chaque année à la Commission des informations sur le fonctionnement des procédures nationales de recours qui se sont déroulées au cours des années civiles précédentes. La Commission détermine, en consultation avec le comité consultatif pour les marchés publics, le champ et la nature de ces informations.

2. Avant l'expiration d'une période de six ans à compter du [18 mois après la date de publication au Journal officiel de l'Union européenne de la présente directive] la

Commission, en consultation avec le comité consultatif pour les marchés publics, réexamine l'application des dispositions de la présente directive, et propose, le cas échéant, les modifications jugées nécessaires.»

L'annexe dont le texte figure à l'annexe I de la présente directive est ajoutée.

## *Article 2*

La directive 92/13/CEE est modifiée comme suit :

1) L'article 1er est modifié comme suit :

a) Le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant :

« 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2septies, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de passation des marchés ou les règles nationales transposant ce droit en ce qui concerne les procédures de passation des marchés relevant de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil(\*).

(\*). JO L 134 du 30.4.2004, p. 1.»

b) Le paragraphe 3 est remplacé par le texte suivant :

« 3. Les Etats membres veillent à ce que les procédures de recours soient accessibles selon des modalités que les Etats membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. »

c) Les paragraphes 4 et 5 suivants sont ajoutés :

« 4. Les Etats membres peuvent exiger que la personne qui souhaite utiliser une procédure de recours ait informé l'entité adjudicatrice par télécopie ou par moyen électronique de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours. Dans ce cas, les Etats membres veillent à ce qu'aucun délai minimum ne soit imposé entre le moment où cette information est envoyée à l'entité adjudicatrice et le moment où un recours est introduit devant l'instance responsable des procédures de recours.

De même, les Etats membres peuvent exiger que la personne concernée introduise en premier lieu un recours auprès de l'entité adjudicatrice. Dans ce cas, les Etats membres veillent à ce que l'introduction dudit recours par télécopie ou par moyen électronique entraîne la suspension immédiate de la possibilité de procéder à la conclusion du contrat.

La suspension automatique visée au deuxième alinéa prend fin à l'expiration d'un délai qui ne peut pas être inférieur à cinq jours ouvrables à compter du lendemain du jour où l'entité adjudicatrice a envoyé sa réponse par télécopie ou par moyen électronique.

5. En cas de recours relatif aux circonstances dans lesquelles les envois par télécopie ou par moyen électronique visés au paragraphe 4 sont ou ne sont pas intervenus, l'instance responsable des procédures de recours, indépendante de l'entité adjudicatrice, prend notamment en considération tous éléments de preuves raisonnables et pertinents qui lui sont communiqués par les auteurs de ces envois et qui confirment les envois effectués et leur réception par leurs destinataires. »

2) L'article 2 est modifié comme suit :

a) Le paragraphe 3 est remplacé par le texte suivant :

«3. Sauf dans les cas prévus à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, et aux articles 2bis à 2septies, les procédures de recours ne doivent pas nécessairement avoir des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation des marchés auxquelles elles se rapportent.

b) le paragraphe 3bis suivant est inséré :

« 3bis. Lorsqu'une instance indépendante de l'autorité adjudicatrice est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché ou sur une décision postérieure à celle-ci, elle informe sans délai l'entité adjudicatrice, par télécopie ou par moyen électronique, du fait qu'elle ne peut pas procéder à la conclusion du contrat pendant un délai déterminé par l'Etat membre dont cette instance ressort. Ce délai ne peut pas être inférieur à cinq jours ouvrables à compter du lendemain du jour de l'envoi de l'information concernée. Après examen de l'ensemble des pièces accompagnant le recours, et lorsqu'elle arrive à la conclusion qu'il n'y a pas de nécessité de prolonger le délai de suspension susvisé, l'instance peut mettre fin à tout moment à l'obligation de ne pas conclure le contrat.»

c) Le paragraphe 4 est remplacé par le texte suivant:

« 4. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque l'instance responsable des procédures de recours examine s'il y a lieu de prendre des mesures provisoires, celle-ci peut tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages.

En faisant usage de la faculté prévue au premier alinéa, les Etats membres ne peuvent pas faire obstacle à l'application de l'article 2septies, lorsque la conclusion du contrat concerné est intervenue en violation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4 , de l'article 2, paragraphe 3bis, et des articles 2bis à 2quinquies ou de l'article 2sexies, ou en violation d'une mesure provisoire complémentaire prise par l'instance responsable des procédures de recours et destinée à prolonger la suspension de ladite conclusion.

La décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures».

d) Le paragraphe 6 est remplacé par le texte suivant:

« 6. Sauf dans les cas prévus à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4 et aux articles 2bis à 2septies, les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur un contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat concerné intervenue conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, à l'article 2, paragraphe 3, aux articles 2bis à 2sexies ou à l'article 2septies, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation. »

e) au paragraphe 9, premier alinéa, les termes « juridiction au sens de l'article 177 du traité » sont remplacés par les termes « juridiction au sens de l'article 234 du traité ».

3) Les articles 2bis à 2septies suivants sont insérés :

*« Article 2 bis*

1. Les Etats membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3 disposent de délais de recours efficaces contre les décisions prises par les entités adjudicatrices, en adoptant les dispositions nécessaires qui respectent les conditions minimum énoncées aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article et aux articles 2ter, 2quater et 2quinquies.

2. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché public relevant de la directive 2004/17/CE, ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendrier à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été communiquée aux soumissionnaires concernés par télécopie ou par moyen électronique. La communication à chaque soumissionnaire concerné de la décision d'attribution est accompagnée de l'exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 49, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE.

3. Par dérogation au paragraphe 2, dans les cas où sont appliqués les délais réduits les plus courts visés à l'article 45, paragraphe 8, de la directive 2004/17/CE, les Etats membres peuvent prévoir que la conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché public, ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins sept jours calendrier à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été communiquée aux soumissionnaires concernés par télécopie ou par moyen électronique. Ce délai est automatiquement prolongé de trois jours calendrier lorsque la personne visée à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3 notifie, dans ce délai, par télécopie ou par moyen électronique à l'entité adjudicatrice concernée son intention d'introduire un recours. La communication à chaque soumissionnaire concerné de la décision d'attribution est accompagnée de l'exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 49, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE.

Les Etats membres peuvent appliquer le premier alinéa, lorsqu'il s'agit de marchés fondés sur un accord-cadre au sens de l'article 14, paragraphes 2 et 3, de la directive 2004/17/CE, ou de marchés attribués dans le cadre de systèmes d'acquisition dynamiques au sens de l'article 15 de celle-ci.



4. Les délais visés aux paragraphes 2 et 3 ne s'appliquent pas en cas d'urgence impérieuse au sens de l'article 40, paragraphe 3, point d), de la directive 2004/17/CE.

#### *Articles 2ter*

1. Les Etats membres peuvent prévoir que les délais visés à l'article 2bis, paragraphes 2, 3 ou 4, ne s'appliquent pas dans les cas suivants :

a) lorsqu'il s'agit de marchés fondés sur un accord-cadre n'impliquant qu'un seul opérateur économique et passés conformément à l'article 14, paragraphe 2, et à l'article 40, paragraphe 3, point i), de la directive 2004/17/CE ;

b) lorsqu'il s'agit de marchés attribués dans le cadre d'une procédure ouverte au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 9, point a), de la directive 2004/17/CE et que l'entité adjudicatrice n'a reçu que l'offre du soumissionnaire qui se voit attribuer le marché ;

c) lorsqu'il s'agit de marchés attribués dans le cadre d'une procédure restreinte au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 9, point b), de la directive 2004/17/CE, et que, à l'exception de l'opérateur économique auquel le marché est attribué, tous les opérateurs économiques invités à présenter une offre ont déjà fait l'objet d'une décision de l'entité adjudicatrice susceptible de recours et qui met fin à leur participation à la procédure sur des bases autres que les critères d'attribution du marché concerné ;

d) lorsqu'il s'agit de marchés attribués dans le cadre d'une procédure négociée au sens de l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 9, point c), de la directive 2004/17/CE, et que, à l'exception de l'opérateur économique auquel le marché est attribué, tous les opérateurs économiques consultés qui ont manifesté leur intérêt pour celle-ci, ont déjà fait l'objet d'une décision de l'entité adjudicatrice susceptible de recours et qui met fin à leur participation à la procédure sur des bases autres que les critères d'attribution du marché concerné.

#### *Article 2quater*

1. Lorsque les Etats membres prévoient que tout recours contre une décision d'une entité adjudicatrice prise dans le cadre ou en relation avec une procédure de passation de marché relevant de la directive 2004/17/CE, doit être formé avant l'expiration d'un délai déterminé, ce délai ne peut pas être inférieur à dix jours calendrier à compter du lendemain du jour où cette décision de l'entité adjudicatrice a été communiquée par télécopie ou par moyen électronique au candidat ou soumissionnaire concerné. La communication à chaque soumissionnaire ou candidat concerné de cette décision de l'entité adjudicatrice est accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 49, paragraphe 2 de la directive 2004/17/CE.

2. Les Etats membres qui font usage des facultés prévues à l'article 2bis, paragraphe 3, peuvent prévoir que le recours visé au paragraphe 1, doit être formé dans un délai qui ne peut pas être inférieur à sept jours calendrier à compter du lendemain du jour où cette décision du pouvoir adjudicateur a été communiquée par télécopie ou par moyen électronique au soumissionnaire ou candidat concerné.

Ce délai est automatiquement prolongé de trois jours calendrier lorsqu'une personne visée à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, notifie, dans ce délai, par télécopie ou par moyen électronique au pouvoir adjudicateur concerné son intention d'introduire un recours.

La communication à chaque soumissionnaire ou candidat concerné de cette décision du pouvoir adjudicateur est accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 49, paragraphe 2 de la directive 2004/17/CE.

#### *Article 2quinquies*

En cas de recours relatif aux circonstances dans lesquelles la communication par télécopie ou par moyen électronique visée à l'article 2bis et 2quater, est ou non intervenue, l'instance de recours prend notamment en considération tous les éléments de preuves raisonnables et pertinents qui lui sont communiqués par l'entité adjudicatrice de l'envoi effectué par cette dernière et de la réception de cet envoi par le soumissionnaire ou le candidat concerné.

#### *Article 2sexies*

1. Les Etats membres assurent l'efficacité des recours en référé et en annulation visés à l'article 1er et à l'article 2, paragraphe 1, points a), b) et c), contre les marchés passés illégalement de gré à gré, dans les conditions énoncées aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. Lorsqu'une entité adjudicatrice estime qu'au regard du droit communautaire applicable, elle peut de ne pas engager de procédure formelle consistant en des mesures de publicité et de mise en concurrence préalables pour la passation d'un marché public dont le montant est supérieur au seuil correspondant de la directive 2004/17/CE, cette entité adjudicatrice doit, préalablement à la conclusion du marché public en question, prendre les deux mesures suivantes :

a) adopter une décision d'attribution ne produisant aucun effet contractuel et susceptible de faire l'objet d'un recours au sens des articles 1 et 2 ;

b) publier un avis assurant un degré de publicité adéquat et contenant au minimum les informations mentionnées à l'annexe de la présente directive.

La publication d'un avis conformément à l'article 43 et à l'article 44 de la directive 2004/17/CE, remplit les conditions prévues au point b) du présent paragraphe.

3. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution du marché, ne peut avoir lieu qu'à l'expiration d'un délai minimum de dix jours calendrier à compter du lendemain du jour où l'avis mentionné au paragraphe 2, point b), a commencé à faire l'objet de la publicité requise.

4. Les paragraphes 2 et 3 ne s'appliquent ni en cas d'urgence impérieuse au sens de l'article 40, paragraphe 3, point d), de la directive 2004/17/CE, ni aux marchés explicitement exclus aux termes des articles 19 à 26 de celle-ci.

## *Article 2septies*

1. Les Etats membres assurent le respect, d'une part, des délais prévus à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, et à l'article 2 bis, paragraphes 2 et 3 et, d'autre part, de l'article 2sexies dans les conditions énoncées aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. La conclusion d'un contrat intervenue en violation des dispositions visées au paragraphe 1, est considérée comme sans effet. .

3. Par dérogation au paragraphe 2, les Etats membres peuvent prévoir que le contrat dont la conclusion a eu lieu en violation des dispositions visées au paragraphe 1, produit néanmoins certains effets entre les parties concernées ou vis-à-vis des tiers du fait de l'écoulement d'un délai de prescription qui ne pourra pas être inférieur à six mois à compter de la date effective de la conclusion.

La dérogation prévue au premier alinéa peut aussi être appliquée lorsque, dans le cadre d'un recours visant à faire constater et à faire tirer les conséquences d'une conclusion intervenue en violation du paragraphe 1, une instance de recours indépendante de l'entité adjudicatrice constate que le respect de certaines exigences impérieuses ou impératives relatives à un intérêt général de nature non économique commandent, dans le cas d'espèce, de ne pas remettre en cause certains effets dudit contrat.

4. Les Etats membres prévoient un régime de sanctions destiné à ne pas laisser sans conséquence la conclusion d'un contrat en violation du paragraphe 1, lorsque les circonstances visées au paragraphe 3, sont réunies ou lorsque l'urgence impérieuse au sens de l'article 40, paragraphe 3, point d), de la directive 2004/17/CE a été invoquée par une entité adjudicatrice alors que toutes les conditions prévues par cette disposition n'étaient pas réunies.

Les Etats membres notifient ces dispositions à la Commission au plus tard le [...] (*18 mois après la date de publication au Journal officiel de l'Union européenne de la présente directive*), et toute modification ultérieure les concernant dans les meilleurs délais."

4) Les articles 3 à 7 sont supprimés.

5) L'article 8 est modifié comme suit :

a) Les paragraphes 1 et 2 sont remplacés par le texte suivant.

« 1. La Commission peut invoquer les procédures prévues aux paragraphes 2 à 5 si elle estime qu'une violation grave des dispositions communautaires dans le domaine des marchés a été commise durant une procédure de passation de marché entrant dans le champ de la directive 2004/17/CE ou en ce qui concerne l'article 27, point a) de ladite directive pour les entités adjudicatrices auxquelles cette disposition s'applique.

2. La Commission notifie à l'État membre et à l'entité adjudicatrice concernés les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'une violation grave a été commise, et demande que celle-ci soit corrigée par les moyens appropriés.

Elle fixe à l'Etat membre concerné un délai raisonnable de réponse tenant compte des circonstances du cas d'espèce.»

b) Au paragraphe 3, la phrase introductive est remplacée par le texte suivant :

« 3. Dans le délai visé au paragraphe 2, l'État membre concerné communique à la Commission: ».

6) Les articles 9 à 11 sont supprimés.

7) L'article 12 est remplacé par le texte suivant :

#### *Article 12*

1. Les États membres communiquent chaque année à la Commission des informations sur le fonctionnement des procédures nationales de recours qui se sont déroulées au cours des années civiles précédentes. La Commission détermine, en consultation avec le comité consultatif pour les marchés publics, le champ et la nature de ces informations.

2. Avant l'expiration d'une période de six ans à compter du [...] (*18 mois après la date de publication au Journal officiel de l'Union européenne de la présente directive*), la Commission, en consultation avec le comité consultatif pour les marchés publics, réexamine l'application des dispositions de la présente directive, et propose, le cas échéant, les modifications jugées nécessaires. »

8) L'annexe dont le texte figure à l'annexe II de la présente directive est ajoutée.

#### *Article 3*

##### *Transposition*

1. Les Etats membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le [...] (*18 mois après la date de publication au Journal officiel de l'Union européenne de la présente directive*). Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions ainsi qu'un tableau de correspondance entre ces dispositions et la présente directive.

Lorsque les Etats membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les Etats membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine couvert par la présente directive.

*Article 4*

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

*Article 5*

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le

*Par le Parlement européen*  
*Le Président*

*Par le Conseil*  
*Le Président*

## ANNEXE I

### « ANNEXE

#### **Information minimum devant figurer dans l'avis mentionné à l'article 2<sup>sexies</sup>, paragraphe 2, point b)**

- nom, adresse et point(s) de contact du pouvoir adjudicateur ;
- intitulé attribué au marché par le pouvoir adjudicateur ;
- type de marché (travaux/fournitures/services) et lieu d'exécution, de livraison ou de prestation ;
- description succincte du marché ;
- classification CPV (vocabulaire commun pour les marchés publics) ;
- valeur totale finale du marché attribué ;
- date de la décision d'attribution du marché ;
- justification du choix de ne pas engager de procédure formelle consistant en des mesures de publicité et de mise en concurrence préalable pour la passation d'un marché public dont le montant est supérieur au seuil correspondant de la directive 2004/18/CE, en visant le ou les cas concerné(s) de l'article 31 de la directive 2004/18/CE, ou, toute autre justification conforme au droit communautaire applicable;
- nom et adresse de l'opérateur économique auquel le marché a été attribué ;
- indication précise de l'instance responsable des procédures de recours et des délais d'introduction des recours ;
- service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours. »

## **ANNEXE II**

### **ANNEXE**

#### **Information minimum devant figurer dans l'avis mentionné à l'article 2sexies, paragraphe 2, point b)**

- nom, adresse et point(s) de contact de l'entité adjudicatrice ;
- intitulé attribué au marché par l'entité adjudicatrice ;
- type de marché (travaux/fournitures/services) et lieu d'exécution, de livraison ou de prestation ;
- description succincte du marché ;
- classification CPV (vocabulaire commun pour les marchés publics) ;
- valeur totale finale du marché attribué ;
- date de la décision d'attribution du marché ;
- justification du choix de ne pas engager de procédure formelle consistant en des mesures de publicité et de mise en concurrence préalable pour la passation d'un marché public dont le montant est supérieur au seuil correspondant de la directive 2004/17/CE, en visant le ou les cas concerné(s) de l'article 40, paragraphe 3 de la directive 2004/17/CE, ou, toute autre justification conforme au droit communautaire applicable ;
- nom et adresse de l'opérateur économique auquel le marché a été attribué ;
- indication précise de l'instance responsable des procédures de recours et des délais d'introduction des recours ;
- service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours. »