

> Circulaire

n° 10805

Jeudi 3 avril 2014

Marchés publics

Nouvelle directive Secteurs spéciaux

DIRECTIVE 2014/25/UE DU 26 FEVRIER 2014

> La directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs dits spéciaux (eau, énergie, transports et services postaux) a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 28 mars 2014.

Elle fait partie d'un paquet législatif communautaire comportant également :

- la directive 2014/24/UE visant à moderniser les marchés publics dans les secteurs classiques,
- la directive 2014/23/UE encadrant les concessions de services ou de travaux.

La directive 2014/25/UE entre en vigueur le 17 avril 2014. Après cette date,

- les Etats membres disposeront de 24 mois (jusqu'au 18 avril 2016, date à laquelle la directive 2004/17/CE sera abrogée) pour transposer ces dispositions dans leur droit national,
- un délai supplémentaire de deux ans et demi (un an pour les centrales d'achat) étant octroyé pour la dématérialisation des marchés publics.

Champ d'application

> La directive 2014/25/UE s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux **seuils** suivants¹ (article 15) :

- 414 000 EUR pour les marchés de fournitures et de services et pour les concours ;
- 5 186 000 EUR pour les marchés de travaux.

Sont soumises à la directive les activités d'extraction de pétrole ou de gaz et d'exploration et d'extraction de charbon et d'autres combustibles solides (article 14)², **sauf si** l'Etat membre ou l'entité adjudicatrice démontre à la Commission européenne que ces activités sont **directement exposées à la concurrence** sur des marchés dont l'accès n'est pas limité (article 34).

Responsable de cette publication : Laurent Richard
01 47 16 94 70
laurent.richard@cpdp.org

¹ Ces seuils seront vérifiés tous les deux ans à partir du 30 juin 2013 par la Commission, afin de vérifier qu'ils correspondent aux seuils prévus par l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP).

² Dans la proposition de directive (COM(2011)0895), la passation de marchés aux fins de la prospection pétrolière et gazière avait été retirée du champ d'application.

Cette possibilité existait déjà à l'article 30 de la directive 2004/17/CE (« décisions article 30 ») mais elle pourra désormais concerner une activité s'inscrivant dans « un secteur plus large ou [qui n'est] exercée que dans certaines parties de l'Etat membre ».

Assouplissement des procédures de passation

> La directive 2014/25/UE prévoit notamment :

- la **soumission électronique** des offres (article 40) ;
- un raccourcissement des délais de participation et de soumission des offres (articles 45 à 49) ;
- des **partenariats d'innovation**, procédure nouvelle pour les produits, services ou travaux innovants ne pouvant être satisfaits par des produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché (article 49) ;
- la possibilité pour les acheteurs de fonder leurs décisions d'attribution sur l'ensemble du **coût du cycle de vie** des produits, services ou travaux à acheter (article 83) ;
- que les entités adjudicatrices peuvent :
 - o exiger que les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché portent des **labels** spécifiques certifiant qu'ils présentent certaines qualités environnementales, sociales ou autres (article 61) ;
 - o diviser un marché en lots distincts, dans le but d'en faciliter l'accès aux PME (article 65)
- que les sous-traitants sont autorisés à demander le **paiement direct**, par l'entité adjudicatrice, des fournitures, travaux et services qu'ils ont fournis au contractant principal dans le cadre de l'exécution du contrat (article 88).

> Figure ci-après la directive 2014/25/UE du 26 février 2014.

DIRECTIVE 2014/25/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

du 26 février 2014

relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE

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

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 53, paragraphe 1, son article 62, et son article 114,

vu la proposition de la Commission européenne,

après transmission du projet d'acte législatif aux parlements nationaux,

vu l'avis du Comité économique et social européen ⁽¹⁾,

vu l'avis du Comité des régions ⁽²⁾,

statuant conformément à la procédure législative ordinaire ⁽³⁾,

considérant ce qui suit:

- (1) À la lumière des résultats du document de travail des services de la Commission du 27 juin 2011 intitulé «rapport d'évaluation: incidence et efficacité de la législation de l'Union en matière de marchés publics», il semble approprié de maintenir des règles applicables aux procédures de passation de marchés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, étant donné que les autorités nationales restent en mesure d'influencer le comportement de ces entités, notamment par des participations dans leur capital ou une représentation dans leurs organes d'administration, de gestion ou de surveillance. Une autre raison de continuer à réglementer les marchés dans ces secteurs est le caractère fermé des marchés sur lesquels les entités de ces secteurs opèrent, cette fermeture étant due à l'octroi par les États membres de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné.
- (2) En vue de garantir l'ouverture à la concurrence des marchés passés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, il convient d'élaborer des dispositions pour

coordonner les procédures de passation des marchés lorsque ceux-ci dépassent une certaine valeur. Cette coordination est nécessaire pour mettre en œuvre les principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Compte tenu de la nature des secteurs concernés, la coordination des procédures de passation des marchés au niveau de l'Union devrait, tout en sauvegardant l'application des principes en question, créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité.

- (3) En ce qui concerne les marchés dont la valeur est inférieure au seuil déclenchant l'application des dispositions sur la coordination au niveau de l'Union, il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne concernant l'application correcte des règles et principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
- (4) Les marchés publics jouent un rôle essentiel dans la stratégie Europe 2020, exposée dans la communication de la Commission du 3 mars 2010 intitulée «Europe 2020, une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive» (ci-après dénommée «stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive»), dans la mesure où ils constituent l'un des instruments de marché à utiliser pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive tout en garantissant une utilisation optimale des fonds publics. À cette fin, les règles de passation des marchés publics adoptées en application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil ⁽⁴⁾, ainsi que de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil ⁽⁵⁾, devraient être révisées et modernisées pour accroître l'efficacité des dépenses publiques, en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics, et pour permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs. Il est également nécessaire d'éclaircir certains concepts et notions fondamentaux afin de garantir une sécurité juridique accrue et d'intégrer certains aspects de la jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁽¹⁾ JO C 191 du 29.6.2012, p. 84.

⁽²⁾ JO C 391 du 18.12.2012, p. 49.

⁽³⁾ Position du Parlement européen du 15 janvier 2014 (non encore parue au Journal officiel) et décision du Conseil du 11 février 2014.

⁽⁴⁾ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134 du 30.4.2004, p. 1).

⁽⁵⁾ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134 du 30.4.2004, p. 114).

- (5) Lors de la mise en œuvre de la présente directive, il convient de tenir compte de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées ⁽¹⁾, notamment en ce qui concerne le choix des moyens de communication, les spécifications techniques, les critères d'attribution et les conditions d'exécution du marché.
- (6) Il convient que la notion de passation de marché soit aussi proche que possible de celle appliquée conformément à la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil ⁽²⁾, en tenant dûment compte des spécificités des secteurs couverts par la présente directive.
- (7) Il convient de rappeler que rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché au sens de la présente directive. La prestation de services fondée sur la législation, la réglementation ou des contrats d'emploi ne devrait pas être concernée. Dans certains États membres, cela pourrait par exemple être le cas pour la fourniture de certains services à la collectivité, comme la fourniture d'eau potable.
- (8) Il convient également de rappeler que la présente directive ne devrait pas affecter la législation des États membres en matière de sécurité sociale. Elle ne devrait pas non plus traiter de la libéralisation des services d'intérêt économique général, réservés à des organismes publics ou privés, ni de la privatisation d'organismes publics prestataires de services.
- Il convient également de rappeler que les États membres sont libres d'organiser la fourniture de services sociaux obligatoires ou d'autres services, tels que les services postaux, soit en tant que services d'intérêt économique général soit en tant que services d'intérêt général non économiques, ou une combinaison des deux. Il y a lieu de préciser que les services d'intérêt général non économiques ne devraient pas relever du champ d'application de la présente directive.
- (9) Enfin, il convient de rappeler que la présente directive est sans préjudice de la liberté des autorités nationales, régionales et locales de définir, conformément au droit de l'Union, des services d'intérêt économique général, leur champ d'application et les caractéristiques des services à fournir, et notamment toute condition relative à leur qualité, afin d'assurer la poursuite de leurs objectifs de politique publique. La présente directive devrait également s'entendre sans préjudice de la compétence des autorités nationales, régionales et locales de fournir, de faire exécuter et de financer des services d'intérêt économique général, conformément à l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et au protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, annexé au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et au traité sur l'Union européenne. En outre, la présente directive ne traite pas du financement des services d'intérêt économique général ni les systèmes d'aides accordées par les États membres, en particulier dans le domaine social, conformément aux règles de l'Union sur la concurrence.
- (10) Un marché ne devrait être considéré comme un marché de travaux que si son objet vise spécifiquement à réaliser les activités visées à l'annexe I, même si le marché porte sur la fourniture d'autres services nécessaires à la réalisation de ces activités. Les marchés de services, notamment dans le domaine des services de gestion immobilière, peuvent, dans certains cas, inclure des travaux. Toutefois, dans la mesure où ces travaux sont accessoires à l'objet principal du marché et en constituent une conséquence éventuelle ou un complément, le fait qu'ils soient inclus dans le marché ne justifie pas que le marché de services soit qualifié de marché de travaux.
- Cependant, eu égard à la diversité des marchés de travaux, il convient que les entités adjudicatrices puissent prévoir tant la passation séparée que la passation conjointe de marchés pour la conception et l'exécution des travaux. La présente directive ne vise pas à prescrire une passation séparée ou conjointe.
- (11) La réalisation d'un ouvrage correspondant aux exigences définies par une entité adjudicatrice requiert que l'entité en question prenne des mesures afin de définir la nature de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence décisive sur sa conception. Le fait que le contractant réalise tout ou partie de l'ouvrage par ses propres moyens ou qu'il en assure la réalisation par d'autres moyens ne devrait pas avoir d'incidence sur la qualification du marché en tant que marché de travaux, tant que le contractant a l'obligation directe ou indirecte, légalement exécutoire, de garantir la réalisation des travaux.
- (12) Les notions de «pouvoirs adjudicateurs» et, en particulier, celle d'«organismes de droit public» ont fait, à plusieurs reprises, l'objet d'un examen dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Afin d'indiquer clairement que le champ d'application ratione personae de la présente directive devrait demeurer inchangé, il convient de conserver la définition sur laquelle la Cour s'est fondée et d'introduire un certain nombre de clarifications apportées par ladite jurisprudence pour une meilleure compréhension des définitions elles-mêmes sans modifier le concept tel qu'il a été élaboré par la jurisprudence.

⁽¹⁾ Approuvée par la décision 2010/48/CE du Conseil du 26 novembre 2009 concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (JO L 23 du 27.1.2010, p. 35).

⁽²⁾ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et abrogeant la directive 2004/18/CE (voir page 65 du présent Journal officiel).

À cette fin, il faudrait préciser qu'un organisme qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, ne devrait pas être considéré comme un «organisme de droit public», étant donné que les besoins d'intérêt général pour la satisfaction desquels il a été créé pour satisfaire ou qu'il a été chargé de satisfaire peuvent être réputés avoir un caractère industriel ou commercial. De même, la condition liée à l'origine du financement de l'organisme considéré a également été examinée par la jurisprudence, qui a précisé notamment que la notion de «financement majoritaire» signifie un financement pour plus de la moitié, qui peut comprendre des paiements provenant d'usagers qui sont imposés, calculés et recouverts conformément aux règles de droit public.

(13) Dans le cas de marchés mixtes, les règles applicables devraient être établies eu égard à l'objet principal du marché lorsque les différentes parties qui le composent ne sont objectivement pas séparables. Il convient dès lors de préciser la manière dont les entités adjudicatrices devraient déterminer si les différentes parties sont séparables ou non. Cette précision devrait se fonder sur la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne. L'appréciation du caractère séparable ou non des différentes parties devrait être faite au cas par cas, les intentions exprimées ou présumées de l'entité adjudicatrice de considérer les différents aspects d'un marché mixte comme indivisibles ne devant pas suffire, mais devant être corroborées par des éléments de preuve objectifs de nature à les justifier et à établir la nécessité de conclure un marché unique. Ce besoin justifié de conclure un marché unique pourrait, par exemple, exister dans le cas de la construction d'un seul et même bâtiment dont l'une des parties serait destinée à être utilisée directement par l'entité adjudicatrice concernée et l'autre à être exploitée sur la base d'une concession par exemple pour offrir des emplacements de stationnement au public. Il convient de préciser que la nécessité de conclure un marché unique peut être due à des raisons tant techniques qu'économiques.

(14) Dans le cas des marchés mixtes, qui peuvent être subdivisés, les entités adjudicatrices sont toujours libres d'attribuer des marchés distincts pour les différentes parties du marché mixte, auquel cas les dispositions applicables à chaque partie distincte devraient être établies exclusivement eu égard aux spécificités du marché en question. Cela étant, lorsque les entités adjudicatrices décident d'inclure d'autres éléments au marché, quelle qu'en soit la valeur ou quel que soit le régime juridique dont les éléments ajoutés auraient autrement relevé, le principe directeur devrait être que, lorsqu'un marché attribué indépendamment devrait être passé conformément aux dispositions de la présente directive alors il convient que celle-ci continue de s'appliquer au marché mixte dans son ensemble.

(15) Il convient toutefois de prendre des dispositions particulières pour les marchés mixtes comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité ou dont certaines parties ne relèvent pas du champ d'application du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Dans ces cas, il devrait être possible de ne pas appliquer la présente directive, à condition que la passation d'un marché unique se justifie pour des raisons objectives et que la décision d'attribuer un marché unique ne soit pas prise dans le but de soustraire des marchés à l'application de la présente directive ou de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil⁽¹⁾. Il convient de préciser que les entités adjudicatrices ne devraient pas être empêchées de choisir d'appliquer à certains marchés mixtes les dispositions de la présente directive plutôt que celles de la directive 2009/81/CE.

(16) En outre, des marchés pourraient être attribués pour satisfaire des exigences inhérentes à différentes activités, soumises éventuellement à des régimes juridiques différents. Il conviendrait de préciser que le régime juridique applicable à un contrat unique destiné à couvrir plusieurs activités devrait être soumis aux règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné. Pour déterminer à quelle activité le marché est principalement destiné, on peut se fonder sur l'analyse des besoins auxquels doit répondre le marché spécifique, effectuée par l'entité adjudicatrice aux fins de l'estimation du montant du marché et de l'établissement des documents de marché. Dans certains cas, comme lors de l'achat d'un équipement unique destiné à la poursuite d'activités pour lesquelles on ne disposerait pas d'informations permettant une estimation des taux d'utilisation respectifs, il pourrait s'avérer objectivement impossible de déterminer à quelle activité le marché est principalement destiné. Il y aurait lieu de prévoir quelles règles s'appliquent dans de tels cas.

(17) Il convient de préciser que la notion d'«opérateur économique» devrait s'interpréter au sens large, de manière à inclure toute personne ou entité qui offre la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché, quelle que soit la forme juridique sous laquelle elle a choisi d'opérer. Dès lors, les sociétés, les succursales, les filiales, les associations, les sociétés coopératives, les sociétés anonymes, les universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de «personnes morales» en toutes circonstances.

⁽¹⁾ Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (JO L 216 du 20.8.2009, p. 76).