

DIRECTIVES

DIRECTIVE 2007/66/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

du 11 décembre 2007

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

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

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

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

vu la proposition de la Commission,

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

vu l'avis du Comité des régions ⁽²⁾,

statuant conformément à la procédure prévue à l'article 251 du traité ⁽³⁾,

considérant ce qui suit:

(1) La directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux ⁽⁴⁾ ainsi que la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation

des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ⁽⁵⁾ concernent les procédures de recours applicables aux marchés passés respectivement par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1^{er}, paragraphe 9, de la 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 ⁽⁶⁾ et les entités adjudicatrices visées à l'article 2 de 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 ⁽⁷⁾. Les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE visent à garantir l'application effective des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

(2) Les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ne s'appliquent donc qu'aux marchés relevant du champ d'application des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE selon l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice des Communautés européennes, quels que soient la procédure concurrentielle ou le moyen de mise en concurrence utilisés, y compris les concours, les systèmes de qualification et les systèmes d'acquisition dynamique. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, les États membres devraient veiller à l'existence de moyens de recours efficaces et rapides contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices sur la question de savoir si un marché déterminé relève ou non du champ d'application personnel et matériel des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

(3) Les consultations des parties concernées ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice ont révélé un certain nombre de faiblesses dans les mécanismes de recours existant dans les États membres. En raison de ces

⁽¹⁾ JO C 93 du 27.4.2007, p. 16.

⁽²⁾ JO C 146 du 30.6.2007, p. 69.

⁽³⁾ Avis du Parlement européen du 21 juin 2007 (non encore paru au Journal officiel) et décision du Conseil du 15 novembre 2007.

⁽⁴⁾ JO L 395 du 30.12.1989, p. 33. Directive modifiée par la directive 92/50/CEE (JO L 209 du 24.7.1992, p. 1).

⁽⁵⁾ JO L 76 du 23.3.1992, p. 14. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE (JO L 363 du 20.12.2006, p. 107).

⁽⁶⁾ JO L 134 du 30.4.2004, p. 114. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE.

⁽⁷⁾ JO L 134 du 30.4.2004, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE.

faiblesses, les mécanismes visés par les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ne permettent pas toujours de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. Ainsi, il conviendrait de renforcer les garanties de transparence et de non-discrimination que ces directives cherchent à assurer afin que la Communauté dans son ensemble puisse bénéficier pleinement des effets positifs de la modernisation et de la simplification des règles relatives à la passation des marchés publics auxquelles ont abouti les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE. Il convient donc d'apporter aux directives 89/665/CEE et 92/13/CEE les précisions indispensables pour atteindre les résultats recherchés par le législateur communautaire.

- (4) Parmi les faiblesses relevées figure notamment l'absence, entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion dudit marché, d'un délai permettant un recours efficace. Cela conduit parfois les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices désireux de rendre irréversibles les conséquences de la décision d'attribution contestée à précipiter la signature du contrat. Afin de remédier à cette faiblesse, qui compromet gravement la protection juridictionnelle effective des soumissionnaires concernés, c'est-à-dire les soumissionnaires qui n'ont pas encore été définitivement exclus, il y a lieu de prévoir un délai de suspension minimal, pendant lequel la conclusion du contrat concerné est suspendue, que celle-ci intervienne ou non au moment de la signature du contrat.
- (5) Le délai de suspension minimal devrait tenir compte des différents moyens de communication. En cas de recours à des moyens de communication rapides, il est possible de prévoir un délai plus court que celui applicable si d'autres moyens de communication sont utilisés. La présente directive ne prévoit que des délais de suspension minimaux. Les États membres ont la faculté d'instaurer ou de maintenir des délais supérieurs à ces délais minimaux. Il leur est aussi loisible de décider quel délai s'appliquera si différents moyens de communication sont utilisés conjointement.
- (6) Le délai de suspension devrait donner aux soumissionnaires concernés le temps suffisant pour étudier la décision d'attribution du marché et déterminer s'il est opportun d'engager une procédure de recours. Lorsque la décision d'attribution du marché est notifiée aux soumissionnaires concernés, ceux-ci devraient recevoir les informations pertinentes, qui leur sont indispensables pour introduire un recours efficace. Les mêmes dispositions s'appliquent en conséquence aux candidats, pour autant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'ait pas fourni en temps utile les informations relatives au rejet de leur demande.
- (7) Parmi les informations pertinentes figurent notamment un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41 de la directive 2004/18/CE et à l'article 49 de la directive 2004/17/CE. La durée du délai de suspen-

sion étant variable selon les États membres, il importe en outre que les soumissionnaires et les candidats concernés soient informés du délai effectif dont ils disposent pour tenter leur recours.

- (8) De tels délais de suspension minimaux n'ont pas vocation à s'appliquer si la directive 2004/18/CE ou la directive 2004/17/CE n'impose pas la publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, plus particulièrement dans les cas d'urgence impérieuse visés à l'article 31, paragraphe 1, point c), de la directive 2004/18/CE ou à l'article 40, paragraphe 3, point d), de la directive 2004/17/CE. Dans de tels cas, il suffit de prévoir des procédures de recours efficace après la conclusion du contrat. De même, un délai de suspension n'est pas nécessaire si le seul soumissionnaire concerné est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés. Dans ce cas de figure, il n'y a plus d'autre partie prenante à la procédure de passation de marché qui aurait intérêt à recevoir la notification et à bénéficier d'un délai de suspension lui permettant d'exercer un recours efficace.
- (9) Enfin, lorsqu'il s'agit de marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, un délai de suspension obligatoire pourrait avoir une incidence sur les gains d'efficacité recherchés par le biais de ces procédures de passation de marchés. Les États membres devraient donc, au lieu d'introduire un délai de suspension obligatoire, avoir la possibilité de prévoir l'absence d'effets du marché comme sanction effective en application de l'article 2 *quinquies* des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en cas de violation de l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, second tiret, et de l'article 33, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/18/CE, ainsi que de l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/17/CE.
- (10) Dans les cas visés à l'article 40, paragraphe 3, point i), de la directive 2004/17/CE, les marchés fondés sur un accord-cadre ne nécessitent pas la publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*. Dans de tels cas, un délai de suspension ne devrait pas être obligatoire.
- (11) Lorsqu'un État membre exige qu'une personne qui a l'intention d'utiliser une procédure de recours en informe le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, il convient de préciser que cette exigence ne devrait pas avoir d'effet sur le délai de suspension ou sur tout autre délai d'introduction d'un recours. Par ailleurs, lorsqu'un État membre exige que la personne concernée ait introduit en premier lieu un recours auprès du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, il convient que cette même personne dispose d'un délai minimal raisonnable pour saisir l'instance de recours compétente avant la conclusion du contrat au cas où cette personne souhaiterait contester la réponse ou l'absence de réponse du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice.

- (12) L'introduction d'un recours peu avant la fin du délai de suspension minimal ne devrait pas avoir pour effet de priver l'instance responsable des procédures de recours du temps minimal indispensable pour agir, notamment pour prolonger le délai de suspension pour la conclusion du contrat. Ainsi convient-il de prévoir un délai de suspension minimal autonome qui ne devrait pas expirer avant que l'instance de recours n'ait statué sur la demande. Cela ne devrait pas empêcher l'instance de recours d'évaluer préalablement si le recours en tant que tel est recevable. Les États membres peuvent prévoir que ce délai expire soit lorsque l'instance de recours a statué sur la demande de mesures provisoires, y compris sur une prorogation de la suspension de la conclusion du contrat, soit lorsque l'instance de recours a statué sur le fond, notamment sur la demande d'annulation d'une décision illicite.
- (13) Afin de lutter contre la passation illégale de marchés de gré à gré, que la Cour de justice a qualifiée de violation la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics de la part d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice, il convient de prévoir une sanction effective, proportionnée et dissuasive. Par conséquent, un contrat résultant d'un marché de gré à gré illégal devrait être considéré en principe comme dépourvu d'effets. L'absence d'effets ne devrait pas être automatique mais devrait être établie par une instance de recours indépendante ou découler d'une décision prise par une telle instance.
- (14) L'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives commerciales pour les opérateurs économiques qui ont été privés illégalement de la possibilité de participer à la procédure de passation de marché. Les marchés de gré à gré au sens de la présente directive devraient inclure tous les marchés passés sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* au sens de la directive 2004/18/CE. Cela correspond à une procédure sans mise en concurrence préalable au sens de la directive 2004/17/CE.
- (15) Parmi les raisons susceptibles de justifier la passation d'un marché de gré à gré au sens de la présente directive peuvent figurer les exceptions prévues aux articles 10 à 18 de la directive 2004/18/CE, l'application de l'article 31, de l'article 61 ou de l'article 68 de cette même directive, la passation de marchés de services conformément à l'article 21 de ladite directive ou la passation d'un marché interne légal (*in-house*) selon l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice.
- (16) Il en va de même des marchés qui remplissent les conditions pour une exclusion ou des arrangements spéciaux conformément à l'article 5, paragraphe 2, aux articles 18 à 26, aux articles 29 et 30 ou à l'article 62 de la directive 2004/17/CE, des cas entraînant l'application de l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE ou de la passation de marchés de services conformément à l'article 32 de la directive 2004/17/CE.
- (17) Une procédure de recours devrait être accessible 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.
- (18) Afin de prévenir toute violation grave de l'obligation de délai de suspension et de suspension automatique, qui sont des conditions indispensables pour qu'un recours soit efficace, il convient que des sanctions effectives soient appliquées. Il convient dès lors que les marchés conclus en violation du délai de suspension ou de la suspension automatique soient considérés en principe comme dépourvus d'effets s'ils s'accompagnent de violations des directives 2004/18/CE ou 2004/17/CE telles qu'elles ont compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché.
- (19) En cas d'autres violations des conditions formelles, les États membres pourraient considérer que le principe de l'absence d'effets est inopportun. Les États membres devraient alors avoir la faculté de prévoir des sanctions de substitution. Les sanctions de substitution ne devraient consister qu'en l'imposition de pénalités financières, qui devraient être payées à un organisme indépendant du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, ou en un abrégement de la durée du marché. Il incombe aux États membres de définir précisément les sanctions de substitution et leurs modalités d'application.
- (20) La présente directive ne devrait pas exclure l'application de sanctions plus sévères en vertu du droit national.
- (21) Lorsque les États membres définissent des règles prévoyant qu'un marché est considéré comme dépourvu d'effets, l'objectif à atteindre est que les droits et les obligations des parties au marché cessent d'être exercés et exécutés. Les conséquences de l'absence d'effets d'un marché devraient être déterminées par le droit national. Le droit national pourrait donc par exemple prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles (*ex tunc*) ou, inversement, limiter la portée de l'annulation aux obligations qui devraient encore être exécutées (*ex nunc*). Cela ne devrait pas conduire à l'absence de sanctions rigoureuses si les obligations découlant d'un marché ont déjà été exécutées dans leur totalité ou dans leur quasi-totalité. Dans de tels cas, les États membres devraient prévoir également des sanctions de substitution prenant en compte la mesure dans laquelle un contrat continue à produire des effets en application du droit national. De même, les conséquences d'une éventuelle récupération de sommes qui pourraient avoir été versées ainsi que de toutes les autres formes de restitution possibles — y compris les restitutions en valeur lorsqu'une restitution en nature n'est pas possible — doivent être déterminées par le droit national.

- (22) Toutefois, afin de garantir la proportionnalité des sanctions appliquées, les États membres peuvent donner à l'instance responsable des procédures de recours la possibilité de ne pas remettre en cause le contrat ou de reconnaître certains ou l'ensemble de ses effets dans le temps, lorsque les circonstances exceptionnelles du cas d'espèce l'exigent pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Dans de tels cas, il conviendrait plutôt d'appliquer des sanctions de substitution. L'instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice devrait examiner tous les aspects pertinents afin d'établir si des raisons impérieuses d'intérêt général exigent que les effets du marché soient maintenus.
- (23) Dans des cas exceptionnels, le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché au sens de l'article 31 de la directive 2004/18/CE ou de l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE est autorisé immédiatement après l'annulation du marché. Si, dans de tels cas, pour des raisons techniques ou d'autres raisons impératives, les obligations contractuelles restantes ne peuvent, à ce stade, être exécutées que par l'opérateur économique auquel le marché a été attribué, l'invocation de raisons impérieuses pourrait être justifiée.
- (24) 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 devrait pas constituer une raison impérieuse.
- (25) En outre, la nécessité d'assurer dans le temps la sécurité juridique des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices requiert que soit fixé un délai minimal raisonnable de prescription des recours visant à faire constater l'absence d'effet du marché.
- (26) Afin d'éviter l'incertitude juridique susceptible de découler de l'absence d'effets, les États membres devraient prévoir une dérogation à la possibilité de faire constater l'absence d'effets dans les cas où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice considère que l'attribution d'un marché de gré à gré sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée conformément aux directives 2004/18/CE et 2004/17/CE et a appliqué un délai de suspension minimal qui permet l'introduction d'un recours efficace. La publication volontaire qui déclenche ce délai de suspension n'entraîne aucune extension des obligations découlant des directives 2004/18/CE ou 2004/17/CE.
- (27) Sachant que la présente directive renforce les procédures de recours nationales, particulièrement en cas de marchés de gré à gré illégaux, il conviendrait d'encourager les opérateurs économiques à recourir à ces nouveaux mécanismes. Par souci de sécurité juridique, l'invocabilité de l'absence d'effets d'un marché est limitée dans le temps. L'effectivité de cette limitation dans le temps devrait être respectée.
- (28) Le renforcement de l'efficacité des recours nationaux devrait inciter les personnes concernées à faire un plus grand usage des possibilités de recours par voie de référé avant la conclusion du contrat. Dans ces circonstances, il y a lieu de recentrer le mécanisme correcteur sur les violations graves du droit communautaire en matière de marchés publics.
- (29) Le système d'attestation volontaire prévu par la directive 92/13/CEE, qui permet aux entités adjudicatrices de faire constater la conformité de leurs procédures de passation des marchés à l'occasion d'examen périodiques, est resté quasiment inutilisé. Il ne peut donc pas atteindre son objectif consistant à prévenir un nombre significatif de violations du droit communautaire des marchés publics. En revanche, l'obligation imposée aux États membres par la directive 92/13/CEE d'assurer la mise à disposition permanente d'organismes accrédités à cette fin peut représenter un coût administratif de fonctionnement qui ne se justifie plus au vu de l'absence de demande réelle de la part des entités adjudicatrices. Pour ces raisons, il convient de supprimer ce système d'attestation.
- (30) De même, le mécanisme de conciliation prévu par la directive 92/13/CEE n'a suscité aucun intérêt réel de la part des opérateurs économiques. Cela est dû, d'une part, au fait qu'il ne permet pas à lui seul d'obtenir des mesures provisoires contraignantes susceptibles d'empêcher à temps la conclusion illégale d'un contrat et, d'autre part, à sa nature difficilement compatible avec le respect des délais particulièrement brefs des recours visant à l'adoption de mesures provisoires et à l'annulation des décisions illégales. En outre, l'efficacité potentielle du mécanisme de conciliation a encore été affaiblie par les difficultés rencontrées pour établir une liste complète et suffisamment longue de conciliateurs indépendants dans chaque État membre, disponibles à tout moment et susceptibles de traiter les demandes de conciliation à très brève échéance. Pour ces raisons, il convient de supprimer ce mécanisme de conciliation.
- (31) La Commission devrait être habilitée à demander aux États membres de lui fournir des informations sur le fonctionnement des procédures nationales de recours proportionnées par rapport à l'objectif visé, en associant le comité consultatif pour les marchés publics à la détermination de l'étendue et de la nature de ces informations. En effet, seule la mise à disposition de ces informations permettra d'évaluer correctement les effets des changements introduits par la présente directive à l'expiration d'une période significative de mise en œuvre de cette dernière.

(32) La Commission devrait examiner les progrès accomplis dans les États membres et faire rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'efficacité de la présente directive au plus tard trois ans après sa date limite de mise en œuvre.

(33) Il y a lieu d'arrêter les mesures nécessaires pour la mise en œuvre des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en conformité avec 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 ⁽¹⁾.

(34) Étant donné que, pour les raisons susmentionnées, l'objectif de la présente directive, c'est-à-dire améliorer l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés relevant du champ d'application des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité prévu à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, en respectant notamment le principe d'autonomie procédurale des États membres.

(35) Conformément au point 34 de l'accord interinstitutionnel «Mieux légiférer» ⁽²⁾, il convient que les États membres établissent, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent la concordance entre les directives et les mesures de transposition, et qu'ils les rendent publics.

(36) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, la présente directive vise à assurer le plein respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de ladite charte.

(37) Il y a donc lieu de modifier les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en conséquence,

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

Article premier

Modification de la directive 89/665/CEE

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

1) Les articles 1^{er} et 2 sont remplacés par le texte suivant:

«Article premier

Champ d'application et accessibilité des procédures de recours

1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la 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 (*), sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive.

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

Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics 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 d'attribution 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 184 du 17.7.1999, p. 23. Décision modifiée en dernier lieu par la décision 2006/512/CE (JO L 200 du 22.7.2006, p. 11).

⁽²⁾ JO C 321 du 31.12.2003, p. 1.

4. Les États membres peuvent exiger que la personne qui souhaite faire usage d'une procédure de recours ait informé le pouvoir adjudicateur 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 sur 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 du pouvoir adjudicateur. 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 adéquats, y compris les télécopieurs ou les moyens électroniques, qu'il convient d'utiliser pour introduire un recours conformément 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 le pouvoir adjudicateur 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 le pouvoir adjudicateur a envoyé une réponse, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception d'une réponse.

Article 2

Exigences en matière de procédures de recours

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:

- 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 qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur;
- b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;
- c) d'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation.

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 du pouvoir adjudicateur, est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché, les États membres s'assurent que le pouvoir adjudicateur 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.

4. 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.

5. 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.

6. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque des dommages et intérêts sont réclamés au motif que la décision a été prise illégalement, la décision contestée doit d'abord être annulée par une instance ayant la compétence nécessaire à cet effet.

7. 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.

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 sont toujours 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 peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui est une juridiction au sens de l'article 234 du traité et qui est indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur 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 a 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.

(*) JO L 134 du 30.4.2004, p. 114. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE du Conseil (JO L 363 du 20.12.2006, p. 107).»

2) Les articles suivants sont insérés:

«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 pouvoirs adjudicateurs, 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 2004/18/CE ne peut 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 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 le pouvoir adjudicateur 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 concernés, accompagnée:

— d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE, sous réserve des dispositions de l'article 41, paragraphe 3, de ladite directive, et

— d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable, en vertu des dispositions nationales transposant le présent paragraphe.

Article 2 ter

Dérogations 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 2004/18/CE n'impose pas la publication préalable d'un avis de marché 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 d'un marché fondé sur un accord-cadre visé à l'article 32 de la directive 2004/18/CE et lorsqu'il s'agit d'un marché spécifique fondé sur un système d'acquisition dynamique visé à l'article 33 de cette directive.

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

- s'il y a violation de l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, second tiret, ou de l'article 33, paragraphes 5 ou 6, de la directive 2004/18/CE, et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils fixés à l'article 7 de la directive 2004/18/CE.

Article 2 quater

Délais d'introduction d'un recours

Lorsqu'un État membre prévoit que tout recours contre une décision d'un pouvoir adjudicateur prise dans le cadre d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/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 lendemain du jour où la décision du pouvoir adjudicateur 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 du pouvoir adjudicateur 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 du pouvoir adjudicateur. La décision du pouvoir adjudicateur 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 du pouvoir adjudicateur 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 le pouvoir adjudicateur a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE;

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 2004/18/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 accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

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

Le droit national peut prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou limiter la portée de l'annulation aux obligations qui doivent 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 du pouvoir adjudicateur 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:

— le pouvoir adjudicateur estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE,

— le pouvoir adjudicateur 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:

— le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, second tiret, ou à l'article 33, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/18/CE,

— le pouvoir adjudicateur 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

— 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 du pouvoir adjudicateur 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 au pouvoir adjudicateur, 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 du pouvoir adjudicateur 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:

— le pouvoir adjudicateur a publié l'avis d'attribution du marché conformément à l'article 35, paragraphe 4, et aux articles 36 et 37 de la directive 2004/18/CE, à condition que cet avis contienne la justification de la décision du pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, ou

— le pouvoir adjudicateur 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 41, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE, sous réserve de l'article 41, paragraphe 3, de ladite directive. 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.

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*.»

3) L'article 3 est remplacé par le texte suivant:

«Article 3

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 publics a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE.

2. La Commission notifie à l'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 du pouvoir adjudicateur, 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'une autre nature ou d'un recours tel que visé 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 notification

confirme que la violation alléguée a été corrigée ou inclut des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée.»

4) Les articles suivants sont insérés:

«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 du pouvoir adjudicateur;
- b) description de l'objet du marché;
- c) justification de la décision du pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché 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 le pouvoir adjudicateur.

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 (*) (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 (**) s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de celle-ci.

(*) 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).

(**) 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).»

5) L'article 4 est remplacé par le texte suivant:

«Article 4

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.»

6) L'article suivant est inséré:

«Article 4 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.»

Article 2

Modification de la directive 92/13/CEE

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

1) L'article 1^{er} est remplacé par le texte suivant:

«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 (*), 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.

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.

(*) 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).»

2) L'article 2 est modifié comme suit:

a) Le titre «Exigences en matière de procédures de recours» est inséré.

b) Les paragraphes 2 à 4 sont remplacés par le texte suivant:

«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.»

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

«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.»

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

3) Les articles suivants sont insérés:

«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.

Article 2 ter

Dérogations 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 quinquies 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;
- 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 sexties, 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

— 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 abrégé 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.

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*.»

4) Les articles 3 à 7 sont remplacés par le texte suivant:

«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 (*) (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 (**) s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de celle-ci.

(*) 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).

(**) 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).»

5) L'article 8 est remplacé par le texte suivant:

«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 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.»

- 6) Les articles 9 à 12 sont remplacés par le texte suivant:

«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.

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.»

- 7) L'annexe est supprimée.

Article 3

Transposition

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 20 décembre 2009. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.

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

Article 4

Entrée en vigueur

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

Article 5

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Strasbourg, le 11 décembre 2007.

Par le Parlement européen

Le président

H.-G. PÖTTERING

Par le Conseil

Le président

M. LOBO ANTUNES