

N° 15

SÉNAT

PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1992 - 1993

Annexe au proces-verbal de la séance du 21 octobre 1992.

RAPPORT

FAIT

au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (1) sur le projet de loi relatif aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications,

Par M. Robert LAUCOURNET,

Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : MM. Jean François-Poncet, *président* ; Philippe François, Henri Revol, Robert Laucournet, Jean Huchon, *vice-présidents* ; William Chervy, Francisque Collomb, Jean-Paul Emin, François Gerbaud, Louis Minetti, *secrétaires* , Henri Bangou, Bernard Barraux, Jacques Baudot, Jacques Bellanger, Georges Berchet, Roger Besse, Jean Besson, François Blaizot, Marcel Bony, Jean Boyer, Jacques Braconner, Robert Calmejane, Louis de Catuelan, Joseph Caupert, Gérard César, Roland Courteau, Marcel Daunay, Désiré Debavelaere, Jean Delaneau, Jean-Pierre Demerliat, Rodolphe Désire, Michel Doublet, Pierre Dumas, Mme Josette Durrieu, MM. Bernard Dussaut, Andre Fosset, Aubert Garcia, Charles Ginesy, Jean Grandon, Georges Guillot, Mme Anne Heinis, MM. Remi Herment, Bernard Hugo, Roger Husson, Pierre Lacour, Gerard Larcher, Jean-François Le Grand, Charles-Edmond Lenglet, Félix Leyzour, Maurice Lombard, Rene Marques, François Mathieu, Serge Mathieu, Jacques de Menou, Louis Mercier, Gérard Miquel, Louis Moinard, Paul Moreau, Joseph Ostermann, Albert Pen, Jean Pepin, Daniel Percheron, Jean Peyrafitte, Alain Pluchet, Jean Pourchet, André Pourny, Jean Puech, Henri de Raincourt, Paul Raoult, Jean-Marie Rausch, Roger Rigaudiere, Jean-Jacques Robert, Jacques Rocca Serra, Jean Roger, Josselin de Rohan, Raymond Soucaret, Michel Souplet, Fernand Tardy.

Voir le numero :

Senat : 506 (1991-1992).

Marchés publics

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
INTRODUCTION	3
EXPOSÉ GÉNÉRAL	5
I. LES MARCHÉS PUBLICS : DES ENJEUX ÉCONOMIQUES D'IMPORTANCE	5
II. LES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES ONT ENTRAÎNÉ DES MODIFICATIONS DU DROIT NATIONAL DES MARCHÉS PUBLICS	9
A. L'ÉVOLUTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE	9
1. Les textes	9
2. Le contenu de directives	11
<i>a) Des orientations constantes</i>	<i>11</i>
<i>b) Un champ d'application a perimetre variable</i>	<i>14</i>
B. L'ADAPTATION DU DROIT NATIONAL	17
1. L'organisation du droit français des marchés publics	17
2. L'empreinte de la réglementation communautaire	18
III. LA DIRECTIVE N° 90-531 ÉTEND LE CHAMP D'APPLICATION SECTORIEL DE LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE DES MARCHÉS PUBLICS DE FOURNITURES ET DE TRAVAUX	19
A. UN CHAMP D'APPLICATION ÉTENDU ET HÉTÉROGÈNE ..	22
1. Les organismes visés	22
2. Les secteurs concernés	22
3. Les marchés assujettis	23
4. Les exceptions	24
<i>a) Les dérogations</i>	<i>24</i>
<i>b) Les exclusions ..</i>	<i>25</i>
5. Une interprétation précisée par voie d'annexes	27

	<u>Pages</u>
B. UN RÉGIME JURIDIQUE RELATIVEMENT SOUPLE	28
1. Les procédures	28
2. Spécifications techniques et normes	29
3. Qualification, sélection et attribution	30
4. Autres dispositions	31
IV. LE PROJET DE LOI SE RÉVÈLE D'UNE PORTÉE TROP RESTREINTE	31
A. L'ÉCONOMIE DU PROJET DE LOI	32
B. UNE PORTÉE TROP RESTREINTE	32
C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION	34
EXAMEN DES ARTICLES	35
<i>Article premier : Contrats et organismes assujettis</i>	35
<i>Article 2 : Activités concernées</i>	46
<i>Article 3 : Conditions d'exclusion de certains organismes</i>	49
<i>Article 4 : Précisions relatives aux contrats visés</i>	50
<i>Article 5 : Conditions d'exclusion de certains contrats</i>	52
<i>Article 6 : Offres de fournitures provenant d'un pays tiers</i>	57
<i>Article 7 : Modification de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991</i>	59
<i>Article 8 : Conditions d'application</i>	60
<i>Article 9 : Date d'application</i>	61
<i>Article 10 : Modalités d'application outre-mer</i>	61
TABLEAU COMPARATIF	63
ANNEXE : Texte de la directive n° 90-531 du 17 septembre 1990	78

Mesdames, Messieurs,

Le projet de loi qui nous est soumis aujourd'hui vise à permettre la transposition en droit interne d'une partie des dispositions de la directive n° 90-531 prise par le Conseil des Communautés, le 17 septembre 1990, et relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (jointe en annexe).

Ce projet de loi intervient dans un domaine d'importance puisque les marchés visés représentent une part significative de l'activité économique nationale. Il est toutefois d'une portée juridique limitée au regard de l'objet des dispositions communautaires qui l'ont institué.

Il se contente, en effet, de définir quels sont les contrats et les organismes de droit privé les souscrivant qui se trouvent inclus dans le champ d'application national de la directive. Pour ce qui concerne la transcription en droit français des obligations fixées, par la directive, à ces organismes et la détermination des seuils à partir desquels ces obligations s'imposent, le texte examiné renvoie à un décret en Conseil d'Etat. De même, le projet de loi ne précise pas quelles sont les personnes publiques et principalement les établissements publics, ressortant du dispositif communautaire et aucun de ses articles n'organise la transposition du régime juridique y afférent. Toutes ces mesures se trouvent, de fait, confiées au pouvoir réglementaire.

L'examen des enjeux économiques représentés par les marchés publics (I) et des incidences des textes communautaires sur le droit national régissant ces marchés (II) permet de mieux apprécier la portée de la directive n° 90-531 (III) et celle du projet de loi examiné (IV).

EXPOSÉ GÉNÉRAL

I. LES MARCHÉS PUBLICS : DES ENJEUX ÉCONOMIQUES D'IMPORTANCE

L'ensemble des marchés publics de la C.E.E. a été évalué par la Commission de Bruxelles à environ 15 % du P.I.B. des douze pays membre, lors de l'élaboration des directives intervenues en ce domaine à la fin des années 1980.

Ce pourcentage représenterait aujourd'hui des sommes dépassant 700 milliards d'ECU ⁽¹⁾, soit plus de 5.000 milliards de francs.

Leur ventilation entre les entreprises publiques et les administrations varie considérablement d'un Etat membre à l'autre. Les premières réalisaient, à la fin de la dernière décennie, environ 60 % des achats publics d'importance en Belgique contre 35 à 40 % en France, en Allemagne et en France.

Les petites dépenses courantes, les loyers, les frais de chauffage et d'électricité, les primes d'assurance, les frais de téléphone et les frais postaux ne sont pas couverts par des politiques

(1) Le rapport économique et financier de la Commission des C.E.E. évalue à 5.073 milliards d'ECU le PIB des Douze en 1991.

d'achat formelles et ne sont donc pas appréhendés par ces statistiques. Toujours selon la Commission des C.E.E. et à la même époque, les dépenses correspondantes équivaldraient à la moitié de celles dont l'engagement est soumis au respect de certaines règles.

En France, seule la Commission centrale des marchés est à même de fournir des chiffres concernant les marchés publics. Elle est habilitée par l'article 35 du code des marchés publics à recenser les marchés passés :

- par les personnes publiques assujetties au respect des dispositions de ce code, à savoir l'Etat et ses établissements publics à caractère administratif, ainsi que les collectivités locales et leurs établissements publics locaux ;

- par les personnes publiques qui n'y sont pas assujetties à savoir les établissements publics à caractère industriel et commercial, les entreprises nationales et les sociétés d'économie mixte qui, en droit français, composent la catégorie des entreprises publiques.

En 1989, dernière année connue, la Commission centrale des marchés a dénombré plus de 300.000 marchés et avenants passés pour un montant total de l'ordre de 400 milliards de francs.

Bien entendu, en France comme dans l'ensemble de la C.E.E., l'impact économique des marchés publics est supérieur à ces 400 milliards. Si l'on ajoute aux marchés recensés, les non recensés - de moins en moins nombreux - plus les commandes passées en dessous du seuil à partir duquel il est nécessaire de conclure un marché ⁽¹⁾, le total des commandes publiques représente plus de 10 % du P.I.B.

Il était admis, de 1981 à 1986, que la valeur des marchés et avenants souscrits par les différents pouvoirs adjudicateurs se répartissait, en moyenne, de la manière suivante : 1/3 pour l'Etat, 1/6 pour les collectivités territoriales et 1/2 pour les entreprises publiques. Les données triennales présentées en 1989 démontrent un accroissement de la part de l'Etat (42 % du total en raison vraisemblablement des effets de la loi de programmation militaire de 1987) et des collectivités locales (19 % du total) et une nette diminution de celle des entreprises publiques : 39,2 % du total soit environ une baisse de 10 % sur trois ans.

(1) Ce chiffre est passé de 180.000 francs à 300.000 francs par décret du 3 juillet 1990.

Cette tendance devrait cependant s'inverser dans les années à venir puisque, depuis le 1er janvier 1991, la Poste et France Telecom -administrations d'Etat en 1989- sont devenues des entreprises publiques suite au changement de leur statut qu'a opéré la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990.

Pour l'ensemble des marchés recensés, la répartition, en 1989, par branche économique et par type d'adjudicateur s'établissait comme suit :

LES MARCHÉS PUBLICS RECENSÉS PAR BRANCHE ÉCONOMIQUE

Année 1989, chiffres semi-définitifs

(en millions de francs)

	ETAT	COLLECTIVITÉS LOCALES	ENTREPRISES PUBLIQUES	TOTAL
Bâtiment, génie civil	22.183,60	55.467,00	32.311,20	109.961,80
Automobiles, matériel de transport terrestre	6.009,30	1.809,80	5.795,90	13.615,00
Services marchands aux entreprises	16.591,50	3.177,20	13.236,70	33.005,40
Construction mécanique	4.435,40	3.123,80	10.309,80	17.868,90
Construction navale, aéronautique, armement	52.343,10	77,40	40.839,80	93.260,30
Fonderie, travail des métaux	2.764,10	564,70	4.927,20	8.256,00
Matériels électriques professionnels	55.653,80	2.141,60	15.749,60	73.545,00
Produits pétroliers, gaz naturel	315,30	1.082,70	18.706,60	20.104,60
Autres	9.047,50	8.706,70	16.553,30	34.307,50

Tous adjudicateurs confondus, la répartition par branche, en pourcentage des montants, laisse apparaître une nette prédominance des secteurs du bâtiment et du génie civil ainsi que de la construction navale, de l'aéronautique et de l'armement (plus de 50 % à eux deux) que souligne le tableau ci-après :

Bâtiment, génie civil	27,22 %
Automobiles, matériel de transport terrestre	3,37 %
Services marchands aux entreprises	8,17 %
Construction mécanique	4,42 %
Construction navale, aéronautique, armement	23,22 %
Fonderie, travail des métaux	2,04 %
Matériels électriques professionnels	18,20 %
Produits pétroliers, gaz naturel	4,98 %
Autres	8,42 %

Pour ce qui concerne les secteurs de l'énergie, du transport et des télécommunications visés par la directive transposée par le présent projet de loi, votre rapporteur a demandé à la commission centrale des marchés de procéder à une enquête auprès des établissements publics qui sont les principaux intervenants dans ces branches de l'économie. Les évaluations obtenues, pour 1991, correspondant aux contrats dépassant le montant fixé pour l'application de la directive, sont résumées dans leurs grandes lignes par le tableau suivant :

(en milliards de francs)

	R.A.T.P.	FRANCE TELECOM	EDF	SNCF	AÉROPORT DE PARIS	TOTAL
Fournitures	1,3	16,9	27	20,5	1	66,7
Travaux	2,0	1,1	9	11	1,5	24,6
Total	3,3	18,0 (1)	36	31,5	2,5	91,3

(1) auxquels il convient d'ajouter 6,3 milliards de francs de marchés de services en partie encadrés par la directive de septembre 1990.

Au total, les marchés de fournitures et de travaux passés par les établissements à caractère industriel et commercial dans les

secteurs dits exclus atteignent environ 91 milliards de francs (hors services de télécommunications).

Votre rapporteur a, par ailleurs, souhaité obtenir des renseignements similaires de la part du syndicat professionnel des distributeurs d'eau qui ont, pour les plus importants d'entre eux, un statut de droit privé. Il lui a été indiqué que, dans le secteur de l'eau potable, les marchés encadrés par la directive représentaient annuellement une somme de l'ordre de 3 milliards de francs.

L'addition des deux chiffres souligne l'importance économique des marchés couverts par la directive communautaire ayant conduit à l'élaboration du présent projet de loi.

Surtout, la comparaison de ces deux chiffres met nettement en évidence que le projet de loi -du fait même qu'il ne vise que les seuls organismes privés assujettis, à l'exclusion des personnes publiques- ne concerne qu'une partie extrêmement minime des marchés devant respecter les règles posées par la directive.

II. LES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES ONT ENTRAÎNÉ DES MODIFICATIONS DU DROIT NATIONAL DES MARCHÉS PUBLICS

A. L'ÉVOLUTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

1. Les textes

Notre collègue Bernard LAURENT le relevait fort justement dans le rapport ⁽¹⁾ qu'il avait présenté à l'occasion de l'examen de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 : quoique les marchés publics ne fassent l'objet d'aucune mention particulière dans le Traité de Rome, certaines de ses dispositions générales leur sont toutefois applicables. On peut ainsi évoquer l'article 7 qui interdit toute discrimination en raison de la nationalité, les articles 30 et suivants qui prévoient la suppression entre Etats membre de toutes restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent, ou encore

(1) Rapport Sénat n° 479, 1989-1990.

les articles 57 et suivants qui prévoient la suppression des restrictions à la libre prestation des services.

Il n'en demeure pas moins que, pendant longtemps, hormis ces interdictions globales, les seules obligations imposées par la Communauté aux procédures de passation des marchés publics ont reposé sur une réglementation partielle, résultant de deux directives du Conseil :

- la directive n° 71-305 du 26 juillet 1971 concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales ;

- la directive n° 77-62 du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, modifiée par une directive n° 80-767 du 18 août 1980, à la suite de la signature, le 12 avril 1979, des accords du G.A.T.T.

Certes, ces directives ont été complétées par une action de coordination des politiques nationales de normalisation qui a pris la forme d'une directive du 28 mars 1983. Cependant, au vu du bilan mitigé de l'application de ces textes, que la Commission a dressé en décembre 1984, on peut considérer que le droit communautaire des marchés publics a réellement commencé à se développer à compter de l'adoption de l'Acte unique en 1985.

De nouvelles directives modifiant et complétant les directives «travaux» et «fournitures» précitées ont été préparées par la Commission et ont successivement été adoptées par le Conseil au cours des quatre dernières années.

Il s'agit de :

- la directive n° 88-295 du 22 mars 1988 modifiant les directives n° 77-62 et 80-767 précitées et relatives aux marchés de fournitures ;

- la directive n° 89-440 du 18 juillet 1989 modifiant la directive n° 71-305 précitée et relative aux marchés de travaux ;

- la directive n° 89-665 du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de travaux et de fournitures ;

- la directive n° 90-531 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. Cette directive couvre les secteurs d'activité exclus du champ d'application des précédentes et est à l'origine du projet de loi, objet du présent rapport ;

- la directive n° 92-13 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 ;

- la directive n° 92-50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des **marchés publics de services**, ce **texte ne visant que les secteurs couverts par la directive « travaux »** n° 89-440 précitée.

Cependant pour les secteurs dits «*exclus*» traités par les directives n°s 90-531 et 92-13, le Conseil des ministres en charge de l'établissement du marché intérieur est parvenu, lors de sa réunion du 18 juin dernier, à un accord politique sur le contenu de la directive relative aux procédures de passation des marchés publics de services dans ces secteurs. Ce texte devrait donc être adopté prochainement.

Sa publication marquera l'achèvement du processus d'édification du corpus de règles communautaires applicables aux marchés publics.

2. Le contenu des directives

a) Des orientations constantes

Les directives énumérées ci-dessus connaissent des modulations très sensibles selon les secteurs et les types de marchés auxquels elles s'appliquent.

Cependant, elles s'inscrivent toutes dans le contexte de la construction du marché unique et poursuivent, de ce fait, un même objectif : assurer aux entreprises communautaires, quelle que soit leur nationalité, l'égalité d'accès aux marchés publics des Etats membres.

A cette fin, elles visent à :

- assurer la publicité des appels d'offres dans l'ensemble de la Communauté ;

- coordonner les spécifications des produits afin que le plus grand nombre possible d'entreprises puisse, en toute connaissance de cause, s'engager à respecter les cahiers des charges ;

- définir des procédures de passation des marchés permettant effectivement aux entrepreneurs des différents Etats membres de soumissionner ;

- organiser l'attribution des marchés sur la base de critères objectifs fixés à l'avance ;

- garantir le fonctionnement transparent du système pour que les pouvoirs adjudicateurs soient convaincus que l'ouverture des marchés est bien réciproque.

Ainsi, d'une manière générale, la réglementation communautaire impose, avec des déclinaisons particulières selon les secteurs et les marchés, des formalités obligatoires de publicité. De même, elle n'autorise que quatre types de procédure pour la passation des marchés (ouvertes, restreintes, négociées et -pour les seuls services- de concours) et oblige à motiver les décisions prises.

Elle prévoit également des moyens de recours qui, étant donné la brièveté des processus de passation des marchés publics, habilite les instances compétentes des Etats membres à prendre en urgence des mesures provisoires de suspension de la procédure ou de l'exécution des décisions prises par le pouvoir adjudicateur. En outre, lorsque la Commission estime qu'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires a été commise, elle peut préalablement à la conclusion du contrat intervenir auprès de l'Etat membre et de « l'entité adjudicatrice » pour que cette violation soit corrigée par des moyens appropriés ⁽¹⁾.

Ces différents dispositifs ne s'appliquent toutefois qu'aux marchés d'un montant supérieur à certains seuils appréciés hors TVA, à savoir :

- 130.000 ou 200.000 ECU selon l'adjudicateur et le type de produit pour les marchés de fournitures,

- 5 millions d'ECU pour les marchés de travaux,

- 400.000 ECU pour les marchés de fournitures (somme portée à 600.000 ECU lorsqu'il s'agit de télécommunications) et

⁽¹⁾ Article 3 de la directive n° 89-665 du 21 décembre 1989 ; article 8 de la directive n° 92-13 du 25 février 1992.

5 millions d'ECU pour les marchés de travaux, dans le cadre de la directive n° 90-531 relative aux secteurs dits «exclus».

- 200.000 ECU pour les marchés de services visés par la directive n° 92-50 du 18 juin 1992.

Il importe de souligner, dès maintenant, que le champ d'application des directives communautaires n'est pas nécessairement le même que celui des codes nationaux régissant les achats publics. Elles ne tentent pas, en effet, de réaliser une harmonisation générale des diverses règles nationales appliquées aux marchés publics. Les considérables différences de complexité, de rigueur et de finalité existant entre ces règles nationales rendraient d'ailleurs extrêmement difficiles la poursuite d'un tel but.

La logique qui sous-tend l'élaboration du droit communautaire repose plutôt, en définitive, sur un critère téléologique qu'un document de travail de la Commission ⁽¹⁾ a exposé de manière explicite :

«Pour déterminer qui doit être soumis à la législation communautaire, il faut savoir quels pouvoirs adjudicateurs peuvent être soumis à des pressions politiques pour acheter "national" au détriment de leurs intérêts commerciaux. Les directives mettent les pouvoirs adjudicateurs à l'abri de ces pressions. Elles les aident à acheter ce qu'ils considèrent comme le meilleur produit communautaire disponible, quel qu'en soit le pays d'origine.

Il est évident que tout organisme, qu'il relève de l'administration centrale, régionale ou locale, est soumis aux pressions politiques que nous venons d'évoquer. Mais ces influences peuvent être exercées beaucoup plus largement. Il ne fait aucun doute que les gouvernements sont en mesure d'influencer les décisions d'achat de leurs propres agents mais, en outre, ils peuvent aussi influencer les organismes qui dépendent d'eux pour le droit d'exercer une fonction ou un service particulier. C'est le cas par exemple des organismes qui ont reçu la concession exclusive d'un service.»

La mise en oeuvre de ces principes a conduit à une extension graduelle mais irrégulière du champ d'application des règles communautaires régissant les marchés publics. Il en résulte que le périmètre d'intervention de ces règles varie avec le secteur économique et le type de contrat en cause.

⁽¹⁾ Commission des Communautés Européennes. Direction générale marché intérieur et affaires industrielles. Comité consultatif des marchés publics - 28 décembre 1987; CC/87/21.

b) Un champ d'application à périmètre variable

On constate, au cours des dernières années, une extension progressive de la définition des **personnes concernées** par la réglementation européenne.

Les textes publiés dans les années 1970 et la directive «fournitures» de 1988 ne visaient que l'Etat, les collectivités territoriales et certaines personnes morales de droit public correspondant, en droit français, aux établissements publics à caractère administratif, scientifique, technique ou culturel.

Dans la directive «travaux» de 1989, cette notion de personne morale de droit public est complétée par celle «*d'organisme de droit public*». Les organismes entrant dans cette catégorie sont caractérisés par la réunion de trois critères : la personnalité juridique, la satisfaction de besoins d'intérêt général autres qu'industriels et commerciaux et, soit une activité financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes publics, soit une gestion soumise au contrôle de ces derniers, soit un organe d'administration, de direction ou de surveillance dominé par des représentants de ces mêmes personnes (article premier point b).

La directive dite «secteurs exclus», qui sera examinée plus avant, accentue très sensiblement ce mouvement d'élargissement puisque, outre ces organismes, elle englobe les entreprises publiques, à savoir «*toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent*» (article premier, paragraphe 2).

Transposées en droit interne, ces dernières dispositions visent directement les établissements publics industriels et commerciaux, les sociétés d'économie mixte ainsi que tout organisme dépendant de la puissance publique, même si son statut relève entièrement du droit privé. Tel est le cas, par exemple, des sociétés d'H.L.M., de certaines associations subventionnées ou de fondations bénéficiant d'un important concours public.

Pourtant, cette évolution présente des aspects contrastés. Elle n'a pas été parfaitement continue : la directive de septembre 1990 dite «secteurs exclus» même si elle appréhende de nouvelles catégories de personnes, ne s'étend pas à toutes celles auxquelles s'applique la directive «travaux» de juillet 1989.

La directive «travaux» soumet à l'ensemble de ses dispositions les personnes publiques ou privées qui passent des marchés de travaux subventionnés «directivement à plus de 50 %» par l'Etat, une collectivité territoriale ou un organisme public, dès lors que ces marchés correspondent à des travaux d'infrastructure d'intérêt général ou portent sur des travaux de bâtiment relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif (article premier bis). Par ailleurs, la combinaison des points d) et a) de l'article premier de la même directive a pour effet d'étendre les règles qu'elle pose en matière de publicité (article premier ter) aux personnes concessionnaires de travaux publics, quand la valeur du contrat de concession égale ou dépasse 5 millions d'ECU.

La directive «secteurs exclus» ne reprend pas les deux séries de règles décrites au paragraphe précédent. Cependant elle s'applique non seulement aux personnes, déjà citées, qu'elle énumère à son article premier, mais aussi à toute entreprise privée exerçant une des activités visées par le dispositif et bénéficiant «de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un Etat membre» (article 2 paragraphe 1).

Il doit être souligné qu'au total, l'ensemble des règles évoquées ci-dessus a eu pour conséquence d'inclure dans le domaine d'application des directives communautaires une partie des marchés considérés comme privés, au regard du droit français, en raison de la qualité des personnes adjudicatrices.

Une tendance similaire se constate pour ce qui concerne les actes visés. Des relations contractuelles absentes des premières directives, et qui ne figurent que pour partie dans la réglementation française, sont désormais incluses dans le système juridique élaboré par la Communauté.

Ainsi, la directive «travaux» de 1989 considère comme marchés publics de travaux ceux qui ont pour objet l'exécution d'un ouvrage mais également ceux qui, conjointement, portent sur l'exécution et la conception d'un ouvrage, ceux qui sont «le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique» (article premier points a et c).

Quoiqu'elles n'aient pas toutes été reprises par la directive «secteurs exclus» de telles dispositions conduisent à placer un grand nombre de marchés de conception-construction, de contrats

de locations-vente et de ventes en l'état futur d'achèvement dans le champ d'application du droit communautaire des marchés publics de travaux.

S'y trouvent également partiellement inscrites, ainsi que cela a été vu précédemment, les concessions de travaux publics auxquelles, en France, le code des marchés publics ne s'applique pas car elles consistent, soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

Enfin, la directive n° 90-531, qui a entraîné la présentation du projet de loi examiné, illustre, très clairement, cet accroissement de la portée des règles édictées par la Communauté quant à l'ampleur des **secteurs d'activité concernés** puisqu'elle limite rigoureusement le nombre de ceux échappant à l'emprise de ces règles dans le domaine des travaux et des fournitures.

La directive déjà publiée et celle en cours d'adoption dans le domaine des marchés publics de services participent d'ailleurs également à ce mouvement. En l'état actuel, ce sont principalement des marchés touchant à des intérêts essentiels des Etats membres ou régis par des accords internationaux, une grande partie des activités de transport, quelques services financiers et certains services de recherche et développement qui se révèlent, en effet, entièrement soustraits aux dispositions de ces textes.

Le droit français s'est, en conséquence, adapté à ces évolutions.

B. L'ADAPTATION DU DROIT NATIONAL

1. L'organisation du droit français des marchés publics

Les marchés publics sont, au sens du droit français, des contrats passés, dans les conditions prévues au code des marchés publics, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services ⁽¹⁾.

Antérieurement à la transposition en droit interne de plusieurs des textes européens sus-étudiés, les règles édictées en la matière ne concernaient, pour l'essentiel, que les marchés de l'Etat et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial, ainsi que les marchés passés au nom des collectivités locales et de leurs établissements publics.

Cette branche du droit est principalement composée de règles fixées par le pouvoir réglementaire et le législateur y est relativement peu intervenu.

Les dispositions auxquelles sont assujetties les collectivités locales ont été précisées par des règlements d'administration publique pris en vertu d'une habilitation donnée au Gouvernement par un décret-loi du 12 novembre 1938. Par la suite, l'article 21 de la loi n° 57-908 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs a prévu que la réglementation des marchés de travaux de l'Etat, des collectivités et des établissements publics relève en permanence du pouvoir réglementaire. Cette attribution de compétence n'a pas été remise en cause malgré le partage opéré par les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958.

Certes, des dispositions législatives organisent la maîtrise d'ouvrage public et ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée (loi du 12 juillet 1958), l'exclusion des marchés publics de certaines catégories de personnes ou d'entreprises (article 50 de la loi n° 52-401 du 14 avril 1952 modifié par l'article 56 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978) et le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage (Titre II de loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance). Il convient aussi d'évoquer les dispositions du titre premier

(1) Article premier du code des marchés publics.

de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, qui visent à assurer la transparence et la régularité des procédures de marché.

Cependant, dans l'attente d'une recodification en cours à la commission supérieure de codification, le code des marchés publics est constitué par un assemblage de textes réglementaires ordonnés à l'origine, par le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 (livres I et II) et le décret n° 66-887 du 28 novembre 1966 (livres III et IV).

Ce contexte particulier explique que la plupart des dispositions communautaires relatives aux marchés publics aient été transposées par décret en droit français.

Il n'en demeure pas moins que l'intervention du Parlement s'avère indispensable si les sujets de droit qu'il convient de soumettre aux règles européennes ou si les obligations ou les procédures qu'il s'agit de transcrire ressortent du domaine de la loi.

2. L'empreinte de la réglementation communautaire

Les deux premières directives relatives aux marchés publics et datant des années 1970 ont été traduites en droit français par le décret n° 79-98 du 12 janvier 1979 relatif à la mise en concurrence de certains marchés publics de travaux et de fournitures dans le cadre de la CEE. Ce décret a été modifié par le décret n° 81-551 du 12 mai 1981 suite à l'intervention de la directive n° 80-767 du 18 août 1980, qui a complété le dispositif communautaire visant les marchés de fournitures. Ces deux décrets ont été abrogés, en ce qui concerne les marchés de fournitures, par l'article 2 du décret n° 89-236 du 17 avril 1989 modifiant le code des marchés publics. Ce dernier décret a transposé le contenu de la directive n° 88-295 relative auxdits marchés **en complétant le code des marchés publics par un livre V.**

Puis, les trois textes réglementaires précités ont été abrogés, en tant qu'ils concernaient les marchés publics de travaux, par le décret du 90-824 du 18 septembre 1990 modifiant le code des marchés publics et pris pour l'application de la directive «travaux» du Conseil des Communautés. Postérieurement à l'intervention de ce texte réglementaire, le titre II de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 a transposé en droit interne les dispositions de nature législative contenues dans cette directive. Cette loi a ensuite été complétée par le décret n° 92-311 du 31 mars 1992 soumettant la passation de certains contrats de travaux à des règles de publicité et de mise en concurrence, et modifiant le livre V du code des marchés publics.

Enfin, la loi n° 92-10 du 10 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux a mis en oeuvre celles des dispositions de la directive n° 89-665 du 21 décembre 1989 concernant les recours internes.

Le présent projet de loi, qui vise à appliquer une partie des mesures de la directive dite «secteurs exclus», n'achève donc nullement l'oeuvre de transposition des règles communautaires en droit interne puisque, d'une part, il devra être complété de plusieurs décrets et que, d'autre part, il restera à transcrire :

- la directive n° 92-13 relative aux recours en matière de contrats de fournitures et de travaux dans les mêmes secteurs exclus et qui doit entrer en vigueur au 1er juillet 1993 ;

- la directive n° 92-50 relative aux marchés publics de services dans les autres secteurs et devant, elle aussi, être entrée en vigueur le 1er juillet 1993.

- et, enfin, la future directive sur les marchés publics de services dans les secteurs exclus.

III. LA DIRECTIVE N° 90-531 ÉTEND LE CHAMP D'APPLICATION SECTORIEL DE LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE DES MARCHÉS PUBLICS DE FOURNITURES ET DE TRAVAUX

Actuellement, les directives transposées en droit interne et qui concernent les marchés publics de fournitures et de travaux excluent expressément, outre les domaines sensibles ⁽¹⁾, certains secteurs d'activité de leur champ d'application.

Ainsi, les dispositions des directives «fournitures» et «travaux» ne s'appliquent ni aux marchés passés par des transporteurs terrestres, aériens, maritimes ou fluviaux, ni aux marchés publics concernant la production, le transport et la distribution d'eau potable, ni à ceux passés «par les pouvoirs

(1) A savoir : d'une part, les marchés régis par certains accords internationaux, et d'autre part, les marchés déclarés secrets, ceux dont la réalisation doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité en raison des dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur ainsi que ceux couverts par les exigences de la protection des intérêts essentiels de l'Etat.

adjudicateurs dont l'activité principale est de produire ou de distribuer de l'énergie» (1).

De plus, la directive «*fournitures*» écarte de son champ d'intervention les marchés de fournitures passés par «*les pouvoirs adjudicateurs dont l'activité principale est d'opérer dans le domaine des télécommunications*».

Il importe toutefois de préciser que ce ne sont pas les secteurs économiques énumérés en tant que tels qui sont exclus mais les organismes dont l'activité principale est exercée dans ces secteurs. Les commandes de fournitures et de travaux passés, dans lesdits secteurs, par d'autres organismes sont soumises aux directives en vigueur.

Les exclusions précitées se justifiaient, en effet, par la constatation que certaines personnes morales intervenant, à titre principal, dans les secteurs considérés possédaient un caractère public susceptible d'entraîner leur assujettissement au droit communautaire des marchés publics, alors que d'autres ressortaient du droit privé et n'entraient pas dans le cadre d'application de ce droit. Il apparaissait, en conséquence, quelque peu discriminatoire de soumettre une partie des opérateurs à une réglementation particulière qui ne serait pas imposée à leurs concurrents. D'autant plus qu'une telle distinction aurait pu jouer au détriment de certains Etats membres : ces différences de statut juridique opposant des organismes accomplissant des tâches similaires se trouvant moins souvent relevées au sein d'un même pays qu'entre les différents pays composant la CEE.

Néanmoins, les travaux préparatoires des directives initiales ne conféraient qu'un caractère temporaire à ces exclusions. De plus, les impératifs de l'achèvement du marché unique au 1er janvier 1993 ont amené, à plusieurs reprises, les gouvernements des Etats membres, réunis à l'occasion des Conseils européens, à souligner l'importance d'une ouverture complète des marchés publics.

Pour ce faire, l'approche communautaire a consisté à dépasser la distinction «*entités publiques/entités privées*» qui constituait le fondement du système juridique originel et à rechercher des solutions permettant de traiter de manière égale des situations fondamentalement identiques, quelles que soient les différences de forme juridique.

(1) Article 2 de la directive n° 77-62 modifié par l'article 3 de la directive n° 88-295 ; article 3 de la directive n° 71-305 modifié par le paragraphe 4 de l'article premier ter de la directive n° 89-440.

La Commission des Communautés européennes faisait d'ailleurs remarquer : « *on ne peut imputer les pratiques nationalistes en matière de passation de marchés aux seules entités qui ont un statut public officiel. Les entités privées, isolées des forces du marché et en relation étroite avec l'Etat et leurs fournisseurs nationaux traditionnels, parfois depuis très longtemps, pratiquent une politique analogue (1)* » .

Aussi, la France qui a un vaste secteur public s'est-elle tout particulièrement attachée à ce que les entreprises privées, titulaires de droits exclusifs ou spéciaux, soient effectivement inscrites dans le champ d'application de la directive malgré les réserves allemandes, britanniques ou espagnoles.

La directive adoptée a, en définitive, retenu cette orientation amenant à élargir les limites initiales du droit communautaire des marchés publics. C'est sa première caractéristique.

Ce choix a eu pour effet d'enserrer dans le nouveau dispositif des sujets de droit différant très sensiblement des organisations couvertes par les directives antérieures. Ceux-ci ont, en effet, beaucoup plus de points communs avec une entreprise ordinaire qu'avec une administration.

Pour leur permettre de gérer leurs activités d'une manière appropriée à leur situation, les instances communautaires ont donc préféré ne pas leur imposer une réglementation exhaustive en matière de passation de marchés et ont, simplement, édicté un système de garanties minimales assurant que les entreprises communautaires en mesure de concourir pourront répondre aux appels d'offres de ces adjudicateurs d'un type particulier.

C'est pourquoi, la directive prise fixe des obligations relativement souples aux organismes qu'elle vise. C'est sa seconde caractéristique.

(1) *Communication de la Commission sur le régime communautaire des marchés publics dans les secteurs exclus. Bruxelles, le 11 octobre 1988 ; Com (88) 376 final.*

A. UN CHAMP D'APPLICATION ÉTENDU ET HÉTÉROGÈNE

La directive analysée ci-après comporte cinq titres. Son titre premier intitulé « *dispositions générales* » définit son champ d'application.

1. Les organismes visés

A l'instar des directives « *fournitures* » et « *travaux* » qui l'ont précédée, la directive n° 90-531 s'applique, aux termes même de son article 2, aux entités adjudicatrices qui sont :

- les pouvoirs publics a savoir : l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public (dont la définition a été donnée précédemment : II A.2.b) et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public ;

- les entreprises publiques qui sont celles où, directement ou indirectement, les pouvoirs publics, soit détiennent la majorité du capital, soit disposent de la majorité des voix, soit peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Cependant, à la différence des précédentes, la directive commentée assujettit également les bénéficiaires de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un Etat membre. Cette dernière formule recouvre essentiellement les notions de permis minier, de concession ou encore de bénéfice d'une mesure d'expropriation.

2. Les secteurs concernés

Les procédures instituées s'appliquent aux domaines d'activité suivants :

- la production, le transport ou la distribution d'eau potable, d'électricité, de gaz ou de chaleur ;

- l'exploitation de ressources naturelles : pétrole, gaz, charbon ou combustibles solides ;

- la gestion de réseaux de transport par chemin de fer, tramway, trolley bus ou autobus ;

- la mise à disposition d'aéroports, de ports maritimes ou intérieurs, ou d'autres terminaux de transports ;

- la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunication ou la fourniture d'un ou de plusieurs services de télécommunications.

Se trouvent ainsi couvertes, à la fois, des situations dans lesquelles un service est fourni au public par l'intermédiaire d'un réseau technique dont l'existence même limite la concurrence, ainsi que les situations dans lesquelles l'exploitation d'une zone géographique moyennant une concession ou une autorisation de l'Etat ou d'une collectivité territoriale affaiblit l'impact des forces du marché, en raison même de l'influence exercée par l'autorité publique dans la délivrance, le renouvellement ou l'extension des permis d'exploitation.

3. Les marchés assujettis

Le texte examiné régit simultanément les marchés de fournitures et ceux de travaux.

La définition qu'il donne des marchés de fournitures est plus large que celle figurant dans la directive n° 88-295 de mars 1988 car il ajoute, à la nomenclature établie par cette dernière, les contrats ayant pour objet des services portant sur des logiciels d'exploitation d'un réseau public de télécommunications ou destinés à être utilisés dans un service public de télécommunications. Les achats, locations ou locations-ventes de logiciels représentent, en effet, une part très importante de la plupart des commandes d'équipements de télécommunications, et à partir du moment où ce secteur se trouvait appréhendé, il est apparu indispensable d'encadrer ce type de transaction sans attendre l'intervention des directives relatives aux marchés publics de services.

En revanche, pour les marchés de travaux, le dispositif analysé retient une notion plus restrictive que celle formulée par la

directive n° 89-440 de juillet 1989 puisqu'il ne vise que les marchés de travaux à l'exclusion des concessions.

Rappelons, enfin, que les marchés de travaux concernés sont ceux dont la valeur estimée, hors T.V.A., égale ou dépasse 5 millions d'ECU, ce seuil étant ramené à 400.000 ECU pour les marchés de fournitures et à 600.000 ECU pour ceux de ces marchés passés dans le domaine des télécommunications (article 12).

4. Les exceptions

Au total, la directive n° 90-531 s'applique quand se trouvent simultanément réunies les trois conditions suivantes :

- un marché de fournitures ou de travaux défini au paragraphe 3 de son article premier,

- passé par une personne morale telle que celles caractérisées au paragraphe 1 de ce même article premier,

- et uniquement lorsque ce marché concerne une activité exercée par cette personne dans l'un des secteurs énumérés au paragraphe 2 de son article 2 ⁽¹⁾.

Ce principe clairement exprimé connaît toutefois trois dérogations et une dizaine d'exemptions.

a) Les dérogations

Les deux premières dérogations au principe sus-évoqué sont posées par le paragraphe 2 de l'article 6 précité en renvoi et conduisent à inclure dans le cadre de la directive des entités adjudicatrices exploitant des réseaux de production, de transport ou de distribution d'eau potable, dès lors que les marchés souscrits par de tels opérateurs 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

(1) L'article 6 de la directive précise, en son paragraphe 1, qu'elle ne s'applique pas aux marchés que les adjudicateurs concernés passent à des fins autres que la poursuite des activités assujetties.

volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou par ces installations d'irrigation ou de drainage ;

- à l'évacuation ou au traitement des eaux usées.

La troisième dérogation est organisée par l'article 3 et tend, à l'inverse, à restreindre le champ d'application du texte puisque, à la demande d'un Etat membre et sous certaines conditions, la Commission peut en exclure des organismes détenteurs de titres leur permettant de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides. Il doit cependant être précisé que ces organismes doivent observer les règles de non discrimination et de mise en concurrence, prévues par le droit communautaire, pour l'attribution de leurs marchés de fournitures et de travaux. De plus, la Commission est habilitée à réexaminer l'application de ce dispositif, avant l'expiration d'une période de quatre ans, et à proposer des modifications pour l'adapter notamment aux progrès réalisés dans l'ouverture des marchés.

b) Les exclusions

La directive n° 50-531 a pour objectif d'imposer un certain nombre d'obligations aux procédures de passation de marché pouvant, essentiellement en raison d'une faible influence de la pression concurrentielle, ne pas être ouvertes et loyales.

Ainsi, quoique non assujettis par les directives «travaux» et «fournitures» antérieures, certains opérateurs se trouvent, par le biais du paragraphe 1 de l'article 6 précité, **indirectement exclus** du champ d'application du texte car le niveau de la concurrence à laquelle ils sont confrontés a été jugé tel qu'une réglementation apparaissait inutile. Il en est ainsi, dans le domaine des transports, des compagnies aériennes ⁽¹⁾, des compagnies maritimes et fluviales, ainsi que des transporteurs routiers autres que ceux offrant des services d'autobus au public.

Cependant, certaines activités particulières relevant des domaines régis par la nouvelle directive ont également été considérées comme ne justifiant pas la mise en oeuvre de la réglementation instituée. Elles ont donc été **directement écartées** du champ d'intervention de cette réglementation.

(1) Bien que pour celles-ci, le 18ème considérant de la motivation de la directive estime que leur situation mérite d'être réexaminée ultérieurement.

Il s'agit, dans l'ordre des dispositions du texte communautaire :

① de la fourniture d'un service de transport par autobus lorsque d'autres prestataires peuvent librement fournir ce service dans les mêmes conditions, soit d'une manière générale, soit dans une aire géographique délimitée (article 2, paragraphe 4).

② de l'alimentation en eau potable ou en électricité de réseaux destinés à fournir un service au public, sous réserve de la satisfaction des trois conditions suivantes :

- l'organisme assurant cette alimentation ne doit être ni l'Etat, ni une collectivité territoriale, ni un organisme public, ni une association formée par une ou plusieurs de ces personnes morales ;

- la production d'eau ou d'électricité correspondante est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celles visées par la directive dans le domaine de l'eau ou de l'énergie ;

- l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre du producteur et n'a pas dépassé 30 % de sa production totale d'eau potable ou d'énergie (article 2, paragraphe 5, point a).

③ de l'alimentation en gaz ou en chaleur de réseaux destinés à fournir un service au public, sous réserve de la satisfaction de trois conditions de même nature que celles détaillées au point précédent mais plus strictes : la production doit être le résultat inéluctable de l'exercice de l'activité et ne pas excéder 20 % du chiffre d'affaires (article 2, paragraphe 5, point b).

④ de l'exercice des activités visées par la directive dans un pays tiers et dans des conditions n'impliquant pas d'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté (article 6, paragraphe 1).

⑤ des ventes ou des locations faites à des tiers lorsque celles-ci peuvent librement être effectuées par d'autres organismes dans des conditions identiques (article 7, paragraphe 1).

⑥ des marchés passés pour assurer des services de télécommunications lorsque d'autres personnes que l'adjudicateur peuvent offrir les mêmes services, dans la même aire géographique et dans des conditions «*substantiellement identiques*» (article 8, paragraphe 1).

⑦ des achats d'eau effectués par les personnes dont l'activité est de produire ou distribuer l'eau (article 9, paragraphe 1, point a).

⑧ des achats d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie effectués par les personnes intervenant dans le domaine de l'énergie et visées par la directive (article 9, paragraphe 1, point b).

⑨ des fournitures ou des travaux déclarés secrets ou dont la livraison ou l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité justifiées par la protection des intérêts essentiels de l'Etat (article 10).

⑩ des marchés passés dans le cadre de certains accords internationaux (article 11).

5. Une interprétation précisée par voie d'annexes

Les dispositions qui définissent en termes généraux les conditions d'application de la directive sont complétées par une série d'annexes, numérotées de I à X, qui indiquent, pour chaque Etat membre, quels sont les organismes concernés.

Tantôt ces annexes énumèrent les textes nationaux qui habilitent ces organismes à exercer leurs activités, tantôt elles en fournissent directement la qualité ou le nom, tantôt elles combinent ces deux formes d'identification. Ainsi, à l'annexe III intitulée «*Transport ou distribution de gaz ou de chaleur*», sous la rubrique «*France*» sont mentionnés :

«Société nationale des gaz du Sud-Ouest, chargée du transport du gaz.

Gaz de France créé et exploité en vertu de la loi n° 46/6288 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

Entités (sociétés d'économie mixte ou régies) chargées de la distribution de l'électricité et visées à l'article 23 de la loi 48/1260 du 12 août 1948 portant modification des lois 46/6288 du 8 avril 1946 et 46/2298 du 21 octobre 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

Compagnie française du méthane, chargée du transport du gaz.

Autorités locales, ou associations formées par ces autorités locales, chargées de la distribution de chaleur.»

Les modalités de révision de ces annexes sont d'ailleurs précisées à l'article 32 de la directive, qui prévoit notamment l'intervention de comités consultatifs et une publication des annexes révisées au Journal officiel des Communautés européennes.

A ce propos, il doit être signalé qu'à l'annexe X relative aux «*Entités adjudicatrices dans le domaine des télécommunications*» à la rubrique «*France*» la mention «*Direction générale des télécommunications*» doit être remplacée par «*France Telecom*» en raison de la loi n° 90-588 du 2 juillet 1990 qui a transformé cette direction générale en établissement public.

B. UN RÉGIME JURIDIQUE RELATIVEMENT SOUPLE

1. Les procédures

Pour la passation de marchés de travaux ou de fournitures, le droit communautaire reconnaît trois types de procédure⁽¹⁾ :

- les procédures ouvertes dans le cadre desquelles tout fournisseur ou tout entrepreneur intéressé peut soumissionner ;
- les procédures restreintes dans le cadre desquelles seuls les candidats invités par l'adjudicateur peuvent soumissionner ;
- les procédures négociées dans le cadre desquelles l'adjudicateur consulte les fournisseurs ou les entrepreneurs de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Le titre III de la directive examinée autorise le libre choix des procédures à condition qu'il y ait une mise en concurrence préalable, effectuée par la publication d'un avis au Journal officiel des

(1) Rappelés à l'article premier paragraphe 6 de la directive.

Communautés européennes (JOCE). Seul le recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable doit être fondé sur des motifs spécifiés par l'article 15 (paragraphe 2). Parmi ces motifs, on trouve notamment l'absence de soumission régulière en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, l'urgence impérieuse, ainsi que des cas dans lesquels un seul fournisseur ou un seul entrepreneur peut délivrer les produits ou les services demandés.

Cependant, au moins une fois par an, tous les organismes assujettis doivent faire connaître, par un avis indicatif publié au JOCE :

- l'ensemble des marchés de fournitures qu'ils envisagent de passer au cours des douze prochains mois et dont le montant, estimé par groupe de produit, égale ou dépasse 750.000 ECU ;

- les caractéristiques essentielles des marchés de travaux qu'ils entendent passer et dont le montant estimé égale ou dépasse 5 millions d'ECU.

Enfin, les marchés passés doivent faire l'objet d'une communication à la Commission sous forme d'avis rappelant les résultats de la procédure utilisée.

Les règles formelles de publication des différents types d'avis prévus (formulaire, délais de livraison ou d'exécution, contenu des dossiers d'appel d'offre...) sont précisées dans les annexes XII à XV de la directive.

2. Spécifications techniques et normes

Le dispositif arrêté en la matière par le titre II reprend globalement celui qui figure dans les directives «fournitures» et «travaux» adoptées antérieurement. Il interdit explicitement d'utiliser des spécifications techniques qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises, à moins que ces spécifications techniques soient indispensables eu égard à l'objet du marché.

Il prévoit également l'utilisation, dans les cahiers des charges, des normes et des spécifications techniques communautaires, en réservant la possibilité de déroger à cette règle. De telles dérogations jouent, par exemple, quand le projet constitue une véritable innovation rendant inapproprié l'emploi des normes existantes ou quand la spécification communautaire concernée est impropre à l'application particulière envisagée.

S'il n'existe pas de définitions communautaires pertinentes, les spécifications techniques devraient, dans la mesure du possible, être déterminées par référence aux autres normes en usage dans la Communauté (article 13, paragraphe 3).

En tout état de cause, les «*entités adjudicatrices communiquent aux fournisseurs ou aux entrepreneurs intéressés à l'obtention d'un marché et qui en font la demande les spécifications techniques régulièrement visées dans leurs marchés de fournitures ou de travaux ou les spécifications techniques auxquelles elles entendent se référer pour les marchés qui font l'objet d'un avis d'information périodique...*» (article 14, paragraphe 1).

3. Qualification, sélection et attribution

La contrepartie de cette relative souplesse réglementaire réside dans une exigence, formalisée au titre IV, de transparence des critères de qualification, de sélection et d'attribution présidant au choix.

La qualification et la sélection des fournisseurs doivent reposer sur le principe de non discrimination.

Les critères et les règles de qualification sont fournis sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés. L'existence d'un système de qualification doit être signalée par la publication d'un avis au JOCE (article 24, paragraphe 9).

L'attribution des marchés doit se fonder, soit uniquement sur le prix le plus bas, soit sur l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ce dernier cas, les divers critères étant appelés à jouer (délai de livraison ou d'exécution, coût d'utilisation, rentabilité, qualité, caractère esthétique et fonctionnel, valeur technique, service après-vente, sécurité d'approvisionnement, prix...) doivent être mentionnés dans les cahiers des charges ou dans l'avis de marché, si possible dans l'ordre décroissant d'importance.

Ces obligations ne s'imposent toutefois pas lorsqu'un Etat membre se fonde, pour l'attribution des marchés, sur d'autres critères, dans le cadre d'une réglementation en vigueur au moment de l'adoption de la directive et visant à donner la préférence à certains soumissionnaires, à condition que la réglementation invoquée soit compatible avec le traité instituant la CEE.

De plus, l'article 29 laisse ouverte la possibilité de rejeter toute offre de fournitures dont plus de la moitié du montant est composée de produits (les logiciels étant considérés comme des produits) originaires de pays extra-communautaires.

4. Autres dispositions

Parmi les «dispositions finales» figurant au titre V il convient de souligner l'article 33 qui impose aux «entités adjudicatrices» de conserver les informations appropriées sur chaque marché pendant quatre ans après la date d'attribution, afin de pouvoir fournir, à la demande de la Commission, les renseignements permettant de justifier leurs décisions.

De même, en vertu de l'article 34, chaque Etat membre doit veiller à ce que la Commission reçoive, chaque année, un état statistique national concernant la valeur totale ventilée de chacune des catégories d'activité visées par la directive.

Rappelons enfin qu'avant l'expiration d'une période de quatre ans, la Commission des CEE examinera l'application de la directive et proposera, le cas échéant, des modifications pour l'adapter.

IV. LE PROJET DE LOI SE RÉVÈLE D'UNE PORTÉE TROP RESTREINTE

Pour l'essentiel le projet de loi aujourd'hui soumis à l'examen du Sénat ordonne, clarifie et, en quelque sorte, rationalise la présentation des dispositions du Titre premier de la directive analysée précédemment, dont l'organisation quelque peu complexe révèle indirectement l'importance des négociations qui ont précédé son adoption.

Cependant, si l'économie du projet de loi est parfaitement limpide, sa portée se révèle par trop restreinte.

A. L'ÉCONOMIE DU PROJET DE LOI

Le texte définit très précisément les personnes et les actes considérés, par le Gouvernement, comme devant être assujettis par la loi aux obligations de publicité et de mise en concurrence instituées par la directive n° 90-531 du 17 mars 1990.

Ce dispositif de transposition précise, tout d'abord, par son article premier, quels sont les contrats et les organismes susceptibles d'entrer dans son champ d'application avant d'indiquer, par son article 2, dans quel domaine d'activité ces actes et ces personnes doivent intervenir pour être soumis à la réglementation communautaire.

Puis, ses articles 3 et 5 énumèrent, d'une part, les organismes et, d'autre part, les contrats échappant par exception à l'application des principes qui se trouvent ainsi établis.

Les articles 4 et 6, quant à eux, apportent des précisions complémentaires relatives à la nature des contrats concernés et à leurs modalités de conclusion, notamment quand ils prennent la forme d'accord-cadres ou portent sur des fournitures en provenance d'un Etat extérieur à la Communauté.

L'article 7 tire les conséquences des mesures présentées sur les dispositions légales en vigueur et adapte, à cet effet, l'article 12 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

Enfin, les articles 8 à 10 incluent et fixent les conditions d'application du texte tant au plan réglementaire que dans le temps et dans l'espace.

B. UNE PORTÉE TROP RESTREINTE

Votre rapporteur l'a déjà souligné dans son propos introductif, le projet de loi examiné ne transcrit qu'une partie du dispositif communautaire.

En effet, implicitement ou explicitement, il laisse le soin au pouvoir réglementaire :

- de transposer en droit interne l'ensemble des obligations imposées par la directive ;
- de fixer les seuils au-delà desquels les contrats de passation des marchés y seront soumis ;
- et d'assujettir les personnes morales de droit public qui y sont visées.

Le projet de loi se limite, en définitive, à fournir les critères permettant d'identifier les organismes de droit privé et ceux de leurs actes qui ressortent de l'application du droit communautaire des marchés.

Cette limitation n'est pas en soi criticable. La Constitution a strictement circonscrit, en vertu de son article 34, l'étendue du domaine de la loi et a réservé au règlement, sur le fondement de son article 37, les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi.

La loi du 3 janvier 1991 précitée qui a transposé en droit français une précédente directive relative au droit des marchés n'avait d'ailleurs pas, au regard du dispositif de cette directive, un objet plus étendu que le présent projet de loi. Or, notre Haute Assemblée a considéré la répartition de compétence ainsi opérée comme entièrement conforme à la Constitution et votre Commission des Affaires économiques et du Plan souscrit totalement à cette appréciation.

Cependant, à la différence de la directive mise en oeuvre par la loi de 1991, la directive qui a conduit à la présentation du présent dispositif vise les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC).

Or, le fait que le Gouvernement propose d'assujettir par décret ces établissements au droit communautaire, leur appliquant ainsi -sans tenir compte de leur spécificité- le même régime juridique qu'aux autres personnes morales de droit public (Etat, collectivités locales, établissements publics administratifs...) apparaît éminemment contestable à votre Commission. Elle estime, tant pour des raisons juridiques que pour des motifs d'opportunité, que la soumission de ces EPIC aux dispositions communautaires doit être décidée par la loi et elle vous exposera ses arguments lors de l'examen détaillé de l'article premier du présent projet de loi.

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Les travaux de votre Commission des Affaires économiques et du Plan ont été guidés par trois séries de préoccupations :

① **veiller attentivement à ce que le dispositif examiné respecte les compétences attribuées au Parlement par la Constitution ;**

② **assurer une correspondance rigoureuse entre les règles posées par le projet de loi et celles édictées par la directive transposée, afin d'éviter que nos entreprises puissent se voir soumises à des obligations qui ne s'imposeraient pas à leurs concurrentes des autres pays de la CEE ;**

③ **rectifier des imperfections de forme ou de fond des dispositions proposées.**

Ce sont ces préoccupations qui l'ont amené à vous présenter douze amendements dont l'un vous propose, pour l'ensemble des raisons évoquées précédemment, d'étendre le champ d'application du texte aux exploitants publics et aux établissements publics ayant un caractère industriel et commercial.

EXAMEN DES ARTICLES

Article premier

Contrats et organismes assujettis

Cet article a pour objet de préciser la portée en droit interne de celles des dispositions de la directive n° 90-531 du Conseil des C.E.E., qui visent des personnes morales de droit privé. Pour ce faire, il définit, d'une manière générale, les contrats entrant dans le cadre de la réglementation communautaire puis complète cette définition en détaillant les conditions de statut auxquelles doivent satisfaire les organismes souscripteurs pour que, sous réserve de l'activité concernée, ces contrats soient soumis à ladite réglementation.

On observera, par ailleurs, que le présent article renvoie, en son alinéa premier, à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les mesures de publicité et les procédures de mise en concurrence s'imposant lors de la passation desdits contrats.

La répartition des compétences opérée, **sur ce point**, entre la loi et le règlement a pour effet de limiter très sensiblement le rôle dévolu au législateur dans la transcription de la directive «secteurs exclus». Toutefois votre commission des Affaires économiques et du Plan considère qu'il n'y a pas, sur cette question, atteinte au domaine législatif défini par l'article 34 de la Constitution. La transposition des obligations imposées par la

directive lui est, en effet, apparue ressortir de la compétence réglementaire.

Sur ce sujet, il peut utilement être noté que la formulation retenue par l'alinéa premier du présent article est exactement identique à celle figurant aux premiers alinéas des articles 8 et 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 ⁽¹⁾ votée par le Sénat et dont le titre II -où s'insèrent ces deux articles- avait pour objet de transposer en droit interne les dispositions de la directive «travaux» de juillet 1989.

1. Les contrats concernés

Se trouvent assujettis aux dispositions du projet de loi, en vertu du premier alinéa de son article premier, les **contrats répondant simultanément à quatre critères** :

- avoir pour objet la livraison de fournitures ou l'exécution de travaux ;
- être d'un montant égal ou supérieur à des seuils fixés par arrêté du ministre de l'économie et des finances ;
- être conclus par des organismes ou des groupements de droit privé qui, d'une part, possèdent l'une des qualités énoncées aux alinéas 2 à 12 de l'article premier ;
- et qui, d'autre part, exercent l'une des activités mentionnées à l'article 2.

Pour apprécier la portée du premier critère il convient de souligner qu'au sens de l'article premier paragraphe 3 de la directive européenne sont considérés comme des marchés de fournitures, l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat de produits ou de services portant sur le logiciel.

Par ailleurs, le même texte qualifie de marchés de travaux, soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, de travaux de bâtiment ou de génie civil. Il doit être remarqué que cette dernière définition est beaucoup moins large que celle retenue par la

(1) Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

directive «travaux» n° 89-440 de juillet 1989 puisque, notamment, ne se trouvent pas visés les contrats subventionnés directement à plus de 50 % par l'Etat, les collectivités territoriales, les groupements de droit public formés entre des collectivités publiques, les organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel et commercial ou les groupements ou organismes de droit privé englobés par cette directive «travaux».

Rappelons également, pour ce qui concerne le deuxième critère, que les seuils fixés par arrêté du ministre de l'économie et des finances correspondent à la conversion en francs français des seuils établis par l'article 12 de la directive faisant l'objet de la transposition, ceux-ci étant, hors T.V.A., de :

- 400.000 ECU pour les marchés de fournitures autres que ceux intervenant dans le secteur des télécommunications,

- 600.000 ECU pour ceux de ces marchés concernant le secteur des télécommunications,

- 5 millions d'ECU pour les marchés de travaux.

Actuellement, l'arrêté du 31 mars 1992 (J.O. du 1er avril 1992) pris, par le ministre de l'Economie et des Finances, sur le fondement des textes (1) transposant en droit français les précédentes directives relatives aux marchés publics donne une valeur de 13,7 millions de francs au seuil de 5 millions d'ECU. Sur la base du taux de conversion ainsi retenu (6,94 FF pour un ECU), les seuils relatifs aux marchés de fournitures couverts par la directive «secteurs exclus» seraient donc respectivement de 2,776 et de 4,164 millions de francs.

2. La qualité des organismes souscripteurs visés

Les alinéas 2 à 12 de l'article premier ont pour objet de transcrire les dispositions de l'article premier et de l'article 2 (paragraphe 1) de la directive qui définissent la qualité des «entités adjudicatrices» auxquelles s'applique la réglementation communautaire.

Plus précisément les alinéas 2 à 6 visent, d'une part, les groupements de droit privé formés entre des collectivités publiques et,

(1) Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 et décret n° 92-311 du 31 mars 1992.

d'autre part, les organismes de droit privé, créés en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et répondant à certaines conditions (collectivité ou organisme publics assurant soit un financement majoritaire, soit un contrôle de gestion, soit une domination des organes d'administration).

Ces alinéas reprennent à l'identique le dispositif édicté par l'article 9 (alinéa 2 à 6) de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 précitée pour définir les personnes morales de droit privé englobées par les deux notions communautaires d'associations formées par des «*pouvoirs publics*», d'une part, et «*d'organismes de droit public*», d'autre part. En effet, ces deux notions figurant au paragraphe 1 de l'article premier de la directive «secteurs exclus» apparaissaient déjà dans la directive «travaux» de juillet 1989 (article premier, point b).

En toute cohérence, c'est donc, à chaque fois, la même formulation juridique qui a été retenue.

Il doit, toutefois, être clairement rappelé ici que la notion «*d'organisme public*», au sens des directives susmentionnées, est beaucoup plus étendue que celle inscrite dans les deux textes législatifs français. Ceux-ci ne s'appliquent, en effet, qu'aux seules personnes morales de droit privé alors que le droit communautaire appréhende également les établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

En revanche, la qualification «*d'entreprise publique*» se trouve introduite dans le droit communautaire des marchés publics par la directive n° 90-535. Toutefois, là encore, les alinéas 7 à 10 de l'article premier, assurant sa traduction législative en droit interne ne couvrent que les personnes morales de droit privé répondant aux critères posés par le dispositif adopté par le Conseil des C.E.E. Or ce dispositif vise aussi les personnes publiques puisqu'il s'applique à toute entreprise dans laquelle, directement ou indirectement, les «*pouvoirs publics*» (1) au sens des règles de la Communauté :

- détiennent la majorité du capital,
- ou disposent de la majorité des voix,
- ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration.

(1) A savoir, pour mémoire, l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et les organismes privés définis aux alinéas 3 à 6 de l'article premier du projet de loi.

La solution retenue conduit donc à écarter du champ de la définition législative les établissements publics ayant un caractère industriel et commercial, ce qui, à plus d'un titre, peut être jugé contestable.

Le onzième alinéa (4°) de l'article premier a pour objet de définir les adjudicateurs bénéficiant de droits spéciaux au sens de l'article 2 (paragraphe 1 point b et paragraphe 3) de la directive.

Votre commission approuve le texte présenté. Elle souhaite toutefois qu'au cours des débats devant le Sénat, le Gouvernement précise très exactement sa portée concrète afin que la notion communautaire de droits spéciaux et exclusifs se trouve définie sans aucun équivoque.

Enfin, l'avant-dernier alinéa (5°) du présent article tend à appliquer les exigences du paragraphe 5 de l'article 2 de la directive.

Néanmoins, à l'analyse, il apparaît pour le moins surabondant. Il établit, en effet, de manière inutile et quelque peu incohérente, une règle qui découle déjà beaucoup plus clairement de la combinaison d'autres dispositions du projet de loi, à savoir :

- les 3°) et 4°) de l'article premier,
- les 1°) et 2°) de l'article 2 en ce qu'ils visent l'alimentation des réseaux,
- et les 9°) et 10°) de l'article 5 (sous réserve de rectifications qui seront proposées ultérieurement).

Pour la compréhension de l'ensemble du texte législatif, le 5°) de l'article premier se révèle donc une source de confusion et ce d'autant plus que certains de ses visas sont incomplets ⁽¹⁾.

C'est pourquoi votre commission des Affaires économiques et du Plan vous soumet **un amendement de suppression** de ce dispositif.

Le dernier alinéa quant à lui dispose, selon le principe retenu par la directive communautaire, que la liste des organismes visés au présent article est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances. La compétence de ce dernier se trouvera donc liée par les listes édictées aux annexes I à X de la directive.

(1) Ainsi les organismes de droit privé concernées ne sont pas seulement ceux visés au 4°) de l'article premier mais aussi ceux qualifiés au 3°) du même article.

3. L'exclusion des établissements publics ayant un caractère industriel et commercial

Ainsi que cela a été vu, les établissements publics à caractère industriel et commercial se trouvent visés par la directive de septembre 1990, alors que les précédentes directives relatives aux marchés publics ne leur étaient pas applicables.

Pourtant, ces établissements se trouvent exclus du champ d'application du présent projet de loi et, de ce fait, ils se trouveront assujettis aux dispositions communautaires par un décret en Conseil d'Etat.

Ils se voient ainsi soumis non pas au régime juridique des organismes privés énumérés au présent article mais à celui traditionnellement mis en oeuvre pour les établissements publics à caractère administratif, scientifique, technique ou culturel.

Cette solution n'a pas été retenue d'emblée par le Gouvernement. Bien au contraire, suite à un arbitrage interministériel, les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) avaient initialement été inclus dans le projet. Puis, le Gouvernement ayant souhaité s'en remettre au Conseil d'Etat sur cette question, la section des Finances et des Travaux publics de cette institution a confirmé le choix initial.

Néanmoins l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, après un long débat, s'est prononcée majoritairement pour la disjonction des EPIC arguant, notamment, que les règles relatives à la passation des contrats d'un établissement public ne sont pas au nombre des règles constitutives de catégories d'établissement public réservées par l'article 34 de la Constitution à la compétence de la loi. Le Gouvernement a suivi cette orientation.

Votre Commission quant à elle, estime que cette décision définitive est juridiquement contestable et présente de sérieux inconvénients.

a) Un choix juridiquement contestable

• Non pas sur le fondement des dispositions constitutionnelles relatives aux catégories d'établissement public...

Il n'entre pas dans les intentions de votre commission de discuter l'affirmation selon laquelle les règles relatives aux marchés des EPIC ne sont pas des règles constitutives des catégories d'établissement public. D'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel ces règles touchent à la compétence même de l'établissement public : structure et composition, attribution de la personnalité juridique, cadre de la mission, énumération des ressources. A l'évidence, tel n'est pas de cas des modalités de passation des marchés.

Cependant, toujours aux termes de la jurisprudence constitutionnelle, la notion de règles constitutives n'est pas invariable ; celle est susceptible d'extensions selon les catégories d'établissement, notamment lorsqu'elle interfère avec une autre rubrique de l'article 34 ⁽¹⁾.

Il convient donc de s'interroger également sur la portée des dispositions de la directive n° 90-531 au regard du seizième alinéa de l'article 34 de la Constitution, en vertu duquel la loi fixe les principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales,

(1) Voir notamment pour la R.F.F. : Conseil constitutionnel, 19 mars 1964, décision n° 64-274 ; Rec. p. 33.

● ... mais sur le fondement des dispositions constitutionnelles relatives aux obligations civiles et commerciales.

D'une manière générale, même si certains de leurs contrats sont administratifs et peuvent relever d'une réglementation par décret, les EPIC visés par la réglementation communautaire sont très largement régis par le droit privé. Ils le sont non seulement en application des principes de la jurisprudence administrative ⁽¹⁾ mais aussi par les lois spécifiques qui les régissent ⁽²⁾.

L'article 25 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la Poste et des Télécommunications (J.O. du 8 juillet 1990, p. 8069) va même jusqu'à soumettre au droit commun l'ensemble des contrats de France Telecom avec ses fournisseurs. En outre, l'article 27 de la même loi précise que les procédures de conclusion et de contrôle des marchés de France Telecom sont fixées par son Conseil d'administration.

De même, la jurisprudence judiciaire relative aux procédures de passation des marchés d'E.D.F. est particulièrement claire. A titre d'exemple, il est possible de citer un arrêt de la Cour d'appel de Paris confirmé en cassation ⁽³⁾ et portant sur le refus de l'entreprise nationale d'inscrire, sur ses listes d'agrément, les matériels d'équipement électrique d'un fournisseur :

« Si l'Électricité de France relève nécessairement à certains égards du droit public, puisqu'elle gère un service public, ce sont de par la volonté de la loi, les règles de droit privé qui, dans la plus large mesure possible, doivent être appliquées dans ses

⁽¹⁾ Voir, entre autres, *Société commerciale de l'Ouest africain*, TC 22 janvier 1921 ; GAJA 1990 p. 219.

⁽²⁾ Voir pour EDF et GDF : art. 4 et 24 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 ; pour la R.A.T.P. : art. 2 de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 et art. 11 du décret n° 59-1091 du 23 septembre 1959 ; pour la SNCF : art. 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 ; pour France Telecom : art. 25, 27 et 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990.

⁽³⁾ Cour d'appel de Paris, *Société C. c/E.D.F.*, 17 avril 1968 ; *Cahiers juridiques de l'Électricité et du Gaz* 21968, p. 611. Cassation, *Celduc c/E.D.F.*, 18 février 1970 ; *C.J.E.G.* 1970, p. 197).

rapports notamment avec les usagers, les fournisseurs et constructeurs de matériels...

Considérant que ne saurait être contestée à l'Électricité de France la faculté de choisir librement les matériels destinés aux réseaux de distribution dont elle assure elle-même l'établissement...»

Ce dernier considérant souligne la conséquence majeure d'un assujettissement au droit privé de certains marchés des EPIC.

Car, aujourd'hui, la notion de libre choix caractérise, le plus souvent, les procédures d'adjudication lancées par les EPIC couverts par la réglementation européenne.

Or, si le pouvoir réglementaire peut parfaitement limiter cette liberté de choix, lorsque ces procédures d'adjudication entraînent la souscription d'un contrat administratif, il n'en va pas de même quand il s'agit d'un contrat de droit privé.

La liberté contractuelle constitue, en effet, sans conteste, un principe fondamental du droit des obligations civiles et commerciales qui régit ces dernières conventions.

Cela a d'ailleurs été explicitement reconnu par le Tribunal des Conflits : *«la liberté de contracter ou de ne pas contracter est au nombre des principes essentiels qui régissent les contrats de droit privé» (1).*

Les obligations de mise en concurrence qu'imposent la directive communautaire aux EPIC qu'elle englobe portent, à l'évidence, atteinte à leur liberté contractuelle. En conséquence, seule la loi peut les soumettre à cette obligation pour ce qui concerne leurs contrats privés.

● Le problème de la double compétence normative doit être tranché dans le sens de la compétence législative.

La difficulté de déterminer qui, du pouvoir réglementaire ou du Parlement, est compétent pour assujettir les EPIC à la réglementation communautaire réside dans le fait que, selon la nature juridique du contrat, tantôt l'un, tantôt l'autre est compétent.

(1) TC, Société agricole de stockage de la région d'Ablis, 14 novembre 1960 ; Lebon p. 866.

En effet, traditionnellement et au contraire des contrats de droit privé, le régime des contrats administratifs relève du règlement. Ainsi la loi du 3 janvier 1991 transposant la directive «travaux» n'a pas traité des concessions de l'Etat qui ont été renvoyées au décret du 31 mars 1992.

Or, si la plupart des contrats de fournitures et de services des EPIC visés par la directive «secteurs exclus» sont régis par le droit privé, un grand nombre de leurs marchés de travaux prennent la forme de contrats administratifs.

Pour éviter d'utiliser, à la fois, la loi et le règlement pour assurer la transposition de la directive aux établissements publics à caractère industriel et commercial, il apparaît donc préférable, pour des raisons de commodité et de simplification, de confier cette transposition au seul législateur. Ce que d'ailleurs la jurisprudence constitutionnelle autorise puisqu'elle considère que la loi peut déborder le cadre de l'article 34 -qui s'interprète également au regard de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution- alors que le pouvoir réglementaire ne s'est pas vu reconnaître une telle faculté (Conseil constitutionnel, décision n° 82-143 du 30 juillet 1982 relative à la loi sur les prix et les revenus ; rec. p. 57). Ainsi, dans cette décision, par le 6ème considérant relatif à l'article 3 du texte précité, le Conseil précise :

*«Considérant que, si les articles 34 et 37, alinéa 1er, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la portée de ces dispositions doit être appréciée en tenant compte de celles des articles 37, alinéa 2, et 41 ; que la procédure de l'article 41 permet au Gouvernement de s'opposer au cours de la procédure parlementaire et par la voie d'une irrecevabilité à l'insertion d'une disposition réglementaire dans une loi, tandis que celle de l'article 37, alinéa 2, a pour effet, après la promulgation de la loi et par la voie d'un déclassement, de restituer l'exercice de son pouvoir réglementaire au Gouvernement et de donner à celui-ci le droit de modifier une telle disposition par décret ; que l'une et l'autre de ces procédures ont un caractère facultatif ; **qu'il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en oeuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi ...».***

Cette solution consistant à arbitrer en faveur d'une transposition législative serait, certes, différente de celle retenue par la loi du 3 janvier 1991 précitée pour les établissements publics

n'ayant pas un caractère industriel et commercial, alors que ceux-ci aussi peuvent souscrire des contrats de droit privé. Cependant ces établissements concluent beaucoup plus rarement que les EPIC ce type de contrat.

En outre, en ce qui concerne spécifiquement France Telecom, ses contrats de fournitures -seuls visés par la directive- relèvent du droit commun par détermination de la loi et la législation (art. 27 de la loi de juillet 1990 précitée) attribue, cela a déjà été souligné, compétence à son Conseil d'administration pour fixer les procédures de conclusion et de contrôle de ses marchés. Il serait donc pour le moins paradoxal qu'un simple règlement déroge à une telle compétence, dévolue par la loi dans un domaine où se pose une question de principe dont le traitement est réservé au législateur par la Constitution.

Qui plus est, plusieurs considérations d'opportunité plaident en faveur de l'inscription des EPIC dans le projet de loi.

b) Une décision peu opportune

La directive n° 90-531 a créé une nouvelle catégorie juridique homogène, celle des «entreprises publiques» ⁽¹⁾ sans distinguer le statut public ou privé des entités concernées. Il peut donc apparaître souhaitable que la transposition respecte cette catégorie juridique -qui en droit français recouvre les EPIC et les sociétés nationales- en fixant dans un même texte, qui ne peut être que législatif, le principe de soumission aux obligations de concurrence instituées par cette directive.

Une telle solution permettrait, par ailleurs, à France Telecom, par exemple, d'échapper aux inconvénients résultant d'une soumission au décret, pour les contrats passés par l'établissement public, et à la loi pour les contrats passés par certaines de ses filiales de droit privé (Transpac, Telecom service mobile...).

De plus l'intégration des EPIC dans la loi éviterait de doubler la procédure d'adoption du texte législatif d'une longue procédure décrétole. Elle faciliterait ainsi le respect des délais de transposition, qui s'achèvent, rappelons-le, au 1er janvier 1993.

Enfin, le débat juridique dissimule un débat politique d'importance, qui est celui de l'autonomie des entreprises publiques

(1) Article premier, paragraphe 2.

possédant le statut d'EPIC. Pour les principaux établissements publics concernés, le Gouvernement, estimant que l'organisation des relations avec les fournisseurs est du domaine réglementaire, tend davantage à les considérer comme des démembrements de l'Etat que comme des entreprises industrielles majeures. Or, pour eux, **une telle assimilation, par son indéniable portée symbolique, est de nature à fragiliser leurs positions** tant sur les marchés internationaux que dans leurs négociations avec la Commission des Communautés européennes.

Pour toutes les raisons qui viennent d'être exposées, votre commission vous propose **un amendement tendant à inscrire les établissements publics ayant un caractère industriel et commercial** dans le dispositif du présent article.

Elle vous demande, en conséquence, d'adopter l'article premier dans la rédaction qu'elle vous soumet.

Article 2

Activités concernées

L'article 2 assure la transcription tant du paragraphe 2 de l'article 2 que du paragraphe 2 de l'article 6 de la directive n° 90-531 et, tout comme ces paragraphes, fixe la liste des secteurs dans lesquels les contrats de fournitures et de travaux souscrits par les organismes énumérés à l'article premier seront, au-delà d'un certain montant, soumis aux dispositions du droit communautaire des marchés publics.

Ainsi que cela a été signalé lors de l'exposé général, cette liste se révèle moins étendue que celle des secteurs exclus du champ d'application des directives «travaux» et «fournitures» publiées dans les années 70 et 80. En effet, du fait de la combinaison des textes en vigueur, les transporteurs aériens, maritimes et fluviaux ainsi que les transporteurs routiers autres que ceux offrant des services d'autobus au public ne sont pas soumis au droit communautaire des marchés publics.

Se trouvent en revanche visés par le projet de loi en application de l'article 2 de la directive :

- 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 d'électricité, de gaz, de chaleur ou d'eau potable ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz, en chaleur ou en eau potable ;

- l'exploitation d'une aire géographique soit dans le but de prospector ou d'extraire du pétrole, du gaz ou des combustibles solides, soit dans le but de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport ;

- l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus, autocars ou remontées mécaniques ;

- la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public ou la fourniture d'un ou de plusieurs services de télécommunications visés aux articles L.33-1 et L.34-1 du code des postes et télécommunications.

L'article L.33-1 précité, introduit par la loi n° 90-568 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications, fixe les conditions dans lesquelles le ministre chargé des télécommunications peut autoriser une personne autre que l'exploitant public (France Telecom) à établir et à exploiter un réseau radiorélectrique en vue de fournir au public un service de télécommunications. L'article L.34-1, édicté par la même loi, vise le service téléphonique entre points fixes ainsi que le service télex et précise, d'une part, que ces services ne peuvent être fournis que par l'exploitant public et, d'autre part, que les installations permettant d'y accéder, sur le domaine public et à titre onéreux, ne peuvent être établies et exploitées que par le même exploitant.

Il doit donc être noté que, dans le domaine des télécommunications, les nouvelles règles ne s'appliqueront ni aux marchés de travaux déjà couverts par la directive de juillet 1989 ni aux marchés des terminaux de télécommunications, ces derniers se trouvant par ailleurs ouverts à la concurrence sur le fondement de la directive n° 88-301 du 27 mai 1988. On relèvera également, au vu de la combinaison du 5° du présent article et du 3° de l'article 5, que seuls les services réservés à l'exploitant public, à l'exclusion de ceux offerts dans des conditions similaires par plusieurs autres intervenants, se trouvent soumis au dispositif du projet de loi.

Le présent article 2 transcrit en ses alinéas 4 et 5 les dispositions du paragraphe 2 de l'article 6 de la directive qui assujettissent les marchés qui, d'une part, sont passés par les entités exerçant une activité dans le secteur de l'eau potable et qui, d'autre part, 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 à l'évacuation ou au traitement des eaux usées».

Il doit, à ce propos, être observé que si les dispositions de l'article 2 de la directive sont rigoureusement traduites par le présent article, la rédaction de ce dernier comporte une sensible différence de terminologie en ce qui concerne la transposition du paragraphe 2 de l'article 6 du texte communautaire.

Celui-ci utilise, en effet, les termes «marchés liés» là où le projet de loi retient l'expression «activité liée». Or, les deux locutions n'ont pas les mêmes implications juridiques.

Pour le comprendre, il suffit de prendre l'exemple d'une compagnie des eaux achetant un ordinateur pour assurer la paye des personnels d'un gros centre de traitement des eaux usées. Il est fort probable que cet achat n'entrerait ni dans le cadre «d'une mise à disposition ou d'une exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable» ni dans le cadre «d'une alimentation de ces réseaux» car les eaux usées, même traitées, font rarement de l'eau potable.

Un tel achat ne constituerait pas non plus un marché lié au traitement des eaux usées puisque, contrairement à une pompe ou à un appareil de filtrage, l'ordinateur n'est d'aucune utilité dans l'opération de traitement elle-même. En revanche, les salariés dont le bulletin de paye va être établi informatiquement participant directement aux processus d'épuration, l'ordinateur acquis contribuerait, à l'évidence, à une activité de gestion liée au traitement des eaux usées.

Ainsi, quoique le marché de fournitures correspondant à l'achat d'une telle machine ne se trouve pas visé par la réglementation communautaire, la rédaction actuellement retenue par le projet de loi l'y assujettirait.

En conséquence, afin d'éviter toute incertitude dans l'interprétation des alinéas 2 à 4 de l'article 2 votre commission des Affaires économiques et du Plan **vous propose de modifier le troisième alinéa (2°)** de manière à restreindre ses effets à des activités donnant lieu à la conclusion «d'un contrat lié» ⁽¹⁾.

Ce faisant votre commission entend respecter dans leur intégralité les exigences communautaires mais sans aller au-delà. **Elle vous demande donc d'adopter l'article 2 ainsi amendé.**

Article 3

Conditions d'exclusion de certains organismes

Cet article transpose l'article 3 de la directive qui organise un système de dérogation aux règles instituées, propre aux organismes habilités à prospecter ou à extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides.

Le texte examiné définit ces organismes au moyen de la terminologie usitée en droit français et rappelle que leur non-assujettissement au dispositif légal est soumis à un accord de la Commission des Communautés européennes. Il laisse toutefois au pouvoir réglementaire le soin, d'une part, de préciser les conditions que l'exploitant doit respecter lors de la passation de ses marchés de travaux et de fournitures et, d'autre part, de fixer les mesures d'informations relatives à l'octroi de ces marchés.

L'article 3 de la directive indique d'ailleurs dans les points a) à e) de son paragraphe 1 et dans les points a) et b) de son paragraphe 2 quels critères doit satisfaire une telle réglementation nationale pour que la Commission des C.E.E. donne son accord à une demande de dérogation adressée par un Etat membre.

Le dispositif analysé respectant les principes posés par le texte communautaire et l'habilitation relevée étant conforme aux règles de répartition des compétences entre la loi et le règlement,

(1) Il est, en effet, de coutume, en droit français d'utiliser le terme «contrat» pour désigner des marchés qui, à l'instar de ceux des compagnies des eaux, ne sont pas soumis au code des marchés publics.

votre commission vous demande d'adopter le présent article 3 sans modification.

Article 4

Précisions relatives aux contrats visés

L'alinéa premier du présent article précise la notion de contrat de fournitures mentionnée à l'article premier, en détaillant les éléments pouvant faire l'objet d'un tel contrat. L'énumération effectuée correspond à celle donnée par le point a) du paragraphe 3 de l'article premier de la directive, à savoir : l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat concernant, d'une part, des produits ou, d'autre part, des services portant sur des logiciels destinés à l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public ou à être utilisé dans un service public de télécommunications.

Le deuxième alinéa, quant à lui, reproduit, en l'adaptant au droit interne, la définition du contrat de travaux donné au point b) du paragraphe 3 de l'article premier de la directive. Il vise les contrats dont l'objet est de réaliser, de concevoir et réaliser, ou de faire réaliser par quelque moyen que ce soit, tous travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil.

Enfin, c'est l'article 5 de la directive, organisant le régime juridique des accord-cadres définis au paragraphe 4 de l'article premier de ladite directive, qui se trouve transcrit par le **troisième et dernier alinéa** du présent article.

Les accord-cadres sont des accords conclus pour une durée de plusieurs années, généralement deux ou trois ans, entre un adjudicateur et un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs. Ils servent à fixer les termes, le plus souvent une fourchette de prix et parfois les quantités envisagées, de marchés à passer au cours de la période arrêtée.

Le texte communautaire dispose que les accord-cadres peuvent être souscrits conformément aux règles s'imposant aux marchés publics. S'il applique ces règles, l'adjudicateur peut recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable lorsque, par la suite, il passe un marché fondé sur un tel accord. Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire si l'accord-cadre n'a pas été conclu conformément

aux dispositions de la directive, l'adjudicateur ne peut pas mettre en oeuvre la procédure précitée.

Cependant, les adjudicateurs ne sont pas autorisés à utiliser les accord-cadres de façon abusive dès lors que cela aurait pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Le dernier alinéa du présent article énonce les caractéristiques de tels accords, indique qu'ils peuvent être une des formes des contrats de travaux et de fournitures mentionnés précédemment et renvoie, en tant que de besoin, à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les conditions de conclusion de ces accords s'il était nécessaire de lutter contre les abus auxquels ils pourraient donner lieu.

Ces dispositions sont conformes aux orientations de la directive.

Cependant la définition donnée des accord-cadres par le dernier alinéa du présent article laisse supposer qu'ils comportent systématiquement une indication de la quantité de fournitures ou de travaux qu'il est projeté d'acquérir ou de réaliser. Or, une telle formulation n'est conforme ni à la pratique contractuelle -car un accord cadre mentionne rarement les quantités sur lesquelles il porte- ni, surtout, à la directive qui précise qu'un accord-cadre fixe, le cas échéant, les quantités envisagées.

C'est pourquoi, votre commission propose un amendement visant à compléter la formulation du projet de loi.

Elle vous présente également une **modification purement rédactionnelle** visant à éviter une répétition inutile.

Elle souhaite, enfin, dans la dernière phrase de ce troisième et dernier alinéa, voire retenir une modification tendant à interdire toute possibilité d'interprétation extensive du dispositif communautaire.

En effet la directive communautaire proscrit **un recours abusif** aux accord-cadres, **qui aurait pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence**. Or, le projet de loi donne habilitation au pouvoir réglementaire pour subordonner la conclusion de tels accords à des conditions évitant *«qu'il y soit recouru de façon abusive ou qu'ils aient pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence»*.

De ce fait, le texte français ouvre une alternative là où le dispositif européen ne fournissait qu'une précision de conséquence. Il

y a donc élargissement excessif de la portée des dispositions communautaires.

L'amendement présenté vise à supprimer cette divergence et à éviter que nos entreprises puissent se voir imposer des contraintes que ne connaîtraient pas leurs homologues des autres pays de la C.E.E.

En conséquence, votre commission des Affaires économiques et du Plan vous demande d'adopter l'article 4 dans la rédaction qu'elle vous soumet.

Article 5

Conditions d'exclusion de certains contrats

Près d'une demi-douzaine d'articles du titre premier de la directive de septembre 1990 comportent des dispositions excluant du champ d'application du texte certaines activités économiques.

L'article 5 du projet de loi transcrit, sur dix alinéas, ces dispositions en droit interne.

Le tableau ci-après établit les correspondances existant entre les deux séries de dispositions :

Article 5 du projet de loi	Titre premier de la directive
Alinéa 2 : 1°)10	Article 9, paragraphe 1, point a)
Alinéa 3 : 2°)	Article 9, paragraphe 1, point b)
Alinéa 4 : 3°)	Article 8, paragraphe 1
Alinéa 5 : 4°)	Article 10
Alinéa 6 : 5°)	Article 11, paragraphe 1, 2 et 3
Alinéa 7 : 6°)	Article 7, paragraphe 1
Alinéa 8 : 7°)	Article 6, paragraphe 1
Alinéa 9 : 8°)	Article 2, paragraphe 4
Alinéa 10 : 9°)	Article 2, paragraphe 5, point a)
Alinéa 11 : 10°)	Article 2, paragraphe 5, point b)

Chacune des exceptions posées au présent article a été présentée au cours de l'exposé général (III. A. 4. b.) et il apparaît peu utile de renouveler ici cet exercice.

Soulignons simplement que ces exclusions résultent, pour la plupart, de quatre sortes de considérations :

① la protection traditionnelle ⁽¹⁾ de la sphère de souveraineté des Etats membres : marchés déclarés secrets ou dont la réalisation doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité (article 5, 4°), marchés couverts par certains accords internationaux (article 5, 5°) ;

② l'existence d'un marché ouvert interdisant des procédures préférentielles de passation des contrats en raison d'un haut niveau de concurrence ; services de télécommunications

(1) Les dispositions en cause figurent à l'identique aux articles 2 et 3 de la directive «fournitures» de décembre 1976 et aux articles 3 et 4 de la directive «travaux» de juillet 1989.

(article 5, 3°), ventes ou locations à des tiers (article 5, 6°) services de transport par autobus ou autocar (article 5, 8°) quand d'autres organismes peuvent librement assurer ces prestations dans des conditions identiques ou similaires ;

③ l'inutilité ou l'inopportunité d'une réglementation :

- ainsi pour les achats d'eau (article 5, 1°), dans certains pays de la C.E.E., il n'y a guère de place pour la concurrence compte tenu de la nécessité d'acheter à des fournisseurs voisins, dans laquelle se trouvent les distributeurs qui ne disposent pas de leurs propres installations de production ou dont la capacité de production est insuffisante.

- dans un ordre d'idée différent mais voisin, la Commission des C.E.E. a justifié l'exclusion des achats d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie (article 5, 2°) par les complications et les retards, que leur inclusion dans le droit des marchés publics aurait entraînés pour l'élaboration et l'adoption d'une politique communautaire du marché intérieur de l'énergie ;

④ enfin, le caractère annexe de l'activité : pour tous les organismes assujettis (article 5, 7° deuxième membre de phrase) ou seulement pour certains d'entre eux alimentant, à la marge de leur production ou de leur chiffre d'affaires, soit un réseau d'eau potable ou d'électricité (article 5, 9°), soit un réseau de gaz ou de chaleur (article 5, 10°).

Le cinquième alinéa et les quatre derniers alinéas du présent article nécessitent néanmoins un examen plus attentif.

En effet, le cinquième alinéa (4°) exclus du champ d'application du texte les marchés dont la réalisation doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité justifiées par la protection des intérêts essentiels de l'Etat.

La rédaction retenue laisse donc supposer que seules des mesures de sécurité ainsi justifiées entraînent l'exclusion prévue. Or, ce n'est pas ce que dispose l'article 10 de la directive, puisqu'il écarte l'application du droit communautaire lorsque l'exécution des marchés *« doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'Etat membre considéré ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de cet Etat l'exige »*.

Là où le dispositif communautaire ouvre une alternative, le texte national tend ainsi à introduire une condition cumulative.

Cette solution n'est pas satisfaisante car eu égard, entre autres, au fait qu'E.D.F. est visée par la directive, il est indispensable de conserver la souplesse instituée par l'exemption communautaire, notamment pour certains marchés liés à des sites sensibles tels que les centrales nucléaires.

Cette solution est d'ailleurs d'autant moins satisfaisante qu'elle diffère de celle retenue par l'article 12 (4°) de la loi de janvier 1991 pour traduire une disposition (article 3, paragraphe 4, point c.) de la directive «travaux» qui se trouvait formulée dans des termes quasi-identiques à ceux de l'article 10 (1) de la directive de septembre 1990.

C'est pourquoi, votre commission vous présente un **amendement visant à retenir une rédaction similaire** à celle figurant dans la loi de 1991, puisqu'une telle rédaction a déjà été approuvée par notre Haute Assemblée.

Pour ce qui concerne le **huitième alinéa (7°)**, il comporte, en son début, **une disposition essentielle** qui exclut tous les contrats passés dans un domaine d'activité autre que ceux visés à l'article 2 du projet. Cette règle entraîne une double conséquence.

D'abord, elle écarte celles des activités des organismes assujettis qui ne sont pas citées par l'article 2. Ainsi, en France, les appels d'offre lancés par une compagnie des eaux en vue de la construction d'un réseau câblé audiovisuel n'auront pas à respecter les exigences du droit communautaire.

Surtout, elle place hors du dispositif légal les contrats passés par un organisme visé à l'article premier mais n'exerçant pas une des activités mentionnées à l'article 2. De ce fait, par exemple, le domaine du transport aérien qui n'entre pas dans le cadre des précédentes directives demeure soustrait à la réglementation européenne.

Par ailleurs, le **neuvième alinéa (8°)** appelle une précision puisque le texte français englobe les services des «*transports par autobus en autocar*» alors que seuls les services de «*transport par autobus*» sont inscrits au paragraphe 4 de l'article 2 de la directive. Il n'y a pourtant pas de divergences entre les deux textes.

(1) L'article 3 de la directive «travaux» utilise l'expression «lorsque la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige» et l'article 10 de la directive «secteurs exclus» retient la formule «lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat l'exige». Toutefois dans ce dernier cas l'emploi du mot sécurité apparaît sans réelle portée puisque cette notion est déjà visée précédemment par le dispositif.

Les notions d'autobus et d'autocar du droit français correspondent à la définition communautaire de l'autobus car elles renvoient toutes deux à un véhicule automobile pouvant transporter plus de 9 personnes.

La distinction opérée en droit interne entre autobus et autocar est fondée sur l'article R.54 du code de la route et repose sur le fait que seuls les autocars doivent disposer d'aménagements intérieurs permettant l'acheminement de voyageurs sur de longues distances. Il en résulte que la formulation retenue par le projet de loi permet de couvrir tous les modes collectifs de transport routier de personnes quelle que soit la distance parcourue, ce qu'autorise la directive mais ce que n'aurait pas permis l'emploi du seul mot autobus.

Votre commission estime, enfin, que les **dixième (9°) et onzième (10°) alinéas** nécessitent plusieurs modifications.

Dans les deux cas, en effet, la directive indique que seules les «*entités publiques*» autres que les «*pouvoirs publics*» sont concernées. Cette notion de «*pouvoirs publics*» recouvre au sens de l'article premier (paragraphe 1) du texte communautaire, non seulement les groupements formés par des collectivités publiques et visés par le projet de loi, mais aussi «*les organismes publics*» qui peuvent prendre la forme des organismes privés caractérisés au 2° de l'article premier du texte français. Or, cette dernière catégorie de personne morale n'est exclue par aucun des deux alinéas précités bien que leurs dispositions ne lui sont pas applicables.

Votre commission vous propose donc **deux amendements** tendant à mettre tant le 9° que le 10° de l'article 5 en conformité avec les exigences communautaires.

Dans le même souci, elle vous présente au dixième alinéa (9°) du même article **un amendement tendant à remplacer la conjonction «et» par «ou»** dans l'expression «*alimentation en eau potable et en électricité*» de manière à préciser que c'est l'exercice de l'une ou l'autre de ces deux activités, qui est encadré par le dispositif et non l'exercice de l'une et de l'autre simultanément.

Enfin, au **onzième alinéa** de cet article 5 il apparaît souhaitable de **supprimer le visa** du 2° de l'article 2 qui renvoie à un dispositif relatif à l'eau potable alors que l'alinéa en cause ne traite que d'alimentation en gaz ou en chaleur.

Votre commission des Affaires économiques et du Plan vous demande, en conséquence, d'adopter le présent article avec les amendements qu'elle vous soumet.

Article 6

Offres de fournitures provenant d'un pays tiers

En droit français des marchés publics, toute offre présentée par une entreprise étrangère en réponse à une adjudication est recevable et la jurisprudence censure un rejet motivé par l'origine étrangère de la proposition.

Or, l'article 29 de la directive de septembre 1990 institue un régime particulier pour les offres contenant des produits de pays tiers avec lesquels la Communauté n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises des Etats membres aux marchés de ces pays tiers. Ce régime autorise le rejet d'une offre présentée pour l'attribution d'un marché de fournitures lorsque la part des produits originaires desdits pays excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre. Signalons, au passage, que ce dispositif assimile à des produits les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications.

Bien plus, si deux offres dont l'une répondant aux critères cités ci-dessus sont équivalentes, la faculté de rejet ainsi ouverte devient une obligation de rejet, l'équivalence des offres se déduisant d'un écart de prix qui n'excède pas 3 %. L'adjudicateur n'est, toutefois, pas contraint de respecter cette obligation si elle le conduisait à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel déjà existant, entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou, enfin, des coûts de fonctionnement disproportionnés.

Il n'en demeure pas moins que ce dispositif, de nature à conforter les positions communautaires dans les négociations actuellement en cours au sein du GATT, déroge sensiblement à notre droit des marchés publics.

Le présent article 6 tend donc à organiser cette dérogation.

Pour ce faire, d'une part, il donne une autorisation de principe au rejet de certaines offres de fournitures en raison de leur origine géographique et, d'autre part, il édicte une obligation de rejet de ces offres dans l'hypothèse où elles seraient équivalentes à celles d'offres concurrentes qu'il ne serait pas possible d'écarter pour un tel motif.

Pour une transposition plus complète du dispositif communautaire, cet article 6 renvoie à un décret en Conseil d'Etat. Ce décret aura notamment à fixer :

- les critères permettant de classer un produit comportant des éléments de diverses origines dans la catégorie des produits d'un pays tiers n'ayant pas signé d'accord avec la C.E.E. ;

- le seuil à partir duquel deux offres sont regardées comme équivalentes ;

- ainsi que les conditions qui, dans l'intérêt de la personne qui se propose de conclure le contrat, peuvent justifier qu'elle écarte «*le droit de préférence prévu par le présent article*».

Le choix du mot «droit» s'avère cependant, à l'analyse, un facteur d'ambiguïté, car il laisse supposer que l'adjudicateur doit respecter certaines conditions non seulement quand il transgresse l'obligation de préférence instituée par la première phrase de l'alinéa 2 de l'article 6, mais aussi quand il utilise la simple possibilité de rejet qui lui est ouverte par l'alinéa premier.

Or, cette contrainte n'est nullement imposée par la directive communautaire.

Au sein de son article 29, le paragraphe 4 qui établit la liste des justifications que le décret mentionné ci-dessus a pour objet de transcrire vise explicitement le paragraphe 3 du même article. Et, ce paragraphe 3 définit uniquement les conditions dans lesquelles l'adjudicateur **doit** rejeter une offre étrangère ; la faculté de rejet d'une telle offre est, quant à elle, instituée au paragraphe 1 de l'article 29 susvisé.

C'est la raison pour laquelle votre commission vous présente **une modification** tendant à substituer le mot «*obligation*» au mot «*droit*». Cette terminologie plus conforme au dispositif communautaire lui paraît, en outre, de nature à éviter une ambiguïté pouvant limiter la liberté des entreprises adjudicatrices.

Elle vous demande, en conséquence, d'adopter l'article 6 ainsi amendé.

Article 7

Modification de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991

Le présent article modifie l'article 12 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

Plus précisément, l'article examiné redessine les limites de l'application du titre II de cette loi. Ledit titre a pour objet de transposer en droit interne les dispositions de la directive n° 89-440 du 18 juillet 1989, relative aux marchés publics de travaux, et son article 12 écarte du dispositif ⁽¹⁾ certains contrats, notamment ceux conclus dans les secteurs dont la situation se trouve désormais fixée par la directive du 17 septembre 1990.

Il est à noter que le premier et les deux derniers alinéas du nouvel article 12 proposé recopient, à quelques détails de formulation près, les premier et dernier alinéas de l'ancienne version du même article 12. En effet, dans l'un et l'autre cas, le premier alinéa correspond au visa des articles auxquels le titre II de la loi n'est pas applicable et les deux derniers exposent des règles d'exclusion communes à la directive «travaux» et à la directive «secteurs exclus» (travaux ou marchés déclarés secrets s'accompagnant de mesures particulières ou couverts par les exigences de la protection des intérêts essentiels de l'Etat ; travaux ou marchés régis par une procédure spécifique d'une organisation internationale ou un accord international particulier ⁽²⁾).

Le changement essentiel introduit, par le présent article 7, dans l'article 12 de la loi de janvier 1991 consiste donc dans le remplacement des alinéas 2 à 4 du texte en vigueur, qui donnent la liste des secteurs dits exclus avant l'intervention de la directive n° 90-531, par un alinéa unique visant les dispositions du présent projet de loi.

Une telle solution aurait pu poser problème pour ce qui concerne les secteurs d'activité antérieurement exclus par le droit communautaire des marchés publics et qui ne se trouvent pas

(1) En vertu du paragraphe 4 de l'article 3 de la directive travaux.

(2) Article 3 précité et article 4 de la directive «travaux» ; articles 10 et 11 de la directive «secteurs exclus».

couverts par le nouveau dispositif sans, pour autant, en être nominalement écartés : transports aériens, maritimes et fluviaux pour l'essentiel.

Cependant, votre commission a déjà souligné à plusieurs reprises qu'en réalité ces secteurs se trouvaient indirectement exclus par le début du huitième alinéa de l'article 5 examiné précédemment. Une telle interprétation apparaît difficilement contestable. Votre commission souhaiterait toutefois en recevoir confirmation de la part du Gouvernement lors de la discussion en séance publique devant notre Haute Assemblée, afin de dissiper tout équivoque.

Sous cette seule réserve, la modification commentée qui a pour objectif d'assurer la cohérence entre la législation existante et le présent projet ne peut être qu'approuvée.

C'est pourquoi votre commission vous propose d'adopter l'article 7 dans la rédaction présentée.

Article 8

Conditions d'application

Cet article renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer, en tant que de besoin, les conditions d'application de la présente loi.

Il vous est demandé par votre commission de l'adopter en l'état.

Article 9

Date d'application

L'article 9 précise que les dispositions du texte examiné sont applicables à compter du 1er janvier 1993.

Cette exigence est conforme à l'article 37 de la directive n° 90-531 qui dispose que les Etats membres autres que l'Espagne, la Grèce et le Portugal, adoptent les mesures nécessaires pour se conformer à cette directive au plus tard le 1er juillet 1992 mais qu'ils peuvent prévoir que lesdites mesures ne s'appliquent qu'à partir du 1er janvier 1993.

En conséquence, votre commission des Affaires économiques et du Plan vous demande d'adopter cet article sans modification.

Article 10

Modalités d'application outre-mer

Cet article écarte l'application du dispositif légal dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Dans la mesure où cette collectivité n'est pas membre de la Communauté économique européenne et que, de ce fait, les textes communautaires n'y sont pas applicables de plein droit, les auteurs du projet de loi font valoir dans l'exposé des motifs que la transposition de la directive du 17 septembre 1990 n'y est pas obligatoire et n'a pas paru souhaitable.

On remarquera que, ce faisant, la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon se trouve traitée de la même manière que les autres territoires d'outre-mer et Mayotte pour lesquels le droit des marchés publics est une compétence locale qui exclut l'application de la législation métropolitaine.

Votre commission vous propose d'adopter cet article dans la forme où il est présenté.

*

* *

Compte tenu des réflexions qu'elle vous a présentées et sous réserve de l'adoption des amendements qu'elle a soumis à votre examen, la commission des Affaires économiques et du Plan vous propose d'adopter le présent projet de loi relatif aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

TABLEAU COMPARATIF

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
	<p align="center">Projet de loi relatif aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications</p>	<p align="center">Projet de loi relatif aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications</p>
	<p align="center">Article premier.</p>	<p align="center">Article premier.</p>
	<p>Est soumise à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence définies par décret en Conseil d'Etat, la passation des contrats de fournitures et de travaux, dont le montant est égal ou supérieur à des seuils fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances et que se proposent de conclure avec un fournisseur ou un entrepreneur, lorsqu'ils exercent les activités mentionnées à l'article 2, les organismes suivants :</p>	<p>Alinéa sans modification</p>
	<p>1°) les groupements de droit privé formés entre des collectivités publiques ;</p>	<p>1°) sans modification</p>
	<p>2°) les organismes de droit privé, créés en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et répondant à l'une des conditions suivantes :</p>	<p>2°) sans modification</p>

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

a) avoir leur activité financée majoritairement et d'une manière permanente par l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que ceux qui sont mentionnés ci-dessus;

b) être soumis à un contrôle de leur gestion par l'un des organismes visés au a) ci-dessus ;

c) comporter un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que ceux qui sont mentionnés ci-dessus ;

3°) les organismes de droit privé répondant à l'une des conditions suivantes :

a) avoir leur capital détenu majoritairement par l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que ceux mentionnés ci-dessus ;

...°) les exploitants publics et les établissements publics ayant un caractère industriel et commercial ;

3°) sans modification

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

b) émettre des parts auxquelles s'attachent la majorité des voix revenant aux membres désignés par l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que ceux mentionnés ci-dessus ;

c) comporter un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que ceux mentionnés ci-dessus ;

4°) les organismes de droit privé bénéficiant de droits qui résultent d'une autorisation délivrée par l'Etat, des collectivités territoriales ou leurs groupements, en vertu d'une loi ou d'un acte administratif, ayant pour effet de réserver à ces organismes l'exercice d'une activité définie à l'article 2 ;

5°) les organismes de droit privé qui alimentent en eau potable, électricité, gaz ou chaleur un réseau mentionné aux 1°) et 2°) de l'article 2 et exploité par un organisme visé au 4°) du présent article, sous réserve des dispositions de l'article 3.

La liste des organismes ou catégories d'organismes visés au présent article est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances.

Art. 2.

La présente loi est applicable aux activités suivantes :

4°) sans modification

5°) *supprimé*

Alinéa sans modification

Art. 2.

Alinéa sans modification

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>Directive du Conseil des Communautés européennes 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 (90/531/CEE)</p>	<p>1°) 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 d'électricité, de gaz ou de chaleur, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur ;</p>	<p>1°) sans modification</p>
<p>Article 6</p>	<p>2°) 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 d'eau potable ou l'alimentation de ces réseaux y compris lorsque cette activité est liée :</p>	<p>2°) la mise ...</p>
<p>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 :</p>	<p>a) soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées,</p>	<p>... lorsque cette activité donne lieu à la conclusion d'un contrat lié :</p>
<p>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</p>	<p>b) soit 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 ;</p>	<p>a) sans modification</p>
<p>b) sont liés à l'évacuation ou au traitement des eaux usées.</p>	<p>3°) l'exploitation d'une aire géographique dans le but :</p>	<p>b) sans modification</p>
	<p>a) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides, sous réserve de l'application des dispositions de l'article 3 ;</p>	<p>3°) sans modification</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p align="center">Code des Postes et Télécommunications</p>	<p>b) de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou autres terminaux de transport ;</p>	4°) sans modification
<p>Art. L. 33-1. - 1. - Les réseaux de télécommunications ouverts au public ne peuvent être établis que par l'exploitant public.</p>	<p>4°) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus, autocars ou remontées mécaniques ;</p>	5°) sans modification
<p>Par dérogation, le ministre chargé des télécommunications peut autoriser une personne autre que l'exploitant public à établir et à exploiter un réseau radioélectrique en vue de fournir au public un service de télécommunications, lorsque ce service, d'une part, répond à un besoin d'intérêt général et, d'autre part, est compatible avec le bon accomplissement par l'exploitant public des missions de service public qui lui sont confiées et avec les contraintes tarifaires et de desserte géographique qui en résultent.</p>	<p>5°) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux de télécommunication ouverts au public ou la fourniture d'un ou de plusieurs services de télécommunications visés aux articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications.</p>	
<p>Cette autorisation fixe les conditions d'établissement du réseau ainsi que celles de la fourniture du service. L'autorisation est subordonnée au respect de prescriptions contenues dans un cahier des charges et portant sur :</p>		
<p>a) la nature, les caractéristiques et la zone de couverture du service :</p>		
<p>b) les conditions de permanence, de qualité et de disponibilité du service ;</p>		

Texte en vigueur

c) les conditions de confidentialité et de neutralité du service au regard des messages transmis ;

d) les normes et spécifications du réseau et du service ;

e) l'utilisation des fréquences allouées ;

f) les prescriptions exigées par la défense et la sécurité publique ;

g) les redevances dues pour l'utilisation du spectre radioélectrique et les conditions pour frais de gestion et de contrôle ;

h) la contribution de l'exploitant à la recherche, à la formation et à la normalisation en matière de télécommunications ;

i) les conditions d'interconnexion et, le cas échéant, le principe du paiement de charges d'accès au réseau public ;

j) les conditions d'exploitation commerciale nécessaires pour assurer une concurrence loyale et l'égalité de traitement des usagers ;

k) la durée, les conditions de cessation et de renouvellement de l'autorisation.

II. - Sous réserve des engagements internationaux souscrits par la France comportant une clause de réciprocité applicable au secteur des télécommunications, l'autorisation visée au présent article ne peut être accordée à une société dans laquelle plus de 20 p. 100 du capital social ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par des personnes de nationalité étrangère.

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Texte en vigueur

De même, aucune personne de nationalité étrangère ne peut procéder à une acquisition ayant pour effet de porter, directement ou indirectement, la part détenue par des personnes de nationalité étrangère à plus de 20 p. 100 du capital social ou des droits de vote dans les assemblées générales d'une société titulaire d'une autorisation.

Est considérée comme personne de nationalité étrangère, pour l'application du présent article, toute personne physique de nationalité étrangère, toute société dont la majorité du capital social n'est pas détenue, directement ou indirectement, par des personnes physiques ou morales de nationalité française.

Les dispositions du présent paragraphe ne sont pas applicables aux personnes, physiques ou morales, ressortissant d'un Etat membre des Communautés européennes.

Art. L. 34-1. - Le service téléphonique entre points fixes et le service télex ne peuvent être fournis que par l'exploitant public.

Les installations permettant au public d'accéder, sur le domaine public et à titre onéreux, aux services mentionnés au présent article ne peuvent être établies et exploitées que par l'exploitant public.

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>Directive du Conseil des Communautés européennes 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 (90/531/CEE)</p> <p>Article premier</p>	<p>Art. 3.</p> <p>Sous réserve d'un accord de la Commission des Communautés européennes, les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables aux organismes détenteurs de titres miniers de charbon, d'autres combustibles solides ou d'hydrocarbures liquides ou gazeux délivrés conformément aux dispositions du code minier. Toutefois, les conditions dans lesquelles l'exploitant doit respecter les principes de non discrimination et de mise en concurrence de ses marchés de travaux et de fournitures, ainsi que les mesures d'information relatives à l'octroi de ces marchés, sont fixées par voie réglementaire.</p>	<p>Art. 3.</p> <p>Sans modification</p>
<p>.....</p> <p>4) "accord-cadre" : un accord entre une des entités adjudicatrices définies à l'article 2 et un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et qui a pour objet de fixer les termes, notamment en matière de prix et, le cas échéant, de quantités envisagées, de marchés à passer au cours d'une période donnée ;</p> <p>.....</p>	<p>Art. 4.</p> <p>Les contrats de fournitures mentionnés à l'article premier sont ceux dont l'objet est l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat de produits ou de services portant sur les logiciels destinés à l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public ou à être utilisés dans un ou plusieurs services de télécommunications visés aux articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications.</p> <p>Les contrats de travaux mentionnés à l'article premier sont ceux dont l'objet est de réaliser, de concevoir et réaliser, ou de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, tous travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil.</p>	<p>Art. 4.</p> <p>Alinéa sans modification</p> <p>Alinéa sans modification</p>

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Article 5

.....
4. Les entités adjudicatrices ne peuvent pas recourir aux accord-cadres de façon abusive avec pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.
.....

Les contrats mentionnés au présent article peuvent prendre la forme d'accords ayant pour objet de fixer le contenu des contrats à passer au cours d'une période donnée et notamment les prix et les quantités envisagés. Un décret en Conseil d'Etat fixe, en tant que de besoin, les conditions auxquelles est subordonnée la conclusion de ces accords, de façon à éviter qu'il y soit recouru de façon abusive ou qu'ils aient pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Art. 5

Les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables aux contrats définis à l'article 4 lorsqu'ils sont passés :

1°) pour l'achat d'eau par les personnes dont l'activité est de produire ou distribuer l'eau ;

2°) par les personnes dont l'activité est définie au 1°) et au a) du 3°) de l'article 2 en vue d'acquérir de l'énergie ou des combustibles destinés à la production d'énergie ;

3°) par les personnes dont l'activité est définie au 5°) de l'article 2 lorsque ces contrats leur permettent d'assurer des services de télécommunications qui peuvent être offerts par d'autres organismes dans la même aire géographique et dans des conditions similaires ;

Les contrats...

... notamment les prix et, le cas échéant, les quantités ...

... accords, de manière à éviter ... abusive avec effet ...

... concurrence.

Art. 5

Alinéa sans modification

1°) sans modification

2°) sans modification

3°) sans modification

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>Article 10</p>		
<p>La présente directive ne s'applique pas aux marchés lorsqu'ils sont déclarés secrets par les Etats membres 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 considéré ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de cet Etat l'exige.</p>	<p>4°) pour des fournitures ou des travaux déclarés secrets ou lorsque la livraison ou l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité justifiées par la protection des intérêts essentiels de l'Etat ;</p>	<p>4°) pour de sécurité <i>ou lorsque</i> la protection des intérêts essentiels de l'Etat <i>l'exige</i> ;</p>
	<p>5°) en vertu de la procédure spécifique d'une organisation internationale ou d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou non membre de la Communauté économique européenne, ou d'un accord international conclu avec un ou plusieurs Etats non membres de la Communauté économique européenne et portant sur des fournitures ou des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les Etats signataires de l'accord ;</p>	<p>5°) sans modification</p>
	<p>6°) à des fins de vente ou de location à des tiers de fournitures ou d'ouvrages qui peuvent être librement vendus ou loués par d'autres organismes dans des conditions identiques ;</p>	<p>6°) sans modification</p>
	<p>7°) dans un domaine d'activité autre que ceux visés à l'article 2 ou pour la poursuite des activités définies à cet article dans un Etat non membre de la Communauté économique européenne, dans des conditions n'impliquant pas d'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté économique européenne ;</p>	<p>7°) sans modification</p>

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

8°) par les personnes assurant un service de transport par autobus ou autocar et lorsque d'autres organismes peuvent librement exercer ce service dans les mêmes conditions, soit d'une manière générale, soit dans une aire géographique spécifique ;

8°) sans modification

9°) par les organismes de droit privé autres que les groupements formés entre les collectivités publiques qui assurent l'alimentation en eau potable et en électricité de réseaux destinés à fournir un service au public lorsque cette production est nécessitée par une activité autre que celles visées aux 1°) et 2°) de l'article 2 et que l'alimentation du réseau public provenant d'un surplus de production ne dépasse pas 30 % de la production totale en prenant en considération la moyenne des trois dernières années y compris l'année en cours ;

9°) par les organismes de droit privé, autres que ceux visés aux 1°) et 2°) de l'article premier, qui assurent ...

...en eau potable ou en électricité...

... en cours ;

10°) par les organismes de droit privé autres que les groupements formés entre les collectivités publiques qui assurent l'alimentation en gaz ou en chaleur de réseaux destinés à fournir un service au public lorsque la production de gaz ou de chaleur est le résultat inéluctable de l'exercice d'une activité autre que celles visées aux 1°) et 2°) de l'article 2 et que l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 20 % du chiffre d'affaires de l'organisme en prenant en considération la moyenne des trois dernières années précédentes, y compris l'année en cours.

10°) par les organismes de droit privé, autres que ceux visés aux 1°) et 2°) de l'article premier, qui assurent...

...visées au 1°) de l'article 2...

...en cours.

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Art. 6.

Art. 6.

L'offre de fournitures portant sur des produits provenant d'un ou de plusieurs Etats non membres de la Communauté économique européenne avec lesquels aucun accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de la Communauté aux contrats de ces pays tiers n'a été signé peut être rejetée.

Alinéa sans modification

Article 29

.....
3. Sous réserve du paragraphe 4, lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution définis à l'article 27, une préférence est accordée à celle des offres qui ne peut être rejetée en application du paragraphe 2. Le montant de ces offres est considéré comme équivalent, aux fins du présent article, si leur écart de prix n'excède pas 3 %.

4. Toutefois, une offre ne sera pas préférée à une autre en vertu du paragraphe 3 lorsque son acceptation obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel déjà existant, entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés.
.....

Si deux ou plusieurs offres sont équivalentes la préférence doit être accordée à celle qui ne peut être rejetée par application des dispositions de l'alinéa ci-dessus. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article et notamment la part qui permet de regarder un produit comportant des éléments de diverses origines comme un produit provenant d'un pays tiers visé au présent article, le seuil à partir duquel deux offres sont regardées comme équivalentes, ainsi que les conditions qui, dans l'intérêt de la personne qui se propose de conclure le contrat, peuvent justifier qu'elle écarte le droit de préférence prévu par le présent article.

Si deux...

.....qu'elle écarte l'obligation de préférence prévue par le présent *alinéa*.

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence</p>		
Art. 12	Art. 7.	Art. 7.
<p>Les dispositions du titre II de la présente loi ne sont pas applicables aux contrats définis aux articles 9, 10 et 11 lorsqu'ils sont passés :</p>	<p>L'article 12 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence est abrogé et remplacé par les dispositions suivantes :</p>	Sans modification
<p>1° Par des personnes dont l'activité est de faire des transports terrestres, aériens, maritimes et fluviaux ;</p>		
<p>2° Par les personnes dont l'activité principale est de produire et distribuer de l'énergie ;</p>		
<p>3° Pour la production, le transport et la distribution d'eau potable ;</p>		
<p>4° Pour des travaux déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige ;</p>		
<p>5° En vertu de la procédure spécifique d'une organisation internationale ou d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou non membre de la Communauté économique européenne ou d'un accord international conclu avec un ou plusieurs Etats non membres de la Communauté économique européenne et portant sur des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par des Etats signataires de l'accord.</p>		

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

"Art. 12. Les dispositions du titre II de la présente loi ne sont pas applicables aux contrats définis aux articles 9, 10 et 11 :

1°) soumis aux dispositions de la loi n°du relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ;

2°) concernant des travaux déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige ;

3°) passés à l'issue de la procédure spécifique d'une organisation internationale ou d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou non membre de la Communauté économique européenne ou d'un accord international conclu avec un ou plusieurs Etats non membres de la Communauté économique européenne et portant sur des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par des Etats signataires de l'accord".

Art. 8.

Un décret en Conseil d'Etat fixe, en tant que de besoin, les conditions d'application de la présente loi.

Art. 9.

Les dispositions de la présente loi sont applicables à compter du 1er janvier 1993.

Art. 8.

Sans modification

Art. 9.

Sans modification

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Art. 10.

Les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre et Miquelon.

Art. 10.

Sans modification

CONSEIL

DIRECTIVE 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

(90/531/CEE)

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 57 paragraphe 2 dernière phrase et ses articles 66, 100 A et 113,

vu la proposition de la Commission ⁽¹⁾,

en coopération avec le Parlement européen ⁽²⁾,

vu l'avis du Comité économique et social ⁽³⁾,

considérant qu'il importe d'arrêter les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992; que le marché intérieur consiste en un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée;

considérant que le conseil européen a conclu à la nécessité de réaliser un marché intérieur unique;

considérant que les restrictions à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation de services en ce qui

concerne les marchés de fournitures passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications sont interdites conformément aux articles 30 et 59 du traité:

considérant que, en vertu de l'article 97 du traité Euratom, aucune restriction fondée sur la nationalité ne peut être opposée aux sociétés relevant de la juridiction d'un État membre, désireuses de participer à la construction dans la Communauté d'installations nucléaires de caractère scientifique ou industriel;

considérant que ces objectifs exigent également la coordination des procédures de passation de marchés appliquées par les entités opérant dans ces secteurs;

considérant que le livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur fixe un programme d'action et un calendrier pour réaliser l'ouverture des marchés publics dans les secteurs exclus du champ d'application de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ⁽⁴⁾, modifiée en dernier lieu par la directive 89/440/CEE ⁽⁵⁾, et de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ⁽⁶⁾, modifiée en dernier lieu par la directive 88/295/CEE ⁽⁷⁾;

⁽¹⁾ JO n° C 264 du 16. 10. 1989, p. 22.

⁽²⁾ JO n° C 158 du 26. 6. 1989, p. 258 et
JO n° C 175 du 16. 7. 1990, p. 78.

⁽³⁾ JO n° C 139 du 5. 6. 1989, pp. 23 et 31.

⁽⁴⁾ JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 5.

⁽⁵⁾ JO n° L 210 du 21. 7. 1989, p. 1.

⁽⁶⁾ JO n° L 13 du 15. 1. 1977, p. 1.

⁽⁷⁾ JO n° L 127 du 20. 5. 1988, p. 1.

considérant que, parmi ces secteurs, figurent les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports, ainsi que le secteur des télécommunications en ce qui concerne la directive 77/62/CEE ;

considérant que leur exclusion était justifiée principalement par le fait que les entités exploitant ces services sont régies tantôt par le droit public, tantôt par le droit privé ;

considérant que la nécessité d'assurer une véritable ouverture du marché et un juste équilibre dans l'application des règles de passation des marchés dans ces secteurs exige que les entités visées soient définies autrement que par référence à leur statut juridique ;

considérant que, dans les quatre secteurs couverts, les problèmes à résoudre pour la passation des marchés sont de nature similaire, ce qui permet de les traiter dans un seul et même instrument ;

considérant que l'une des principales raisons pour lesquelles les entités opérant dans ces secteurs ne procèdent pas à des appels à la concurrence à l'échelle européenne est le caractère fermé des marchés sur lesquels elles opèrent, cette fermeture étant due à l'octroi par les autorités nationales de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné, l'exploitation d'une aire géographique donnée pour un but déterminé, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture de services publics de télécommunications ;

considérant que l'autre raison importante de l'absence de concurrence communautaire dans ces secteurs tient aux différentes façons dont les autorités nationales peuvent influencer le comportement de ces entités, notamment par des participations dans leur capital ou une représentation dans les organes d'administration, de gestion ou de surveillance de ces entités ;

considérant que la présente directive ne doit pas s'appliquer aux activités de ces entités qui ne concernent pas les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ou qui, bien qu'en faisant partie, sont directement exposées à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité ;

considérant qu'il convient que ces entités appliquent des dispositions communes de passation des marchés pour leurs activités relatives à l'eau ; que certaines entités ont été visées jusqu'à présent par les directives 71/305/CEE et 77/62/CEE pour leurs activités relevant des projets de génie hydraulique, d'irrigation, de drainage, ainsi que d'évacuation et de traitement des eaux usées ;

considérant toutefois que les règles de passation des marchés du type de celles qui sont proposées pour les marchés de fournitures sont inappropriées pour les achats d'eau, compte tenu de la nécessité de s'approvisionner auprès de sources proches du lieu d'utilisation ;

considérant que, lorsque des conditions précises sont remplies, l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides peut être soumise à un régime alternatif qui permettra d'atteindre le même objectif d'ouverture des marchés ; que la Commission doit assurer le contrôle du respect de ces conditions par les États membres qui mettent en œuvre ce régime alternatif ;

considérant que la Commission a fait savoir qu'elle proposerait des mesures visant à éliminer les obstacles aux échanges transfrontaliers d'électricité d'ici à 1992 ; que des règles de passation des marchés du type de celles qui sont proposées pour les marchés de fournitures ne permettraient pas de surmonter les obstacles existants à l'achat d'énergie et de combustibles dans le secteur de l'énergie ; que, en conséquence, il ne convient pas d'inclure ces achats dans le champ d'application de la présente directive, tout en considérant que cette situation sera réexaminée par le Conseil sur la base d'un rapport et des propositions de la Commission ;

considérant que les règlements (CEE) n° 3975/87⁽¹⁾ et (CEE) n° 3976/87⁽²⁾, la directive 87/601/CEE⁽³⁾ et la décision 87/602/CEE⁽⁴⁾ visent à introduire plus de concurrence entre les entités fournissant des services de transport aérien au public et que, en conséquence, il ne convient pas pour l'instant d'inclure ces entités dans la présente directive tout en considérant que la situation mérite d'être réexaminée ultérieurement à la lumière des progrès réalisés sur le plan de la concurrence ;

considérant que, au vu de la concurrence existante dans les transports maritimes communautaires, il serait inapproprié pour la plupart des marchés dans ce secteur de les soumettre à des procédures détaillées ; que la situation des transporteurs maritimes qui exploitent des « ferries » maritimes doit être surveillée ; que certains services de « ferries » côtiers ou fluviaux exploités par des pouvoirs publics ne doivent plus être exclus du champ d'application des directives 71/305/CEE et 77/62/CEE ;

considérant qu'il convient de faciliter le respect des dispositions relatives aux activités non couvertes par la présente directive ;

considérant que la présente directive ne doit pas s'appliquer aux marchés lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsqu'ils sont susceptibles de nuire aux intérêts essentiels de la sécurité de l'État ou lorsqu'ils sont passés selon d'autres règles établies par des accords internationaux existants ou par des organisations internationales ;

(1) JO n° L 374 du 31. 12. 1987, p. 1.

(2) JO n° L 374 du 31. 12. 1987, p. 9.

(3) JO n° L 374 du 31. 12. 1987, p. 12.

(4) JO n° L 374 du 31. 12. 1987, p. 19.

considérant que les obligations internationales existantes de la Communauté ou des États membres ne doivent pas être affectées par les dispositions de la présente directive ;

considérant que les produits, travaux ou services doivent être décrits par référence à des spécifications européennes ; que, en vue d'assurer qu'un produit, un travail ou un service réponde à l'usage auquel il est destiné par l'entité adjudicatrice, cette référence peut être complétée par des spécifications qui ne doivent pas modifier la nature de la solution technique ou des solutions techniques offertes par les spécifications européennes ;

considérant que les principes d'équivalence et de reconnaissance mutuelle des normes, spécifications techniques et méthodes de fabrication nationales sont applicables dans le domaine couvert par la présente directive ;

considérant que, lorsque les entités adjudicatrices définissent d'un commun accord avec les candidats les délais de réception des offres, elles respectent le principe de la non-discrimination ; qu'en l'absence d'un tel accord, il est nécessaire de prévoir des dispositions adéquates ;

considérant qu'il pourrait s'avérer utile d'améliorer la transparence dans le domaine des obligations relatives à la protection et aux conditions de travail en vigueur dans l'État membre où seront exécutés les travaux ;

considérant qu'il est indiqué que les dispositions nationales relatives à la passation des marchés publics en faveur du développement régional s'inscrivent dans les objectifs de la Communauté et dans le respect des principes du traité ;

considérant que les entités adjudicatrices ne peuvent rejeter les offres anormalement basses qu'après avoir demandé, par écrit, des explications sur la composition de l'offre ;

considérant que, en présence d'offres équivalentes émanant de pays tiers, la préférence doit être accordée, dans certaines limites, à l'offre communautaire ;

considérant que la présente directive ne doit pas nuire à la position de la Communauté dans les négociations internationales en cours ou à venir ;

considérant que, sur la base des résultats de ces négociations internationales, le bénéfice de la présente directive doit pouvoir être accordé à des offres non communautaires en vertu d'une décision du Conseil ;

considérant que les règles à appliquer par les entités concernées doivent créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité ;

considérant que, en contrepartie de cette flexibilité et pour promouvoir la confiance mutuelle, il y a lieu de garantir un niveau minimal de transparence et d'adopter des méthodes appropriées pour surveiller l'application de la présente directive ;

considérant qu'il est nécessaire d'adapter les directives 71/305/CEE et 77/62/CEE pour établir des champs d'application bien définis ; que le champ d'application de la directive 71/305/CEE ne doit pas être réduit, à l'exception des marchés dans les secteurs de l'eau et des télécommunications ; que le champ d'application de la directive 77/62/CEE ne doit pas être réduit, à l'exception de certains marchés dans le secteur de l'eau ; que le champ d'application des directives 71/305/CEE et 77/62/CEE ne doit pas pour autant être étendu aux marchés passés par des transporteurs terrestres, aériens, maritimes, côtiers ou fluviaux qui, bien qu'effectuant des activités économiques à caractère commercial ou industriel, appartiennent à l'administration de l'État ; que, néanmoins, certains marchés passés par des transporteurs terrestres, aériens, maritimes, côtiers ou fluviaux qui appartiennent à l'administration de l'État et qui sont effectués pour satisfaire exclusivement des besoins publics doivent être couverts par ces directives ;

considérant que la présente directive devrait être réexaminée à la lumière de l'expérience acquise ;

considérant que l'ouverture, au 1^{er} janvier 1993, des marchés dans les secteurs couverts par la présente directive pourrait avoir des effets négatifs sur l'économie du royaume d'Espagne ; que les économies de la République hellénique et de la République portugaise devront supporter des efforts encore plus importants ; qu'il est approprié d'accorder à ces États membres des périodes supplémentaires adéquates pour mettre en œuvre la présente directive,

A ARRÊTE LA PRESENTE DIRECTIVE :

TITRE PREMIER

Dispositions générales

Article premier

Aux fins de la présente directive, on entend par :

- 1) « pouvoirs publics » : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

Est considéré comme un organisme de droit public, tout organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
 - et
 - doté d'une personnalité juridique
 - et
 - dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, 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'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ;
- 2) « entreprise publique » : toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise :
- détiennent la majorité du capital de l'entreprise
 - ou
 - disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise
 - ou
 - peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise ;
- 3) « marchés de fournitures et de travaux » : des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une des entités adjudicatrices définies à l'article 2 et un fournisseur ou entrepreneur et qui ont pour objet :
- a) dans le cas des marchés de fournitures, l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat, de produits ou de services portant sur le logiciel. Ces marchés peuvent comporter, en outre, des travaux de pose et d'installation.
- Les services portant sur le logiciel sont couverts par cette définition lorsqu'ils sont acquis par une entité adjudicatrice exerçant une activité définie à l'article 2 paragraphe 2 point d) et lorsqu'ils portent sur des logiciels d'exploitation d'un réseau public de télécommunications ou sont destinés à être utilisés dans un service public de télécommunications en tant que tel ;
- b) dans le cas des marchés de travaux, soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, de travaux de bâtiment ou de génie civil visés à l'annexe XI. Ces marchés peuvent comporter, en outre, les fournitures et les services nécessaires à leur exécution.
- Les marchés qui incluent des services autres que ceux mentionnés aux points a) et b) sont considérés comme des marchés de fournitures lorsque la valeur totale des fournitures, y inclus la valeur des activités de pose et d'installation nécessaires à l'exécution du marché et des services portant sur le logiciel au sens du point a), est supérieure à la valeur des autres services couverts par le marché ;
- 4) « accord-cadre » : un accord entre une des entités adjudicatrices définies à l'article 2 et un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et qui a pour objet de fixer les termes, notamment en matière de prix et, le cas échéant, de quantités envisagées, de marchés à passer au cours d'une période donnée ;
- 5) « soumissionnaire » : le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente une offre, et « candidat » : celui qui sollicite une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ;
- 6) « procédures ouvertes, restreintes ou négociées » : les procédures de passation appliquées par les entités adjudicatrices et dans lesquelles :
- a) en ce qui concerne les procédures ouvertes, tout fournisseur ou tout entrepreneur intéressé peut soumissionner ;
 - b) en ce qui concerne les procédures restreintes, seuls les candidats invités par l'entité adjudicatrice peuvent soumissionner ;
 - c) en ce qui concerne les procédures négociées, l'entité adjudicatrice consulte les fournisseurs ou les entrepreneurs de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ;
- 7) « spécifications techniques » : les exigences 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 l'entité adjudicatrice. Ces prescriptions techniques peuvent inclure la qualité ou la propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions ainsi que 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. Lorsqu'il s'agit de travaux, elles peuvent également inclure les règles pour la conception et le calcul des coûts, des conditions d'essais, de contrôle et de réception des ouvrages ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que l'entité adjudicatrice est à même de

prescrire sur la base d'une réglementation générale ou particulière en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages ;

- 8) « norme » : la spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative, pour application répétée ou continue, dont le respect n'est, en principe, pas obligatoire ;
- 9) « norme européenne » : la norme approuvée par le Comité européen de normalisation (CEN) ou par le Comité européen de normalisation électrotechnique (Cenelec) en tant que « norme européenne (EN) » ou « document d'harmonisation (HD) », conformément aux règles communes de ces organismes, ou par l'Institut européen de normes de télécommunications (ETSI), conformément à ses propres règles, en tant que norme européenne de télécommunications (ETS) ;
- 10) « spécification technique commune » : la spécification technique élaborée selon une procédure qui est reconnue par les États membres en vue d'en assurer l'application uniforme dans tous les États membres et qui aura fait l'objet d'une publication au *Journal officiel des Communautés européennes* ;
- 11) « agrément technique européen » : l'appréciation technique favorable de l'aptitude d'un produit, fondée sur la satisfaction des exigences essentielles, à un emploi déterminé, pour la construction, selon les caractéristiques intrinsèques de ce produit et les conditions établies de mise en œuvre et d'utilisation telles qu'elles sont prévues dans la directive 89/106/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les produits de construction ⁽¹⁾. L'agrément technique européen est délivré par l'organisme agréé à cet effet par l'État membre ;
- 12) « spécification européenne » : une spécification technique commune, un agrément technique européen ou une norme nationale transposant une norme européenne ;
- 13) « réseau public de télécommunications » : l'infrastructure publique de télécommunications qui permet le transport de signaux entre des points de terminaison définis du réseau par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

Un « point de terminaison du réseau » est l'ensemble des connexions physiques et des spécifications techniques d'accès qui font partie du réseau public de télécommunications et sont nécessaires pour avoir accès à ce réseau public et communiquer efficacement par son intermédiaire ;

14) « services publics de télécommunications » : les services de télécommunications dont les États membres ont spécifiquement confié l'offre, notamment à une ou plusieurs entités de télécommunications ;

« services de télécommunications » : les services qui consistent, en tout ou partie, en la transmission et l'acheminement de signaux sur le réseau public de télécommunications par des procédés de télécommunications, à l'exception de la radiodiffusion et de la télévision.

Article 2

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 État 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 État 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 télécommunication ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications.

¹ JO n° L 40 du 11. 2. 1989, p. 12.

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'État 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 droits 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'État 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 de l'entité 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'assu-

rer que les listes sont aussi complètes que possible, les États 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 32.

Article 3

1. Un État membre peut demander à la Commission de prévoir que l'exploitation d'aires géographiques dans le but de prospector ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides n'est pas considérée comme une activité visée à l'article 2 paragraphe 2 point b) sous i) ou que les entités ne sont pas considérées comme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 2 paragraphe 3 point b) pour exploiter une ou plusieurs de ces activités, lorsque toutes les conditions énumérées ci-après sont remplies au regard des dispositions nationales pertinentes concernant ces activités :

- a) quand il est exigé une autorisation en vue d'exploiter une telle aire géographique, d'autres entités sont libres de demander également une telle autorisation aux mêmes conditions que celles auxquelles se trouvent soumises les entités adjudicatrices ;
- b) les capacités techniques et financières que doivent posséder les entités pour exercer des activités particulières sont établies avant toute évaluation des mérites respectifs des candidats en compétition pour l'obtention de l'autorisation ;
- c) l'autorisation d'exercer ces activités est octroyée sur la base de critères objectifs concernant les moyens envisagés pour exercer la prospection ou l'extraction, qui sont établis et publiés avant l'introduction des demandes d'autorisation ; ces critères doivent être appliqués de manière non discriminatoire ;
- d) toutes les conditions et exigences concernant l'exercice ou l'arrêt de l'activité, y compris les dispositions relatives aux obligations liées à l'exercice, aux redevances et à la participation au capital ou au revenu des entités, sont établies et mises à disposition avant l'introduction des demandes d'autorisation et doivent être appliquées de manière non discriminatoire ; tout changement concernant ces conditions et exigences doit être appliqué à toutes les entités concernées, ou être amendé de manière non discriminatoire ; toutefois, il n'est nécessaire d'établir les obligations liées à l'exercice qu'au moment qui précède l'octroi de l'autorisation
- et
- e) les entités adjudicatrices ne sont obligées par aucune loi, aucun règlement ou aucune exigence administrative, ni par aucun accord ou aucune entente, à fournir des informations sur les sources envisagées ou actuelles concernant leurs achats, sauf à la demande d'autorités nationales et exclusivement en vue des objectifs mentionnés à l'article 36 du traité.

2. Les États membres qui appliquent le paragraphe 1 veillent, à travers les conditions d'autorisation ou d'autres mesures appropriées, à ce que chaque entité :

- a) observe les principes de non-discrimination et de mise en concurrence pour l'attribution des marchés de fournitures et de travaux, en particulier en ce qui concerne l'information qu'elle met à la disposition des entreprises s'agissant de ses intentions de passation de marchés ;
- b) communique à la Commission, dans les conditions à définir par celle-ci conformément à l'article 32, des informations relatives à l'octroi des marchés.

3. En ce qui concerne les concessions ou autorisations individuelles accordées avant la date de mise en application de la présente directive par les États membres conformément à l'article 37, le paragraphe 1 points a), b) et c) ne s'applique pas si, à cette date, d'autres entités sont libres de demander une autorisation, pour l'exploitation d'aires géographiques dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides, sur une base non discriminatoire et en fonction de critères objectifs. Le paragraphe 1 point d) n'est pas applicable lorsque les conditions et exigences ont été établies, appliquées ou amendées avant la date visée ci-dessus.

4. Un État membre qui souhaite appliquer le paragraphe 1 en informe la Commission. À cet effet, il communique à la Commission toute disposition législative, réglementaire ou administrative, tout accord ou toute entente relatifs au respect des conditions énumérées aux paragraphes 1 et 2.

La Commission prend sa décision conformément à la procédure prévue à l'article 32 paragraphes 4 à 7. Elle publie sa décision et les motivations de celle-ci au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Elle adresse au Conseil, chaque année, un rapport sur la mise en œuvre du présent article et réexamine son application dans le cadre du rapport prévu à l'article 36.

Article 4

1. Pour passer leurs marchés de fournitures et de travaux, les entités adjudicatrices appliquent les procédures qui sont adaptées aux dispositions de la présente directive.

2. Les entités adjudicatrices veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs.

3. Lors de la transmission des spécifications techniques aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés, lors de la qualification et de la sélection des fournisseurs ou entrepreneurs, et lors de l'attribution des marchés, les entités adjudicatrices peuvent imposer des exigences en vue de protéger le caractère confidentiel des informations qu'elles transmettent.

4. La présente directive ne limite pas le droit des fournisseurs ou entrepreneurs d'exiger de la part d'une entité adjudicatrice, en conformité avec la législation nationale, le respect du caractère confidentiel des informations qu'ils transmettent.

Article 5

1. Les entités adjudicatrices peuvent considérer un accord-cadre comme un marché au sens de l'article 1^{er} paragraphe 3 et l'attribuer conformément aux dispositions de la présente directive.

2. Lorsque les entités adjudicatrices ont passé un accord-cadre conformément aux dispositions de la présente directive, elles peuvent recourir à l'article 15 paragraphe 2 point i) lorsqu'elles passent des marchés qui sont fondés sur cet accord.

3. Lorsqu'un accord-cadre n'a pas été passé conformément aux dispositions de la présente directive, les entités adjudicatrices ne peuvent pas recourir à l'article 15 paragraphe 2 point i).

4. Les entités adjudicatrices ne peuvent pas recourir aux accord-cadres de façon abusive avec pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

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. À

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 entreprises tierces, 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'elles considèrent 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. À 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 de services qu'elle considère comme exclus. À 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'eau ;
- 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.

Article 10

La présente directive ne s'applique pas aux marchés lorsqu'ils sont déclarés secrets par les États membres ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de cet État l'exige.

Article 11

La présente directive ne s'applique pas aux marchés régis par des règles procédurales différentes et passés en vertu :

- 1) d'un accord international conclu, en conformité avec le traité, entre un État membre et un ou plusieurs pays tiers et portant sur des fournitures ou des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les États signataires ; tout accord sera communiqué à la Commission qui peut consulter le comité consultatif pour les marchés publics institué par la décision 71/306/CEE ⁽¹⁾, modifiée en dernier lieu par la décision 77/63/CEE ⁽²⁾, ou, dans le cas d'accords régissant les marchés passés par des entités exerçant une activité visée à l'article 2 paragraphe 2 point d), le comité consultatif des marchés de télécommunications décrit à l'article 31 ;
- 2) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un État membre ou d'un pays tiers ;
- 3) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

Article 12

1. La présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse :

- a) 400 000 écus en ce qui concerne les marchés de fournitures passés par les entités exerçant une activité visée à l'article 2 paragraphe 2 points a), b) et c) ;
- b) 600 000 écus en ce qui concerne les marchés de fournitures passés par les entités exerçant une activité visée à l'article 2 paragraphe 2 point d) ;
- c) 5 000 000 d'écus en ce qui concerne les marchés de travaux.

2. Lorsqu'il s'agit de marchés de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente, doit être pris comme base pour le calcul de la valeur du marché :

⁽¹⁾ JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 15.

⁽²⁾ JO n° L 13 du 15. 1. 1977, p. 15.

a) dans le cas de marchés ayant une durée déterminée, lorsque celle-ci est égale ou inférieure à douze mois, la valeur totale estimée pour la durée du marché ou, lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, la valeur totale du marché incluant le montant estimé de la valeur résiduelle ;

b) dans le cas de marchés ayant une durée indéterminée ou dans le cas où la durée ne peut être définie, le total prévisible des versements à payer au cours des quatre premières années.

3. Lorsqu'un marché de fournitures envisagé prévoit expressément des options, le montant total maximal autorisé de l'achat, du crédit-bail, de la location ou de la location-vente, y compris le recours aux options, doit être pris comme base pour déterminer la valeur du marché.

4. Lorsqu'il s'agit d'une acquisition de fournitures pour une période donnée par le biais d'une série de marchés à attribuer à un ou plusieurs fournisseurs ou de marchés destinés à être renouvelés, le calcul de la valeur du marché doit être fondé :

a) sur la valeur totale des marchés qui ont été passés au cours de l'exercice ou des douze mois précédents et qui présentaient des caractéristiques similaires, corrigée si possible pour tenir compte des modifications prévisibles en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivants

ou

b) sur la valeur cumulée des marchés à passer au cours des douze mois qui suivent l'attribution du premier marché, ou au cours de toute la durée du marché lorsque celle-ci est supérieure à douze mois.

5. Le calcul de la valeur d'un accord-cadre doit être fondé sur la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés envisagés pour la période donnée.

6. Le calcul de la valeur d'un marché de travaux aux fins de l'application du paragraphe 1 doit être fondé sur la valeur totale de l'ouvrage. On entend par ouvrage le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique.

Lorsque, notamment, une fourniture ou un ouvrage est réparti en plusieurs lots, la valeur de chaque lot doit être prise en compte pour l'évaluation de la valeur indiquée au paragraphe 1. Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse la valeur indiquée au paragraphe 1, les dispositions de ce paragraphe s'appliquent à tous les lots. Toutefois, dans le cas de marchés de travaux, les entités adjudicatrices peuvent déroger à l'application du paragraphe 1 pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 1 000 000 d'écus, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'exécède pas 20 % de la valeur de l'ensemble des lots.

7. Aux fins de l'application du paragraphe 1, les entités adjudicatrices incluent dans la valeur estimée des marchés de travaux la valeur de toutes les fournitures ou services nécessaires à l'exécution des travaux et qu'elles mettent à la disposition de l'entrepreneur.

8. La valeur des fournitures qui ne sont pas nécessaires à l'exécution d'un marché particulier de travaux ne peut être ajoutée à la valeur de ce marché avec pour effet de soustraire l'acquisition de ces fournitures à l'application de la directive.

9. Les entités adjudicatrices ne peuvent pas contourner l'application de la présente directive en scindant les marchés ou en utilisant des modalités particulières de calcul de la valeur des marchés.

TITRE II

Spécifications techniques et normes

Article 13

1. Les entités adjudicatrices incluent les spécifications techniques dans les documents généraux ou dans les cahiers des charges propres à chaque marché.

2. Les spécifications techniques sont définies par référence à des spécifications européennes lorsqu'elles existent.

3. En l'absence de spécifications européennes, les spécifications techniques devraient, dans la mesure du possible, être définies par référence aux autres normes en usage dans la Communauté.

4. Les entités adjudicatrices définissent les spécifications supplémentaires qui sont nécessaires pour compléter les spécifications européennes ou les autres normes. À cet effet, elles accordent une préférence aux spécifications qui indiquent des exigences de performance plutôt que des caractéristiques conceptuelles ou descriptives, à moins qu'elles ne considèrent que, pour des raisons objectives, le recours à ces spécifications serait inapproprié pour l'exécution du marché.

5. Des spécifications techniques mentionnant 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 ne peuvent être utilisées à moins que ces spécifications techniques ne soient indispensables eu égard à l'objet du marché. Est notamment interdite l'indication de marques, brevets ou types, ou celle d'une origine ou d'une provenance déterminée ; toutefois, cette indication accompagnée de la mention « ou équivalent » est autorisée lorsque l'objet du marché ne peut pas

être décrit autrement au moyen de spécifications suffisamment précises et parfaitement intelligibles pour tous les intéressés.

6. Les entités adjudicatrices peuvent déroger au paragraphe 2 :

- a) s'il est techniquement impossible d'établir, de façon satisfaisante, la conformité d'un produit aux spécifications européennes ;
- b) si l'application du paragraphe 2 nuit à l'application de la directive 86/361/CEE du Conseil, du 24 juillet 1986, concernant la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux de télécommunications ⁽¹⁾, ou de la décision 87/95/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, relative à la normalisation dans le domaine des technologies de l'information et des télécommunications ⁽²⁾ ;
- c) si, lors de l'adaptation des pratiques existantes aux spécifications européennes, ces spécifications européennes obligeaient l'entité adjudicatrice à acquérir des fournitures incompatibles avec des installations déjà utilisées ou entraînaient des coûts disproportionnés ou des difficultés techniques disproportionnées. Les entités adjudicatrices n'ont recours à cette dérogation que dans le cadre d'une stratégie clairement définie et consignée en vue d'un passage à des spécifications européennes ;
- d) si la spécification européenne concernée est impropre à l'application particulière envisagée ou si elle ne tient pas compte des développements techniques survenus depuis son adoption. Les entités adjudicatrices qui ont recours à cette dérogation informent l'organisme de normalisation compétent, ou tout autre organisme habilité à réviser les spécifications européennes, des raisons pour lesquelles elles considèrent que les spécifications européennes sont inappropriées et en demandent la révision ;
- e) si le projet constitue une véritable innovation, pour lequel le recours à des spécifications européennes existantes serait inapproprié.

7. Les avis publiés en vertu de l'article 16 paragraphe 1 point a) ou de l'article 16 paragraphe 2 point a) font mention du recours au paragraphe 6.

8. Le présent article est sans préjudice des règles techniques obligatoires pour autant que celles-ci soient compatibles avec le droit communautaire.

Article 14

1. Les entités adjudicatrices communiquent aux fournisseurs ou aux entrepreneurs intéressés à l'obtention d'un

marché et qui en font la demande les spécifications techniques régulièrement visées dans leurs marchés de fournitures ou de travaux ou les spécifications techniques auxquelles elles entendent se référer pour les marchés qui font l'objet d'un avis d'information périodique au sens de l'article 17.

2. Lorsque ces spécifications techniques sont définies dans les documents pouvant être disponibles pour des fournisseurs ou des entrepreneurs intéressés, l'indication de la référence de ces documents est considérée comme suffisante.

TITRE III

Procédures de passation de marchés

Article 15

1. Les entités adjudicatrices peuvent choisir l'une des procédures définies à l'article 1^{er} paragraphe 6, pour autant que, sous réserve du paragraphe 2, une mise en concurrence ait été effectuée en vertu de l'article 16.

2. Les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants :

- a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure avec mise en concurrence préalable, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées ;
- b) lorsqu'un marché est passé uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non dans le but d'assurer une rentabilité ou de récupérer les coûts de recherche et développement ;
- c) Lorsque, en raison de leur spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, l'exécution du marché ne peut être confiée qu'à un fournisseur ou à un entrepreneur déterminé ;
- d) dans la mesure strictement nécessaire lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les entités adjudicatrices ne permet pas de respecter les délais exigés par les procédures ouvertes ou restreintes ;
- e) dans le cas de marchés de fournitures pour des livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées ;

(1) JO n° L 217 du 5. 8. 1986, p. 21

(2) JO n° L 36 du 7. 2. 1987, p. 31

f) pour les travaux complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement adjugé ni dans le premier marché conclu et devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de ce marché, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur qui exécute le marché initial :

— lorsque ces travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les entités adjudicatrices,

ou

— lorsque ces travaux complémentaires, quoique séparables de l'exécution de marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement ;

g) dans le cas de marchés de travaux, pour de nouveaux travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires confiés à l'entreprise titulaire d'un premier marché attribué par les mêmes entités adjudicatrices, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé après mise en concurrence. La possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux est pris en considération par les entités adjudicatrices pour l'application des dispositions de l'article 12 ;

h) lorsqu'il s'agit de fournitures cotées et achetées en bourse ;

i) pour les marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que la condition mentionnée à l'article 5 paragraphe 2 est remplie ;

j) pour achats d'opportunité, lorsqu'il est possible d'acquiescer des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché ;

k) pour l'achat de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales.

Article 16

1. Une mise en concurrence peut être effectuée :

a) au moyen d'un avis établi conformément à l'annexe XII titre A, B ou C

ou

b) au moyen d'un avis périodique indicatif établi conformément à l'annexe XIV

ou

c) au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification établi conformément à l'annexe XIII.

2. Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis périodique indicatif :

a) l'avis doit faire référence spécifiquement aux fournitures et aux travaux qui feront l'objet du marché à passer ;

b) l'avis doit mentionner que ce marché sera passé par procédure restreinte ou négociée sans publication ultérieure d'un avis d'appel d'offres et invite les entreprises intéressées à manifester leur intérêt par écrit ;

c) les entités adjudicatrices invitent ultérieurement tous les candidats à confirmer leur intérêt sur la base des informations détaillées relatives au marché en question avant de commencer la sélection de soumissionnaires ou de participants à une négociation.

3. Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les soumissionnaires dans une procédure restreinte ou les participants dans une procédure négociée seront sélectionnés parmi les candidats qualifiés selon un tel système.

4. Les avis visés au présent article sont publiés au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Article 17

1. Les entités adjudicatrices font connaître, au moins une fois par an, au moyen d'un avis périodique indicatif :

a) dans le cas des marchés de fournitures, le total des marchés, par groupes de produits, dont le montant estimé, compte tenu de l'article 12, égale ou dépasse 750 000 écus et qu'elles envisagent de passer pendant les douze mois à venir ;

b) dans le cas des marchés de travaux, les caractéristiques essentielles des marchés de travaux qu'elles entendent passer et dont le montant estimé n'est pas inférieur au seuil établi à l'article 12 paragraphe 1.

2. L'avis sera établi conformément à l'annexe XIV et publié au *Journal officiel des Communautés européennes*.

3. Lorsque l'avis est utilisé comme moyen de mise en concurrence conformément à l'article 16 paragraphe 1 point b), il doit avoir été publié au maximum douze mois avant la date d'envoi de l'invitation visée à l'article 16 paragraphe 2 point c). L'entité adjudicatrice respecte en outre les délais prévus à l'article 20 paragraphe 2.

4. Les entités adjudicatrices peuvent, notamment, publier des avis périodiques indicatifs relatifs à des projets importants, sans répéter l'information qui a été déjà incluse dans un avis périodique indicatif antérieur, à condition qu'il soit clairement mentionné que ces avis constituent des avis additionnels.

Article 18

1. Les entités adjudicatrices qui ont passé un marché communiquent à la Commission, dans un délai de deux mois après la passation de ce marché et dans des conditions à définir par la Commission, conformément à la procédure définie à l'article 32, les résultats de la procédure de passation du marché au moyen d'un avis établi conformément à l'annexe XV.

2. Les informations fournies à la section I de l'annexe XV sont publiées au *Journal officiel des Communautés européennes*. À cet égard, la Commission respecte le caractère commercial sensible que des entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission de ces informations, concernant les points 6 et 9 de l'annexe XV.

3. Les informations fournies à la section II de l'annexe XV ne sont pas publiées sauf, sous forme simplifiée, pour des motifs statistiques.

Article 19

1. Les entités adjudicatrices doivent être en mesure de fournir la preuve de la date d'envoi des avis prévus aux articles 15 à 18.

2. Les avis sont publiés *in extenso* dans leur langue originale au *Journal officiel des Communautés européennes* et à la banque de données TED. Un résumé des éléments importants de chaque avis est publié dans les autres langues de la Communauté, seul le texte original faisant foi.

3. L'Office des publications officielles des Communautés européennes publie les avis douze jours au plus tard après leur envoi. Dans des cas exceptionnels et en réponse à une demande de l'entité adjudicatrice, ledit Office s'efforcera de publier l'avis prévu à l'article 16 paragraphe 1 point a) dans un délai de cinq jours, pour autant que l'avis lui ait été envoyé par courrier électronique, télex ou téléfax. Chaque numéro du *Journal officiel des Communautés européennes* dans lequel figurent un ou plusieurs avis reproduit le ou les modèles dont s'inspirent le ou les avis publiés.

4. Les frais de publication des avis de marchés au *Journal officiel des Communautés européennes* sont à la charge des Communautés.

5. Les marchés pour lesquels un avis est publié au *Journal officiel des Communautés européennes* en vertu de l'article 16 paragraphe 1 ne doivent pas être publiés, par tout autre moyen, avant la date d'envoi de cet avis à l'Office des

publications officielles des Communautés européennes. Cette publication ne doit pas contenir de renseignements autres que ceux qui sont publiés au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Article 20

1. Dans les procédures ouvertes, le délai de réception des offres est fixé par les entités adjudicatrices de façon à ne pas être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Ce délai de réception des offres peut être réduit à trente-six jours si les entités adjudicatrices ont publié un avis conformément à l'article 17 paragraphe 1.

2. Dans les procédures restreintes et dans les procédures négociées avec appel préalable à la concurrence, les dispositions suivantes s'appliquent :

- a) le délai de réception des demandes de participation, en réponse à un avis publié en vertu de l'article 16 paragraphe 1 point a) ou en réponse à une invitation des entités adjudicatrices en vertu de l'article 16 paragraphe 2 point c), est fixé en règle générale à cinq semaines au mois à compter de la date d'envoi de l'avis, et ne peut en aucun cas être inférieur au délai de publication prévu à l'article 19 paragraphe 3 plus dix jours ;
- b) le délai de réception des offres peut être fixé d'un commun accord entre l'entité adjudicatrice et les candidats sélectionnés, pour autant que tous les candidats disposent d'un délai identique pour préparer et soumettre leurs offres ;
- c) lorsqu'il est impossible d'arriver à un accord sur le délai de réception des offres, l'entité adjudicatrice fixe, en règle générale, un délai de trois semaines au moins, qui ne peut en aucun cas être inférieur à dix jours, à compter de la date de l'invitation à présenter une offre ; la durée du délai tient compte notamment des facteurs mentionnés à l'article 22 paragraphe 3.

Article 21

Dans le cahier des charges, l'entité adjudicatrice peut demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers.

Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'entrepreneur principal.

Article 22

1. Pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile, les cahiers des charges et les documents complémentaires doivent être envoyés aux fournisseurs ou aux entrepreneurs par les entités adjudicatrices, en règle générale dans les six jours suivant la réception de la demande.

2. Pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile, les renseignements complémentaires sur les cahiers des charges doivent être communiqués par les entités adjudicatrices six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

3. Lorsque les offres ne peuvent être faites qu'après examen d'une documentation volumineuse, telle que de longues spécifications techniques, après une visite des lieux ou après consultation sur place de documents annexes au cahier des charges, il en sera tenu compte pour fixer les délais adéquats.

4. Les entités adjudicatrices invitent simultanément et par écrit les candidats sélectionnés. La lettre d'invitation est accompagnée du cahier des charges et des documents complémentaires. Elle comporte au moins :

- a) l'adresse du service auprès duquel les documents additionnels peuvent être demandés et la date limite pour effectuer cette demande, ainsi que le montant et les modalités de paiement de la somme qui doit éventuellement être versée pour obtenir ces documents ;
- b) la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles doivent être envoyées et la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées ;
- c) une référence à tout avis de marché publié ;
- d) l'indication des documents à joindre éventuellement ;
- e) les critères d'attribution du marché s'ils ne figurent pas dans l'avis ;
- f) toute autre condition particulière de participation au marché.

5. Les demandes de participation aux marchés et les invitations à présenter une offre doivent être faites par les voies les plus rapides possibles. Lorsque les demandes de participation sont faites par télégramme, par télex, par téléphone ou par tout moyen électronique, elles doivent être confirmées par lettre envoyée avant l'expiration du délai prévu à l'article 20 paragraphe 1 ou des délais fixés par les entités adjudicatrices en vertu de l'article 20 paragraphe 2.

Article 23

1. L'entité adjudicatrice peut indiquer ou peut être obligée par un État membre d'indiquer dans le cahier des charges l'autorité ou les autorités auprès desquelles les soumissionnaires peuvent obtenir les informations pertinentes sur les obligations relatives aux dispositions de protection et conditions de travail qui sont en vigueur dans l'État membre, la région ou la localité dans laquelle les travaux sont à exécuter et qui seront applicables aux travaux effectués sur le chantier durant l'exécution du marché.

2. L'entité adjudicatrice qui fournit les informations mentionnées au paragraphe 1 demande aux soumissionnaires ou aux participants à une procédure de marché d'indiquer qu'ils ont tenu compte, lors de la préparation de leur offre, des obligations relatives aux dispositions de protection et conditions de travail qui sont en vigueur au lieu où les travaux sont à exécuter. Ceci ne fait pas obstacle à l'application de l'article 27 paragraphe 5 relatif à la vérification des offres anormalement basses.

TITRE IV

Qualification, sélection et attribution

Article 24

1. Les entités adjudicatrices peuvent, si elles le souhaitent, établir et gérer un système de qualification de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

2. Ce système qui peut comprendre plusieurs stades de qualification doit être géré sur la base de critères et de règles objectifs définis par l'entité adjudicatrice. Celle-ci fait alors référence aux normes européennes là où elles sont appropriées. Ces critères et ces règles peuvent au besoin être mis à jour.

3. Ces critères et ces règles de qualification sont fournis sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés. La mise à jour de ces critères et de ces règles est communiquée aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés. Si une entité adjudicatrice estime que le système de qualification de certaines entités ou organismes tiers répond à ses exigences, elle communique aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés les noms de ces entités ou de ces organismes tiers.

4. Les entités adjudicatrices doivent informer les demandeurs de leur décision quant à leur qualification dans un délai raisonnable. Si la décision de qualification doit prendre plus de six mois à partir du dépôt de la demande de qualification, l'entité adjudicatrice doit informer le demandeur, dans les deux mois suivant ce dépôt, des raisons justifiant un allongement du délai et de la date à laquelle sa demande sera acceptée ou refusée.

5. En prenant leur décision quant à la qualification ou lorsque les critères et règles quant à la qualification sont mis à jour, les entités adjudicatrices ne peuvent :

- imposer des conditions administratives, techniques ou financières à certains fournisseurs ou entrepreneurs qui n'auraient pas été imposées à d'autres,
- exiger des essais ou des justifications qui feraient double emploi avec des preuves objectives déjà disponibles.

6. Les demandeurs dont la qualification est rejetée doivent être informés de cette décision et des raisons du refus. Ces raisons doivent être fondées sur les critères de qualification mentionnés au paragraphe 2.

7. Un relevé des fournisseurs ou des entrepreneurs qualifiés est conservé ; il peut être divisé en catégories d'entreprises par type de marchés pour la réalisation desquels la qualification est valable.

8. Les entités adjudicatrices ne peuvent mettre fin à la qualification d'un fournisseur ou d'un entrepreneur que pour des raisons fondées sur les critères mentionnés au paragraphe 2. L'intention de mettre fin à la qualification doit être préalablement notifiée par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur, en indiquant la ou les raisons justifiant cette intention.

9. Le système de qualification doit faire l'objet d'un avis établi conformément à l'annexe XIII et publié au *Journal officiel des Communautés européennes*, indiquant le but du système de qualification et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent. Quand le système est d'une durée supérieure à trois ans, l'avis doit être publié annuellement. Quand le système est d'une durée inférieure, un avis initial suffit.

Article 25

1. Les entités adjudicatrices qui sélectionnent les candidats à une procédure de passation de marchés restreinte ou négociée doivent le faire en accord avec les critères et les règles objectifs qu'elles ont définis et qui sont à la disposition des fournisseurs et des entrepreneurs intéressés.

2. Les critères utilisés peuvent inclure ceux d'exclusion énumérés à l'article 23 de la directive 71/305/CEE et à l'article 20 de la directive 77/62/CEE.

3. Les critères peuvent être fondés sur la nécessité objective, pour l'entité adjudicatrice, de réduire le nombre des candidats à un niveau justifié par la nécessité d'équilibre entre les caractéristiques spécifiques de la procédure de passation de marché et les moyens que requiert son accomplissement. Le nombre des candidats retenus doit toutefois tenir compte du besoin d'assurer une concurrence suffisante.

Article 26

Les groupements de fournisseurs ou d'entrepreneurs sont autorisés à soumissionner ou à négocier. La transformation de tels groupements dans une forme juridique déterminée ne peut être exigée pour la présentation de l'offre ou pour négocier, mais le groupement retenu peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché.

Article 27

1. Les critères sur lesquels les entités adjudicatrices se fondent pour attribuer les marchés sont :

- a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question : par exemple, le délai de livraison ou d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, l'engagement en matière de pièces de rechange, la sécurité d'approvisionnement et le prix ;
- b) soit uniquement le prix le plus bas.

2. Dans le cas prévu au paragraphe 1 point a), les entités adjudicatrices mentionnent, dans les cahiers des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont elles prévoient l'application, si possible dans l'ordre décroissant d'importance.

3. Lorsque le critère d'attribution est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les entités adjudicatrices peuvent prendre en considération des variantes présentées par un soumissionnaire lorsqu'elles répondent aux exigences minimales requises par les entités adjudicatrices. Les entités adjudicatrices indiquent, dans le cahier des charges, les conditions minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les exigences requises pour leur soumission. Elles indiquent dans le cahier des charges si les variantes ne sont pas autorisées.

4. Les entités adjudicatrices ne peuvent rejeter la soumission d'une variante pour la seule raison qu'elle a été établie avec des spécifications techniques définies par référence à des spécifications européennes ou encore par référence à des spécifications techniques nationales reconnues conformes aux exigences essentielles dans le sens de la directive 89/106/CEE.

5. Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'entité adjudicatrice, avant de pouvoir les rejeter, demande, par écrit, des explications sur la composition de l'offre concernée qu'elle juge opportunes et vérifie cette composition en tenant compte des justifications fournies. Elle peut fixer un délai de réponse raisonnable.

L'entité adjudicatrice peut prendre en considération des justifications fondées sur des critères objectifs tenant à l'économie du procédé de construction ou de fabrication, aux solutions techniques choisies, aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter le marché, ou à l'originalité du produit ou de l'ouvrage proposé par le soumissionnaire.

Les entités adjudicatrices ne peuvent rejeter les offres qui sont anormalement basses du fait de l'obtention d'aide d'État que si elles ont consulté le soumissionnaire et si celui-ci n'a pas été en mesure de démontrer que l'aide en

question a été notifiée à la Commission en vertu de l'article 93 paragraphe 3 du traité ou a été autorisée par celle-ci. Les entités adjudicatrices qui rejettent une offre dans ces conditions en informent la Commission.

Article 28

1. L'article 27 paragraphe 1 n'est pas applicable lorsqu'un État membre se fonde, pour l'attribution des marchés, sur d'autres critères, dans le cadre d'une réglementation en vigueur au moment de l'adoption de la présente directive et visant à donner la préférence à certains soumissionnaires, à condition que la réglementation invoquée soit compatible avec le traité.

2. Sans préjudice du paragraphe 1, la présente directive ne fait pas obstacle, jusqu'au 31 décembre 1992, à l'application des dispositions nationales en vigueur sur la passation des marchés de fournitures et de travaux dont l'objectif est de réduire les disparités entre les régions et de promouvoir la création d'emplois dans les régions les moins favorisées ou affectées par le déclin industriel, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité et avec les obligations internationales de la Communauté.

Article 29

1. Le présent article s'applique aux offres contenant des produits originaires des pays tiers avec lesquels la Communauté n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de la Communauté aux marchés de ces pays tiers. Il est sans préjudice des obligations de la Communauté ou de ses États membres à l'égard des pays tiers.

2. Toute offre présentée pour l'attribution d'un marché de fournitures peut être rejetée lorsque la part des produits originaires des pays tiers, déterminés conformément au règlement (CEE) n° 802/68 du Conseil, du 27 juin 1968, relatif à la définition commune de la notion d'origine des marchandises ⁽¹⁾, modifié en dernier lieu par le règlement (CEE) n° 3860/87 ⁽²⁾, excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre. Aux fins du présent article, les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications sont considérés comme des produits.

3. Sous réserve du paragraphe 4, lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution définis à l'article 27, une préférence est accordée à celle des offres qui ne peut être rejetée en application du paragraphe 2. Le montant de ces offres est considéré comme équivalent, aux fins du présent article, si leur écart de prix n'excède pas 3 %.

4. Toutefois, une offre ne sera pas préférée à une autre en vertu du paragraphe 3 lorsque son acceptation obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel déjà existant, entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés.

5. Aux fins du présent article, pour la détermination de la part des produits originaires des pays tiers prévue au paragraphe 2, ne sont pas pris en compte les pays tiers auxquels le bénéfice des dispositions de la présente directive a été étendu par une décision du Conseil conformément au paragraphe 1.

6. La Commission fera un rapport annuel au Conseil, pour la première fois au cours du deuxième semestre 1991, sur les progrès réalisés dans les négociations multilatérales ou bilatérales concernant l'accès des entreprises de la Communauté aux marchés des pays tiers dans les domaines couverts par la présente directive, sur tout résultat que ces négociations ont permis d'atteindre, ainsi que sur l'application effective de tous les accords qui ont été conclus.

Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut, à la lumière de ces développements, modifier les dispositions du présent article.

TITRE V

Dispositions finales

Article 30

1. La contrevaletur en monnaies nationales des seuils indiqués à l'article 12 est, en principe, révisée tous les deux ans avec effet à la date prévue par la directive 77/62/CEE en ce qui concerne les seuils des marchés de fournitures et de services visant le logiciel et à la date prévue par la directive 71/305/CEE en ce qui concerne les seuils des marchés de travaux. Le calcul de cette contrevaletur est fondé sur la moyenne de la valeur quotidienne de ces monnaies exprimée en écus durant les vingt-quatre mois qui se terminent le dernier jour du mois d'octobre qui précède la révision ayant effet le 1^{er} janvier. La contrevaletur est publiée au *Journal officiel des Communautés européennes* dans les premiers jours de novembre.

2. La méthode de calcul prévue au paragraphe 1 est examinée en vertu des dispositions de la directive 77/62/CEE.

Article 31

1. En ce qui concerne les marchés passés par les entités adjudicatrices exerçant une activité visée à l'article 2 paragraphe 2 point d), la Commission est assistée par un comité

⁽¹⁾ JO n° L 148 du 28. 6. 1968, p. 1.

⁽²⁾ JO n° L 363 du 23. 12. 1987, p. 30.

a caractère consultatif qui est le comité consultatif des marchés de télécommunications. Ce comité est composé des représentants des États membres et présidé par un représentant de la Commission.

2. La Commission consulte ce comité sur :

- a) les modifications à l'annexe X ;
- b) les révisions des contrevaleurs des seuils ;
- c) les règles concernant les marchés passés en vertu d'accords internationaux ;
- d) le reexamen de l'application de la présente directive ;
- e) les modalités décrites à l'article 32 paragraphe 2 concernant les avis et les états statistiques.

Article 32

1. Les annexes I à X sont révisées conformément à la procédure prévue aux paragraphes 3 à 7 de façon qu'elles répondent aux critères de l'article 2.

2. Les modalités de présentation, d'envoi, de réception, de traduction, de conservation et de distribution des avis mentionnés aux articles 16, 17 et 18 et des états statistiques mentionnés à l'article 34 sont fixées dans un but de simplification conformément à la procédure prévue aux paragraphes 3 à 7.

3. Les annexes révisées et les modalités mentionnées aux paragraphes 1 et 2 sont publiées au *Journal officiel des Communautés européennes*.

4. La Commission est assistée du comité consultatif pour les marchés publics et, dans le cas de la révision de l'annexe X, par le comité consultatif pour les marchés de télécommunications visé à l'article 31 de la présente directive.

5. Le représentant de la Commission soumet au comité le projet des décisions à prendre. Le comité émet son avis sur ce projet, dans un délai que le président peut fixer en fonction de l'urgence de la question en cause, le cas échéant en procédant à un vote.

6. L'avis est inscrit au procès-verbal ; en outre, chaque État membre a le droit de demander que sa position figure à ce procès-verbal.

7. La Commission tient le plus grand compte de l'avis émis par le comité. Elle informe le comité de la façon dont elle a tenu compte de cet avis.

Article 33

1. Les entités adjudicatrices conservent les informations appropriées sur chaque marché leur permettant de justifier ultérieurement les décisions concernant :

- a) la qualification et la sélection des entreprises ou fournisseurs et l'attribution des marchés ;
- b) l'utilisation des dérogations à l'usage des spécifications européennes conformément à l'article 13 paragraphe 6 ;
- c) l'utilisation de procédures sans mise en concurrence préalable conformément à l'article 15 paragraphe 2 ;
- d) la non-application des dispositions des titres II, III et IV en vertu des dérogations prévues au titre I.

2. Les informations doivent être conservées au moins pendant quatre ans après la date d'attribution du marché, afin que pendant cette période l'entité adjudicatrice puisse fournir les renseignements nécessaires à la Commission sur sa demande.

Article 34

1. Les États membres veillent à ce que la Commission reçoive, chaque année, selon les modalités à fixer conformément à la procédure prévue à l'article 32 paragraphes 3 à 7, un état statistique concernant la valeur totale ventilée, selon chaque État membre et selon chacune des catégories d'activité auxquelles se réfèrent les annexes I à X, des marchés passés qui sont inférieurs aux seuils définis à l'article 12 mais qui, s'ils ne l'étaient pas, seraient couverts par les dispositions de la présente directive.

2. Les modalités sont fixées conformément à la procédure visée à l'article 32 de manière à s'assurer que :

- a) dans un but de simplification administrative, les marchés de moindre importance puissent être exclus, pour autant que l'utilité des statistiques n'est pas mise en cause ;
- b) le caractère confidentiel des informations transmises soit respecté.

Article 35

1. À l'article 2 de la directive 77/62/CEE, le paragraphe 2 est remplacé par le texte suivant :

« 2. La présente directive ne s'applique pas :

- a) aux 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 (*), et aux marchés qui répondent aux conditions de l'article 6 paragraphe 2 de ladite directive ;

- b) aux fournitures lorsqu'elles sont déclarées secrètes ou lorsque leur livraison doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de cet État l'exige.

(*) JO n° L 297 du 29. 10. 1990, p. 1.»

2. À l'article 3 de la directive 71/305/CEE, les paragraphes 4 et 5 sont remplacés par le texte suivant :

« 4. La présente directive ne s'applique pas aux 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 (*), et aux marchés qui répondent aux conditions de l'article 6 paragraphe 2 de ladite directive.

(*) JO n° L 297 du 29. 10. 1990, p. 1.»

Article 36

Avant l'expiration d'une période de quatre ans suivant la mise en application de la présente directive, la Commission, en étroite coopération avec le comité consultatif pour les marchés publics, réexamine l'application de la présente directive et son champ d'application et propose, le cas échéant, des modifications pour l'adapter, à la lumière des développements liés, notamment, au progrès réalisé dans l'ouverture des marchés et au niveau de la concurrence. Dans le cas des entités exerçant une activité visée à l'article 2 paragraphe 2 point d), la Commission agit en étroite coopération avec le comité consultatif des marchés de télécommunications.

Article 37

1. Les États membres adoptent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 1^{er} juillet 1992. Ils en informent immédiatement la Commission.

2. Les États membres peuvent prévoir que les mesures visées au paragraphe 1 ne s'appliquent qu'à partir du 1^{er} janvier 1993.

Néanmoins, en ce qui concerne le royaume d'Espagne, la date du 1^{er} janvier 1993 est remplacée par la date du 1^{er} janvier 1996. En ce qui concerne la République hellénique et la République portugaise, la date du 1^{er} janvier 1993 est remplacée par celle du 1^{er} janvier 1998.

3. La recommandation 84/550/CEE du Conseil, du 12 novembre 1984, concernant la première phase d'ouverture des marchés publics de télécommunications ⁽¹⁾, ne produit plus d'effets à partir de la date de mise en application de la présente directive par les États membres.

Article 38

Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne, d'ordre législatif, réglementaire et administratif qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 39

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 17 septembre 1990

Par le Conseil

Le président

P. ROMITA

⁽¹⁾ JO n° L 298 du 16. 11. 1984, p. 51

ANNEXES

	Page
ANNEXE I: Production, transport ou distribution d'eau potable	19
ANNEXE II: Production, transport ou distribution d'électricité	22
ANNEXE III: Transport ou distribution de gaz ou de chaleur	24
ANNEXE IV: Prospection et extraction de pétrole ou de gaz	26
ANNEXE V: Prospection et extraction du charbon et autres combustibles solides	28
ANNEXE VI: Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer	30
ANNEXE VII: Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer urbains, de tramway, de trolley ou d'autobus	32
ANNEXE VIII: Entités adjudicatrices dans le domaine des installations aéroportuaires	35
ANNEXE IX: Entités adjudicatrices dans le domaine des installations portuaires maritimes ou intérieures ou autres terminaux	37
ANNEXE X: Entités adjudicatrices dans le domaine des télécommunications	39
ANNEXE XI: Liste des activités professionnelles correspondant à la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes	41
ANNEXE XII: A. Procédures ouvertes	42
B. Procédures restreintes	44
C. Procédures négociées	45
ANNEXE XIII: Avis concernant le système de qualification	46
ANNEXE XIV: Avis périodique	
A. Pour les marchés de fournitures	46
B. Pour les marchés de travaux	46
ANNEXE XV: Avis concernant les marchés passés	47

ANNEXE I

PRODUCTION, TRANSPORT OU DISTRIBUTION D'EAU POTABLE

BELGIQUE

Entité créée en vertu du décret du 2 juillet 1987 de la région wallonne érigeant en entreprise régionale de production et d'adduction d'eau le service du ministère de la région chargé de la production et du grand transport d'eau.

Entité créée en vertu de l'arrêté du 23 avril 1986 portant constitution d'une société wallonne de distribution d'eau.

Entité créée en vertu de l'arrêté du 17 juillet 1985 de l'exécutif flamand portant fixation des statuts de la société flamande de distribution d'eau.

Entités de production ou distribution d'eau créées en vertu de la loi relative aux intercommunales du 22 décembre 1986.

Entités de production ou distribution d'eau créées en vertu du code communal, article 147 bis, ter et quater sur les régies communales.

DANEMARK

Entités produisant ou distribuant l'eau en vertu de l'article 3 paragraphe 3, du *lovbekendtgørelse om vandforsyning m.v. af 4 juli 1985*.

ALLEMAGNE

Entités de production ou distribution d'eau assujetties aux *Eigenbetriebsverordnungen* ou *Eigenbetriebsgesetze der Länder* (Kommunale Eigenbetriebe).

Entités de production ou distribution d'eau assujetties aux *Gesetze über die Kommunale Gemeinschaftsarbeit oder Zusammenarbeit des Länder*.

Entités de production d'eau assujetties à la *Gesetz über Wasser- und Bodenverbände vom 10. Februar 1937* et à la *erste Verordnung über Wasser- und Bodenverbände vom 3. September 1937*.

(*Regiebetriebe*), produisant ou distribuant l'eau en vertu des *Kommunalgesetze*, et notamment des *Gemeindeordnungen der Länder*.

Entités créées en vertu de l'*Aktiengesetz vom 6. September 1965*, modifié en dernier lieu le 19. Dezember 1985 ou la *GmbH-Gesetz vom 20. Mai 1898*, modifiée en dernier lieu le 15. Mai 1986, ou ayant le statut juridique d'une *Kommanditgesellschaft* chargées de la production ou distribution d'eau sur la base d'un contrat spécial avec les autorités régionales ou locales.

GRÈCE

La compagnie des eaux d'Athènes (*Εταιρεία Υδρεύσεως — Αποχετεύσεως Πρωτευούσης*) créée en vertu de la loi 1068/80 du 23 août 1980.

La compagnie des eaux de Thessalonique (*Οργανισμός Υδρεύσεως Θεσσαλονίκης*) exploitée conformément au décret présidentiel 61/1988.

La compagnie des eaux de Volos (*Εταιρεία Υδρεύσεως Βόλου*) exploitée en vertu de la loi 890/1979.

Les compagnies municipales (*Δημοτικές Επιχειρήσεις ύδρευσης-αποχέτευσης*) chargées de la production ou de la distribution d'eau et créées en vertu de la loi 1069/80 du 23 août 1980.

Association des autorités locales (*Σύνδεσμοι ύδρευσης*), exploitées conformément au code des autorités locales (*Κώδικας Δήμων και Κοινοτήτων*) appliqué par le décret présidentiel 76/1985.

ESPAGNE

Entités produisant ou distribuant l'eau en vertu de la *Ley n° 7/1985 de 2 de abril de 1985. Reguladora de las Bases del Régimen local* et du *Decreto Real n° 781 1986 Texto Refundido Régimen local*.

— *Canal de Isabel II. Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid de 20 de diciembre de 1984.*

— *Mancomunidad de los Canales de Taibilla, Ley de 27 de abril de 1946.*

FRANCE

Entités produisant ou distribuant l'eau en vertu des textes suivants :

dispositions générales sur les régies, code des communes L 323-1 à L 328-8, R 323-1 à R 323-6 (dispositions générales sur les régies)

ou code des communes L 323-8, R 323-4 [régies directes (ou de fait)]

ou décret-loi du 28 décembre 1926, règlement d'administration publique du 17 février 1930, code des communes L 323-10 à L 323-13, R 323-75 à 323-132 (régies à simple autonomie financière)

ou code des communes L 323-9, R 323-7 à R 323-74, décret du 19 octobre 1959 (régies à personnalité morale et à autonomie financière)

ou code des communes L 324-1 à L 324-6, R 324-1 à R 324-13 (gestion déléguée, concession et affermage)

ou jurisprudence administrative, circulaire intérieure du 13 décembre 1975 (gérance)

ou code des communes R 324-6, circulaire intérieure du 13 décembre 1975 (régie intéressée)

ou circulaire intérieure du 13 décembre 1975 (exploitation aux risques et périls)

ou décret du 20 mai 1955, loi du 7 juillet 1983 sur les sociétés d'économie mixte (participation à une société d'économie mixte)

ou code des communes L 322-1 à L 322-6, R 322-1 à R 322-4 (dispositions communes aux régies, concessions et affermage).

IRLANDE

Entités produisant ou distribuant l'eau en vertu du *Local Government (Sanitary Services) Act 1878 to 1964*.

ITALIE

Entités produisant ou distribuant l'eau en vertu du *Testo unico delle leggi sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province approvato con Regio Decreto 15 ottobre 1925, n. 2578* et du *Decreto del P.R. n. 902 del 4 ottobre 1986*.

Ente Autonomo Acquedotto Pugliese, créé en vertu du RDL 19 ottobre 1919, n. 2060.

Ente Acquedotti Siciliani, créé en vertu des leggi regionali 4 settembre 1979, n. 2/2 e 9 agosto 1980, n. 81.

Ente Sardo Acquedotti e Fognature, créé en vertu de la legge del 5 giugno 1963 n. 9.

LUXEMBOURG

Services des autorités locales chargés de la distribution d'eau.

Syndicats de communes chargés de la production ou de la distribution d'eau et créés en vertu de la *loi du 14 février 1900 concernant la création des syndicats de communes telle qu'elle a été modifiée et complétée par la loi du 23 décembre 1958 et par la loi du 29 juillet 1981* et en vertu de la *loi du 31 juillet 1962 ayant pour objet le renforcement de l'alimentation en eau potable du grand-duché de Luxembourg à partir du réservoir d'Esch-sur-Sûre*.

PAYS-BAS

Entités de production ou distribution d'eau assujetties à la *Waterleidingwet van 6 april 1957, modifiée par les wetten van 30 juni 1967, 10 september 1975, 23 juni 1976, 30 september 1981, 25 januari 1984, 29 januari 1986*.

PORTUGAL

Empresa Pública das Águas Livres, produisant ou distribuant l'eau en vertu du *Decreto-Lei nº 190/81 de 4 de 4 de Julho de 1981*.

Services des autorités locales produisant ou distribuant l'eau.

ROYAUME-UNI

Water Companies, produisant ou distribuant l'eau en vertu des *Water Acts 1945 et 1989*.

Le *Central Scotland Water Development Board*, chargé de la production d'eau et les *Water Authorities*, chargées de la production ou distribution d'eau en vertu du *Water (Scotland) Act 1980*.

Le *Department of the Environment for Northern Ireland* chargé de la production et de la distribution d'eau en vertu du *Water and Sewerage (Northern Ireland) Order 1973*.

ANNEXE II

PRODUCTION, TRANSPORT OU DISTRIBUTION D'ÉLECTRICITÉ

BELGIQUE

Entités chargées de la production, du transport ou de la distribution d'électricité en vertu de l'article 5: *Des régions communales et intercommunales de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique.*

Entités chargées du transport ou de la distribution d'électricité en vertu de la *loi relative aux intercommunales du 22 décembre 1986.*

Ebes, Intercom, Unerg et autres entités chargées de la production, du transport ou de la distribution d'électricité et bénéficiaires d'une concession pour la distribution en vertu de l'article 8: *Les concessions communales et intercommunales de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique.*

La *Société publique de production d'électricité (SPE).*

DANEMARK

Entités chargées de la production ou du transport de l'électricité en vertu d'une licence concédée conformément à § 3, stk. 1, de la *lov nr. 54 af 25. februar 1976 om elforsyning, jf. bekendtgørelse nr. 607 af 17. december 1976 om elforsyningslovens anvendelsesområde.*

Entités distribuant de l'électricité conformément au § 3, stk. 2, de la *lov nr. 54 af 25. februar 1976 om elforsyning, jf. bekendtgørelse nr. 607 af 17. december 1976 om elforsyningslovens anvendelsesområde* et (sur la base d'autorisations d'expropriation) en vertu des articles 10 à 15 de la *lov om elektriske stærkstrømsanlæg, jf. lovbekendtgørelse nr. 669 af 28 december 1977.*

ALLEMAGNE

Entités chargées de la production, du transport ou de la distribution d'électricité en vertu de § 2 Absatz 2 de la *Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz) vom 13. Dezember 1935*, modifiée en dernier lieu par la *Gesetz vom 19. Dezember 1977*, et autoproductions d'électricité dans la mesure où elles sont couvertes par le champ d'application de la directive en vertu de l'article 2 paragraphe 5.

GRECE

Δημόσια Επιχείρηση Ηλεκτρισμού la compagnie publique d'électricité créée en vertu de la loi 1468 du 2 août 1950. *Περί ιδρύσεως Δημοσίας Επιχειρήσεως Ηλεκτρισμού*, exploitée conformément à la loi 57/85. *Δομή, ρόλος και τρόπος διοίκησης και λειτουργίας της κοινωνικοποιημένης Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού.*

ESPAGNE

Entités chargées de la production, du transport ou de la distribution de l'électricité en vertu de l'article 1^{er} du *Decreto de 12 de marzo de 1954*, approuvait le *Reglamento de verificaciones eléctricas y regularidad en el suministro de Energia* et du *Decreto 2617/1966, de 20 de octubre*, sur l'autorisation administrative en matière d'installations électriques.

Red Eléctrica de España SA, créée en vertu du *Real Decreto 91/1985 de 23 de enero.*

FRANCE

Électricité de France, créée et exploitée en vertu de la loi 46/6288 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

Entités (sociétés d'économie mixte ou régies) distribuant l'électricité et visées à l'article 23 de la loi 48/1260 du 12 août 1948 portant modification des lois 46/6288 du 8 avril 1946 et 46/2298 du 21 octobre 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

Compagnie nationale du Rhône.

IRLANDE

The Electricity Supply Board (ESB) créée et exploitée en vertu de l'*Electricity Supply Act 1927.*

ITALIE

Ente nazionale per l'energia elettrica créé en vertu de la *legge n. 1643, 6 dicembre 1962*, approuvé par *Decreto n. 1720, 21 dicembre 1965*.

Entités bénéficiant d'une autorisation en vertu de l'article 4 paragraphe 5 ou 8 de la *legge del 6 dicembre 1962, n. 1643 — Istituzione dell'Ente nazionale per la energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese sercenti le industrie elettriche*.

Entités bénéficiant d'une concession en vertu de l'article 20 du *Decreto del Presidente della Repubblica del 18 marzo 1965, n. 342 — Norme integrative della legge del 6 dicembre 1962, n. 1643 e norme relative al coordinamento e all'esercizio delle attività elettriche esercitate da enti ed imprese diverse dell'Ente nazionale per l'energia Elettrica*.

LUXEMBOURG

Compagnie grand-ducale d'électricité de Luxembourg, produisant ou distribuant l'électricité en vertu de la *convention du 11 novembre 1927 concernant l'établissement et l'exploitation des réseaux de distribution d'énergie électrique dans le grand-duché du Luxembourg*, approuvée par la *loi du 4 janvier 1928*.

Société électrique de l'Our (SEO).

Syndicat de communes SIDOR.

PAYS-BAS

Elektriciteitsproductie Oost-Nederland.

Elektriciteitsbedrijf Utrecht—Noord-Holland—Amsterdam (UNA).

Elektriciteitsbedrijf Zuid-Holland (EZH).

Elektriciteitsproduktiemaatschappij Zuid-Nederland (EPZ).

Provinciale Zeeuwse Energie Maatschappij (PZEM).

Samenwerkende Elektriciteitsbedrijven (SEP).

Entités chargées de la distribution d'électricité en vertu d'une autorisation (*vergunning*) accordée par les autorités provinciales conformément à la *Provinciewet*.

PORTUGAL

Electricidade de Portugal (EDP), créée en vertu du *Decreto-Lei nº 502/76 de 30 de Junho de 1976*.

Départements des autorités locales distribuant l'électricité en vertu du *Artigo 1º — Decreto-Lei nº 344-B/82 de 1 de Setembro de 1982*, modifié par le *Decreto-Lei nº 297/86 de 19 de Setembro de 1986*.

Entités chargées de la production d'électricité en vertu du *Decreto Lei nº 189/88 de 27 de Maio de 1988*.

Producteurs indépendants d'électricité en vertu du *Decreto — Lei nº 189/88 de 27 de Maio de 1988*.

Empresa de Electricidade dos Açores — EDA, EP, créée en vertu du *Decreto Regional nº 16/80 de 21 de Agosto de 1980*.

Empresa de Electricidade da Madeira, EP, créée en vertu du *Decreto-Lei nº 12/74 de 17 de Janeiro de 1974* et régionalisée en vertu du *Decreto-Lei nº 31/79 de 24 de Fevereiro de 1979* et du *Decreto-Lei nº 91/79 de 19 de Abril de 1979*.

ROYAUME-UNI

Central Electricity Generating Board et les *Area Electricity Boards*, chargées de la production, du transport ou de la distribution de l'électricité en vertu de l'*Electricity Act 1947* et de l'*Electricity Act 1957*.

La *North of Scotland Hydro-Electricity Board (NSHB)*, chargée de la production, du transport et de la distribution d'électricité en vertu du *Electricity (Scotland) Act 1979*.

La *South of Scotland Electricity Board (SSEB)* chargée de la production, du transport et de la distribution d'électricité en vertu de l'*Electricity (Scotland) Act 1979*.

Le *Northern Ireland Electricity Service (NIES)*, créé en vertu du *Electricity Supply (Northern Ireland) Order 1972*.

ANNEXE III

TRANSPORT OU DISTRIBUTION DE GAZ OU DE CHALEUR

BELGIQUE

Distrigaz SA, exploitée en vertu de la loi du 29 juillet 1983.

Entités chargées du transport du gaz en vertu d'une autorisation ou d'une concession conformément à la loi du 12 avril 1965, modifiée par la loi du 28 juillet 1987.

Entités chargées de la distribution du gaz et exploitées conformément à la loi relative aux intercommunales du 22 décembre 1986.

Autorités locales, ou associations formées par ces autorités locales, chargées de la distribution de chaleur.

DANEMARK

Dansk Olie og Naturgas A/S, exploitée sur la base d'un droit exclusif concédé en vertu du *bekendtgørelse nr. 869 af 18. juni 1979 om eneretsbevilling til indførsel, forhandling, transport og oplagring af naturgas*.

Entités exploitées conformément à la loi nr. 249 af 7. juni 1972 om naturgasforsyning.

Entités chargées de la distribution de gaz ou de chaleur sur la base d'une autorisation accordée conformément au chapitre IV de la loi om varmforsyning, jf. *lovbekendtgørelse nr. 330 af 29. juni 1983*.

Entités chargées du transport du gaz sur la base d'une autorisation en vertu du *bekendtgørelse nr. 141 af 13. marts 1974 om rørledningsanlæg på dansk kontinentalsokkelområde til transport af kulbrinter* (installation de pipelines sur la plate-forme continentale pour le transport des hydrocarbures).

ALLEMAGNE

Entités chargées du transport ou de la distribution du gaz conformément à § 2 Absatz 2 de la *Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13. Dezember 1935 (Energiewirtschaftsgesetz)*, modifiée en dernier lieu par la loi du 19. Dezember 1977.

Autorités locales, ou associations formées par ces autorités locales, chargées de la distribution de chaleur.

GRÈCE

DEP chargé du transport ou de la distribution de gaz en vertu de la décision ministérielle 2583/1987 (*Ανάθεση στη Δημόσια Επιχείρηση Πετρελαίου αρμοδιοτήτων σχετικών με το φυσικό αέριο*) *Σύσταση της ΔΕΠΑ ΑΕ (Δημόσια Επιχείρηση Αερίου, Ανώνυμος Εταιρεία)*.

Compagnie municipale des gaz d'Athènes SA, *DEFA* chargée du transport ou de la distribution de gaz.

ESPAGNE

Entités exploitées conformément à la Ley nº 10 de 15 de junio de 1987.

FRANCE

Société nationale des gaz du Sud-Ouest, chargée du transport du gaz.

Gaz de France créée et exploitée en vertu de la loi 46/6288 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

Entités (sociétés d'économie mixte ou régies) chargées de la distribution de l'électricité et visées à l'article 23 de la loi 48/1260 du 12 août 1948 portant modification des lois 46/6288 du 8 avril 1946 et 46/2298 du 21 octobre 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

Compagnie française du méthane, chargée du transport du gaz.

Autorités locales, ou associations formées par ces autorités locales, chargées de la distribution de chaleur.

IRLANDE

Irish Gas Board opérant en vertu du *Gas Act 1976 to 1987* et autres entités régies par Statute.

Dublin Corporation, chargée de la distribution de chaleur.

ITALIE

SNAM et SGM e Montedison, chargés du transport du gaz.

Entités chargées de la distribution du gaz en vertu du *Testo unico delle leggi sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province approvato con Regio Decreto 15 ottobre 1925, n. 2578 et du Decreto del P.R. n. 902 del 4 ottobre 1986.*

Entités chargées de la distribution de chaleur en vertu de l'article 10 de la *Legge n. 308 del 29 maggio 1982, (norme sul contenimento dei consumi energetici, lo sviluppo delle fonti rinnovabili di energia, l'esercizio di centrali elettriche alimentate con combustibili diversi dagli idrocarburi).*

Autorités locales, ou associations formées par ces autorités locales, chargées de la distribution de chaleur.

LUXEMBOURG

Société de transport de gaz SOTEG SA.

Gaswerk Esch-Uelzecht SA.

Service industriel de la commune de Dudelange.

Service industriel de la commune de Luxembourg.

Autorités locales ou associations formées par ces autorités locales, chargées de la distribution de chaleur.

PAYS-BAS

NV Nederlandse Gasunie.

Entités chargées du transport ou de la distribution de gaz en vertu d'une licence (*vergunning*) accordée par les autorités locales en vertu de la *Gemeentewet*.

Entités locales et provinciales chargées du transport ou de la distribution de gaz en vertu de la *Gemeentewet* et de la *Provinciewet*.

Autorités locales ou associations formées par ces autorités locales, chargées de la distribution de chaleur.

PORTUGAL

Petroquímica e Gás de Portugal (EP) en vertu du Decreto-Lei nº 346-A/88 de 29 de Setembro de 1988.

ROYAUME-UNI

British Gas PLC et autres entités exploitées en vertu du Gas Act 1986.

Autorités locales ou associations formées par ces autorités locales, chargées de la distribution de chaleur en vertu du *Local Government (Miscellaneous Provisions) Act 1976.*

Electricity Boards, chargées de la distribution de chaleur en vertu de l'Electricity Act 1947.

ANNEXE IV

PROSPECTION ET EXTRACTION DE PÉTROLE OU DE GAZ

Les entités bénéficiaires d'une autorisation, d'un permis, d'une licence ou d'une concession pour la prospection ou l'exploitation du pétrole et du gaz en vertu des dispositions législatives ci-après :

BELGIQUE

Loi du 1^{er} mai 1939 complétée par l'arrêté royal n° 83 du 28 novembre 1939 sur l'exploration et l'exploitation du pétrole et du gaz.

Arrêté royal du 15 novembre 1919.

Arrêté royal du 7 avril 1953.

Arrêté royal du 15 mars 1960 (loi au sujet de la plate-forme continentale du 15 juin 1969).

Arrêté de l'exécutif régional wallon du 29 septembre 1982.

Arrêté de l'exécutif flamand du 30 mai 1984.

DANEMARK

Lov nr. 293 af 10. juni 1981 om anvendelse af Danmarks undergrund.

Lov om kontinentalsoklen, jf. lovbekendtgørelse nr. 182 af 1. maj 1979.

ALLEMAGNE

Bundesberggesetz du 13 août 1980, modifiée en dernier lieu le 12 février 1990.

GRÈCE

Loi 87/1975 portant création de la DEP EKY. (Περί ιδρύσεως Δημοσίας Επιχειρήσεως Πετρελαίου).

ESPAGNE

Ley sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 27 de junio de 1974 et ses décrets d'application.

FRANCE

Code minier (décret 56-838 du 16 août 1956), modifié par la loi 56-1327 du 29 décembre 1956, l'ordonnance 58-1186 du 10 décembre 1958, le décret 60-800 du 2 août 1960, la loi 77-620 du 16 juin 1977, le décret 80-204 du 11 mars 1980.

IRLANDE

Continental Shelf Act 1960.

Petroleum and Other Minerals Development Act 1960.

Ireland Exclusive licensing terms 1975.

Revised licensing terms 1987.

Petroleum (Production) Act (NI) 1964.

ITALIE

Legge 10 febbraio 1953, n. 136.

Legge 11 gennaio 1957, n. 6 modifiée par legge 21 luglio 1967, n. 613.

LUXEMBOURG

PAYS-BAS

Mijnwet nr. 285 van 21 april 1810.

Wet opsporing delfstoffen nr. 258 van 3 mei 1967.

Mijnwet continentaal plat 1965, nr. 428 van 23 september 1965.

PORTUGAL

Area emmergée:

Decreto-Lei nº 543/74 de 16 de Outubro de 1974, nº 168/77 de 23 de Abril de 1977, nº 266/80 de 7 de Agosto de 1980, nº 174/85 de 21 de Maio de 1985 et Despacho nº 22 de 15 de Março de 1979.

Area immergée:

Decreto-Lei nº 47973 de 30 de Setembro de 1967, nº 49369 de 11 de Novembro de 1969, nº 97/71 de 24 de Março de 1971, nº 96/74 de 13 de Março de 1974, nº 266/80 de 7 de Agosto de 1980, nº 2/81 de 7 de Janeiro de 1981 et nº 245/82 de 22 de Junho de 1982.

ROYAUME-UNI

Petroleum Production Act 1934, as extended by the Continental Shelf Act 1964.

Petroleum (Production) Act (Northern Ireland) 1964.

ANNEXE V

PROSPECTION ET EXTRACTION DU CHARBON ET AUTRES COMBUSTIBLES SOLIDES

BELGIQUE

Entités chargées de la prospection ou de l'extraction de charbon ou autres combustibles solides en vertu de l'arrêté du Régent du 22 août 1948 et de la loi du 22 avril 1980.

DANEMARK

Entités chargées de la prospection ou de l'extraction de charbon ou autres combustibles solides en vertu de la *lovbekendtgørelse nr. 531 af 10. oktober 1984*.

ALLEMAGNE

Entités chargées de la prospection ou de l'extraction de charbon ou autres combustibles solides en vertu de la *Bundesberggesetz du 13 août 1980*, modifiée en dernier lieu le 12 février 1990.

GRÈCE

Entreprise publique d'électricité *Δημόσια Επιχείρηση Ηλεκτρισμού*, chargée de la prospection ou de l'extraction de charbon ou autres combustibles solides en vertu du code minier de 1973, modifiée par la loi du 27 avril 1976.

ESPAGNE

Entités chargées de la prospection et de l'extraction de charbon ou autres combustibles solides en vertu de la *Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas*, modifiée par la *Ley 54/1980 de 5 de noviembre* et par le *Real Decreto Legislativo 1303/1986 de 28 de junio*.

FRANCE

Entités chargées de la prospection et de l'extraction de charbon ou autres combustibles solides en vertu du *code minier (décret 58-863 du 16 août 1956)*, modifié par la *loi 77-620 du 16 juin 1977*, le *décret 80-204* et l'*arrêté du 11 mars 1980*.

IRLANDE

Bord na Mona

Entités chargées de la prospection ou de l'extraction de charbon en vertu des *Minerals Development Acts, 1940 to 1970*.

ITALIE

Carbo Sulcis Sp.A.

LUXEMBOURG

—

PAYS-BAS

—

PORTUGAL

Empresa Carbonifera do Douro.

Empresa Nacional de Urânio.

ROYAUME-UNI

British Coal Corporation (BCC) créée en vertu du Coal Industry Nationalization Act 1946.

Entités bénéficiaires d'une licence délivrée par le BCC en vertu du *Coal Industry Nationalization Act 1946*.

Entités chargées de la prospection ou de l'extraction de combustibles solides en vertu du *Mineral Development Act (Northern Ireland) 1969*.

ANNEXE VI

ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES SERVICES DE CHEMIN DE FER

BELGIQUE

Société nationale des chemins de fer belges/Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen.

DANEMARK

Danske Statsbaner (DSB).

Entités exploitées/crées/en vertu de la *lov nr. 295 af 6. juni 1984 om privatbanerne*, *if. lov nr. 245 af 6. august 1977.*

ALLEMAGNE

Deutsche Bundesbahn.

Autres entités fournissant des services de chemin de fer au public conformément au § 2 Abs. 1 de l'*Allgemeines Eisenbahngesetz vom 29. März 1951.*

GRÈCE

Organisme des chemins de fer de Grèce (OSE). *Οργανισμός Σιδηροδρόμων Ελλάδος (ΟΣΕ).*

ESPAGNE

Red Nacional de Los Ferrocarriles Españoles.

Ferrocarriles de Via Estrecha (FEVE).

Ferrocarriles de la Generalitat de Catalunya (FGC).

Eusko Trenbideak (Bilbao).

Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana (FGV).

FRANCE

Société nationale des chemins de fer français et autres réseaux ferroviaires ouverts au public, créés dans la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, titre II, chapitre 1^{er} du transport ferroviaire.

IRLANDE

Iarnród Éireann (Irish Rail).

ITALIE

Ferrovie dello Stato

Entités fournissant des services de chemin de fer au public et exploitées sur la base d'une concession en vertu de l'article 10 du *Regio Decreto 9 maggio 1912, n. 1447, che approva il Testo unico delle disposizioni di legge per le ferrovie concesse dall'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e gli automobili.*

Entités exploitées sur la base d'une concession accordée par l'État en vertu de lois spéciales, voir *Titolo XI, Capo II, Sezione 1a del Regio Decreto 9 maggio 1912, n. 1447, che approva il testo unico delle disposizioni di legge per le ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e gli automobili.*

Entités fournissant des services de chemin de fer au public et exploitées sur la base d'une concession en vertu de l'article 4 de la *legge 14 giugno 1949, n. 410, concorso dello Stato per la riattivazione dei pubblici servizi di trasporto in concessione.*

Entités ou autorités locales fournissant des services de chemin de fer au public sur la base d'une concession en vertu de l'article 14 de la *legge 2 agosto 1952, n. 1221 — Provvedimenti per l'esercizio ed il potenziamento di ferrovie e di altre linee di trasporto in regime di concessione.*

LUXEMBOURG

Chemins de fer luxembourgeois (CFL).

PAYS-BAS*Nederlandse Spoorwegen NV.***PORTUGAL***Caminhos de Ferro Portugueses.***ROYAUME-UNI***British Railway Board.**Northern Ireland Railways.*

ANNEXE VII

ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES SERVICES DE CHEMIN DE FER URBAINS, DE TRAMWAY, DE TROLLEY OU D'AUTOBUS

BELGIQUE

Société nationale des chemins de fer vicinaux (SNCV)/Nationale Maatschappij van Buurtspoorwegen (NMB).

Entités fournissant des services de transport au public sur la base d'un contrat concédé par la SNCV en vertu des articles 16 et 21 de l'arrêté du 30 décembre 1946 relatif aux transports rémunérés de voyageurs par route effectués par autobus et par autocars.

Société des transports intercommunaux de Bruxelles (STIB).

Maatschappij van het Intercommunaal Vervoer te Antwerpen (MIVA).

Maatschappij van het Intercommunaal Vervoer te Gent (MIVG).

Société des transports intercommunaux de Charleroi (STIC).

Société des transports intercommunaux de la région liégeoise (STIL).

Société des transports intercommunaux de l'agglomération verviétoise (STIAV), et autres entités créées en vertu de la loi relative à la création de sociétés de transports en commun urbains/Wet betreffende de oprichting van maatschappijen voor stedelijk gemeenschappelijk vervoer du 22 février 1962.

Entités fournissant des services de transport au public sur la base d'un contrat avec la STIB en vertu de l'article 10 ou avec d'autres entités de transport en vertu de l'article 11 de l'arrêté royal 140 du 30 décembre 1982 relatif aux mesures d'assainissement applicables à certains organismes d'intérêt public dépendant du ministère des communications.

DANEMARK

Danske Statsbaner (DSB)

Entités fournissant des services d'autobus au public (*almindelig rutekørsel*) sur la base d'une autorisation accordée en vertu de la *lov nr. 115 af 29. marts 1978 om buskørsel*.

ALLEMAGNE

Entités soumises à autorisation fournissant des services de transport à courte distance au public (*öffentlicher Personennahverkehr*) en vertu de la *Personenbeförderungsgesetz vom 21. März 1961*, modifiée en dernier lieu le 25 juillet 1989.

GRÈCE

Ηλεκτροκίνητα Λεωφορεία Περιχής Αθηνών-Πειραιώς Autobus électriques d'Athènes — région du Pirée, exploités en vertu du décret 768/1970 et de la loi 588/1977.

Ηλεκτρικοί Σιδηρόδρομοι Αθηνών-Πειραιώς Athènes — chemins de fer électriques du Pirée, exploités en vertu des lois 352/1976 et 588/1977.

Επιχείρηση Αστικών Συγκοινωνιών Entreprise de transport urbain, exploitée en vertu de la loi 588/1977.

Κοινό Ταμείο Εισπράξεως Λεωφορείων Fonds de recettes conjoint pour les autobus, exploité en vertu du décret 102/1973.

ΡΟΔΑ (Δημοτικό Επιχείρηση Λεωφορείων Ρόδου). Roda — Entreprise municipale d'autobus à Rhodes.

Οργανισμός Αστικών Συγκοινωνιών Θεσσαλονίκης Organisation de transport urbain de Thessalonique, exploitée en vertu du décret 3721/1957 et de la loi 716/1980.

ESPAGNE

Entités fournissant des services d'autobus au public, en vertu de l'article 71 de la *Ley de Régimen local*.

Corporación metropolitana de Madrid.

Corporación metropolitana de Barcelona.

Entités fournissant des services d'autobus au public, en vertu de l'article 71 de la *Ley de Ordenación de Transportes Terrestres de 31 de julio de 1987*.

Entités fournissant des services d'autobus urbains ou interurbains, en vertu des articles 113 à 118 de la *Ley de Ordenación de Transportes Terrestres de 31 de julio de 1987*.

FEVE, RENFE (ou *Empresa Nacional de Transportes de Viajeros por Carretera*) fournissant des services d'autobus au public en vertu des *Disposiciones adicionales, Primera, de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres de 31 de julio de 1957*.

Entités fournissant des services d'autobus au public en vertu des *Disposiciones Transitorias, Tercera, de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres de 31 de julio de 1957*.

FRANCE

Entités fournissant des services de transport au public en vertu de l'article 7-II de la loi 82-1153 du 30 décembre 1982 (*transports intérieurs, orientation*).

Régie autonome des transports parisiens, Société nationale des chemins de fer français, APTR, et autres entités fournissant des services de transport sur la base d'une autorisation accordée par le syndicat des transports parisiens en vertu de l'ordonnance de 1959 et ses décrets d'application relatifs à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne.

IRLANDE

Iarnród Éireann (Irish Rail).

Bus Éireann (Irish Bus).

Bus Átha Cliath (Dublin Bus).

Entités fournissant des services de transport au public en vertu des dispositions du *Road Transport Act 1932* modifié.

ITALIE

Entités fournissant des services de transport au public sur la base d'une concession accordée en vertu de la *Legge 28 settembre 1939, n. 1822 — Disciplina degli autoservizi di linea (autolinee per viaggiatori, bagagli e pacchi agricoli in regime di concessione all'industria privata) — article 1* modifié par l'article 45 du *Decreto del Presidente della Repubblica 28 giugno 1955, n. 771*.

Entités fournissant des services de transport au public sur la base de l'article 1, point 15 du *Regio Decreto 15 ottobre 1925, n. 2578 — Approvazione del Testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province*.

Entités exploitées sur la base d'une concession accordée en vertu de l'article 242 ou 256 du *Regio Decreto 9 maggio 1912, n. 1447, che approva il Testo unico delle disposizioni di legge per le ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e gli automobili*.

Entités exploitées sur la base d'une concession accordée en vertu de l'article 4 de la *Legge 14 giugno 1949, n. 410, concorso dello Stato per la riattivazione dei pubblici servizi di trasporto in concessione*.

Entités exploitées sur la base d'une concession accordée en vertu de l'article 14 de la *Legge 2 agosto 1952, n. 1221 — Provvedimenti per l'esercizio ed il potenziamento di ferrovie e di altre linee di trasporto in regime di concessione*.

LUXEMBOURG

Chemins de fer du Luxembourg (CFL).

Service communal des autobus municipaux de la ville de Luxembourg.

Transports intercommunaux du canton d'Esch-sur-Alzette (TICE).

Les entrepreneurs d'autobus, exploitant conformément au règlement grand-ducal du 3 février 1978 concernant les conditions d'octroi des autorisations d'établissement et d'exploitation des services de transports routiers réguliers de personnes rémunérées.

PAYS-BAS

Entités fournissant des services de transport au public en vertu du chapitre II (*Openbaar vervoer*) de la *Wet Personenvervoer van 12 maart 1987*.

PORTUGAL

Rodoviária Nacional, EP.

Companhia Carris de Ferro de Lisboa.

Metropolitano de Lisboa, EP.

Serviços de Transportes Colectivos do Porto.

Serviços Municipalizados de Transporte do Bareiro.

Serviços Municipalizados de Transporte de Aveiro.

Serviços Municipalizados de Transporte de Braga.

Serviços Municipalizados de Transporte de Coimbra.

Serviços Municipalizados de Transporte de Portalegre.

ROYAUME-UNI

Entités fournissant des services d'autobus au public en vertu du *London Regional Transport Act 1984*.

Glasgow Underground.

Greater Manchester Rapid Transit Company.

Docklands Light Railway.

London Underground Ltd.

British Railways Board.

Tyne and Wear Metro.

ANNEXE VIII

ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES INSTALLATIONS AÉROPORTUAIRES

BELGIQUE

Régie des voies aériennes, créée en vertu de l'arrêté-loi du 20 novembre 1946 portant création de la régie des voies aériennes, modifié par l'arrêté royal du 5 octobre 1970 portant refonte du statut de la régie des voies aériennes.

DANEMARK.

Aéroports exploités sur la base d'une autorisation conformément à *artikel 55, stk. 1, i lov om luftfart, jf. lovbekendtgørelse nr. 408 af 11. september 1985.*

ALLEMAGNE

Aéroports tels qu'ils sont définis à l'article 38 Absatz 2 Nr. 1 de la *Luftverkehrszulassungsordnung vom 13. März 1979, zuletzt geändert durch die Verordnung vom 21. Juli 1986.*

GRÈCE

Aéroports exploités en vertu de la loi 517/1931 portant création du service d'aviation civile (*Υψηλής Πολιτικής Αεροπορίας (ΥΠΑ)*).

Aéroports internationaux exploités en vertu du décret présidentiel 647/981.

ESPAGNE

Aéroports gérés par *Aeropuertos Nacionales* exploités en vertu du *Real Decreto 278/1982 de 15 de octubre de 1982.*

FRANCE

Aéroports de Paris, exploités en vertu du titre V, articles L 251-1 à 252-1 du code de l'aviation civile.

Aéroport de Bâle-Mulhouse créé en vertu de la convention franco-suisse du 4 juillet 1949.

Aéroports, tels qu'ils sont définis à l'article L 270-1 du code de l'aviation civile.

Aéroports exploités en vertu du cahier des charges type d'une concession d'aéroport, décret du 6 mai 1955.

Aéroports exploités sur la base d'une convention d'exploitation en vertu de l'article L/221 du code de l'aviation civile.

IRLANDE

Aéroports de Dublin, Cork et Shannon, gérés par *Aer Rianta-Irish Airports.*

Aéroports exploités sur la base d'une licence d'utilisation publique accordée en vertu du *Air Navigation and Transport Act No 40/1936, Transport Fuel and Power (Transfer of Departmental Administration Functions) Order 1959 (SI No 125 of 1959) and the Air Navigation (Aerodromes and Visual Ground Aids) Order 1970 (SI No 291 of 1970).*

ITALIE

Aéroports nationaux civils (*aerodromi civili istituiti dallo Stato*) exploités en vertu du *Codice della navigazione, Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327, voir article 692.*

Entités exploitant des installations aéroportuaires sur la base d'une concession accordée en vertu de l'article 694 du *Codice della navigazione, Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327.*

LUXEMBOURG

Aéroport de Findel.

PAYS-BAS

Aéroports civils exploités sur la base des articles 18 et suivants de la *Luchtvaartwet* du 15 janvier 1958 (stbld. 47), modifiée le 7 juin 1978.

PORTUGAL

Aéroports gérés par *Aeroportos e Navegação Aérea (ANA) EP* en vertu du *Decreto-Lei n° 246/79*.

Aeroporto de Funchal et *Aeroporto de Porto Santo* régionalisés en vertu du *Decreto-Lei n° 284/81*.

ROYAUME-UNI

Aéroports gérés par *British Airports Authority plc*.

Aéroports ayant le statut de *public limited companies* et exploitées en vertu de l'*Airports Act 1986*.

ANNEXE IX

ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES INSTALLATIONS PORTUAIRES MARITIMES
OU INTÉRIEURES OU AUTRES TERMINAUX

BELGIQUE

Société anonyme du canal et des installations maritimes de Bruxelles.

Port autonome de Liège.

Port autonome de Namur.

Port autonome de Charleroi.

Port de la ville de Gand.

La Compagnie des installations maritimes de Bruges — Maatschappij der Brugse haveninrichtingen.

Société intercommunale de la rive gauche de l'Escaut — Intercommunale maatschappij van de linker Scheldeoever (Port d'Anvers).

Port de Nieuwport.

Port d'Ostende.

DANEMARK

Ports, tels qu'ils sont définis à l'article 1, I à III du bekendtgørelse nr. 604 af 16. december 1985 om hvilke havne der er omfattet af lov om trafikhavne, jf. lov nr. 239 af 12. maj 1976 om trafikhavne.

ALLEMAGNE

Ports maritimes appartenant totalement ou partiellement aux autorités territoriales (Länder, Kreise, Gemeinden).

Ports intérieurs assujettis à la Hafenordnung en vertu des Wassergesetze der Länder.

GRECE

Port du Pirée Οργανισμός Λιμένος Πειραιώς, créé en vertu de la loi d'urgence 1559/1950 et de la loi 1630/1951.

Port de Thessalonique Οργανισμός Λιμένος Θεσσαλονίκης, créé en vertu du décret NA 2251/1953.

Autres ports régis par le décret présidentiel 649/1977 M.A. 649/1977 Εποπτεία, οργάνωση λειτουργίας και διοικητικός έλεγχος λιμένων (surveillance, organisation du fonctionnement et contrôle administratif des ports).

ESPAGNE

Puerto de Huelva créé en vertu du Decreto de 2 de octubre de 1969, n° 2380/69. Puertos y Faros. Otorga Régimen de Estatuto de Autonomía al Puerto de Huelva.

Puerto de Barcelona créé en vertu du Decreto de 25 de agosto de 1978, n° 2407/78. Puertos y Faros. Otorga al de Barcelona Régimen de Estatuto de Autonomía.

Puerto de Bilbao créé en vertu du Decreto de 25 de agosto de 1978, n° 2408/78. Puertos y Faros. Otorga al de Bilbao Régimen de Estatuto de Autonomía.

Puerto de Valencia créé en vertu du Decreto 25 de agosto de 1978, n° 2409/78. Puertos y Faros. Otorga al de Valencia Régimen de Estatuto de Autonomía.

Juntas de Puertos, exploités en vertu de la Ley 27/68 de 20 de junio de 1968. Puertos y Faros. Juntas de Puertos y Estatutos de Autonomía en Decreto de 9 de abril de 1970, n° 1350/70. Juntas de Puertos. Reglamento.

Ports gérés par la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos, exploités en vertu de la Ley 27/68 de 20 de junio de 1968, Decreto 1958/78 de 23 de junio de 1978 et du Decreto 571/81 de 6 de mayo de 1981.

Ports cités dans le Real Decreto 989/82 de 14 de mayo de 1982. Puertos. Clasificación de los de interés general.

FRANCE

Port autonome de Paris créé en vertu de la loi 68/917 du 24 octobre 1968 relative au port autonome de Paris.

Port autonome de Strasbourg créé en vertu de la convention du 20 mai 1923 entre l'État et la ville de Strasbourg relative à la construction du port rhénan de Strasbourg et à l'exécution de travaux d'extension de ce port, approuvée par la loi du 26 avril 1924.

Autres ports intérieurs créés ou gérés en vertu de l'article 6 [navigation intérieure] du décret 69-140 du 6 février 1969 relatif aux concessions d'outillage public dans les ports maritimes.

Ports autonomes exploités en vertu des articles L 111-1 et suivants du code des ports maritimes.

Ports non autonomes exploités en vertu des articles R 121-1 et suivants du code des ports maritimes.

Ports gérés par les autorités régionales (départements) ou exploités en vertu d'une concession accordée par les autorités régionales (départements) en vertu de l'article 6 de la loi 86-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, départements et l'État.

IRLANDE

Ports exploités en vertu du *Harbour Acts 1946 to 1976*.

Port de *Dun Laoghaire*, exploité en vertu du *State Harbours Act 1924*.

Port de *Rosslare Harbour*, exploité en vertu du *Finguard and Rosslare Railways and Harbours Act 1899*.

ITALIE

Ports nationaux et autres ports gérés par la *Capitaneria di Porto* en vertu du *Codice della navigazione, Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 32*.

Ports autonomes (*enti portuali*), créés par des lois spéciales en vertu de l'article 19 du *Codice della Navigazione, Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327*.

LUXEMBOURG

Port de *Mertert*, créé et exploité en vertu de la loi du 22 juillet 1963 relative à l'aménagement et à l'exploitation d'un port fluvial sur la Moselle.

PAYS-BAS

Havenbedrijven, créés et exploités en vertu de la *Gemeentewet van 29 juni 1851*.

Havenschap Vlissingen, créé en vertu de la *wet van 10 september 1970 houdende een gemeenschappelijke regeling tot oprichting van het Havenschap Vlissingen*.

Havenschap Terneuzen, créé en vertu de la *wet van 8 april 1970 houdende een gemeenschappelijke regeling tot oprichting van het Havenschap Terneuzen*.

Havenschap Delfzijl, créé en vertu de la *wet van 31 juli 1957 houdende een gemeenschappelijke regeling tot oprichting van het Havenschap Delfzijl*.

Industrie- en havenschap Moerdijk, créé en vertu de la *gemeenschappelijke regeling tot oprichting van het Industrie- en havenschap Moerdijk van 23 oktober 1970*, approuvé par *Koninklijk Besluit nr. 23 van 4 maart 1972*.

PORTUGAL

Porto de *Lisboa* créé en vertu du *Decreto Real de 18 de Fevereiro de 1907* et exploité en vertu du *Decreto-Lei nº 36976 de 20 de Julho de 1948*.

Porto do *Douro e Leixões* créé en vertu du *Decreto-Lei nº 36977 de 20 de Julho de 1948*.

Porto do *Sines* créé en vertu du *Decreto-Lei nº 508/77 de 14 de Dezembro de 1977*.

Portos de *Setúbal, Aveiro, Figueira da Foz, Viana do Castelo, Portimão e Faro* exploités en vertu du *Decreto-Lei nº 37754 de 18 de Fevereiro de 1950*.

ROYAUME-UNI

Harbour Authorities au sens de l'article 57 du *Harbours Act 1964* attribuant des facilités portuaires aux transporteurs par voie maritime ou intérieure.

ANNEXE X

ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

BELGIQUE

Régie des télégraphes et des téléphones. Régie van Telegrafie en Telefonie.

DANEMARK

Kjøbenhavns Telefon Aktieselskab.

Jydsk Telefon.

Fyns Telefon.

Statens Teletjeneste.

Tele Sønderjylland.

ALLEMAGNE

*Deutsche Bundespost — Telekom.
Mannesmann — Mobilfunk GmbH.*

GRÈCE

OTE/Hellenic Telecommunications Organization.

ESPAGNE

Compañía Telefónica Nacional de España.

FRANCE

Direction générale des télécommunications.

Transpac.

Telecom service mobile.

Société française de radiotéléphone.

IRLANDE

Telecom Éireann.

ITALIE

Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni.

Azienda di Stato per i servizi telefonici.

Società italiana per l'esercizio telefonico SpA.

Italcable.

Telespazio SpA.

LUXEMBOURG

Administration des postes et télécommunications.

PAYS-BAS

Koninklijke PTT Nederland NV et ses filiales (1).

(1) Sauf PTT Post BV.

PORTUGAL

Telefones de Lisboa e Porto sa.

Companhia Portuguesa Rádio Marconi.

Correios e Telecomunicações de Portugal.

ROYAUME-UNI

British Telecommunications plc.

Mercury Communications Ltd.

City of Kingston upon Hull.

Racal Vodafone.

Telecoms Securior Cellular Radio Ltd (Cellnet).

ANNEXE XI

**LISTE DES ACTIVITÉS PROFESSIONNELLES
CORRESPONDANT À LA NOMENCLATURE GÉNÉRALE DES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES DANS
LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

Classes	Groupes	Sous-groupes et positions	Intitulé
50			BÂTIMENT ET GÉNIE CIVIL
	500		Bâtiment et génie civil (sans spécialisation), démolition
		500.1	Construction de bâtiments et travaux de génie civil, sans spécialisation
		500.2	Démolition
	501		Construction d'immeubles (d'habitation et autres)
		501.1	Entreprises générales de bâtiment
		501.2	Entreprise de couverture
		501.3	Construction de cheminées et fours
		501.4	Entreprise d'étanchéité
		501.5	Entreprise de ravalement et d'entretien de façade
		501.6	Entreprise d'échafaudage
		501.7	Entreprise spécialisée dans d'autres activités du bâtiment (y compris charpente)
	502		Génie civil: construction de routes, ponts, voies ferrées, etc.
		502.1	Entreprise générale de génie civil
		502.2	Entreprise de terrassement à l'air libre
		502.3	Entreprise d'ouvrages d'art terrestres (à l'air libre ou en souterrain)
		502.4	Construction d'ouvrages d'art fluxiaux et maritimes
		502.5	Construction de voies urbaines et de routes (y compris la construction spécialisée d'aérodromes)
		502.6	Entreprises spécialisées dans le domaine de l'eau (irrigation, drainage, adduction, évacuation des eaux usées, épuration)
		502.7	Entreprises spécialisées dans d'autres activités de génie civil
	503		Installation
		503.1	Entreprise d'installation générale
		503.2	Canalisation (installation de gaz, eau et appareils sanitaires)
		503.3	Installation de chauffage et de ventilation (installation de chauffage central, conditionnement d'air, ventilation)
		503.4	Isolation thermique, phonique et antivibratile
		503.5	Isolation d'électricité
		503.6	Installation d'antennes, paratonnerres, téléphone, etc.
	504		Aménagement et parachèvement
		504.1	Aménagement général
		504.2	Plâtrerie
		504.3	Menuiserie en bois, principalement orientée vers la pose (y compris la pose de parquets)
		504.4	Peinture et vitrerie, collage de papiers peints
		504.5	Revêtement de sols et de murs (pose de carrelages, d'autres couvre-sols et de revêtements collés)
		504.6	Aménagements divers (pose de poêles de faïence, etc.)

ANNEXE XII

A. PROCÉDURES OUVERTES

1. Nom, adresse, adresse télégraphique, numéros de téléphone, de télex et de télécopieur de l'entité adjudicatrice.
2. Nature du marché (fournitures ou travaux; indiquer, le cas échéant, s'il s'agit d'un accord-cadre).
3. a) Lieu de livraison ou d'exécution.
b) Nature et quantité des produits à fournir
ou
nature et étendue des prestations, caractéristiques générales de l'ouvrage.
c) Indications relatives à la possibilité pour les fournisseurs de soumissionner pour des parties et/ou pour l'ensemble des fournitures requises.
Si, pour les marchés de travaux, 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) Présentation de variante(s) autorisée.
e) Pour les marchés de travaux:
indications relatives à l'objectif de l'ouvrage ou du marché lorsque celui-ci comporte également l'établissement de projets.
4. Dérogation à l'utilisation des spécifications européennes, conformément à l'article 13 paragraphe 6.
5. Délai de livraison ou d'exécution.
6. 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.
7. a) Date limite de réception des offres.
b) Adresse à laquelle elles doivent être transmises.
c) La ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées.
8. a) Le cas échéant, personnes admises à assister à l'ouverture des offres.
b) Date, heure et lieu de cette ouverture.
9. Le cas échéant, cautionnements et garanties demandés.
10. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent.
11. Le cas échéant, forme juridique que devra revêtir le groupement de fournisseurs ou d'entrepreneurs attributaire du marché.
12. Conditions minimales de caractère économique et technique à remplir par le fournisseur ou l'entrepreneur auquel le marché est attribué.
13. Délai pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre.
14. Critères d'attribution du marché. Les critères autres que le prix le plus bas sont mentionnés, lorsqu'ils ne figurent pas dans les cahiers des charges.

15. Autres renseignements.
16. Le cas échéant, la référence de la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* de l'avis périodique auquel le marché se rapporte.
17. Date d'envoi de l'avis par les entités adjudicatrices.
18. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes (doit être fourni par ledit Office).

B. PROCÉDURES RESTREINTES

1. Nom, adresse, adresse télégraphique, numéros de téléphone, de télex et de télécopieur de l'entité adjudicatrice.
2. Nature du marché (fournitures ou travaux; indiquer, le cas échéant, s'il s'agit d'un accord-cadre).
3.
 - a) Lieu de livraison ou d'exécution.
 - b) Nature et quantité des produits à fournir
ou
nature et étendue des prestations, caractéristiques générales de l'ouvrage.
 - c) Indications relatives à la possibilité pour les fournisseurs de soumissionner pour des parties et/ou pour l'ensemble des fournitures requises.

Si, pour les marchés de travaux, 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) Présentation de variante(s) autorisée.
 - e) Pour les marchés de travaux :

indications relatives à l'objectif de l'ouvrage ou du marché lorsque celui-ci comporte également l'établissement de projets.
4. Dérogation à l'utilisation des spécifications européennes, conformément à l'article 13 paragraphe 6.
5. Délai de livraison ou d'exécution.
6. Le cas échéant, forme juridique que devra revêtir le groupement de fournisseurs ou d'entrepreneurs attributaire du marché.
7.
 - a) Date limite de réception des demandes de participation.
 - b) Adresse à laquelle elles doivent être transmises.
 - c) La ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées.
8. Date limite d'envoi des invitations à soumissionner.
9. Le cas échéant, cautionnements et garanties demandés.
10. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent.
11. Renseignements concernant la situation propre du fournisseur ou de l'entrepreneur et conditions minimales de caractère économique et technique à remplir par celui-ci.
12. Critères d'attribution du marché lorsqu'ils ne sont pas mentionnés dans l'invitation à soumissionner.
13. Autres renseignements.
14. Le cas échéant, la référence de la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* de l'avis périodique auquel le marché se rapporte.
15. Date d'envoi de l'avis par les entités adjudicatrices.
16. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes (doit être fournie par ledit Office).

C. PROCEDURES NEGOCIÉES

1. Nom, adresse, adresse télégraphique, numeros de téléphone, de télex et de télécopieur de l'entité adjudicatrice.
2. Nature du marché (fournitures ou travaux ; indiquer, le cas échéant, s'il s'agit d'un accord-cadre).
3. a) Lieu de livraison ou d'exécution.
b) Nature et quantité des produits à fournir
ou
nature et etendue des prestations, caracteristiques générales de l'ouvrage.
c) Indications relatives à la possibilité pour les fournisseurs de soumissionner pour des parties et/ou pour l'ensemble des fournitures requises.
Si, pour les marchés de travaux, 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) Pour les marchés de travaux ;
indications relatives à l'objectif de l'ouvrage ou du marché lorsque celui-ci comporte également l'établissement de projets.
4. Dérogation à l'utilisation des spécifications européennes, conformément à l'article 13 paragraphe 6.
5. Délai de livraison ou d'exécution.
6. Le cas échéant, forme juridique que devra revêtir le groupement de fournisseurs ou d'entrepreneurs attributaire du marché.
7. a) Date limite de réception des demandes de participation.
b) Adresse à laquelle elles doivent être transmises.
c) La ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées.
8. Le cas échéant, cautionnements ou autres garanties demandés.
9. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent.
10. Renseignements concernant la situation propre du fournisseur ou de l'entrepreneur et conditions minimales de caractère économique et technique à remplir par celui-ci.
11. Le cas échéant, noms et adresses des fournisseurs ou entrepreneurs déjà sélectionnés par l'entité adjudicatrice.
12. Le cas échéant, date(s) des publications précédentes au *Journal officiel des Communautés européennes*.
13. Autres renseignements.
14. Le cas échéant, la référence de la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* de l'avis périodique auquel le marché se rapporte.
15. Date d'envoi de l'avis par les entités adjudicatrices.
16. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes (doit être fournie par ledit Office).

ANNEXE XIII

AVIS CONCERNANT LE SYSTÈME DE QUALIFICATION

1. Nom, adresse, adresse télégraphique, numéros de téléphone, de télex et de télécopieur de l'entité adjudicatrice.
2. Objet du système de qualification.
3. Adresse à laquelle les règles concernant le système de qualification peuvent être obtenues (si elle est différente de l'adresse indiquée au point 1).
4. Le cas échéant, durée du système de qualification.

ANNEXE XIV

AVIS PÉRIODIQUE

A. Pour les marchés de fournitures :

1. Nom, adresse, adresse télégraphique, numéros de téléphone, de télex et de télécopieur de l'entité adjudicatrice ou du service auprès duquel des renseignements complémentaires peuvent être obtenus.
2. Nature et quantité ou valeur des prestations ou des produits à fournir.
3. a) Date provisoire de l'engagement des procédures de passation du ou des marchés (si connue).
b) Type de procédure de passation de marché lancée.
4. Autres renseignements (par exemple, indiquer si un avis de mise en concurrence sera publié ultérieurement).
5. Date d'envoi de l'avis par les entités adjudicatrices.
6. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes (doit être fournie par ledit Office).

B. Pour les marchés de travaux :

1. Nom, adresse, adresse télégraphique, numéros de téléphone, de télex et de télécopieur de l'entité adjudicatrice.
2. a) Lieu d'exécution.
b) Nature et étendue des prestations, principales caractéristiques de l'ouvrage ou des lots se rapportant à l'ouvrage.
c) Estimation du coût des prestations envisagées.
3. a) Type de procédure de passation de marché lancée.
b) Date prévue de l'engagement des procédures de passation du ou des marchés.
c) Date prévue pour le début des travaux.
d) Calendrier prévu pour l'exécution des travaux.
4. Conditions de financement des travaux ou de révision des prix.
5. Autres renseignements (par exemple, indiquer si un avis de mise en concurrence sera publié ultérieurement).
6. Date d'envoi de l'avis par les entités adjudicatrices.
7. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes (doit être fournie par ledit Office).

ANNEXE XV

AVIS CONCERNANT LES MARCHÉS PASSÉS

I. INFORMATIONS POUR LA PUBLICATION AU *JOURNAL OFFICIEL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES*

1. Nom et adresse de l'entité adjudicatrice.
2. Nature du marché (fournitures ou travaux; indiquer, le cas échéant, s'il s'agit d'un accord-cadre).
3. Au moins un résumé sur la nature des produits, des travaux ou des services fournis.
4. a) Forme de la mise en concurrence (avis concernant le système de qualification, avis périodique, appel d'offres).
b) Référence de la publication de l'avis au *Journal officiel des Communautés européennes*.
c) Dans le cas de contrats passés sans mise en concurrence, indiquer la disposition concernée de l'article 15 paragraphe 2.
5. Procédure de passation du marché (procédure ouverte, restreinte ou négociée).
6. Nombre des offres reçues.
7. Date de passation du marché.
8. Prix payé pour les achats d'opportunité réalisés en vertu de l'article 15 paragraphe 2 point j).
9. Nom et adresse du(des) fournisseur(s) ou de l'(des) entrepreneur(s).
10. Indiquer, le cas échéant, si le marché a été ou est susceptible d'être sous-traité.
11. Informations facultatives:
 - valeur et part du marché susceptibles d'être sous-traités auprès de tiers;
 - critère d'attribution du marché;
 - prix payé (ou gamme de prix).

II. INFORMATIONS NON DESTINÉES À ÊTRE PUBLIÉES

12. Nombre de marchés passés (quand un contrat a été partagé entre plus d'un fournisseur).
13. Valeur de chaque marché passé.
14. Pays d'origine du produit ou du service (origine CEE ou origine non communautaire et, dans ce dernier cas, ventilé par pays tiers).
15. Y a-t-il eu recours aux exceptions prévues à l'article 13 paragraphe 6 à l'usage des spécifications européennes? Si oui, laquelle?
16. Quel critère d'attribution a été utilisé (offre économiquement la plus avantageuse, prix le plus bas, critères autorisés par l'article 28)?
17. Est-ce que le marché a été attribué à un soumissionnaire qui offrait une variante selon l'article 27 paragraphe 3?
18. Y a-t-il eu des offres qui n'ont pas été retenues au motif qu'elles étaient anormalement basses, conformément à l'article 27 paragraphe 5?
19. Date d'envoi du présent avis par les entités adjudicatrices.

DÉCLARATION**Ad article 15 de la directive 90/531/CEE**

Le Conseil et la Commission déclarent 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 entités adjudicatrices, pour autant que ceci n'ait pas un effet discriminatoire.
