CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. JÁN MAZÁK

présentées le 22 septembre 2009 [1]

1. Par le présent recours, introduit en vertu de l'article 226 CE, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, en adoptant et en maintenant en vigueur les articles 73 et 74-IV du code des marchés publics [2] (ci-après les «dispositions litigieuses»), dans la mesure où ces dispositions prévoient une procédure de *marchés de définition* [3] qui permet à un pouvoir adjudicateur d'attribuer un *marché d'exécution* (de services, de fournitures ou de travaux) à l'un des titulaires des *marchés de définition* initiaux sans nouvelle mise en concurrence ou, tout au plus, avec une mise en concurrence limitée à ces titulaires, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2, 28 et 31 de la directive 2004/18/CE [4].

I — Le cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

2. L'article 2 de la directive, intitulé «Principes de passation des marchés», prévoit que «les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence».

3. L'article 28 de la directive, intitulé «Utilisation des procédures ouvertes, restreintes et négociées et du dialogue compétitif», dispose:

«Pour passer leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures nationales, adaptées aux fins de la présente directive.

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Adopté par décret nº 2006-975 du 1er août 2006 (JORF du 4 août 2006, p. 11627) et entré en vigueur le 1er septembre 2006 (ci-après le «CMP 2006»).

3 — Il s'agit de marchés publics de définition des paramètres, dont le but, d'un marché public de travaux, de fournitures et de services. J'observe que, en l'espèce, il s'agit seulement d'une procédure d'attribution de plusieurs marchés de définition, applicable lorsque les conditions énoncés à l'article 73, paragraphe 3, du CMP 2006 sont réunies, et non d'un seul marché de définition.

4 — Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114) (ci-après la «directive»).

Ils passent ces marchés publics en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte. Dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 29, les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer leurs marchés publics au moyen du dialogue compétitif. Dans les cas et circonstances spécifiques expressément prévus aux articles 30 et 31, ils peuvent recourir à une procédure négociée, avec ou sans publication d'un avis de marché.»

4. Les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive au plus tard le 31 janvier 2006.

B — *Le droit national*

5. Le CMP 2006, entré en vigueur le 1er septembre 2006, prévoit notamment:

«Article 73

Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre, il peut recourir aux *marchés de définition*.

Ces marchés ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur, le cas échéant au moyen de la réalisation d'une maquette ou d'un démonstrateur. Ils permettent également d'estimer le niveau du prix des prestations, les modalités de sa détermination et de prévoir les différentes phases de l'exécution des prestations.

Dans le cadre d'une procédure unique, les prestations d'exécution faisant suite à plusieurs *marchés de définition* ayant un même objet et exécutés simultanément sont attribuées après remise en concurrence des seuls titulaires des *marchés de définition*, conformément aux dispositions suivantes:

1 L'avis d'appel public à la concurrence définit l'objet des *marchés de définition* passés simultanément et l'objet du *marché d'exécution* ultérieur;

2 L'avis d'appel public à la concurrence définit les critères de sélection des

candidatures. Ces critères tiennent compte des capacités et compétences exigées des candidats tant pour les *marchés de définition* que pour le marché ultérieur d'exécution;

3 L'avis d'appel public à la concurrence définit les critères de sélection des offres des *marchés de définition* passés simultanément et les critères de sélection des offres du *marché d'exécution* ultérieur;

4 Le montant des prestations à comparer aux seuils tient compte du montant des études de définition et du montant estimé du *marché d'exécution;*

5 Le nombre de *marchés de définition* passés simultanément dans le cadre de cette procédure ne peut être inférieur à trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats.

Le marché ou l'accord-cadre est attribué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux.»

«Article 74

IV. Dans le cadre d'une procédure unique, le marché ou l'accord-cadre de maîtrise d'œuvre faisant suite à plusieurs *marchés de définition* ayant un même objet et exécutés simultanément, peut être attribué après remise en concurrence des seuls titulaires des *marchés de définition*, dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 73.»

II — La procédure

6. La Commission a notifié aux autorités françaises une première mise en demeure par lettre du 18 octobre 2004. Elle a notifié une mise en demeure complémentaire à ces autorités le 12 décembre 2006. Non satisfaite des réponses de la République française, la Commission a adressé un avis motivé le 27 juin 2007. Estimant que le manquement perdurait et non satisfaite des réponses reçues, la Commission a décidé d'introduire le présent recours. Les deux parties ont présenté leurs arguments oraux à l'audience qui s'est tenue le 10 juin 2009.

III — Appréciation

A — *Principaux arguments des parties*

7. La Commission soutient que la République française permet l'attribution de marchés de gré à gré, ou avec une mise en concurrence limitée, dans des cas qui ne sont pas prévus par la directive. Il serait impossible que l'objet et les critères d'attribution du *marché d'exécution* puissent être fixés avec précision à un moment où le projet n'est pas encore défini et où le *marché de définition* n'a pas encore été exécuté. Le *marché de définition* et le *marché d'exécution* seraient deux marchés distincts, chacun avec son objet et ses critères d'attribution propres, qui ne pourraient pas être attribués par une procédure unique. Selon la Commission, la procédure des *marchés de définition* ne relève pas de la procédure du dialogue compétitif et n'est pas non plus un accord-cadre au sens des articles 29 et 32 de la directive. Elle ne peut pas non plus être considérée comme une déclinaison du dialogue compétitif.

8. La République française fait valoir que les dispositions litigieuses ne sont pas incompatibles avec la directive qui serait une simple directive de coordination. Selon lui, il est possible d'établir l'objet et les critères du *marché d'exécution* ultérieur dès le lancement des *marchés de définition*. La République française fait valoir également que la directive prévoit deux procédures dont les caractéristiques sont analogues à celles de la procédure des *marchés de définition* française, à savoir l'accord-cadre et le dialogue compétitif. Ainsi le législateur communautaire aurait institué des procédures complexes de mise en concurrence en deux étapes, mais sans que celles-ci soient exhaustives.

B — *Appréciation*

1. Remarques générales

9. La Commission soutient que, en établissant une distinction entre les *marchés de définition* et les *marchés d'exécution* et en permettant, à certaines conditions, l'attribution de ces derniers marchés à l'un des titulaires des *marchés de définition* initiaux sans nouvelle mise en concurrence ou, à tout le moins, avec une mise en concurrence limitée à ces seuls titulaires, la réglementation française méconnaît les principes fondamentaux d'égalité et de transparence, inhérents à la directive. À cet égard, il convient d'observer que l'argument selon lequel les *marchés de définition* ne sont ouverts à aucune concurrence semble concerner le libellé des dispositions du code des marchés publics adopté par décret nº 2004-15 du 7 janvier 2004 [5]. C'est pourquoi j'examinerai l'argument de la Commission dans la mesure où il concerne les dispositions litigieuses, c'est-à-dire le CMP 2006 qui était censé transposer la directive en droit national, en ce que celles-ci ouvrent les *marchés d'exécution* à une concurrence limitée aux seuls titulaires des *marchés de définition* initiaux et ce dans des situations qui ne sont pas prévues par la directive.

5 — Le code des marchés publics adopté par décret nº 2004-15 du 7 janvier 2004 (JORF nº 6 du 8 janvier 2004, p. 703) (ci-après le «CMP 2004»), remplacé depuis par le CMP 2006.

2. Sur le caractère exhaustif de l'article 28 de la directive

10. À cet égard, dans leurs observations, les parties ont longuement débattu de la question de savoir si la liste de procédures d'attribution de marchés publics figurant à l'article 28 de la directive a un caractère exhaustif étant donné qu'elle ne prévoit manifestement pas les *marchés de définition*.

11. La République française soutient que, au vu du troisième considérant de son préambule et de son article 28, la directive n'entendait pas supprimer l'ensemble des procédures nationales spécifiques. En invoquant l'arrêt de la Cour dans les affaires CEI et Bellini [6], concernant la directive 71/305/CEE [7], il affirme que «[l]es États membres restent libres de maintenir ou d'édicter des règles matérielles et procédurales en matière de marchés publics, à condition de respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire et, notamment, les interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation de services» [8].

12. De fait, il ressort assez clairement du titre, ainsi que des deuxième et troisième considérants, de la directive que son objectif est de coordonner les procédures nationales d'attribution de marchés publics. C'est pourquoi elle n'établit pas une réglementation communautaire uniforme et exhaustive en la matière. Partant, dans le cadre des règles communes qu'elle contient, les États membres restent libres de maintenir ou d'édicter des règles matérielles et procédurales en matière de marchés publics, à condition de respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire. Toutefois, le fait que la directive n'ait pas conduit à une harmonisation totale des règles régissant les procédures d'attribution de marchés publics n'empêche pas de comprendre certaines de ces dispositions comme ayant réglementé certains aspects de manière exhaustive.

13. Premièrement, il suffit de souligner que la République française ne peut pas invoquer la jurisprudence CEI et Bellini, car l'article 28 de la directive diffère sensiblement de l'article 2 de la directive 71/305 — en tant que le législateur communautaire a complété l'article 28 par un paragraphe 2 totalement nouveau, décisif pour l'espèce.

14. Deuxièmement, certains facteurs indiquent de manière convaincante qu'il y a lieu de considérer que les procédures citées à l'article 28 de la directive sont exhaustives. De façon générale, le libellé de ce paragraphe ne présente aucune des caractéristiques de ce qu'il est convenu d'appeler une liste ouverte. Au contraire, ce paragraphe cite non seulement les deux procédures régulières, mais aussi deux procédures exceptionnelles et

6 — Arrêt du 9 juillet 1987, CEI et Bellini (27/86 à 29/86, Rec. p. 3347).

7 — Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5).

8 — Arrêt CEI et Bellini, précité à la note 6, point 15. Voir, également, arrêt du 20 septembre 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635, point 20). La République française soutient que cette jurisprudence peut être transposée à la directive, notamment parce que le deuxième considérant du préambule de la directive 71/305 est devenu le troisième considérant du préambule de la directive et que l'article 2 de la directive 71/305 est devenu l'article 28 de la directive.

interdit donc tout autre ajout interprétatif à la liste de procédures. La directive, dans son ensemble, ne comporte pas non plus de disposition permettant un tel ajout.

15. Comme je l'explique ultérieurement, la procédure d'attribution de *marchés de définition* diffère sensiblement des procédures décrites dans la directive et ne peut être assimilée à aucune des dispositions de celle-ci. De fait, la République française a reconnu explicitement dans son mémoire en défense et dans son mémoire en duplique que les *marchés de définition* n'ont pas été prévus par la directive.

16. Les procédures prévues par la directive sont les suivantes. Il ressort clairement du paragraphe 2 de l'article 28 de la directive que le législateur communautaire a prévu deux procédures que, en règle générale, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de suivre. Il s'agit de la procédure ouverte et de la procédure restreinte que l'on peut appeler procédures régulières ou normales. Par ailleurs, le dialogue compétitif peut être considéré comme une procédure spéciale ou exceptionnelle dont la mise en œuvre et les conditions sont précisées à l'article 29 de la directive [9]. De même, on peut considérer que la procédure négociée, avec ou sans publication de l'avis de marché, a un caractère exceptionnel et que ces conditions sont précisées aux articles 30 et 31 de la directive [10].

17. Toutefois, la République française soutient que certaines procédures d'attribution spécifiques, qui ne sont pas mentionnées à l'article 28, sont prévues au chapitre V de la directive, intitulé «Procédures». Il cite les accords-cadres, les systèmes d'acquisition dynamiques et les marchés publics de travaux: règles particulières concernant la réalisation de logements sociaux. Ceux-ci sont prévus respectivement aux articles 32, 33 et 34 de la directive.

18. À cet égard, premièrement, les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques sont des formes de marchés spécifiques ou des déclinaisons de procédures existantes. Ils ne constituent pas de nouvelles formes distinctes de procédures d'attribution de marchés publics, lesquelles sont, en tant que telles, prévues à l'article 28 de la directive. En outre, il résulte du libellé des articles 32, paragraphe 2, et 33, paragraphe 2, de la directive que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de suivre les règles de procédure visées à l'article 28. Deuxièmement, en ce qui concerne les règles relatives à la réalisation

9 — Voir Trepte, P., *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2e édition, Oxford, 2007, p. 427, note 187.

10 — Cette lecture est confirmée par les *travaux préparatoires* de la directive. Pour justifier le libellé de l'article 28, la proposition de directive expliquait qu'«[u]n nouveau paragraphe 2 est ajouté explicitant le principe selon lequel les procédures de droit commun sont la procédure ouverte et la procédure restreinte. Le nouveau paragraphe 3 [qui a finalement été fusionné avec le paragraphe 2] précise l'exception, à savoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir à la procédure négociée que dans les cas et les conditions spécifiques énumérés aux articles 29, 30 et 31».

de logements sociaux, le titre de l'article 34 indique clairement qu'il s'agit de «règles particulières» et non de règles de procédure en tant que telles. Il s'agit plutôt d'une exception aux dispositions concernant la procédure générale. De fait, l'existence même de l'article 34 de la directive et des règles particulières qu'il énonce tend à conforter le point de vue selon lequel la liste de procédures d'attribution du chapitre V de la directive doit être considérée comme exhaustive.

19. Dans ces conditions, remarquons en passant que, dans ses observations, la République française invoque les avantages et la *raison d'être* de la procédure d'attribution de *marchés de définition* lorsque les pouvoirs adjudicateurs ne sont «pas en mesure de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques à utiliser, les moyens […] à mettre en œuvre» [11]. Il ressort des *travaux préparatoires* de la directive que le législateur communautaire était conscient de ce type de préoccupations [12]. C'est pourquoi il a inclus une nouvelle procédure dans les procédures d'attribution de marchés publics, sous la forme du dialogue compétitif, mais il n'a pas décidé d'inclure la procédure d'attribution de *marchés de définition* [13].

11 — Voir article 73 du CMP 2006.

12 — Il était indiqué à la page 6 de la proposition de directive que «dans des marchés particulièrement complexes […] les acheteurs connaissent leurs besoins mais ignorent à l'avance la meilleure solution technique pour les satisfaire. Par conséquent, dans de tels cas, un dialogue entre acheteurs et fournisseurs s'avère nécessaire. Or, les procédures de droit commun prévues par les directives […] ne laissent qu'une marge très réduite pour la discussion au cours de la procédure d'adjudication et sont donc perçues comme trop rigides pour ce type de situation».

13 — Peut-être, notamment, parce qu'on a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'inclure les *marchés de définition* dans la mesure où cette procédure est analogue par nature à la nouvelle procédure de dialogue compétitif, transposée en droit français par l'article 67 du CMP 2006 en tant que procédure totalement autonome, qui semble répondre aux mêmes préoccupations.

20. En outre, la République française essaie de défendre sa cause en affirmant qu'il conviendrait de considérer que les *marchés de définition* sont analogues aux deux procédures prévues par la directive, à savoir l'accord-cadre et le dialogue compétitif. En ce qui concerne le premier, son ouverture à la concurrence peut être divisée en deux étapes, la dernière étape étant ouverte à une concurrence limitée aux titulaires retenus pour le premier marché et permettant de préciser les termes du second marché. Pour ce qui est du deuxième, la procédure d'attribution de *marchés de définition* permet à un pouvoir adjudicateur de fixer les conditions d'un marché dont les critères de sélection avaient été établis. Ainsi, selon la République française, le législateur communautaire a institué des procédures complexes qui ouvrent les marchés à la concurrence en deux étapes mais qui ne sont pas exhaustives.

21. Cette argumentation ne saurait prospérer. Il suffit d'observer que la République française ne conteste pas que la procédure d'attribution de *marchés de définition* ne relève ni du dialogue compétitif ni de l'accord-cadre au sens des articles 29 et 32 de la directive. Le dialogue compétitif et les accords-cadres sont des formes de marchés régies par des dispositions spécifiques. Reconnaissant leur spécificité, le législateur communautaire a prévu des règles qui garantissent que les principes énoncés à l'article 2 de la directive soient quand même respectés.

22. Pour le cas où la liste de l'article 28 de la directive serait considérée comme exhaustive, la République française soutient, à titre subsidiaire, qu'il faudrait analyser la procé-

dure d'attribution de *marchés de définition* comme une déclinaison de la procédure de dialogue compétitif. Il semblerait que la République française ait invoqué cet argument «à titre subsidiaire» pour la première fois dans le cadre de son mémoire en défense alors que jusqu'à ce stade il avait défendu la thèse opposée selon laquelle les *marchés de définition* ne relevaient pas de la procédure du dialogue compétitif et n'étaient pas prévus par la directive. De fait, ces observations mêmes ont fait apparaître de nombreuses différences entre les deux procédures. Quoi qu'il en soit, j'estime que cet argument ne sert pas la cause de la République française. Il suffit d'observer que les deux procédures diffèrent sur des aspects importants, notamment parce que le dialogue compétitif est une procédure d'attribution d'un marché unique, alors que la procédure d'attribution de *marchés de définition* a pour but d'attribuer deux marchés, le deuxième étant attribué après une ouverture à la concurrence limitée aux titulaires du marché initial.

3. Traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et avec transparence

23. De toute façon, même si nous devions admettre qu'il est possible, dans certaines conditions, d'adapter les procédures énumérées à l'article 28, de la directive, en tenant compte de la nature et du fonctionnement de la procédure d'attribution de *marchés de définition,* il convient d'observer que non seulement cette procédure ne peut pas relever de l'article 28 mais aussi qu'elle est contraire aux principes cités au deuxième considérant du préambule et à l'article 2 de la directive [14].

24. À mon avis, contrairement à ce qu'affirme la République française, la Commission a raison lorsqu'elle soutient qu'il est pratiquement impossible par définition de connaître avec précision l'objet et les critères d'attribution d'un marché public (*marché d'exécution*) à un moment où le projet n'est pas encore défini et où les *marchés de définition* ne sont pas encore exécutés. Les *marchés de définition* et le *marché d'exécution* sont deux types de marchés publics totalement distincts, ce que, semble-t-il, la République française n'a jamais contesté. Chacun d'entre eux a un objet et des critères d'attribution propres. C'est pourquoi ils doivent tous deux respecter les dispositions de la directive et ne peuvent pas être attribués par une procédure unique. En d'autres termes, puisque le *marché d'exécution* a un objet et des critères d'attribution propres, il devrait être soumis à la concurrence et pas simplement réservé aux titulaires des *marchés de définition* initiaux.

14 — Il semblerait que la doctrine juridique française soit également de cet avis. Voir exemple le plus récent, Monjal, P.-Y., «Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude», Revue du Droit de l'Union européenne, nº 4, 2008, p. 729 à 738. Voir également, dans une affaire concernant des marchés de définition, par exemple, arrêt du Conseil d'État du 3 mars 2004, Société Mak System, requête nº 258272.

25. Dans son arrêt du 14 octobre 2004, Commission/France [15], la Cour a jugé que «[l]e gouvernement français soutient toutefois que la possibilité, prévue dans l'avis […], d'attribuer le marché relevant de la deuxième étape au lauréat du concours d'idées dispenserait le pouvoir adjudicateur de l'obligation de publier un nouvel avis préalable à la passation de ce marché». Elle a ensuite constaté que «[c]et argument ne saurait être retenu. En effet, le principe de l'égalité de traitement entre les différents prestataires de services […] et le principe de transparence qui en découle […] *exigent que l'objet de chaque marché ainsi que les critères de son attribution soient clairement définis*» [16].

26. Dans le même arrêt, la Cour a ajouté: «[u]ne telle exigence s'impose dès lors que l'objet d'un marché ainsi que les critères retenus pour son attribution doivent être considérés comme des éléments décisifs aux fins de déterminer laquelle des procédures prévues par la directive doit être mise en œuvre et d'apprécier le respect des impératifs propres à la procédure ainsi retenue». C'est pourquoi elle a conclu qu'«en l'espèce la simple possibilité d'attribuer le marché concernant la deuxième étape selon les critères prévus pour un autre marché, celui concernant la première étape, n'équivaut pas à sa passation selon l'une des procédures prévues par la directive».

27. En l'espèce, la République française a reconnu dans son mémoire en défense que, dans l'arrêt Commission/France, précité, «la Cour s'est prononcée négativement sur une procédure analogue [aux marchés de définition]». À mon avis, il est clair que, en règle générale, les *marchés de définition* ne permettent pas d'établir dès le départ l'objet, ainsi que les critères de sélection et d'attribution, du second marché (c'est-à-dire du *marché d'exécution*) avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences définies dans ledit arrêt. La raison en est que le but des *marchés de définition* initiaux est justement de définir l'objet et les conditions de l'adjudication du *marché d'exécution* ultérieur.

28. Par conséquent, la procédure d'attribution des *marchés de définition,* conformément aux dispositions litigieuses, est contraire au principe de transparence énoncé à l'article 2 de la directive. Cette procédure crée une situation d'insécurité juridique, tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les opérateurs économiques, en raison du risque contentieux qu'elle comporte.

29. La République française conteste l'argument invoqué au point 27 des présentes conclusions et soutient que le but des *marchés de définition* est seulement de définir les spécifications techniques du marché ultérieur et non son objet. Toutefois,

15 — C-340/02, Rec. p. I-9845, également désigné comme l'affaire «La Chauvinière», points 33 à 36 et jurisprudence citée.

16 — C'est moi qui souligne.

il suffit de constater que le libellé même de l'article 73 du CMP 2006 n'étaie pas cette thèse. Son paragraphe 2 prévoit que «[c]es marchés ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur, le cas échéant au moyen de la réalisation d'une maquette ou d'un démonstrateur». En outre, même s'il est possible que dans certaines situations les *marchés de définition* se contentent de définir les spécifications techniques, de fait, la procédure en cause permet bien de compléter le cahier des charges du *marché d'exécution* ou même de l'élaborer en totalité.

30. De plus, la République française souligne qu'il est possible d'établir l'objet et les critères du *marché d'exécution* ultérieur dès le lancement des *marchés de définition*. Selon cet argument, il existe de nombreux cas où les critères de sélection des candidatures pour le *marché d'exécution* sont suffisamment indépendants des *marchés de définition* pour que le *marché d'exécution* soit défini dès le stade du *marché de définition*. La République a fourni trois exemples de tels cas à la Cour dans ses observations.

31. En tout état de cause, il convient de remarquer, premièrement, que la République française a admis lors de l'audience que, effectivement, des problèmes se posaient. Il y a manifestement des cas où les *marchés de définition* servent non pas seulement à définir les spécifications techniques, mais plutôt à compléter ou à définir les conditions d'adjudication du *marché d'exécution*. La Commission a fourni trois exemples de tels cas à la Cour. J'estime que la République française n'a pas réussi à prouver que les dispositions litigieuses permettaient de garantir la transparence et suffisamment de clarté dans tous les cas et à tout moment, de façon à ce que «l'objet [du *marché d'exécution*] ainsi que les critères de son attribution soient clairement définis» [17]. En tout cas, une simple définition générale du type «aménagement urbain du quartier X», qui apparaît très souvent comme la seule possible au stade de l'appel d'offres pour les *marchés de définition*, ne satisfait certainement pas aux exigences définies par la Cour dans l'arrêt Commission/France [18].

32. Enfin, j'estime qu'il est important de remarquer que la procédure d'attribution des *marchés de définition* est biaisée. Alors que la directive tout entière vise à assurer la mise en concurrence des opérateurs, les *marchés de définition* ne s'adressent qu'à un certain type d'opérateurs économiques, à savoir ceux et seulement ceux qui peuvent se charger à la fois de la conception et de la construction. De par sa nature, la procédure d'attribution de *marchés de définition* opère une telle présélection parmi les opérateurs économiques potentiels. J'estime que cela est contraire à l'esprit des règles communautaires

17 — Cité à la note 15, point 34.

18 — Arrêt précité à la note 15. Voir Arrowsmith, S., «The Law of Public and Utilities Procurement», Thomson, Sweet & Maxwell, Londres, 2005, p. 448: «Les directives actuelles […] ne comportent aucune disposition explicite imposant des spécifications précises dans les procédures ouvertes ou restreintes. Toutefois, le principe de transparence peut imposer une telle règle. Ainsi, il n'est probablement pas acceptable de faire un appel d'offres pour «une école» sans indiquer clairement, par exemple, le nombre d'élèves et le type d'installations requis. Il faut des précisions raisonnables au plus tard au moment de l'appel d'offres».

en matière de marchés publics. Il est évident que, quelle que soit la façon dont les *marchés de définition* évoluent dans un cas précis, la solution fournie par la procédure aboutira toujours à un appel d'offres à caractère restreint.

33. Il résulte des considérations qui précèdent que les dispositions litigieuses permettent d'attribuer des marchés avec une mise en concurrence limitée dans des cas qui ne sont pas prévus par la directive et qu'aucune des exceptions prévues par celle-ci ne peuvent les justifier.

IV — Sur les dépens

34. L'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure prévoit que la partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens par la partie gagnante. Comme la Commission a demandé que la République française supporte les dépens et que cette dernière a succombé, elle doit être condamnée à supporter les dépens.

V — Conclusion

35. Au vu des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de:

— Constater que, en adoptant et en maintenant en vigueur les articles 73 et 74-IV du code des marchés publics adopté par décret n° 2006-975 du 1er août 2006, dans la mesure où ces dispositions prévoient une procédure de *marchés de définition* qui permet à un pouvoir adjudicateur d'attribuer un *marché d'exécution* (de services, de fournitures ou de travaux) à l'un des titulaires des *marchés de définition* initiaux avec une mise en concurrence limitée à ces titulaires, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2, 28 et 31 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.

— Condamner la République française aux dépens.