

Ce document constitue un outil de documentation et n'engage pas la responsabilité des institutions

► **B**

DIRECTIVE 92/13/CEE DU CONSEIL

du 25 février 1992

portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications

(JO L 76 du 23.3.1992, p. 14)

Modifiée par:

		Journal officiel		
		n°	page	date
► <u>M1</u>	Directive 2006/97/CE du Conseil du 20 novembre 2006	L 363	107	20.12.2006
► <u>M2</u>	Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007	L 335	31	20.12.2007

Modifiée par:

► <u>A1</u>	Acte d'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède (adapté par la décision 95/1/CE, Euratom, CECA du Conseil)	C 241 L 1	21 1	29.8.1994 1.1.1995
► <u>A2</u>	Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne	L 236	33	23.9.2003



DIRECTIVE 92/13/CEE DU CONSEIL

du 25 février 1992

portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 100 A,

vu la proposition de la Commission ⁽¹⁾,

en coopération avec le Parlement européen ⁽²⁾,

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

considérant que 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 ⁽⁴⁾ fixe des règles en matière de passation des marchés destinées à assurer des chances équitables aux fournisseurs et entrepreneurs potentiels, mais ne comporte pas de dispositions spécifiques permettant d'en garantir l'application effective;

considérant que les mécanismes existant actuellement, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer cette application ne sont pas toujours adéquats;

considérant que l'absence de moyens de recours efficaces ou l'insuffisance des moyens existants pourrait dissuader les entreprises communautaires de soumissionner; qu'il convient, dès lors, que les États membres remédient à cette situation;

considérant que la directive 89/665/CEE du Conseil, 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 fournitures et de travaux ⁽⁵⁾ est limitée aux procédures de passation des marchés entrant dans le 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 ⁽⁶⁾, modifiée en dernier lieu par la directive 90/531/CEE, et de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ⁽⁷⁾, modifiée en dernier lieu par la directive 90/531/CEE;

considérant que l'ouverture à la concurrence communautaire des marchés publics dans les secteurs en question implique que des dispositions soient arrêtées pour que des procédures de recours appropriées soient mises à la disposition des fournisseurs ou des entrepreneurs en

⁽¹⁾ JO n° C 216 du 31. 8. 1990, p. 8.

JO n° C 179 du 10. 7. 1991, p. 18.

⁽²⁾ JO n° C 106 du 22. 4. 1991, p. 82.

JO n° C 39 du 17. 2. 1992.

⁽³⁾ JO n° C 60 du 8. 3. 1991, p. 16.

⁽⁴⁾ JO n° L 297 du 29. 10. 1990, p. 1.

⁽⁵⁾ JO n° L 395 du 30. 12. 1989, p. 33.

⁽⁶⁾ JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 5.

⁽⁷⁾ JO n° L 13 du 15. 1. 1977, p. 1.

▼B

cas de violation du droit communautaire en la matière ou des règles nationales transposant ce droit;

considérant qu'il est nécessaire de prévoir un renforcement substantiel des garanties de transparence et de non-discrimination et qu'il importe, pour qu'il soit suivi d'effets concrets, de disposer de moyens de recours efficaces et rapides;

considérant qu'il convient de tenir compte de la spécificité de certains ordres juridiques en autorisant les États membres à choisir entre différentes options aux effets équivalents en ce qui concerne les pouvoirs des instances de recours;

considérant que l'une de ces options inclut le pouvoir d'intervenir directement dans les procédures de passation des marchés des entités adjudicatrices, par exemple en suspendant ces procédures ou bien en annulant des décisions ou des clauses discriminatoires dans des documents ou des publications;

considérant que l'autre option prévoit le pouvoir d'exercer une pression indirecte effective sur les entités adjudicatrices afin qu'elles remédient à toute violation ou qu'elles s'abstiennent d'en commettre et afin d'empêcher que des préjudices soient causés;

considérant que l'introduction d'une demande de dommages-intérêts doit toujours être possible;

considérant que, lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché, elle n'est pas tenue, en vue d'obtenir le remboursement de ces frais, de prouver que le marché lui aurait été attribué en l'absence de cette violation;

considérant qu'il serait utile que les entités adjudicatrices qui se conforment aux règles en matière de passation des marchés puissent le faire connaître par des moyens appropriés; que cela suppose un examen, par des personnes indépendantes, des procédures et des pratiques de ces entités;

considérant que, à cet effet, un système d'attestation prévoyant une déclaration concernant l'application correcte des règles en matière de passation des marchés, sous la forme d'un avis publié au *Journal officiel des Communautés européennes*, est approprié;

considérant que les entités adjudicatrices doivent avoir la possibilité de recourir au système d'attestation si elles le souhaitent; que les États membres doivent leur donner cette possibilité; que, à cet effet, ils peuvent soit mettre en place eux-mêmes le système, soit permettre aux entités adjudicatrices de recourir à un système d'attestation établi par un autre État membre; qu'ils peuvent confier la responsabilité d'effectuer l'examen prévu par le système d'attestation à des personnes, à des professions ou au personnel d'institutions;

considérant que la souplesse nécessaire dans l'instauration d'un tel système est garantie par la définition de ses caractéristiques essentielles indiquée dans la présente directive; que les modalités précises de son fonctionnement devraient être fixées dans des normes européennes auxquelles fait référence la présente directive;

considérant que les États membres peuvent avoir besoin de fixer des modalités de ce type avant l'adoption des règles figurant dans les normes européennes, ou bien en sus de ces règles;

considérant que, lorsque les entreprises n'introduisent pas de recours, certaines violations pourraient ne pas être corrigées si un mécanisme spécifique n'était pas mis en place;

considérant qu'il importe en conséquence que, lorsque, à son avis, une violation claire et manifeste a été commise au cours d'une procédure de passation de marché, la Commission puisse intervenir auprès des auto-

▼B

rités compétentes de l'État membre et de l'entité adjudicatrice concernés afin que des mesures appropriées soient prises en vue de la correction rapide de cette violation;

considérant qu'il importe de prévoir la possibilité d'un mécanisme de conciliation au niveau communautaire pour permettre le règlement à l'amiable des différends;

considérant que l'application effective de la présente directive devra être réexaminée en même temps que celle de la directive 90/531/CEE, sur la base d'informations à fournir par les États membres quant au fonctionnement des procédures nationales de recours;

considérant que la présente directive doit être mise en application en même temps que la directive 90/531/CEE;

considérant qu'il est approprié d'accorder au royaume d'Espagne, à la République hellénique et à la République portugaise des délais supplémentaires adéquats pour transporter la présente directive, eu égard aux dates de mise en application de la directive 90/531/CEE dans ces pays,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

CHAPITRE PREMIER

Recours au niveau national

▼M2

Article premier

Champ d'application et accessibilité des procédures de recours

1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la 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 ⁽¹⁾, sauf si ces marchés sont exclus en application de l'article 5, paragraphe 2, des articles 18 à 26, des articles 29 et 30 ou de l'article 62 de ladite directive.

Les marchés au sens de la présente directive incluent les marchés de fournitures, de travaux et de services, les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques.

Les États membres prennent, en ce qui concerne les marchés relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés ou les règles nationales transposant ce droit.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure de passation de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

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

⁽¹⁾ JO L 134 du 30.4.2004, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE du Conseil (JO L 363 du 20.12.2006, p. 107).

▼M2

4. Les États membres peuvent exiger que la personne qui souhaite faire usage d'une procédure de recours ait informé l'entité adjudicatrice de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours, pour autant que cela n'ait pas d'incidence sur le délai de suspension visé à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, ou tout autre délai d'introduction d'un recours visé à l'article 2 *quater*.

5. Les États membres peuvent exiger que la personne concernée introduise en premier lieu un recours auprès de l'entité adjudicatrice. Dans ce cas, les États membres veillent à ce que l'introduction dudit recours entraîne la suspension immédiate de la possibilité de conclure le marché.

Les États membres décident des moyens de communication, y compris les télécopieurs ou les moyens électroniques, qu'il convient d'utiliser pour introduire le recours prévu au premier alinéa.

La suspension visée au premier alinéa ne prend pas fin avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où l'entité adjudicatrice a envoyé une réponse si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si un autre moyen de communication est utilisé, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où l'entité adjudicatrice a envoyé une réponse, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception d'une réponse.

▼B*Article 2***▼M2****Exigences en matière de procédures de recours****▼B**

1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1^{er} prévoient les pouvoirs permettant:

soit

a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice

et

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis de marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause;

soit

c) de prendre, dans les délais les plus brefs, si possible par voie de référé et, si nécessaire, par une procédure définitive quant au fond, d'autres mesures que celles prévues aux points a) et b), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; notamment d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée.

Les États membres peuvent effectuer ce choix soit pour l'ensemble des entités adjudicatrices, soit pour des catégories d'entités définies sur la base de critères objectifs, en sauvegardant en tout cas l'effi-

▼B

cacité des mesures établies afin d'empêcher qu'un préjudice soit causé aux intérêts concernés;

- d) et, dans les deux cas susmentionnés, d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par la violation.

Lorsque des dommages-intérêts sont réclamés au motif qu'une décision a été prise illégalement, les États membres peuvent prévoir, si leur système de droit interne le requiert et s'il dispose d'instances ayant la compétence nécessaire à cet effet, que la décision contestée doit d'abord être annulée ou déclarée illégale.

▼M2

2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 et aux articles 2 *quinquies* et 2 *sexies* peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

3. Lorsqu'une instance de premier ressort, indépendante de l'entité adjudicatrice, est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché, les États membres s'assurent que l'entité adjudicatrice ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours. La suspension prend fin au plus tôt à l'expiration du délai de suspension visé à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, et à l'article 2 *quinquies*, paragraphes 4 et 5.

3 *bis*. Sauf dans les cas prévus au paragraphe 3 et à l'article 1^{er}, paragraphe 5, les procédures de recours ne doivent pas nécessairement avoir des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se rapportent.

4. Les États membres peuvent prévoir que l'instance responsable des procédures de recours peut tenir compte des conséquences probables des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder de mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

▼B

5. La somme à verser conformément au paragraphe 1 point c) doit être fixée à un niveau suffisamment élevé pour dissuader l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision finale établissant que la violation a bien été commise.

▼M2

6. Sauf dans les cas prévus aux articles 2 *quinquies* à 2 *septies*, les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 du présent article sur le contrat conclu à la suite de l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages et intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat intervenue conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 5, au paragraphe 3 du présent article, ou aux articles 2 *bis* à 2 *septies*, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages et intérêts à toute personne lésée par une violation.

▼B

7. Lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché, elle est tenue uniquement de prouver qu'il y a violation du droit communautaire en matière de passation des marchés ou des règles nationales transposant ce droit et qu'elle avait une chance réelle de remporter le marché, chance qui, à la suite de cette violation, a été compromise.

▼B

8. Les États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace.

9. Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions doivent toujours être motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui soit une ►**M2** juridiction au sens de l'article 234 du traité ◀ et qui soit indépendante par rapport à l'entité adjudicatrice et à l'instance de base.

La nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée de leur mandat et leur révocabilité. Au moins le président de cette instance indépendante doit avoir les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. L'instance indépendante prend ses décisions à l'issue d'une procédure contradictoire et ces décisions ont, par les moyens déterminés par chaque État membre, des effets juridiques contraignants.

▼M2*Article 2 bis***Délai de suspension**

1. Les États membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 1^{er}, paragraphe 3, disposent de délais permettant des recours efficaces contre les décisions d'attribution de marché prises par les entités adjudicatrices, en adoptant les dispositions nécessaires qui respectent les conditions minimales énoncées au paragraphe 2 du présent article et à l'article 2 *quater*.

2. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du jour suivant la date à laquelle la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concerné, accompagnée:

- d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 49, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE, et
- d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable, en vertu des dispositions nationales transposant le présent paragraphe.

▼ **M2***Article 2 ter***Déroptions au délai de suspension**

Les États membres peuvent prévoir que les délais visés à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, de la présente directive ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

- a) si la directive 2004/17/CE n'impose pas la publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 2 *bis*, paragraphe 2, de la présente directive est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- c) lorsqu'il s'agit de marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique visé à l'article 15 de la directive 2004/17/CE.

Lorsque la présente dérogation est invoquée, les États membres s'assurent de l'absence d'effets du marché conformément aux articles 2 *quinqies* et 2 *septies* de la présente directive:

- s'il y a violation de l'article 15, paragraphe 5 ou 6, de la directive 2004/17/CE, et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils fixés à l'article 16 de la directive 2004/17/CE.

*Article 2 quater***Délais d'introduction d'un recours**

Lorsqu'un État membre prévoit que tout recours contre une décision d'une entité adjudicatrice prise dans le cadre d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE ou en liaison avec une telle procédure doit être formé avant l'expiration d'un délai déterminé, ce délai est égal à dix jours calendaires au moins à compter du jour suivant la date à laquelle la décision de l'entité adjudicatrice est envoyée au soumissionnaire ou au candidat si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, soit à quinze jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour où la décision de l'entité adjudicatrice est envoyée au soumissionnaire ou au candidat, soit à dix jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour de réception de la décision de l'entité adjudicatrice. La décision de l'entité adjudicatrice est communiquée à chaque soumissionnaire ou candidat, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents. En cas d'introduction d'un recours concernant des décisions visées à l'article 2, paragraphe 1, point b), de la présente directive, qui ne font pas l'objet d'une notification spécifique, le délai est de dix jours calendaires au moins à compter de la date de publication de la décision concernée.

*Article 2 quinquies***Absence d'effets**

1. Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante de l'entité adjudicatrice ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants:

- a) si l'entité adjudicatrice a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2004/17/CE;

▼M2

- b) en cas de violation de l'article 1^{er}, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 *bis*, paragraphe 2, de la présente directive, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation de la directive 2004/17/CE, si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;
- c) dans les cas visés à l'article 2 *ter*, point c), deuxième alinéa, de la présente directive, lorsque des États membres ont invoqué la dérogation au délai de suspension pour des marchés fondés sur un système d'acquisition dynamique.

2. Les conséquences de l'absence d'effets d'un marché sont déterminées par le droit national.

Le droit national pourrait donc prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou limiter la portée de l'annulation aux obligations qui devraient encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, les États membres prévoient l'application d'autres sanctions au sens de l'article 2 *sexies*, paragraphe 2.

3. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante de l'entité adjudicatrice a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés au paragraphe 1, si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, les États membres prévoient des sanctions au sens de l'article 2 *sexies*, paragraphe 2, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

4. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point a), du présent article ne s'applique pas si:

- l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions de la directive 2004/17/CE,
- l'entité adjudicatrice a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 3 *bis* de la présente directive, et
- le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de publication de cet avis.

5. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point c), du présent article ne s'applique pas si:

- l'entité adjudicatrice estime que l'attribution d'un marché est conforme à l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/17/CE,
- l'entité adjudicatrice a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d'attribution du marché, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs, conformément à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, quatrième alinéa, premier tiret, de la présente directive, et

▼M2

- la conclusion du contrat n'a pas pu avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

*Article 2 sexies***Violations de la présente directive et sanctions de substitution**

1. En cas de violation de l'article 1^{er}, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 *bis*, paragraphe 2, ne relevant pas de l'article 2 *quinquies*, paragraphe 1, point b), les États membres prévoient l'absence d'effets du marché conformément à l'article 2 *quinquies*, paragraphes 1 à 3, ou des sanctions de substitution. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante de l'entité adjudicatrice décide, après avoir apprécié tous les aspects pertinents, si le marché doit être considéré comme dépourvu d'effets ou s'il y a lieu d'appliquer des sanctions de substitution.

2. Les sanctions de substitution doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Elles consistent:

- à imposer des pénalités financières à l'entité adjudicatrice, ou
- à abréger la durée du marché.

Les États membres peuvent conférer à l'instance de recours un large pouvoir d'appréciation lui permettant de tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement de l'entité adjudicatrice et, dans les cas visés à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 2, la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins du présent paragraphe.

*Article 2 septies***Délais**

1. Les États membres peuvent prévoir que l'introduction d'un recours en application de l'article 2 *quinquies*, paragraphe 1, doit intervenir:

- a) avant l'expiration d'un délai minimal de 30 jours calendaires à compter du lendemain du jour où:
 - l'entité adjudicatrice a publié l'avis d'attribution du marché conformément aux articles 43 et 44 de la directive 2004/17/CE, sous réserve que ledit avis comporte une justification de la décision de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne*, ou
 - l'entité adjudicatrice a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion du contrat, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 49, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE. Cette faculté s'applique également aux cas visés à l'article 2 *ter*, point c), de la présente directive;
- b) et en tout état de cause avant l'expiration d'un délai minimal de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

▼ M2

2. Dans tous les autres cas, y compris en ce qui concerne les recours formés conformément à l'article 2 *sexies*, paragraphe 1, les délais impartis pour l'introduction d'un recours sont déterminés par le droit national, sous réserve des dispositions de l'article 2 *quater*.

▼ B

CHAPITRE 2

Attestation▼ M2*Article 3 bis***Contenu d'un avis en cas de transparence ex ante volontaire**

L'avis visé à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 4, deuxième tiret, dont le format est adopté par la Commission conformément à la procédure de consultation visée à l'article 3 *ter*, paragraphe 2, contient les informations suivantes:

- a) nom et coordonnées de l'entité adjudicatrice;
- b) description de l'objet du marché;
- c) justification de la décision de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et
- e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par l'entité adjudicatrice.

*Article 3 ter***Procédure de comité**

1. La Commission est assistée par le comité consultatif pour les marchés publics, institué par l'article 1^{er} de la décision 71/306/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 ⁽¹⁾ (ci-après dénommé «comité»).

2. Dans le cas où il est fait référence au présent paragraphe, les articles 3 et 7 de la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission ⁽²⁾ s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de celle-ci.

▼ B

CHAPITRE 3

Mécanisme correcteur▼ M2*Article 8***Mécanisme correcteur**

1. La Commission peut invoquer la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5 lorsque, avant la conclusion d'un contrat, elle considère qu'une violation grave du droit communautaire en matière de marchés

⁽¹⁾ JO L 185 du 16.8.1971, p. 15. Décision modifiée par la décision 77/63/CEE (JO L 13 du 15.1.1977, p. 15).

⁽²⁾ JO L 184 du 17.7.1999, p. 23. Décision modifiée par la décision 2006/512/CE (JO L 200 du 22.7.2006, p. 11).

▼M2

a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE ou en ce qui concerne l'article 27, point a), de ladite directive pour les entités adjudicatrices auxquelles cette disposition s'applique.

2. La Commission notifie à l'État membre concerné les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave a été commise et en demande la correction par des moyens appropriés.

3. Dans les vingt et un jours calendaires qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État membre concerné communique à la Commission:

- a) la confirmation que la violation a été corrigée;
- b) des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée, ou
- c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative de l'entité adjudicatrice, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 2, paragraphe 1, point a).

4. Des conclusions motivées communiquées conformément au paragraphe 3, point b), peuvent notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours prévu à l'article 2, paragraphe 9. Dans ce cas, l'État membre concerné informe la Commission du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.

5. En cas de notification indiquant qu'une procédure de passation de marché a été suspendue conformément au paragraphe 3, point c), l'État membre concerné notifie à la Commission la levée de la suspension ou l'ouverture d'une autre procédure de passation de marché liée, entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Cette nouvelle notification confirme que la violation alléguée a été corrigée ou inclut des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée.

▼B**CHAPITRE 4****Conciliation****▼M2****▼B****CHAPITRE 5****Dispositions finales****▼M2***Article 12***Mise en œuvre**

1. La Commission peut demander aux États membres, en consultation avec le comité, de lui fournir des informations sur le fonctionnement des procédures de recours nationales.

2. Les États membres communiquent chaque année à la Commission le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que leurs instances de recours ont prises conformément à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 3.

▼M2*Article 12 bis***Réexamen**

Au plus tard le 20 décembre 2012, la Commission examine la mise en œuvre de la présente directive et fait rapport au Parlement européen et au Conseil sur son efficacité, et en particulier sur l'efficacité des sanctions de substitution et des délais.

▼B*Article 13*

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 1^{er} janvier 1993. Le royaume d'Espagne prend ces mesures au plus tard le 30 juin 1995. La République hellénique et la République portugaise prennent ces mesures au plus tard le 30 juin 1997. Ils en informent immédiatement la Commission.

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

2. Les États membres mettent en vigueur les mesures visées au paragraphe 1 aux mêmes dates que celles qui sont prévues par la directive 90/531/CEE.

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

Article 14

Les États membres membres sont destinataires de la présente directive.

▼M2
