

# **ACTUALITÉ JURIDIQUE ET MOYENS DE DROIT EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS**

Présentée  
à la rencontre d'affaires de la CCIFH le 17 février 2009  
par Yannis et Michalis Varotsos  
Avocats à la Cour de Cassation  
VAROTSOS & VAROTSOS  
CABINET D'AVOCATS

# ACTUALITÉ JURIDIQUE ET MOYENS DE DROIT EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS

## INTRODUCTION

- Le domaine des marchés publics est aussi vaste que les besoins de l'État et du domaine public élargie en travaux, fournitures et services. Le domaine public élargi comprend les personnes morales de droit public, ainsi que les personnes morales de droit privé créées par l'État, en particulier sous forme de sociétés anonymes dont le seul actionnaire ou actionnaire majoritaire est l'État et dont leur objectif principal de leur opération est de servir l'intérêt public/général.
- En Grèce les Ministères, les Agences et Organismes publics, les autres personnes morales qui appartiennent au domaine public élargie, mais aussi d'autres personnes morales de droit privé contrôlées ou subventionnées par l'État, en cas de passation de marchés (pouvoirs adjudicateurs) doivent respecter les règles relatives à la procédure précontractuelle de la passation de ces contrats.

- Ces règles sont édictées aussi bien par le Parlement Européen et le Conseil de l'Union Européenne (UE) que par le Gouvernement grec. Dans le second cas, il y a soit transposition des directives de la CE en droit interne, soit création de règles de droit pur interne.
- Les marchés publics en raison de leur volume énorme au niveau communautaire, ont attiré l'attention du Marché Commun d'alors depuis le début des années '70, ce qui l'a conduit à introduire de premières directives en la matière. En 2004, le volume des marchés publics représentait 15% du PB de l' UE.
- **Au niveau communautaire**, la réforme la plus récente et importante a été réalisée en 2004 par l'introduction de deux directives :
  1. 2004/17, dite aussi «verticale», relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et
  2. 2004/18, dite aussi «classique» ou «horizontale», relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

- **Au plan interne** la réforme la plus récente mais aussi la plus importante se réalisa par:
  1. Les Décrets Présidentiels (DP) 60/2007 et 59/2007 qui ont respectivement transposé en droit interne les deux directives communautaires applicable à partir du 1<sup>er</sup> Janvier 2008, et
  2. Le DP 118/2007 qui porte statut aux marchés publics de fournitures, mis également en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008.
- Dans une large mesure les deux directives CE renferment des dispositions qui témoignent leur conception originale commune. Cependant, la directive 2004/18 a un champ d'application plus vaste, puisqu' elle porte sur les «domaines classiques». Les références dans cet exposé sont faites à cette dernière, et par conséquent au DP 60/2007, sauf référence contraire explicite.
- La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes («la Cour de justice») fait souvent la une de l'actualité juridique dans le domaine des marchés publics. Aussi, se reflète-t-elle dans les textes des directives susmentionnées, aussi bien que dans la jurisprudence des tribunaux grecs.
- Cette présentation, limitée par le temps qui presse, a est été conçue à l'intention des gens d'affaires, plutôt qu'à celle des juristes.

## I. L' APPORT DE LA DIRECTIVE 2004/18

- La directive a remplacé les trois directives en vigueur jusqu'alors dont chacune été afférente à chaque secteur des marchés publics: 92/50/CE pour les services, 93/36 pour les fournitures, 93/37 pour les travaux.
- De ce fait, les dispositions relatives à la coordination de ces marchés ont été réduites à la moitié et sont classés dans le texte de façon plus rationnelle et simple qu'auparavant.
- Du champ d'application de la directive, il est des marchés publics qui sont exclus, tels
  - ceux dans les domaines de la directive 2004/17, des télécommunications, des marchés secrets ou exigeant de mesures particulières de sécurité et ceux passés d'après de règles internationales,
  - des marchés publics spécifiques de services, tels les services d'administration de biens immobiliers, d'arbitrage et de conciliation, d'achat, de développement et de production des programmes de radiodiffusion, de services financiers relatif à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, de contrats d'emploi, de recherche et de développement, des concessions de service et de services attribués sur la base d'un droit exclusif.

- La conception des nouvelles dispositions répond:
  - aux exigences de simplification et de modernisation des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques qui participent à la procédure d’attribution du marché (p.ex. la réduction des délais minimum en cas d’utilisation de moyens électroniques, l’encouragement d’utilisation de la signature électronique avancée)
  - à rendre les procédures d’adjudication plus claires
  - à recevoir dans un texte législatif la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier celle relative aux critères d’attribution permettant aux pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique dans les domaines:
    - environnemental, afin de promouvoir le développement durable (v. affaire C-513 Concordia Bus Finland: le pouvoir adjudicateur pouvait définir comme critère d’adjudication le niveau du bruit ou le niveau d’échappement des gaz (v. aussi CdE 1912/2007. De même, les spécifications de construction d’un ouvrage d’après des conditions favorables à l’environnement peuvent être définis comme de critères d’évaluation de l’offre technique) et

- social (p.ex. l'attribution d'un contrat à un «atelier protégé», ou si les spécifications techniques prévoient la possibilité d'accès à des personnes handicapées, ou le savoir faire en matière de politique sociale ou de chômage constitue un critère d'évaluation de l'offre technique). Pourtant la Cour de justice se montre réservée vis-à-vis des critères sociaux énoncés à l'article 26 de la directive (affaires Viking, Laval, Rüffert), au vu de l'article 53, qui n'énumère pas les critères sociaux parmi les critères d'attribution en cas d'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse les critères sociaux.
- au respect des principes fondamentaux du Traité de Rome à savoir ceux de
  - la libre circulation des marchandises
  - la liberté d'établissement
  - la liberté de prestation des services
  - l'égalité de traitement des concurrents
  - la non discrimination
  - la proportionnalité

- la transparence
- la concurrence effective
  
- À côté des procédures d'attribution déjà connues (ouvertes, restreintes, négociées), de nouvelles procédures ont été introduites, telles:
  - Le système d'acquisition dynamique: processus entièrement électronique pour des achats d'usage courant, limité dans le temps et ouvert pendant toute la durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme aux cahiers des charge
  - L'enchère électronique: processus itératif selon le dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la base portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement se fasse automatiquement
  - Le dialogue compétitif: le pouvoir adjudicataire conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre aux besoins et sur la base de laquelle les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre

- L'accord-cadre, déjà connu de la pratique contractuelle, qui est conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

## **II. LES SEUILS D'APPLICATION DES DIRECTIVES ET DES D.P. 59/2007 ET 60/2007**

L'application des directives ainsi que des D.P. 59 et 60/2007 dépend de la valeur estimée (budget) du marché hors TVA Ces textes sont applicables si la valeur estimée est égale ou dépasse les montants fixés récemment par le règlement 1422/2007/CE entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008. En vertu de ce règlement, qui a abrogé le règlement 2083/2005, les différents seuils ont été pour une fois de plus réduits considérablement afin de se conformer aux seuils des marchés publics relevant de l'accord multilatéral du cycle de l'Uruguay, signé également par la CE.

### **III. LES MARCHÉS PUBLICS EN DROIT INTERNE**

#### **1. Application supplémentaire des lois internes**

- Le stade précontractuel des marchés publics est réglé en droit interne soit par les directives ci-dessus citées, soit par des lois, soit par des D.P, mais aussi par des circulaires des Ministères, surtout celui des travaux publics. Cette pluralité tient à la pluralité et la particularité des entités publiques (État, communes, armée etc.) qui passent des marchés publics, mais aussi à la diversité des marchés, tels que les travaux publics (l. 1418/84 et les D.P. d'application de la loi), les fournitures (D.P. 118/2007), les études (l. 3316/2005).
- Il n'y a pas de loi ou de DP portant statut des procédures de passation de marchés de services en droit interne.
- Au cas où la valeur estimée du marché concerné est égale ou dépasse les seuils d'application des directives 2004/18 et 2004/17 les lois internes y relatives s'appliquent de manière supplémentaire.
- Les dispositions relatives à la passation des divers marchés publics en principe ressemblent, et tendent à être conformes, aux directives.

## **2. Passation de marchés publics d'une valeur estimée inférieure aux seuils des directives**

- Le DP d'application de la loi relatif aux travaux publics (609/85), ainsi que la loi sur les études (3316/05) et la comptabilité publique prévoient la publicité des avis des marchés de valeur estimée même lorsque celle-ci est inférieure aux seuils des directives.
- D'après son intitulé le DP 118/2007 s'applique aux marchés publics de fournitures.
- Aux marchés de services, les pouvoirs adjudicateurs essaient de se conformer volontairement aux règles de la directive 2004/18 et de manière supplémentaire à celles du DP 118/2007. Pourtant, c'est l'avis de marché et les cahiers des charges qui font la loi de la procédure.

- La CE appelle les États Membres (recommandation de la Commission du 24.07.2006) à adopter un minimum de publication des avis de marchés (p.ex. au site internet du pouvoir adjudicateur) en cas de marchés publics cofinancés par la CE, et ce même si leur valeur estimée est inférieure aux seuils des directives (p.ex. attribution d'un contrat sans publication d'avis préalable), qui présentent un intérêt intercommunautaire, en respectant ainsi les principes de la libre circulation et de la liberté d'installation (v. affaire C-507/2003 Commission /Irlande).

### **3. Contrôle précontractuel de la légitimité de la procédure par la Cour des Comptes (l. 774/1980, 3310/2005)**

Ce contrôle s'applique avant la signature du contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique qui a emporté le marché dont le projet doit également être soumis à la Cour, aux cas où la valeur estimée du marché public dépasse le montant, TVA non incluse, de

- 1 mil. € si le marché n'est pas cofinancé par la CE,
- 5 mil. € s'il est cofinancé par CE (depuis le 03.12.2007)

## 4. CERTAINS POINTS D'INTÉRÊT POUR LES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES SOUMISSIONNAIRES

### 4.1 Avant la soumission de l'offre

- Le cas échéant, suivre ou même participer à la consultation publique du marché pour faire des suggestions au sujet de la teneur de l'avis et/ou des cahiers des charges, mais aussi du projet de contrat qui sera annexé à l'avis;
- Lire bien et à fond l'avis/cahiers des charges, une fois ceux-ci publiés, et après l'annonce par l'intéressé de sa participation à la procédure, entamer, le cas échéant, un recours contre un avis ou un cahier des charges dans les délais prescrits par la loi;
- Demander au pouvoir adjudicateur des clarifications sur l'avis/cahiers des charges, surtout en cas de conflit entre leurs termes respectifs;
- Préparer avec précaution toutes les pièces justificatives et tous les documents requis par l'avis/cahiers des charges sous peine d'irrecevabilité de l'offre;
- Rédiger l'offre tout en respectant «religieusement» les spécifications techniques requises à peine de rejet de l'offre, en évitant de confondre les éléments de l'offre technique avec ceux de l'offre économique.

## **4.2 Lors de l'ouverture des offres**

- Être présent ou se faire représenté par un/une fondé (-e) de pouvoir;
- Former une exception devant le comité du concours en cas de violation des dispositions relatives à cette phase de la procédure;
- En cas de rejet de l'exception, ou même sans suivre le pas précédant, former, le cas échéant, un recours devant le pouvoir adjudicateur et, en cas de rejet et s'il y a lieu, introduire une demande en mesures provisoires devant le tribunal compétent (Conseil d'État ou cour civile selon la nature publique ou privée du pouvoir adjudicateur).

## **4.3 Après l'ouverture des offres**

- Demander de prendre connaissance des offres des autres soumissionnaires et, le cas échéant, faire des remarques par écrit,
- Suivre les pas prescrits par l'avis/cahier des charges et répondre à chaque invitation du comité de concours et/ou du pouvoir adjudicateur;
- Former une exception devant le comité du concours en cas de violation des dispositions relatives à chaque phase de la procédure;

- En cas de rejet de l'exception, ou même sans suivre le pas précédent, former, le cas échéant, un recours devant le pouvoir adjudicateur et, en cas de rejet et s'il y lieu, déposer une requête de mesures provisoires devant le tribunal compétent;
- Les délais prévus pour l'exercice des moyens de recours doivent être respectés très soigneusement;

#### **4.4 Après l'attribution du contrat**

- Préparer et soumettre les documents requis pour la signature du contrat;
- Contrôler si le contrat qu'on est invité à signer est identique à celui annexé à l'avis de marché/cahier des charges;
- Au cas où la Cour des Comptes a compétence pour contrôler le projet de contrat, attendre jusqu'à ce que sa section compétente donne son avis positif. Dans le cas opposé, inciter le pouvoir adjudicateur, ci celui-ci s'abstient de le faire, à demander à la Cour la révision de l'avis. Celui à qui le contrat a été attribué peut intervenir à l'audience de la demande;

- Ne pas modifier le contrat en accord avec le pouvoir adjudicateur, sauf s'il est prévu à l'avis/cahier des charges;
- Exécuter le contrat en collaboration avec le pouvoir adjudicateur tout en lui demandant de respecter ses propres obligations découlant du contrat et de la loi;
- Veiller à ce que la correspondance avec le pouvoir adjudicateur et les autorités publiques soit faite régulièrement et par écrit, prenant ainsi soin d'avoir à sa disposition tout document faisant preuve de son comportement vis-à-vis du pouvoir adjudicateur au cours de l'exécution du contrat;
- Veiller à ce que les factures soient réglées en conformité avec le contrat et mettre en demeure le pouvoir adjudicateur en cas de retard,
- Introduire à temps, dans les délais prévus par la loi, tous les recours prévus en cas de litige avec le pouvoir adjudicateur.

#### **4.5 Après l'exécution du contrat**

- Après avoir respecté les délais prévus pour la remise de chaque étape de l'œuvre, exiger que les réceptions provisoire et définitive par le pouvoir adjudicateur se déroulent à temps et que le règlement définitif ait lieu dans les meilleurs délais.

## **4.6 Remarque générale**

- Un soumissionnaire peut tout fois et parallèlement aux recours qu'il peut introduire devant les tribunaux grec, déposer une plainte à la CE, s' il invoque la violation des règles communautaires par le pouvoir adjudicateur.

## **4.7 Caution**

- Si le marché public ne relève pas du champs d'application des directives CE, on doit être très attentif à ce que les règles de publicité de l'avis et de la procédure d'adjudication soient observées. Car, dans le cas opposé, le contactant ne sera payé à moins qu'il n'entame une action en justice et qu'obtienne une décision favorable quelques années après. D'habitude, les pouvoirs adjudicateurs se pourvoient en cassation si le résultat est négatif pour eux.

## 5. L'ACTIONNAIRE PRINCIPAL

### 5.1 L'originalité de la réglementation grecque

- Depuis les années '90 le pouvoir politique, afin d'assurer une meilleure transparence et concurrence effective dans la passation des marchés publics, visait à restreindre l'immixtion et, partant, l'influence des média sur l'attribution des marchés publics.
- L'histoire de la réglementation, de conception purement grecque, débute en 1996 avec la loi 2328 et le DP de son application no 82/1996 sur la nominalisation des actions des SA qui participent aux procédures des marchés publics, puis le principe de la loi en est implanté dans la Constitution (article 14 al. 9), à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2001, la relève est prise par la loi 3021/2002, abrogée en raison de son incompatibilité avec la législation communautaire, et la loi est remplacée par la loi 3310/2005, qui, ayant fait l'objet de vives remarques de la part de la Commission, a été modifiée quelques mois après par la loi 3414/2005.
- La loi fait l'objet de vives critiques à deux égards: sa compatibilité avec la Constitution, d'une part, et avec le droit communautaire de l'autre!

## 5.2 La loi du pont de vue des opérateurs économiques

- La loi interdit de manière absolue la passation de marchés publics avec les entreprises des médias, à l'exception des marchés dont l'objet est en relation directe ou indirecte avec l'objet de l'entreprise de médias;
- La loi ne permet pas la passation de contrats avec des entreprises dont au moins un associé, un actionnaire principal, un des membres de l'administration ou un cadre de la direction détient, directement ou indirectement, au moins 1% des actions de media ou même des droits de vote dans l'assemblée générale des actionnaires lorsque:
  1. celui-ci est un des 10 plus grands actionnaires de la société;
  2. il s'avère, en vertu de quatre présomptions prévues par la loi, qu'il peut avoir une influence décisive pour l'opération de la SA soumissionnaire.
- Pour garantir la non participation à la procédure de passation d'un marché public d'une personne physique ou morale qui remplit les critères ci-dessus, la loi exige que:

- Faire preuve que toutes les actions d'une telle SA, de ses filiales et affiliées sont nominatives jusqu'à actionnaire personne physique;
- Le soumissionnaire remplisse une déclaration sur honneur en déclarant qu'il ne remplit pas les incompatibilités de la loi;
- Pour les entreprises étrangères la loi est moins exigeante, ce qui est du, à mon avis, à l'originalité de la loi grecque parmi les États membres de l'UE;
- Cependant, toutes les entreprises qui participent à des procédures de marchés publics doivent, avant la signature du contrat, via le pouvoir adjudicateur, soumettre au Conseil National de Radiotélévision les justificatifs prévus dans la récente décision commune des Ministres de Développement et d'État no 209772007, qui est en ligne avec l'article 45 al. 1 de la directive pour que celui-ci délivre un certificat de transparence. Si ceci n'est pas délivré, le soumissionnaire intéressé peut se pourvoir en justice et demander l'annulation du refus du Conseil.

- Ces formalités doivent être observées à peine de nullité du contrat relative à la passation du marché public;

### **5.3 La Cour de justice s'est prononcée récemment sur la compatibilité de la loi avec la directive**

J

Je vous remercie de votre attention et de votre participation

**VAROTSOS & VAROTSOS**  
**CABINET D' AVOCATS**  
**90, AVENUE VASSILISSIS SOFIAS**  
**[www.varotsoslaw.gr](http://www.varotsoslaw.gr)**