

FR

ANNEXE

Orientations

pour la détermination des corrections financières à appliquer aux dépenses financées par l'Union dans le cadre de la gestion partagée en cas de non-respect des règles en matière de marchés publics

Table des matières

| | | |
|--------|--|----|
| 1. | Introduction | 3 |
| 1.1. | Finalité et portée des orientations..... | 3 |
| 1.2. | Base juridique et documents de référence..... | 5 |
| 1.2.1. | <i>Orientations concernant les corrections financières</i> | 5 |
| 1.2.2. | <i>Droit de l'Union applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»</i> | 5 |
| 1.3. | Critères à prendre en considération pour décider du taux de correction à appliquer ... | 7 |
| 2. | Principaux types d'irrégularités et taux correspondants des corrections financières... | 8 |
| 2.1. | Avis de marché et cahiers des charges | 8 |
| 2.2. | Évaluation des offres | 14 |
| 2.3. | Exécution du marché | 18 |

1. Introduction

1.1. Finalité et portée des orientations

Les orientations concernant les corrections financières doivent être appliquées principalement dans les cas d'irrégularités constituant des violations des règles de passation des marchés publics relatives aux marchés financés par le budget de l'Union et soumis au mode de gestion partagée. Ces règles de passation des marchés publics sont exposées dans les directives relatives aux marchés publics spécifiées à la section 1.2 (ci-après dénommées «directives») et dans le droit national pertinent.

Les taux de correction prévus à la section 2 s'appliquent également aux marchés non soumis ou soumis partiellement aux dispositions des directives¹. La fourchette des taux compris entre 5 % et 100 % établie dans la section 2 est la même que celle visée dans la décision de la Commission du 19 octobre 2011 portant approbation des orientations définissant les principes, les critères et les barèmes indicatifs à appliquer pour la détermination des corrections financières effectuées par la Commission en vertu des articles 99 et 100 du règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil¹ (ci-après – dénommée «décision concernant les corrections financières»). En ce qui concerne les articles 97 et 98 du règlement (CE) n° 1198/2006 du 27 juillet 2006, la même fourchette de taux de correction a été reproduite, mutatis mutandis, dans les orientations définissant les principes, les critères et les barèmes indicatifs à appliquer en ce qui concerne les corrections financières effectuées par la Commission en vertu du règlement (CE) n° 1198/2006 du Conseil, relatives au Fonds européen pour la pêche (ci-après dénommées «orientations du FEP»). En ce qui concerne l'article 44 de la décision 2007/435/CE du Conseil du 25 juin 2007, l'article 46 de la décision 573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, l'article 48 de la décision 574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 et l'article 46 de la décision 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, une approche similaire a été appliquée dans la décision C(2011)9771 de la Commission du 22 décembre 2011 portant approbation des orientations définissant les principes, les critères et les barèmes indicatifs à appliquer pour la détermination des corrections financières effectuées par la Commission au titre des quatre Fonds du programme général «Solidarité et gestion des flux migratoires» [ci-après dénommée «décision concernant les corrections financières effectuées au titre du FEI (Fonds européen d'intégration des ressortissants de pays tiers), du FER III (Fonds européen pour les réfugiés), du FFE (Fonds pour les frontières extérieures) et du FR (Fonds européen pour le retour)»].

Les présentes orientations remplacent et mettent à jour les orientations précédentes sur le même sujet (voir le considérant 5 de la présente décision). Les orientations ainsi mises à jour reflètent l'expérience tirée de l'application des orientations précédentes et visent à apporter des précisions sur le niveau de correction à appliquer conformément au principe de proportionnalité et compte tenu de la jurisprudence pertinente. Les principales différences par rapport aux orientations précédentes sont les suivantes: 1) précision du niveau de correction à appliquer dans certains cas, par l'introduction de critères plus clairs; 2) prise en compte de nouvelles irrégularités non spécifiées dans les orientations précédentes mais correspondant à des cas où des irrégularités ont

¹ C(2011) 7321 final.

été décelées dans le cadre d'audits de l'Union et pour lesquels des corrections financières ont été effectuées; 3) harmonisation du niveau de correction en ce qui concerne les marchés soumis aux directives et aux principes du traité. La portée des orientations a en outre été étendue, les nouvelles orientations s'appliquant également à d'autres dépenses que celles qui relèvent des Fonds structurels ou du Fonds de cohésion.

Il convient d'appliquer les présentes orientations lorsque sont effectuées des corrections financières qui concernent des irrégularités détectées après la date de leur adoption. En ce qui concerne les constatations d'audit et les corrections financières effectuées dans le cadre des Fonds structurels, du Fonds de cohésion, du FEP et des quatre Fonds du programme général «Solidarité et gestion des flux migratoires» pour lesquels la procédure contradictoire avec l'État membre est en cours à la date d'adoption des présentes orientations, la Commission appliquera les orientations existantes (mentionnées au considérant 5 de la présente décision) ou les présentes orientations, en veillant à ce que le taux de correction soit celui qui est le plus favorable à l'État membre.

Les présentes orientations traitent également de la nécessité de corriger les évaluations d'offres lorsque ces offres ont été influencées par des conflits d'intérêts; à cet effet, un type spécifique d'irrégularité est introduit à la section 2 (voir l'irrégularité n° 21).

Les présentes orientations contribuent également à mettre en œuvre la recommandation de décharge pour 2010 faite par le Parlement européen visant à harmoniser le traitement des erreurs liées à la passation des marchés publics dans les secteurs de l'agriculture et des ressources naturelles, de la cohésion, de l'énergie et des transports et à promouvoir une plus grande harmonisation de la quantification par la Cour des comptes européenne et la Commission des irrégularités dans la passation des marchés publics. La Commission invitera la Cour des comptes européenne à appliquer les présentes orientations dans le cadre de ses travaux d'audit, afin de tenir compte de la recommandation précitée du Parlement européen.

Les types d'irrégularités décrits dans la section 2 sont ceux qui sont les plus souvent constatés. D'autres irrégularités non mentionnées dans cette section doivent être traitées conformément au principe de proportionnalité et, chaque fois que possible, par analogie avec les types d'irrégularités recensés dans les présentes orientations.

Lorsque la Commission constate des irrégularités liées au non-respect des règles de passation des marchés publics, elle détermine le montant de la correction financière applicable conformément aux présentes orientations. Le montant de la correction financière est calculé sur la base du montant des dépenses déclarées à la Commission et lié au marché (ou à une partie de celui-ci) concerné par l'irrégularité. Le pourcentage du barème approprié s'applique au montant concerné des dépenses déclarées à la Commission pour le marché en question. Le même taux de correction doit également être appliqué aux éventuelles futures dépenses liées au marché en question, avant que ces dépenses ne soient certifiées à la Commission. Exemple pratique: le montant des dépenses déclarées à la Commission pour un marché de travaux conclu sur la base de critères illégaux est de 10 000 000 EUR. Si le taux de correction applicable est de 25 %, le montant à déduire de la déclaration des dépenses à la Commission est de 2 500 000 EUR. En conséquence, le financement de l'Union est réduit en fonction du taux de financement applicable. Si, par la suite, les autorités nationales ont l'intention de déclarer d'autres dépenses concernant le même marché qui sont affectées de la même irrégularité, il convient que ces dépenses soient soumises au même taux de correction. En fin de compte, la totalité de la valeur des paiements relatifs au marché est corrigée sur la base du même taux de correction.

Les États membres constatent également des irrégularitésⁱⁱ; dans ce cas, ils sont invités à procéder aux corrections nécessaires. Il est recommandé aux autorités compétentes des États membres de respecter les mêmes critères et taux lorsqu'ils corrigent des irrégularités décelées par leurs propres services, sauf s'ils appliquent des normes plus strictes.

1.2. Base juridique et documents de référence

Les présentes orientations prennent en compte l'article 80, paragraphe 4, du règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, les règles sectorielles applicables au cofinancement de l'Union soumis à la gestion partagée, les directivesⁱⁱⁱ et les documents de référence spécifiés aux sections 1.2.1 et 1.2.2, à savoir la décision concernant les corrections financières, les orientations du FEP et la communication interprétative n° 2006/C 179/02 de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics».

Dans la section 2, il est fait référence à 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 postaux² et à 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 services³. Si une procédure ou un contrat de marché public est régi par une directive antérieure ou ultérieure, la correction sera effectuée conformément à la section 2, si possible, ou par analogie avec les cas décrits dans cette section. De plus, il convient que les différentes dispositions nationales en matière de marchés publics transposant ces directives soient également considérées comme une référence lors de l'analyse des irrégularités en cause.

1.2.1. Orientations concernant les corrections financières

La décision concernant les corrections financières s'applique à la période de programmation 2007-2013^{iv} et définit le cadre général et les barèmes des corrections financières forfaitaires appliquées par la Commission dans le cadre de la gestion partagée pour le Fonds européen de développement régional, le Fonds social européen et le Fonds de cohésion. Les orientations du FEP traduisent la même approche que celle définie dans la décision concernant les corrections financières. Les présentes orientations suivent le même raisonnement et appliquent le même barème de corrections. La décision concernant les corrections financières effectuées au titre du FEI, du FER III, du FFE et du FR s'inscrit dans cette approche en ce qui concerne les quatre Fonds du programme général «Solidarité et gestion des flux migratoires». Le document VI/5330/97 fixe les orientations concernant le calcul des conséquences financières au moment de la préparation de la décision d'apurement des comptes du FEOGA-Garantie.

1.2.2. Droit de l'Union applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»

Comme indiqué dans la communication interprétative n° 2006/C 179/02 relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux dispositions des directives «marchés publics» (ci-après dénommée «communication interprétative»), la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé que «les règles et les

² JO L 134 du 30.4.2004, p. 1.

³ JO L 134 du 30.4.2004, p. 114.

principes du traité CE s'appliquent également à des contrats qui ne relèvent pas du champ d'application des directives».

Conformément aux points 1.1 et 1.2 de la communication interprétative, les entités adjudicatrices des États membres sont tenues de se conformer aux règles et aux principes énoncés dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne lors de la passation de marchés publics relevant du champ d'application du traité. Ces principes comprennent la libre circulation des marchandises (article 34 TFUE), le droit d'établissement (article 49 TFUE), la libre prestation de services (article 56 TFUE), la non-discrimination et l'égalité de traitement, la transparence, la proportionnalité et la reconnaissance mutuelle.

La Cour de justice a défini un ensemble de normes fondamentales applicables à la passation des marchés publics, qui résultent directement des règles et des principes du traité CE. Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent une obligation de transparence. Cette obligation, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice^v, «*consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication*».

La notion de «degré de publicité adéquat»^{vi} doit être interprétée au regard des principes énoncés dans le traité, tels qu'interprétés eux-mêmes par la Cour de justice et résumés dans la communication interprétative.

À la lumière des arrêts de la Cour de justice dans l'affaire C-412/04⁴, les affaires jointes C-147/06 et C-148/06⁵ et l'affaire C-507/03⁶, dans le contexte d'une procédure d'infraction, si la Commission invoque le non-respect des règles et principes du traité, «*il [lui] appartient d'établir*»

- que nonobstant le fait qu'un marché n'est pas soumis ou est partiellement soumis aux dispositions des directives, ledit marché «*présentait, pour une entreprise située dans un État membre autre que celui dont relève le pouvoir adjudicateur concerné, un intérêt certain, et*

- que cette dernière, n'ayant pas eu accès aux informations adéquates avant que ce marché ne soit attribué, n'a pu être en mesure de manifester son intérêt pour celui-ci»^{vii}.

Conformément au point 34 de l'arrêt rendu dans l'affaire C-507/03, «*la simple indication, par celle-ci [la Commission], de l'existence d'une plainte qui lui a été adressée en relation avec le marché en cause ne saurait suffire à démontrer que ledit marché présentait un intérêt transfrontalier certain et à constater, par conséquent, l'existence d'un manquement*».

Dans ce contexte, lorsque l'on décèle des cas de non-respect apparent des principes de transparence et de non-discrimination dans des marchés non soumis ou soumis partiellement aux dispositions des directives, il est nécessaire de déterminer s'il existe des éléments qui corroborent l'intérêt transfrontalier, y compris les éléments suivants:

- l'objet du marché,

⁴ *Commission contre Italie*, Rec. 2008, p. I-619.

⁵ *SECAP SpA et Santorso Soc. contre Comune di Torino*, Rec. 2008, p. I-3565.

⁶ *Commission contre Irlande*, Rec. 2007, p. I-9777.

- sa valeur estimée, les spécificités du secteur concerné (taille et structure du marché, pratiques commerciales, etc.),
- la situation géographique du lieu d'exécution,
- la preuve de l'existence d'offres émanant d'autres États membres ou de l'intérêt exprimé par des entreprises d'un État membre différent.

Indépendamment de l'existence d'un intérêt transfrontalier certain^{viii}, pour un marché donné non soumis ou soumis partiellement aux dispositions des directives, il est nécessaire d'examiner si les dépenses déclarées pour ce marché sont conformes aux règles nationales en matière de marchés publics.

S'il existe un intérêt transfrontalier ou que la législation nationale n'est pas respectée, la Commission peut proposer l'application d'une correction financière sur la base des critères établis ci-dessous à la section 1.3 et des barèmes de corrections définis à la section 2. Au moment d'évaluer les cas de non-respect de la législation nationale relative aux marchés publics, la Commission devra prendre en considération les règles d'interprétation nationales établies par les autorités nationales compétentes.

1.3. Critères à prendre en considération pour décider du taux de correction à appliquer

Les présentes orientations définissent une série de corrections (5 %, 10 %, 25 % et 100 %), qui sont appliquées aux dépenses liées à un marché. Elles tiennent compte de la gravité de l'irrégularité et du principe de proportionnalité. Ces taux de correction sont appliqués lorsqu'il n'est pas possible de quantifier précisément les incidences financières pour le marché concerné.

La gravité d'une irrégularité liée au non-respect des règles relatives aux marchés publics et l'incidence financière connexe pour le budget de l'Union sont évaluées en tenant compte des facteurs suivants: niveau de concurrence, transparence et égalité de traitement. Lorsque le non-respect en cause a un effet dissuasif sur les soumissionnaires potentiels ou que le non-respect entraîne l'attribution d'un marché à un soumissionnaire autre que celui qui aurait dû obtenir le marché, cela indique nettement que l'irrégularité est grave.

Lorsque l'irrégularité est uniquement de nature formelle, sans aucune incidence financière réelle ou potentielle, aucune correction ne sera effectuée.

Dans le cas où plusieurs irrégularités sont constatées dans la même procédure d'appel d'offres, les taux de correction ne sont pas cumulés: l'irrégularité la plus grave est considérée comme indicative pour décider du taux de correction (5 %, 10 %, 25 % ou 100 %).

Si une correction a été appliquée pour un certain type d'irrégularités et que l'État membre ne prend pas les mesures correctives qui s'imposent en ce qui concerne les autres procédures d'appel d'offres concernées par le même type d'irrégularités, les taux de correction financière peuvent être portés à un niveau plus élevé de correction (c'est-à-dire 10 %, 25 % ou 100 %).

Une correction financière de 100 % peut être appliquée dans les cas les plus graves, lorsque l'irrégularité favorise un ou plusieurs soumissionnaires/candidats ou que l'irrégularité se rapporte à une fraude, telle qu'établie par une autorité judiciaire ou administrative compétente.

2. PRINCIPAUX TYPES D'IRREGULARITES ET TAUX CORRESPONDANTS DES CORRECTIONS FINANCIERES

2.1. Avis de marché et cahiers des charges

| N° | Type d'irrégularité | Droit applicable / document de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|----|--|---|--|---|
| 1. | Défaut de publication de l'avis de marché. | Articles 35 et 58 de la directive 2004/18/CE Article 42 de la directive 2004/17/CE Section 2.1 de la communication interprétative n° 2006/C 179/02 de la Commission | L'avis de marché n'a pas été publié conformément aux règles en la matière [par exemple, publication au <i>Journal officiel de l'Union européenne</i> (JO), lorsque celle-ci est exigée par les directives ^{ix}]. | 100 % 25 % si la publication d'avis de marché est requise par les directives et que ces avis n'ont pas été publiés au JO, mais qu'ils ont été publiés de façon à garantir qu'une entreprise située dans un autre État membre peut avoir accès aux informations appropriées relatives au marché public avant que celui-ci ne soit attribué, de sorte que cette entreprise serait en mesure de présenter une offre ou de manifester son intérêt pour obtenir ce marché. Dans la pratique, cela signifie soit que l'avis de marché a été publié au niveau national (conformément à la législation ou à la réglementation nationale applicable) soit que les normes de base relatives à la publication de l'avis de marché ont été respectées. Pour plus de détails sur ces normes, voir la section 2.1 de la communication interprétative |

| N° | Type d'irrégularité | Droit applicable / document de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|----|--|---|---|--|
| | | | | n° 2006/C 179/02 de la Commission. |
| 2. | Séparation artificielle des marchés de travaux/services/fournitures. | Article 9, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE Article 17, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE | Un projet d'ouvrage ou un projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures et/ou de services est scindé, de sorte qu'il est soustrait à l'application des directives et qu'il ne peut donc faire l'objet d'une publication au JO pour l'ensemble des travaux, des services ou des fournitures en jeu. | 100 % 25 % si la publication d'un avis de marché est requise par les directives et que cet avis n'a pas été publié au JO, mais qu'il a été publié de façon à garantir qu'une entreprise située dans un autre État membre peut avoir accès aux informations appropriées relatives au marché public avant que celui-ci ne soit attribué, de sorte que cette entreprise serait en mesure de présenter une offre ou de manifester son intérêt pour obtenir ce marché. Dans la pratique, cela signifie soit que l'avis de marché a été publié au niveau national (conformément à la législation ou à la réglementation nationale applicable) soit que les normes de base relatives à la publication de l'avis de marché ont été respectées. Pour plus de détails sur ces normes, voir la section 2.1 de la communication interprétative n° 2006/C 179/02 de la Commission. |

| N° | Type d'irrégularité | Droit applicable / document de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|----|--|---|---|---|
| 3. | <p>Non-respect</p> <ul style="list-style-type: none"> - des délais de réception des offres, ou - des délais de réception des demandes de participation^x. | <p>Article 38 de la directive 2004/18/CE</p> <p>Article 45 de la directive 2004/17/CE</p> | <p>Les délais de réception des offres (ou de réception des demandes de participation) étaient plus courts que les délais fixés dans les directives.</p> | <p>25 % si réduction des délais \geq 50 %</p> <p>10 % si réduction des délais \geq 30 %</p> <p>5 % pour toute autre réduction des délais (ce taux de correction peut être ramené à un taux compris entre 2 % et 5 %, lorsque la nature et la gravité de la défaillance ne justifient pas un taux de correction de 5 %).</p> |
| 4. | <p>Trop peu de temps pour que les soumissionnaires/candidats potentiels obtiennent le dossier d'appel d'offres.</p> | <p>Article 39, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE</p> <p>Article 46, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE</p> | <p>Le temps dont disposent les soumissionnaires/candidats potentiels pour obtenir le dossier d'appel d'offres est trop court, ce qui a pour effet de créer un obstacle injustifié à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.</p> <p>Les corrections sont appliquées au cas par cas. Pour déterminer le taux de correction, il sera tenu compte des éventuelles circonstances atténuantes liées à la spécificité et à la complexité du marché, notamment d'une éventuelle charge administrative ou des difficultés à fournir le dossier</p> | <p>25 % si le temps dont disposent les soumissionnaires/candidats potentiels pour obtenir le dossier d'appel d'offres est inférieur à 50 % des délais de réception des offres (conformément aux dispositions applicables).</p> <p>10 % si le temps dont disposent les soumissionnaires/candidats potentiels pour obtenir le dossier d'appel d'offres est inférieur à 60 % des délais de réception des offres (conformément aux dispositions applicables).</p> <p>5 % si le temps dont disposent les</p> |

| N° | Type d'irrégularité | Droit applicable / document de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|----|---|---|--|---|
| | | | d'appel d'offres. | soumissionnaires/candidats potentiels pour obtenir le dossier d'appel d'offres est inférieur à 80 % des délais de réception des offres (conformément aux dispositions applicables). |
| 5. | Défaut de publication - de la prolongation des délais de réception des offres, ou - de la prolongation des délais de réception des demandes de participation ^{xi} . | Article 2 et article 38, paragraphe 7, de la directive 2004/18/CE. Articles 10 et 45, paragraphe 9, de la directive 2004/17/CE | Les délais de réception des offres (ou de réception des demandes de participation) ont été prolongés sans publication conformément aux règles en la matière (à savoir, publication au JO si le marché public relève des directives). | 10 % La correction peut être ramenée à 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité. |
| 6. | Cas ne justifiant pas le recours à la procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché. | Article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE | Le pouvoir adjudicateur attribue un marché public de services en recourant à une procédure négociée après publication d'un avis de marché, mais cette procédure n'est pas justifiée par les dispositions pertinentes. | 25 % La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité. |
| 7. | Pour la passation de marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité relevant spécifiquement | Directive 2009/81/CE | Le pouvoir adjudicateur attribue un marché public dans le domaine de la défense et de la sécurité au moyen | 100 % La correction peut être ramenée à |

| N° | Type d'irrégularité | Droit applicable / document de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|----|---|--|--|---|
| | de la directive 2009/81/CE, justification inadéquate de l'absence de publication d'un avis de marché. | | d'un dialogue compétitif ou d'une procédure négociée sans publication d'un avis de marché, alors que les circonstances ne justifient pas l'application d'une telle procédure. | 25 %, 10 % ou 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité. |
| 8. | Absence d'indication - des critères de sélection dans l'avis de marché; et/ou - des critères d'attribution (et de leur pondération) dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. | Les articles 36, 44, 45 à 50 et 53 de la directive 2004/18/CE et les annexes VII-A (avis de marchés publics: points 17 et 23) et VII-B (avis pour les concessions de travaux publics: point 5). Articles 42, 54 et 55 et annexe XIII de la directive 2004/17/CE | L'avis de marché ne définit pas les critères de sélection et/ou ni l'avis de marché ni le cahier des charges ne décrivent de manière suffisamment détaillée les critères d'attribution ainsi que leur pondération. | 25 % La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % si les critères de sélection/d'attribution étaient énoncés dans l'avis de marché (ou dans le cahier des charges, en ce qui concerne les critères d'attribution), mais étaient insuffisamment détaillés. |
| 9. | Critères de sélection et/ou d'attribution fixés dans l'avis de marché ou le dossier d'appel d'offres illégaux et/ou discriminatoires | Articles 45 à 50 et 53 de la directive 2004/18/CE Articles 54 et 55 de la directive 2004/17/CE | Cas dans lesquels les opérateurs ont été dissuadés de soumissionner en raison de critères de sélection et/ou d'attribution illégaux fixés dans l'avis de marché ou le dossier d'appel d'offres. Par exemple: - obligation d'avoir déjà un établissement ou un représentant dans | 25 % La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité. |

| N° | Type d'irrégularité | Droit applicable / document de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|-----|---|---|---|---|
| | | | <p>le pays ou la région;</p> <p>- obligation pour le soumissionnaire de posséder de l'expérience dans le pays ou la région.</p> | |
| 10. | Critères de sélection non liés ni proportionnés à l'objet du marché | <p>Article 44, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE</p> <p>Article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE</p> | Il peut être démontré que les niveaux minimaux de capacités pour un contrat spécifique ne sont ni liés ni proportionnés à l'objet du marché, ce qui ne permet pas de garantir l'égalité d'accès des soumissionnaires ou a pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. | <p>25 %</p> <p>La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité.</p> |
| 11. | Spécifications techniques discriminatoires | <p>Article 23, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE</p> <p>Article 34, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE</p> | Fixation de normes techniques trop spécifiques, ce qui ne permet pas de garantir l'égalité d'accès des soumissionnaires ou a pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. | <p>25 %</p> <p>La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité.</p> |

| N° | Type d'irrégularité | Droit applicable / document de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|-----|--|--|---|--|
| 12. | Définition insuffisante de l'objet du marché | Article 2 de la directive 2004/18/CE Article 10 de la directive 2004/17/CE Affaires C-340/02 (Commission/France) et C-299/08 (Commission/France) | La description dans l'avis de marché et/ou le cahier des charges est insuffisante pour permettre aux soumissionnaires/candidats potentiels de déterminer l'objet du marché. | 10 % La correction peut être ramenée à 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité. Dans le cas où les travaux exécutés n'ont pas fait l'objet d'une publication, le montant correspondant est soumis à une correction de 100 %. |

2.2. Évaluation des offres

| N° | Type d'irrégularité | Base juridique / documents de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|-----|---|---|---|--|
| 13. | Modification des critères de sélection après l'ouverture des offres, donnant lieu à une acceptation incorrecte de soumissionnaires. | Article 2 et article 44, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE Article 10 et article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE | Les critères de sélection ont été modifiés pendant la phase de sélection, entraînant l'acceptation de soumissionnaires qui n'auraient pas dû être retenus si les critères de sélection publiés avaient été respectés. | 25 % La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité. |

| N° | Type d'irrégularité | Base juridique / documents de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|-----|---|---|--|--|
| 14. | Modification des critères de sélection après l'ouverture des offres, donnant lieu à un rejet incorrect de soumissionnaires. | Article 2 et article 44, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE Article 10 et article 54, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE | Les critères de sélection ont été modifiés pendant la phase de sélection, entraînant le rejet de soumissionnaires qui auraient dû être retenus si les critères de sélection publiés avaient été respectés. | 25 % La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité. |
| 15. | Évaluation des soumissionnaires/candidats sur la base de critères de sélection ou d'attribution illégaux | Article 53 de la directive 2004/18/CE Article 55 de la directive 2004/17/CE | Au cours de l'évaluation des soumissionnaires/candidats, les critères de sélection ont été utilisés comme critères d'attribution, ou les critères d'attribution (ou sous-critères ou pondérations respectifs) indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges n'ont pas été respectés, ce qui a entraîné l'application de critères de sélection ou d'attribution illégaux. Exemple: les sous-critères d'attribution du marché n'ont pas de rapport avec les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché/le cahier des charges. | 25 % La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité. |
| 16. | Manque de transparence et/ou d'égalité de traitement lors de l'évaluation | Articles 2 et 43 de la directive 2004/18/CE Article 10 de la directive 2004/17/CE | La piste d'audit concernant en particulier les notes attribuées à chaque offre est peu claire/injustifiée/manque de transparence ou est inexistante et/ou le rapport d'évaluation n'existe pas ou ne contient pas | 25 % La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % en fonction de la gravité de |

| N° | Type d'irrégularité | Base juridique / documents de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|-----|--|---|---|--|
| | | | tous les éléments requis par les dispositions pertinentes. | l'irrégularité. |
| 17. | Modification d'une offre au cours de l'évaluation | Article 2 de la directive 2004/18/CE Article 10 de la directive 2004/17/CE | Le pouvoir adjudicateur autorise un soumissionnaire/candidat à modifier son offre lors de l'évaluation des offres. | 25 % La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité. |
| 18. | Négociation au cours de la procédure d'attribution | Article 2 de la directive 2004/18/CE Article 10 de la directive 2004/17/CE | Dans le cadre d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires pendant la phase d'évaluation, ce qui entraîne une modification substantielle des conditions initiales énoncées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. | 25 % La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % en fonction de la gravité de l'irrégularité. |
| 19. | Procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché avec modification substantielle des conditions énoncées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ^{xii} | Article 30 de la directive 2004/18/CE | Dans le contexte d'une procédure de négociation avec publication préalable d'un avis de marché, les conditions initiales du contrat ont été substantiellement modifiées, ce qui justifie la publication d'un nouvel appel d'offres. | 25 % La correction peut être ramenée à 10 % ou 5 % en fonction de la |

| N° | Type d'irrégularité | Base juridique / documents de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction de gravité de l'irrégularité. |
|-----|------------------------------------|--|--|--|
| 20. | Rejet d'offres anormalement basses | Article 55 de la directive 2004/18/CE Article 57 de la directive 2004/17/CE | Des offres apparaissent anormalement basses par rapport aux marchandises, aux travaux ou aux services, mais le pouvoir adjudicateur, avant de rejeter ces offres, ne demande pas, par écrit, les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. | 25 % |
| 21. | Conflit d'intérêts | Article 2 de la directive 2004/18/CE Article 10 de la directive 2004/17/CE | Un conflit d'intérêts a été établi par une autorité judiciaire ou administrative compétente, soit du côté du bénéficiaire de la contribution versée par l'Union, soit du côté du pouvoir adjudicateur. | 100 % |

2.3. Exécution du marché

| N° | Type d'irrégularité | Base juridique / documents de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|-----|--|---|--|------------------------------|
| 22. | Modification substantielle des éléments du marché énoncés dans | Article 2 de la | Les éléments essentiels de l'attribution du marché comprennent, sans toutefois | 25 % de la valeur du contrat |

| N° | Type d'irrégularité | Base juridique / documents de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|-----|--|---|---|---|
| | l'avis de marché ou dans le cahier des charges ^{xiii} | <p>directive 2004/18/CE</p> <p>Article 10 de la directive 2004/17/CE</p> <p>Affaire C-496/99 P, CAS Succhi di Frutta SpA, Rec. [2004], p. I-3801 points 116 et 118</p> <p>Affaire C-340/02, <i>Commission contre France</i>, Rec. 2004, p. I-9845.</p> <p>Affaire C-91/08 Wall AG, Rec. [2010], p. I-2815</p> | s'y limiter, le prix ^{xiv} , la nature des travaux, le délai d'exécution, les modalités de paiement et les matériaux utilisés. Il est toujours nécessaire d'effectuer une analyse au cas par cas de ce qui est un élément essentiel. | <p>plus</p> <p>la valeur du montant additionnel du marché imputable à la modification substantielle des éléments du marché.</p> |
| 23. | Réduction de l'objet du marché | <p>Article 2 de la directive 2004/18/CE</p> <p>Article 10 de la directive 2004/17/CE</p> | Le marché a été attribué en conformité avec les directives, mais a été suivi d'une réduction de l'objet du marché. | <p>Valeur de la réduction de la portée</p> <p>plus</p> <p>25 % de la valeur de la portée finale</p> |

| N° | Type d'irrégularité | Base juridique / documents de référence | Description de l'irrégularité | Taux de correction |
|-----|--|---|---|--|
| | | | | (uniquement si la réduction de la portée du marché est importante). |
| 24. | <p>Attribution de marchés de travaux/services/fournitures complémentaires (si une telle attribution constitue une modification substantielle des conditions initiales du marché ^{xv}) sans concurrence en l'absence d'une des conditions suivantes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles; - une circonstance imprévue dans le cas de travaux, services et fournitures complémentaires ^{xvi}. | Article 31, point 1 c), et point 4 a), de la directive 2004/18/CE | Le marché principal a été attribué conformément aux dispositions pertinentes, mais il a été suivi d'un ou de plusieurs autres marchés de travaux/services/fournitures (formalisés ou non formalisés par écrit) passés sans respecter les dispositions des directives, à savoir les dispositions relatives aux procédures négociées sans publication, pour des raisons d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ou pour l'attribution de marchés de fournitures, de travaux et de services complémentaires. | <p>100 % de la valeur des marchés complémentaires;</p> <p>Dans les cas où le total des marchés de travaux/services/fournitures complémentaires (formalisés ou non formalisés par écrit) passés sans respecter les dispositions des directives ne dépasse pas les seuils des directives ni 50 % de la valeur du marché initial, la correction peut être ramenée à 25 %.</p> |
| 25. | Travaux ou services complémentaires dépassant la limite fixée par les dispositions pertinentes | Article 31, point 4 a), dernière phrase, de la directive 2004/18/CE | Le marché principal a été attribué conformément aux dispositions des directives, mais il a été suivi d'un ou de plusieurs marchés complémentaires dépassant de plus de 50 % la valeur du marché initial ^{xvii} . | 100 % du montant excédant 50 % de la valeur du contrat initial |

Notes:

ⁱ Marchés publics inférieurs aux seuils d'application des directives et marchés publics de services énumérés à l'annexe I B de la directive 92/50/CEE, à l'annexe XVI B de la directive 93/38/CEE, à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE et à l'annexe XVII B de la directive 2004/17/CE.

ⁱⁱ Dans le cadre des Fonds structurels et du Fonds de cohésion, il convient de noter ce qui suit:

Le «document d'orientation concernant les vérifications de gestion à effectuer par les États membres dans le cadre des opérations cofinancées par les Fonds structurels et le Fonds de cohésion au cours de la période de programmation 2007 – 2013» (note COCOF 08/0020/04 du 5 juin 2008) expose la position de la Commission sur la manière dont les vérifications de gestion devraient être organisées afin de prévenir et de détecter les irrégularités dans le domaine des marchés publics. Comme indiqué dans ce document, «les vérifications devraient être effectuées dès que possible après que le processus particulier est intervenu, étant donné qu'il est souvent difficile de prendre des mesures correctives ultérieurement».

L'État membre a l'obligation de veiller à ce que les opérations soient sélectionnées en vue d'un financement conformément aux règles de l'UE et aux règles nationales applicables [article 60, points a) et b), et article 61, point b) ii), du règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil], y compris celles relatives aux marchés publics:

a) Lorsque le contrôle ex ante national révèle que la procédure d'appel d'offres utilisée pour un marché public ne respecte pas les règles relatives aux marchés publics et que le **contrat n'a pas encore été signé**, il convient que l'autorité de gestion recommande au bénéficiaire de lancer un nouvel appel d'offres respectant cette fois totalement les règles mentionnées, si le lancement d'un nouvel appel d'offres n'entraîne pas de coûts supplémentaires significatifs. Si un nouvel appel d'offres n'est pas lancé, l'autorité de gestion corrige l'irrégularité en appliquant les présentes orientations ou les règles plus strictes définies au niveau national.

b) Si une irrégularité est décelée **après la signature du contrat et l'approbation de l'opération en vue d'un financement** (à n'importe quel stade du cycle du projet), l'autorité de gestion corrige l'irrégularité en appliquant les présentes orientations ou les règles plus strictes définies au niveau national.

ⁱⁱⁱ En fonction de la date à laquelle la procédure d'attribution du marché a été lancée, les directives suivantes s'appliquent: 86/665/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, 93/38/CEE, 92/13/CEE, 2001/78/CE, 2004/17/CE, 2004/18/CE. Il ne s'agit que d'une liste indicative.

^{iv} Pour la période 2000-2006, les «orientations définissant les principes, les critères et les barèmes indicatifs à appliquer par les services de la Commission pour la détermination des corrections financières visées à l'article 39, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1260/1999» ont été adoptées par la décision C/2001/476. Un document similaire a été adopté pour le Fonds de cohésion (voir la décision C/2002/2871 de la Commission).

^v Affaire C-324/98, *Telaustria*, Rec. 2000, p. I-10745, point 62; affaire C-231/03, *Coname*, Rec. 2005, p. I-7287, points 16 à 19, et affaire C-458/03, *Parking Brixen*, Rec. 2005, p. I-8585, point 49.

^{vi} La notion de «degré de publicité adéquat» implique, en particulier, les considérations suivantes:

a) Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination impliquent une **obligation de transparence**, qui consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, **un degré de publicité suffisant pour pouvoir soumettre le marché à la concurrence**. L'obligation de transparence implique qu'une **entreprise située dans un autre État membre puisse avoir accès aux informations appropriées relatives au marché avant que celui-ci ne soit attribué**, de sorte que, si cette entreprise le souhaitait, elle serait **en mesure de manifester son intérêt** pour obtenir le marché.

b) Pour des cas individuels où, en raison de circonstances particulières, comme un enjeu économique très réduit, l'attribution d'un marché ne présenterait aucun intérêt pour les opérateurs économiques d'autres États membres. Dans ce cas, les effets sur les libertés fondamentales sont à considérer comme étant trop aléatoires et trop indirects pour justifier l'application de normes dérivées du droit primaire de l'Union et, par conséquent, rien ne justifie l'application de corrections financières.

Il appartient à chaque entité adjudicatrice de déterminer si l'attribution de marché prévue est susceptible de présenter un intérêt ou non pour les opérateurs économiques situés dans d'autres États membres. De l'avis de la Commission, cette décision doit reposer sur une évaluation des circonstances du cas d'espèce, telles que l'objet du marché, sa valeur estimée, les spécificités du secteur concerné (taille et structure du marché, pratiques commerciales, etc.) et la situation géographique du lieu d'exécution.

^{vii} Voir l'arrêt rendu dans l'affaire C-507/03, *Commission contre Irlande*, Rec. 2007, p. I-9777, point 32.

^{viii} Affaire T-384/10, Espagne/Commission (GIASA), JO C 225 du 3.8.2013, p. 63.

^{ix} En ce qui concerne les marchés non soumis ou partiellement soumis aux directives, il y a lieu de déterminer l'existence d'un intérêt transfrontalier certain ou d'une violation de la législation nationale relative aux marchés publics. À cet égard, voir la section 1.2.2 des présentes orientations. S'il existe un intérêt transfrontalier ou une violation du droit national, il est nécessaire de déterminer le degré de publicité qui aurait dû être appliqué dans ce cas. Dans ce contexte, comme indiqué à la section 2.1.1 de la communication interprétative n° 2006/C 179/02 de la Commission, l'obligation de transparence implique qu'une entreprise située dans un autre État membre puisse avoir accès aux informations appropriées relatives au marché avant que celui-ci ne soit attribué, de sorte que, si cette entreprise le souhaitait, elle serait en mesure de présenter une offre ou de manifester son intérêt pour obtenir ce marché. Dans la pratique, cela signifie soit que l'avis de marché a été publié au niveau national (conformément à la législation ou à la réglementation nationale applicable) ou que les normes de base relatives à la publicité des marchés ont été respectées. Pour plus de détails sur ces normes, voir la section 2.1 de la communication interprétative de la Commission.

^x Ces délais sont applicables aux procédures restreintes et aux procédures négociées avec publication d'un avis de marché.

^{xi} Ces délais sont applicables aux procédures restreintes et aux procédures négociées avec publication d'un avis de marché.

^{xii} Une flexibilité limitée peut être appliquée aux modifications d'un marché après son attribution, même lorsque cette possibilité ainsi que les modalités de mise en œuvre ne sont pas prévues d'une façon claire et précise dans l'avis de marché ou dans le dossier d'appel d'offres (voir point 118 de l'arrêt rendu dans l'affaire C-496/99 P, *Succhi di Frutta*). Si cette possibilité n'est pas prévue dans le dossier d'appel d'offres, des modifications du marché sont admises à condition qu'elles ne soient pas substantielles. Une modification est considérée comme substantielle si:

-
- a) le pouvoir adjudicateur introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure d'appel d'offres initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis;
 - b) elle permet l'attribution d'un marché à un soumissionnaire autre que celui initialement retenu;
 - c) le pouvoir adjudicateur étend l'objet du marché à des travaux/services/fournitures non couverts au départ;
 - d) elle modifie l'équilibre économique en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial.

^{xiii} Voir la note de fin de document n° xii ci-dessus.

^{xiv} Pour le moment, la seule modification du prix initial non considérée comme substantielle par la Cour concerne la réduction du prix de 1,47 % et 2,94 % (voir les points 61 et 62 de l'affaire C-454/06, *Pressetext*). Dans les affaires T-540/10 et T-235/11, le Tribunal a accepté des corrections financières pour des modifications inférieures à 2 % du prix initial.

^{xv} Voir la note de fin de document n° xii ci-dessus.

^{xvi} La notion de «circonstances imprévues» doit être interprétée eu égard à ce qu'un pouvoir adjudicateur diligent aurait dû prévoir (par exemple, de nouvelles exigences résultant de l'adoption d'une nouvelle législation européenne ou nationale ou de nouvelles conditions techniques qui étaient imprévisibles malgré des enquêtes techniques sous-tendant la conception et réalisées conformément aux règles de l'art). Des travaux/services/fournitures complémentaires dus à un niveau insuffisant de préparation de l'offre ou du projet ne peuvent être considérés comme des «circonstances imprévues». Voir les affaires T-540/10 et T-235/11 (mentionnées plus haut).

^{xvii} Il n'existe pas de limite dans le cas de la directive 2004/17/CE. Pour le calcul de la limite de 50 %, les pouvoirs adjudicateurs tiennent compte des travaux ou services complémentaires. La valeur de ces travaux ou services complémentaires ne peut être compensée par la valeur des travaux/services annulés. Le montant correspondant aux travaux ou services annulés n'a aucune incidence sur le calcul de la limite de 50 %.