

## LES EXCLUSIONS DE L'ARTICLE 14 DE L'ORDONNANCE RELATIVE AUX MARCHÉS PUBLICS APPLICABLES AUX POUVOIRS ADJUDICATEURS

Un contrat répondant à la définition d'un marché public peut ne pas être soumis aux dispositions de l'ordonnance s'il entre dans l'une des hypothèses de son [article 14](#).

Ces exclusions tiennent alternativement à la qualité du cocontractant du pouvoir adjudicateur (1°), à l'objet du marché public (2°, 3°, 4°, 6°, 7°, 8°, 10°, 11° et 15°) ou à l'application d'une procédure prévue par un accord international ou propre à une organisation internationale (12° a et b ; 13° a ; 13° b ; 5°).

Elles peuvent également tenir cumulativement à l'objet du contrat et à la qualité du cocontractant du pouvoir adjudicateur (9°, 14° a) ou à l'activité de ce dernier (14° b, 16°, 17°, 18°).

De manière générale, les exclusions procèdent de l'idée que certains marchés publics, à raison de leurs spécificités, n'ont pas à être soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence. Si un pouvoir adjudicateur fait usage d'une de ces exceptions, il est exonéré du respect des règles de passation et d'exécution prévues par l'ordonnance et son décret d'application.

La présente fiche a pour objectif, à l'aide d'exemples concrets, de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer quels contrats peuvent sortir du champ d'application de l'ordonnance et de son décret d'application. Lorsque les exclusions visées par l'ordonnance sont identiques à celles précédemment visées par l'ancien code des marchés publics, les exemples donnés sous l'empire de l'ancienne réglementation sont repris.

**N.B :** Les exclusions applicables aux relations internes au secteur public visées aux articles 17 à 20 de l'ordonnance sont traitées dans les fiches techniques relatives à la quasi-régie et à la coopération entre pouvoirs adjudicateurs.

### 1. Les marchés de service exclus en raison du cocontractant : l'octroi d'un droit exclusif (1° de l'article 14).

Le 1° de l'article 14 de l'ordonnance exclut de son champ d'application les marchés publics de services conclus avec un acheteur soumis à l'ordonnance lorsque ce dernier bénéficie, en vertu d'une décision légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le droit exclusif se définit comme la situation dans laquelle le cocontractant d'un acheteur se voit confier, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. Ce droit a donc pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause<sup>1</sup>.

**Attention !** Les notions de droits spéciaux et de droits exclusifs ne se confondent pas<sup>2</sup>. A la différence du droit exclusif où un acte de puissance publique a entendu réserver l'exercice d'une activité à une personne déterminée, le droit spécial est octroyé à plusieurs opérateurs.

Cette exception, cantonnée aux marchés publics de services, oblige l'acheteur à s'adresser directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, au bénéficiaire du droit exclusif aux fins d'exécuter une prestation de service<sup>3</sup>.

Si elle est admise par l'ordonnance, cette exception est néanmoins strictement encadrée<sup>4</sup>.

• **Fondement de la disposition instituant un droit exclusif.** L'application du droit de la commande publique ne peut être écartée que si le droit exclusif dont bénéficie le prestataire découle d'une disposition

<sup>1</sup> CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géométrie*, n° 276928.

<sup>2</sup> CJUE, 19 mars 1991, *France contre Commission, "Terminaux de Télécommunication"*, aff. C-202/88, points 32 et suivants.

<sup>3</sup> CE, 3 mars 2006, *Sté François-Charles Oberthur Fiduciaire*, n°287960.

<sup>4</sup> Voir fiche de la Commission européenne, *Directives secteurs, Définition des droits exclusifs et spéciaux*, CC/2004/33 FR du 18.6.2004.

légalement prise. Le droit exclusif résulte nécessairement d'un texte législatif ou réglementaire<sup>5</sup>. Le texte, lorsqu'il attribue le droit, définit la mission d'intérêt général confiée au cocontractant et précise les obligations qui lui sont imposées. Le contenu, la durée et les limites de l'activité doivent également être précisément définis.

Le droit exclusif doit être antérieur au marché<sup>6</sup>. Il ne peut être accordé simultanément, c'est-à-dire par le contrat lui-même<sup>7</sup>.

**Ex: Un droit exclusif peut être octroyé par une disposition législative.**

L'Agence nationale des chèques vacances (ANCV) bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise ([article L. 411-13](#) du code du tourisme), du droit exclusif d'émission des chèques vacances.

• **Identité de la personne qui attribue le droit exclusif.** Ni le droit de l'Union européenne ni le 1<sup>o</sup> de l'article 14 de l'ordonnance ne mentionnent l'autorité compétente pour l'octroi d'un droit exclusif. Pour autant, la circonstance que le droit exclusif découle d'une décision légalement prise suffit à démontrer que seules les autorités publiques disposant du pouvoir législatif ou réglementaire sont compétentes pour octroyer de tels droits. Rien ne s'oppose à ce que le droit exclusif soit conféré par le pouvoir adjudicateur qui passe ensuite le contrat<sup>8</sup>.

• **Identité de la personne attributaire du droit exclusif.** Le cocontractant du pouvoir adjudicateur passant le marché doit lui-même avoir la qualité d'acheteur soumis à l'ordonnance<sup>9</sup>.

• **Régularité du droit exclusif avec le traité européen**<sup>10</sup>. Le droit exclusif doit être régulièrement institué au regard du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les conditions de validité d'un droit exclusif sont les suivantes :

- il doit être nécessaire et proportionné à l'exercice d'une mission d'intérêt général confiée au contractant ;
- lorsque sont en cause des services d'intérêt économique général (SIEG), c'est-à-dire des activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises, de ce fait, par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public, le droit exclusif est justifié si, en son absence, son bénéficiaire ne serait pas en mesure d'accomplir la mission particulière qui lui a été confiée ;
- conformément à l'article [106 du TFUE](#), le droit exclusif ne peut être accordé qu'à un organisme déterminé pour l'accomplissement d'une mission de SIEG justifiant l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés de services en question ;
- dans les autres cas, la dérogation à l'application des règles de libre concurrence, de libre prestation de services, de liberté d'établissement et de libre circulation des marchandises édictées par le TFUE doit être justifiée par une nécessité impérieuse d'intérêt général et à la double condition que les restrictions à ces règles soient propres à garantir l'objectif qu'elles visent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

**Ex : L'octroi d'un droit exclusif aux seules mutuelles d'agents publics n'est pas justifié par l'intérêt général.**

L'attribution de subventions accordées aux seules mutuelles constituées d'agents publics à l'exclusion de tout autre bénéficiaire a été considérée comme instituant une différence de traitement entre personnes placées dans la même situation non justifiée par l'intérêt général (CE, 26 septembre 2005, Mutuelle générale des services publics, n°[262282](#)).

L'octroi d'un droit exclusif ne doit pas non plus méconnaître le droit de la concurrence en conduisant son bénéficiaire à abuser systématiquement de la position dominante qui lui est conférée<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Considérant n°30 de la [directive 2014/24/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

<sup>6</sup> CE Assemblée, Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres, 5 mars 2003, n°[233372](#).

<sup>7</sup> Conclusions H. Savoie sous CE, 20 mai 1998, *Communauté de communes de Piémont-de-Barr*, n°[188239](#).

<sup>8</sup> CE, Assemblée, 5 mars 2003, n°[233372](#), précité.

<sup>9</sup> Voir également [les articles 15 et 16 de l'ordonnance](#).

<sup>10</sup> SGAE, [Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général](#), Annexe 7, p. 34.

<sup>11</sup> CE, 30 avril 2003, *Institut national de recherches archéologiques*, n° [244139](#).

## 2. Les marchés publics exclus en raison de l'objet du marché.

### *2.1. Marchés publics de services d'acquisition ou de location d'immeubles (2° de l'article 14).*

L'ordonnance ne s'applique pas aux marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens (servitudes, droit d'usage, usufruit, ...<sup>12</sup>).

La justification de cette exclusion tient au fait que les marchés publics relatifs à l'acquisition ou à la location de biens immeubles ou à des droits sur ces biens concernent souvent un périmètre géographique précis et reposent sur des critères subjectifs, rendant difficile l'application de mesures de publicité et de mise en concurrence.

Le terme « existant » permet de limiter le cas d'exclusion de l'application de l'ordonnance aux seuls marchés publics de services, les distinguant ainsi des marchés publics de travaux. Ainsi, si le contrat par lequel le pouvoir adjudicateur achète ou prend à bail n'est pas soumis à l'ordonnance, le fait de réaliser des travaux sur ce bien immobilier, pour les besoins propres du pouvoir adjudicateur, est qualifiable de marché public de travaux, soumis à l'ordonnance.

**Ex: Une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) peut ne pas être exclue du champ d'application de l'ordonnance.**

Une VEFA, prévue à l'article 1601-3 du code civil, est une opération d'acquisition d'un bien immobilier exclue du champ d'application de l'ordonnance. Elle sera requalifiée en marché public de travaux soumis à l'ordonnance lorsque le contrat en présentera les caractéristiques, telles que définies à l'article 4, de l'ordonnance, indépendamment de la qualité de maître d'ouvrage du pouvoir adjudicateur<sup>13</sup>.

A l'instar de la VEFA, le bail en l'état futur d'achèvement suppose que la construction de l'ouvrage n'ait pas pour objet spécifique et exclusif de répondre aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur<sup>14</sup>.

**Ex: Un contrat de mandat de vente est soumis aux dispositions de l'ordonnance.**

Le contrat de mandat de vente d'un bien immobilier s'analyse comme un marché public de services au sens de l'article 5 de l'ordonnance. Il est, en effet, conclu en vue de la fourniture à un pouvoir adjudicateur d'une prestation de services à titre onéreux. (TC, 14 mai 2012, Société La Musthyere contre Commune d'Evry, n°C3860).

### *2.2. Marchés publics de services relatifs à la recherche et développement (3° de l'article 14).*

Cette exclusion se justifie notamment par la volonté d'encourager le cofinancement de programmes de recherche et développement provenant de sources industrielles<sup>15</sup>.

L'exclusion est d'interprétation stricte. Elle suppose qu'une des deux conditions suivantes soit satisfaite :

- **Le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats.** Cette condition implique le partage des droits, notamment ceux relatifs à la propriété intellectuelle pouvant naître de l'exécution du contrat, entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique ;
- **Les prestations ne sont pas financées entièrement par le pouvoir adjudicateur.** Cette condition suppose un partage du coût financier des études à réaliser. Les frais engagés par le programme de recherche et développement ne doivent pas être intégralement couverts par le pouvoir adjudicateur.

<sup>12</sup> En droit national, les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auxquels ils se rapportent (articles 517 et suivants du code civil). Cf. également CJUE, 16 janvier 2003, *Maierhofer*, aff. C-315/00 et CJUE, 3 mars 2005, *Fonden Marselisborg Lystoadehavn*, aff. C-428/02.

<sup>13</sup> Sous l'empire du code des marchés publics de 2006, une VEFA a été requalifiée en marché public de travaux lorsque la personne publique agissait en réalité comme maître d'ouvrage (CE, 8 février 1991, région Midi-Pyrénées, n°57679 ; CE, 14 mai 2008, Communauté de communes Millau Grands Causses, n°280370).

<sup>14</sup> CJUE, 29 octobre 2009, Commission contre RFA, aff. C-536/07.

<sup>15</sup> Directive 2014/24/UE, précitée, considérant 35.

Ces deux conditions étant alternatives, la satisfaction de l'une ou de l'autre suffit à justifier l'exclusion du champ d'application.

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), chargée d'assurer la comparabilité des informations entre les pays membres de l'organisation, a publié le « Manuel de Frascati » (mise à jour effectuée en 2002, sixième édition), qui définit la recherche-développement.<sup>16</sup>

Il est par ailleurs également désormais précisé dans l'ordonnance ce que recouvre la notion de recherche et de développement. Elle regroupe l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale<sup>17</sup>, de la recherche appliquée<sup>18</sup> et du développement expérimental<sup>19</sup>, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques. Les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif.

L'exception ne concerne donc que les marchés de services et ne s'applique qu'aux programmes qui portent sur des projets de recherche et de développement<sup>20</sup>, sans prolongement industriel direct. Elle ne couvre donc pas les programmes qui prévoient la réalisation et la qualification de prototypes de pré-production, de l'outillage et l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication, c'est-à-dire ceux dont la finalité précède immédiatement la mise en industrie.

La directive cite plus précisément les codes CPV des marchés de services de R&D soumis à son application lorsque leurs fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité et qu'il rémunère entièrement la prestation de services<sup>21</sup>.

Attention, les simples marchés d'études ne relèvent pas de l'exclusion du 3° de l'article 14 de l'ordonnance.

### **2.3. Marchés publics relatifs à l'arbitrage et à la conciliation (4 ° de l'article 14).**

Le 4°) de l'article 14 de l'ordonnance exclut de son champ d'application les marchés publics de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation.

Les services d'arbitrage et de conciliation sont, en effet, habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics. Les parties peuvent, dès lors, d'un commun accord, avoir recours, sous le respect de certaines conditions, à ces deux modes de règlement amiable des différends.

Le pouvoir adjudicateur et la partie adverse ont la possibilité, en cas de litige, de faire appel à un tiers conciliateur, par exemple un magistrat administratif<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Site de l'OCDE : <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/recherche-developpement.htm>.

« Le terme R-D [recherche-développement] recouvre trois activités : la recherche fondamentale, la recherche appliquée et le développement expérimental ; (...). La recherche fondamentale consiste en des travaux expérimentaux ou théoriques entrepris principalement en vue d'acquérir de nouvelles connaissances sur les fondements des phénomènes et des faits observables, sans envisager une application ou une utilisation particulière. La recherche appliquée consiste également en des travaux originaux entrepris en vue d'acquérir des connaissances nouvelles. Cependant, elle est surtout dirigée vers un but ou un objectif pratique déterminé. Le développement expérimental consiste en des travaux systématiques fondés sur des connaissances existantes obtenues par la recherche et/ou l'expérience pratique, en vue de lancer la fabrication de nouveaux matériaux, produits ou dispositifs, d'établir de nouveaux procédés, systèmes et services ou d'améliorer considérablement ceux qui existent déjà. »

<sup>17</sup> L'article 49 septies F de l'annexe III du CGI définit les activités de recherche fondamentale. L'objectif premier de cette dernière est la production de nouvelles connaissances générales.

<sup>18</sup> L'article 49 septies F de l'annexe III du CGI définit les activités de recherche appliquée. Le manuel de Frascati précise que les connaissances ou les informations tirées de la recherche appliquée sont souvent brevetées mais peuvent également être gardées secrètes. Enfin, dans le cadre du crédit d'impôt Recherche, la notion de modèle probatoire est définie par l'instruction BOI-BIC-RICI-10-10-10-20-20120912.

<sup>19</sup> L'article 49 septies F de l'annexe III du CGI définit les activités de recherche éligibles au crédit d'impôt Recherche dont celles de développement expérimental. Une autre définition est donnée en matière d'aide d'Etat à la recherche et au développement (Journal officiel 2006/C 323/01 du 30/12/2006).

<sup>20</sup> Les opérations de recherche scientifique ou technique sont définies par le code général des impôts (article 49 septies F de l'annexe III au code général des impôts –CGI-). Un faisceau d'indices permet de déterminer si une activité relève de la recherche et développement (pour des activités de développement expérimental : CE, 9 février 2005, SA *Noirot manutentions*, n° 250920 ; en matière d'opération de recherche, CE, 16 février 1996, *Société anonyme Ares*, n° 154185/154187/160124 et CE, 21 décembre 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, n° 221006).

<sup>21</sup> Article 14 de la directive 2014/24 précitée.

<sup>22</sup> Article L. 211-4 du code de justice administrative (CJA) : « Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les

Il est prévu à l'article 90 de l'ordonnance que « les acheteurs peuvent recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française.

Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie. »

Les marchés publics de services juridiques de représentation légale dans le cadre d'une conciliation ou d'un arbitrage et les services de conseil juridique en vue de la préparation de l'une de ces procédures ne sont pas exclus au titre de l'article 14<sup>23</sup> et sont soumis à l'article 29 de l'ordonnance.

**Ex : La désignation d'avocat pour représenter l'Etat dans une procédure d'arbitrage est soumise à l'ordonnance.**

Si le choix des arbitres composant un tribunal arbitral est exclu du champ d'application de l'ordonnance, la désignation, en revanche, d'un avocat pour représenter l'Etat français dans le cadre d'une procédure d'arbitrage entre dans le champ d'application des règles de la commande publique et doit donner lieu à la passation d'un marché public de prestations juridiques soumis à l'article 29 de l'ordonnance.

**2.4. Marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro (6° de l'article 14).**

La passation des marchés publics de services relatifs aux services de transport public de passagers par chemin de fer ou par métro continue de relever du règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route. Cette disposition ne peut cependant concerner l'achat de billets de train.

**2.5. Certains marchés publics de services financiers et les marchés publics de services qui sont des contrats d'emprunt (7° et 8° de l'article 14).**

Tout comme dans l'ancien code des marchés publics (5° de l'article 3), les marchés publics de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert des titres ou d'autres instruments financiers sont exclus du champ d'application de l'ordonnance (7° de l'article 14). Pour plus de clarté et d'exhaustivité, il est désormais fait référence à l'ensemble des instruments financiers définis à l'article [L.211-1 du code monétaire et financier](#).

Les services fournis aux pouvoirs adjudicateurs par les banques centrales sont toujours exclus. Sont également exclus les marchés publics de services liés à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité<sup>24</sup>.

L'exclusion des règles de l'ordonnance se justifie par la spécificité des marchés financiers, « où il est jugé nécessaire de prendre rapidement des décisions qui ne peuvent être entravées par une excessive formalisation des procédures »<sup>25</sup>. Les marchés de services financiers exigent, en effet, tout à la fois un degré de confidentialité et une réactivité incompatibles avec les délais de mise en concurrence inhérents à tout marché public

**L'exclusion des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital qui avait nécessité des clarifications<sup>26</sup> fait désormais, comme dans la directive<sup>27</sup>, l'objet d'une disposition propre au sein de l'article 14. Ainsi, le doute sur la question de savoir si les emprunts non obligataires entraînent dans le champ d'application des directives européennes, particulièrement importante pour les collectivités**

personnes qui en seront chargées. » Une conciliation peut être suivie d'une transaction conclue entre les parties prenantes (cf. circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique et circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits).

<sup>23</sup> Cf. fiche technique les marchés de prestations juridiques.

<sup>24</sup> Considérant 26 de la directive n°2014/24 précitée

<sup>25</sup> Sur l'ancienne réglementation : [Rapport de la Cour des comptes de 2009](#) (première partie) sur les risques pris par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux en matière d'emprunts (p.275).

<sup>26</sup> Réponses ministérielles n°59585 et n°66824, JOAN, 26 juillet 2005, p. 7407 ; réponse ministérielle n° 71098, JOAN, 27 septembre 2005, p. 8990 ; réponse ministérielle n°18875, JO Sénat, 1<sup>er</sup> décembre 2005, p. 3098.

<sup>27</sup> Article 10 f) de la directive n°2014/24 précitée.

territoriales, a été définitivement levé puisque sont explicitement visés: « les marchés publics de services qui sont des contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 7°) »<sup>28</sup>. En effet, compte tenu de leur objet, des délais dans lesquels ils doivent être conclus et du contexte économique actuel d'extrême volatilité des taux d'emprunt, enserrer dans des délais fixes et contraints la procédure de passation de ces contrats n'était pas possible.

**Ex : Les contrats de courtage d'emprunt sont des marchés publics.**

Les contrats de courtage ayant pour objet la recherche des conditions d'emprunt les plus avantageuses pour le pouvoir adjudicateur constituent des marchés publics de services (TC, 14 février 2000, *Commune Baie-Mahault*, n°03138) soumis aux dispositions de l'ordonnance.

**Ex : L'achat de parts ou d'actions d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) sont également soumis aux dispositions de l'ordonnance.**

L'article L. 211-1 du code monétaire et financier qualifie les parts ou actions d'OPCVM de titres financiers. A la différence des autres titres financiers, les parts ou actions d'OPCVM permettent d'accéder à un service de gestion de portefeuille.

## 2.6. Certains marchés publics de services juridiques (10° de l'article 14).

Seuls sont exclus du champ d'application de l'ordonnance les marchés de services juridiques pour lesquels une mise en concurrence apparaît comme impossible ou inutile. Les marchés publics de représentation en justice et les marchés de conseil juridique étroitement lié à un contentieux en cours ou à venir demeurent dans le champ de l'ordonnance. S'ils sont exclus du droit européen des marchés publics au motif qu'ils ne sont pas susceptibles d'intéresser des opérateurs étrangers, aucun motif d'intérêt général ne permet, en droit interne, de les soustraire aux principes fondamentaux de la commande publique. Ils sont néanmoins soumis à un régime spécifique de passation<sup>29</sup>.

Sont exclus parmi les marchés publics de services juridiques :

- les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;
- les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
- les services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique<sup>30</sup>.

En effet, ne présentent pas de caractère économique les activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique<sup>31</sup>. La Cour de Justice de l'Union européenne a exclu du champ des activités présentant un caractère économique justifiant leur soumission au droit de la concurrence, les activités correspondant à l'exercice de l'autorité publique, dont la CJUE a une conception restrictive. Il s'agit notamment de missions de police destinées à assurer par exemple une surveillance antipollution<sup>32</sup>, la sécurité de l'espace aérien<sup>33</sup> ou à sauvegarder des données que les entreprises sont tenues de communiquer en vertu d'obligations légales et à permettre la consultation de ces données par les personnes intéressées<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> Article 148°) de l'ordonnance précitée

<sup>29</sup> Cf. la fiche technique relative aux marchés publics de services juridiques (à paraître).

<sup>30</sup> CJUE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli*, aff. C-343/95 ; 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92 ; CJUE, 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati c/ Commission*, dit « Eurocontrol II », aff. C-113/07 P.

<sup>31</sup> CJUE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, point 50 ; 22 octobre 2009, *Commission/Portugal*, aff. C-438/08, point 36 ; CE, Assemblée, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n°275531 ;

<sup>32</sup> Cf. CJUE, 18 mars 1997, *Diego et Cali*, aff. C-343/95, points n°22 et 23.

<sup>33</sup> Cf. CJUE, 19 janvier 1994, *SAT c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, point n°30.

<sup>34</sup> Cf. CJUE, 12 juillet 2012, *Datenbank GmbH*, aff. C-138/11 ;

## 2.7. Marchés publics exigeant le secret ou nécessitant des mesures particulières de sécurité (11° de l'article 14).

Les marchés publics qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige sont exclus de l'ordonnance. Une condition a été rajoutée pour bénéficier de cette exclusion : cette sécurité ou cette protection ne peut pas être garantie par d'autres moyens.

L'exclusion se justifie par les exigences et impératifs de secret que requiert la réalisation de certaines prestations, compte tenu des intérêts nationaux et stratégiques en jeu. A l'instar des autres exclusions de l'article 14, cette disposition est d'interprétation stricte. Sa mise en œuvre suppose des circonstances exceptionnelles, réelles et certaines<sup>35</sup> et présentant un caractère particulièrement sensible<sup>36</sup>.

L'article 14 de l'ordonnance prévoit trois cas d'ouverture :

- **Les marchés publics qui exigent le secret** : l'objet du contrat ou ses conditions de réalisation doivent être secrets. Dès lors que la mise en œuvre de certaines précautions permet, au stade de la procédure de passation, d'écartier tout risque, le fait que les informations traitées ou les résultats des prestations du marché revêtent un caractère nécessairement secret ne justifie pas que le marché lui-même soit passé de gré à gré<sup>37</sup>.

**Ex : L'achat de scanners ou capteurs biométriques destinés à abriter des données confidentielles.**

*L'achat par un pouvoir adjudicateur d'équipements de biométrie standardisés et n'exigeant aucune spécificité particulière par rapport aux autres équipements de biométrie classique (station d'enregistrement de passeport biométriques dans les mairies par exemple) ne justifie pas l'exclusion de ce contrat, quand bien même son utilisation future servirait à abriter des données confidentielles relatives à l'identité de personnes physiques.*

**Ex : L'achat d'hélicoptères à vocation civile et militaire.**

*Un marché de fournitures d'hélicoptères à vocation civile et militaire est soumis à une obligation de mise en concurrence dès lors que les matériels concernés n'étaient pas destinés à des fins spécifiquement militaires et que le pouvoir adjudicateur n'indiquait pas les raisons pour lesquelles le caractère confidentiel des données communiquées pour la production des hélicoptères serait moins bien garanti en cas de soumission du marché à une procédure de mise en concurrence (CJUE, 8 avril 2008, Commission contre Italie, aff. C-337/05, points 42 et suivants).*

- **Les marchés publics dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité** : la mise en œuvre de cette hypothèse est conditionnée par l'existence de textes imposant le respect de mesures particulières de sécurité de telle sorte que le contrat ne puisse être confié qu'à très peu de personnes. Cependant, le seul fait de l'application de ces normes à un acheteur ou une activité n'impose pas l'absence de soumission du contrat à l'ordonnance. Cette appréciation doit s'effectuer au cas par cas.

**Ex : Un marché relatif à la photographie aérienne de la côte belge peut être passé de gré à gré.**

*Un marché relatif à la photographie aérienne de la côte belge rentre dans le champ de l'exclusion, au motif que la Belgique a la responsabilité de protéger la sécurité, non seulement de ses propres installations, mais également de celles d'organisations internationales implantées sur son territoire, notamment de l'OTAN. Cette obligation impose que tout prise aérienne soit soumise aux services de sécurité pour contrôle et masquage éventuel ou que l'entreprise concernée dispose d'un certificat de sécurité militaire la soumettant à un contrôle complet de la part des autorités publiques (CJUE, 16 octobre 2003, Commission contre Royaume de Belgique, aff. C-252/01, points 29 à 36).*

- **Les marchés et accords-cadres pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est en jeu** : la notion d'intérêts essentiels de l'Etat n'est définie par aucun texte. Il n'est pas possible de déterminer avec précision et de manière exhaustive les contrats échappant, pour cette raison, au champ d'application de l'ordonnance. Pour autant, un marché « qui exige le secret » ou nécessite des « mesures particulières de sécurité » apparaît ainsi « toucher aux intérêts essentiels de l'Etat ». Tel pourrait être le cas de titulaires qui,

<sup>35</sup> CJUE, 8 avril 2008, *Commission contre République Italienne*, aff. C-337/05, points 42 et suivants ; CJUE, 2 octobre 2008, *Commission contre République Italienne*, affaire C-157/06, points 23 et suivants.

<sup>36</sup> CJUE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C-252/01, points 29 à 36.

<sup>37</sup> Aff. C-337/05 précitée, point 52 : « la nécessité de prévoir une obligation de confidentialité n'empêche nullement de recourir à une procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'un marché ».

du fait de leurs prestations, accèdent à des informations sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité ou à la sûreté de l'Etat et à son potentiel économique et scientifique.

Le 11° de l'article 14 de l'ordonnance présente un intérêt pour les pouvoirs adjudicateurs dont les marchés publics ne relèvent pas de l'article 6 (marchés publics de défense ou de sécurité). Il peut s'agir par exemple de marchés mettant en jeu des intérêts économique ou de santé publique.

**Ex :** La commande de vaccins antivarioliques imposé à toute la population en cas de guerre (article L. 3111-8 du code de la santé publique).

## 2.8. Marchés relatifs aux communications électroniques (15° de l'article 14).

Les marchés publics sont exclus de l'ordonnance s'ils ont principalement pour objet de permettre :

- la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ;
- ou la fourniture au public d'un ou plusieurs services de communications électroniques<sup>38</sup>.

Cette dispense de mesures de publicité et de mise en concurrence s'explique par la situation de concurrence effective des marchés dans le secteur des télécommunications<sup>39</sup>. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur intervient sur le marché des communications électroniques, il ne saurait se voir soumis aux règles contraignantes de la commande publique auxquelles ne sont pas soumis les autres opérateurs, « libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique et dans des conditions substantiellement identiques »<sup>40</sup>.

L'exclusion est, ici encore, d'interprétation stricte. Elle vise les marchés publics dont l'objet principal est de permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'exercer certaines activités dans le secteur (concurrentiel) des télécommunications.

Le champ de l'exclusion couvre toutes les formes de réseaux publics de communication et s'aligne sur la législation sectorielle en matière de télécommunications ([directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques](#)).

Les expressions «réseau public de communications» et «service de communication électronique» revêtent le même sens que dans la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil<sup>41</sup>.

Ainsi, un réseau public de communications est défini comme « un réseau de communications électroniques utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ».

Le code des postes et télécommunications définit également le réseau ouvert au public comme « tout réseau de communications électroniques établi ou utilisé pour la fourniture au public de services de communications électroniques ou de services de communication au public par voie électronique ».

Un service de communications électroniques est lui, défini, comme un « service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1er de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques.»

Le code des postes et télécommunications définit quant à lui les services de communications électroniques comme des prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques. Ne sont pas visés les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique.

<sup>38</sup> Ces notions sont définies à l'article L32 du code des postes et des communications électroniques.

<sup>39</sup> Directive 2004/18/CE, considérant 21 et article 13.

<sup>40</sup> Article 8 de la directive « Secteurs spéciaux » n°93/38 du 14 juin 1993, abrogée par la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004.

<sup>41</sup> Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»)

Le pouvoir adjudicateur doit agir comme un opérateur de télécommunications pour bénéficier de l'exclusion<sup>42</sup>.

**Ex :** La fourniture, par un office public de l'habitat, d'un accès Internet pour ses locataires.

En revanche, les marchés par lesquels les pouvoirs adjudicateurs se procurent, pour la satisfaction de leurs besoins, des services de communications électroniques demeurent soumis à l'ordonnance.

**Ex :** La location et l'utilisation de lignes analogiques mis à la disposition du TGI d'Ajaccio par France Télécom s'analyse comme un marché public de services de télécommunications (TC, 19 mars 2007, *Société France Télécom*, n°C3594).

**Attention !** Les marchés publics ayant pour objet de réaliser une infrastructure ou un réseau de communication électronique mis à la disposition d'un tiers ou d'en confier l'exploitation à un prestataire extérieur, moyennant rémunération, demeurent soumis à l'ordonnance. Le pouvoir adjudicateur n'agit pas comme opérateur de réseaux de télécommunications (intervenant sur un marché concurrentiel) mais comme un simple maître d'ouvrage public d'une infrastructure ou d'un réseau destiné à l'usage d'opérateurs de télécommunication.

### 3. Accords-cadres et marchés exclus en raison de l'application d'une procédure prévue par un accord international ou propre à une organisation internationale.

#### *3.1. Marchés passés en vertu d'une procédure propre à une organisation internationale qu'ils soient financés (13° a de l'article 14) ou non par celle-ci (12° b de l'article 14).*

- Lorsque le marché public est entièrement financé par l'organisation internationale, le marché public est passé selon la procédure propre à l'organisation internationale (13° a de l'article 14)<sup>43</sup>.
- Lorsque le pouvoir adjudicateur a l'obligation de passer des marchés publics conformément à des procédures de passation prévues par une organisation internationale, l'ordonnance ne s'applique pas quelle que soit la part de financement de l'organisation internationale (12 b de l'article 14)<sup>44</sup>.

**Ex :** La coopération avec l'Organisation des nations unies échappe à l'ordonnance.

L'Etat peut acquérir, pour le compte de l'ONU, des fournitures, travaux ou services en soutien de son action internationale, en appliquant les règles onusiennes de passation des marchés publics ("[Manuel des achats des nations unies](#) ») et, le cas échéant, selon les choix procéduraux retenus par l'ONU.

**Attention !** Les organisations internationales, dont la base juridique est un accord international, se distinguent des organisations non gouvernementales dont la base juridique est un acte de droit interne. Les contrats passés par ou avec des ONG demeurent, en conséquence, régis par les dispositions de l'ordonnance.

<sup>42</sup> Le périmètre de cette dérogation découle historiquement de celui de l'article 8 de la directive 93/38/CEE qui prévoyait l'exclusion de son champ d'application de certains secteurs. Cette directive s'appliquait aux entités adjudicatrices exerçant certaines activités, notamment en matière de télécommunication. L'article 8 prévoyait toutefois une exception d'application de la directive « *lorsque d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique et dans des conditions substantiellement identiques* ». Ces mêmes activités, sorties de la directive 2004/17/CE concernant les entités adjudicatrices exerçant certaines activités, ne devaient pas davantage relever de la directive 2004/18/CE et l'ont été des directives 2014/24 et 2014/25.

<sup>43</sup> Article 9 point 2 de la directive 2014/24 précitée.

<sup>44</sup> Transposition de l'article 9 point 1 b) de la directive 2014/24 précitée.

**3.2. Marchés publics conclus selon la procédure convenue entre une organisation internationale et le pouvoir adjudicateur lorsque le marché public est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale (13° b de l'article 14).**

Sont également exclus du champ d'application de l'ordonnance les marchés publics cofinancés majoritairement par une organisation internationale et conclus selon une procédure convenue entre cette dernière et l'acheteur<sup>45</sup>.

**3.3. Marchés publics conclus en vertu d'une procédure prévue par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes (5° de l'article 14).**

Cette exclusion est strictement encadrée tant sur le plan procédural que dans l'objet de la convention.

- **Le marché public doit être passé selon des règles particulières prévues par un accord international ou, le cas échéant, par un arrangement administratif.**

Les arrangements administratifs sont conclus par un ministre avec son homologue étranger pour compléter ou préciser un accord existant ou, le cas échéant, pour organiser une coopération administrative de portée limitée dans la stricte limite de ses attributions<sup>46</sup>.

- **L'objet du marché public est limité.**

Les marchés publics, conclus selon une procédure prévue par un accord international, sont exclus du champ d'application de l'ordonnance si les prestations, objet du marché, portent sur le stationnement des troupes.

**3.4. Marchés publics conclus en vertu d'une procédure prévue par un accord international, y compris un arrangement administratif, conclu entre un Etat membre de l'U.E. et un ou plusieurs Etats tiers ou une subdivision de ceux-ci, portant sur des travaux des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses parties signataires (12° a de l'article 14).**

Cette exclusion s'applique aux marchés publics relatifs à la réalisation ou l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage, sous réserve que ce contrat ait été conclu entre un Etat membre et un pays tiers<sup>47</sup>.

**Ex : La réalisation d'une ligne de tramway franco-genevoise.**

Les travaux d'extension d'une ligne de tramway entre la France, Etat membre, et la Suisse, Etat tiers, peuvent être réalisés sur le fondement de cet article et ainsi être exonérés de l'application de l'ordonnance.

**Ex : La conclusion d'une convention de coopération transfrontalière régie par l'accord de Karlsruhe.**

L'accord de Karlsruhe est un accord quadripartite sur la coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales, signé, le 23 janvier 1986, par la Suisse, la France, l'Allemagne et le Grand Duché de Luxembourg.

**4. Marchés publics exclus en raison de la qualité du cocontractant et de l'objet du marché.**

**4.1. Marchés de certains services d'urgence attribués à une organisation ou une association à but non lucratif (9° de l'article 14).**

Sont exclus du champ d'application de la directive les services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques qui sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif et qui relèvent de certains codes CPV<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Transposition de l'article 9 point 2 dernier alinéa de la directive 2014/24 précitée.

<sup>46</sup> La [circulaire du 30 mai 1997](#) relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux recommande aux négociateurs français de ne recourir à ce type d'arrangements qu'exceptionnellement et souligne que les effets qu'ils produisent sont incertains.

<sup>47</sup> Article 9 point 1. a) de la directive 2014/24.

Il est admis que la directive 2014/24/UE « ne devrait pas s'appliquer à certains services d'urgence lorsque ceux-ci sont fournis par des organisations ou associations à but non lucratif, étant donné qu'il serait difficile de préserver la nature particulière de telles organisations si les prestataires de services devaient être sélectionnés conformément aux procédures définies dans la présente directive.<sup>49</sup> »

Cette exclusion, transposée au 9° de l'article 14 de l'ordonnance, est toutefois soumise à la réunion de deux conditions tenant à la qualité de l'attributaire et à l'objet du marché :

- Le marché est attribué à une organisation ou association à but non lucratif (associations, fondations, fédérations, organisations internationales non gouvernementales (ONG).
- Les services concernés sont les services d'incendie et de secours, les services de protection civile, les services de sécurité nucléaire et les services ambulanciers (à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients).

#### **4.2. Marchés publics attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes (14° a de l'article 14).**

Sont exclus du champ d'application de l'ordonnance, les marchés publics de services qui sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion.

La notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique.

Si le pouvoir adjudicateur public a conçu le programme et souhaite le diffuser (par exemple un spot publicitaire), le marché de diffusion relève du champ d'exclusion prévu par le 14° a) de l'article 14 de l'ordonnance.

**Attention !** Seuls sont exclus du champ d'application de l'ordonnance les marchés directement en lien avec la production ou la diffusion de programmes, c'est-à-dire les prestations à contenu ou visée créatif<sup>50</sup>. Cette exclusion est d'interprétation stricte<sup>51</sup>. Les marchés de nature « technique » concourant simplement à la production d'un programme ne bénéficient pas de cette exclusion<sup>52</sup>.

#### **Ex : Etre un organisme public de radiodiffusion ne suffit pas pour bénéficier de cette exclusion.**

La circonstance que le pouvoir adjudicateur soit un organisme public de radiodiffusion ne suffit pas à elle seule pour s'exonérer de toutes mesures de publicité et de mise en concurrence, sur le fondement de cette exclusion. Ainsi, le marché de nettoyage de locaux passé par l'ARD, organisme de radiodiffusion allemand, s'analyse comme un marché public de services, soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence : la prestation n'est pas en lien direct avec la mission de diffusion et de programmation de l'organisme (CJUE, 13 décembre 2007, Bayerischer Rundfunk e.a, aff. C-337/06, points 61 et suivants).

<sup>48</sup> Codes CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 et 85143000-3 excepté les services ambulanciers de transport de patients.

<sup>49</sup> Considérant n°28 de la directive 2014/24.

<sup>50</sup> Les contrats visés par l'exclusion sont « intimement liés au contenu des programmes de radio et de télévision » (point 75 des conclusions de l'avocat général sous l'affaire C-337/06 précitée).

<sup>51</sup> Conclusions de l'avocat général sous l'affaire C-337/06 précitée, point 76.

<sup>52</sup> Considérant 23 de la directive n°2014/24 : « Cette exclusion ne devrait pas s'appliquer à la fourniture du matériel technique nécessaire pour la production, la coproduction et l'émission de ces programmes ».

## **5. Marchés publics exclus en raison d'une activité du pouvoir adjudicateur et de l'objet du marché.**

### ***5.1. Marchés publics de services attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique ayant pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion (14°b de l'article 14).***

Sont exclus du champ d'application de l'ordonnance, les marchés publics de services qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion et attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique<sup>53</sup>.

La dispense de toute mesure de publicité et de mise en concurrence concerne les services de médias audiovisuels et radiophoniques. L'exclusion ne concerne que les marchés de services qui touchent à la fonction propre des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique, à savoir la création et la réalisation de programmes, pour des motifs d'ordre culturel et social<sup>54</sup>.

Ainsi, si le pouvoir adjudicateur, éditeur de services de communication audiovisuelle ou radiophonique, envisage d'acquérir un programme. Son marché ne sera pas soumis à l'ordonnance. Si le pouvoir adjudicateur n'est pas un éditeur de services de communication audiovisuelle ou radiophonique, le marché relève des services de publicités soumis aux règles de l'ordonnance et de son décret d'application.

### ***5.2. Certains marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux au sens de l'article 7° du I de l'article 12 (16° de l'article 14).***

Pour que ces marchés publics puissent relever de l'exclusion, le pouvoir adjudicateur doit fournir des services postaux mentionnés à l'article L.1 du code des postes et des télécommunications : la levée, le tri, l'acheminement et la distribution des envois postaux dans le cadre de tournées régulières.

Une deuxième condition cumulative doit être également remplie. Les marchés publics de services passés par ce pouvoir adjudicateur doivent être relatifs :

- aux services de courrier électronique assurés entièrement par voie électronique ;
- aux services bancaires et d'investissement et les services d'assurance ;
- aux services de philatélie ;
- aux services logistiques associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales.

### ***5.3. Marchés publics passés ou organisés par un pouvoir adjudicateur exerçant une ou plusieurs des activités visées au 4° du I de l'article 12 et qui sont relatifs aux activités d'exploration d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz (17° de l'article 14).***

Les pouvoirs adjudicateurs concernés par cette exclusion sont des pouvoirs adjudicateurs qui exercent des activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique ayant pour objet :

- D'extraire du pétrole ou du gaz ;
- De prospector ou d'extraire du charbon ou d'autres combustibles solides.

---

<sup>53</sup> Considérant n°23 de la directive 2014/24 : « ... il faut donc prévoir une exception pour les marchés publics de services attribués par les fournisseurs de services de médias eux-mêmes visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes prêts à l'utilisation et d'autres services préparatoires, tels que ceux relatifs aux scénarios ou aux performances artistiques nécessaires pour la réalisation du programme. »

<sup>54</sup> CJUE, 13 décembre 2007, Bayerischer Rundfunk e.a., aff. C-337/06, point 62 et considérant n°23 de la directive 2014/24 : « la passation de marchés publics pour certains services de médias audiovisuels et radiophoniques par des fournisseurs de services de médias devrait pouvoir tenir compte de considérations revêtant une importance culturelle et sociale, qui rendent inadéquante l'application de règles de passation des marchés ».

Il a été précisé dans la directive 2014/25 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE qu'il « convient d'exclure du champ d'application de ladite directive, la passation de marchés aux fins de l'exploration pétrolière et gazière, étant donné qu'il a été systématiquement constaté que ce secteur est soumis à une telle pression concurrentielle que la discipline de passation de marchés apportée par les règles de passation des marchés de l'Union n'est plus nécessaire ».<sup>55</sup>

Cependant, seuls sont exclus du champ d'application de l'ordonnance les marchés publics relatifs aux activités d'exploration d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz.

En effet, il convient de distinguer l'exploration de l'extraction.

On entend par exploration les activités qui sont entreprises afin de déterminer si l'on trouve dans une zone donnée du pétrole et du gaz et, si tel est le cas, s'ils sont commercialement exploitables. L'extraction correspond, elle, à la « production » de pétrole et de gaz, qui est censée inclure aussi le « développement » (mise en place de plateformes pétrolières, oléoducs, terminaux...)<sup>56</sup>.

L'objet de ces dispositions est également d'éviter que les marchés publics liés à ces activités exclues du champ d'application de la directive « secteurs spéciaux » ne retombent dans la directive « secteurs classiques » compte tenu de la qualité de pouvoir adjudicateur des acheteurs concernés.

#### ***5.4. Marchés publics passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux exclus de l'ordonnance en application des 2° à 5° de l'article 15 ou qui cessent d'y être soumis en application du 6° de l'article 15 (18° de l'article 14).***

L'objet de ces dispositions est d'éviter, comme au 5.3 et au 2.8, que les marchés publics liés à ces activités exclues du champ d'application de la directive « secteurs spéciaux » ne retombent dans la directive « secteurs classiques » compte tenu de la qualité de pouvoir adjudicateur des acheteurs concernés.<sup>57</sup>

Aussi les marchés publics exclus de l'ordonnance en application des 2 à 5° de l'article 15 ou qui cessent d'y être soumis en application du 6° de l'article 15 restent exclus même lorsqu'ils sont passés par des pouvoirs adjudicateurs agissant en tant qu'entités adjudicatrices.

---

<sup>55</sup> Considérant 25 de la directive 2014/25 précitée.

<sup>56</sup> Considérant 25 de la directive 2014/25 précitée.

<sup>57</sup> Article 7 de la directive 2014/24 précitée : « La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics ni aux concours qui, dans le cadre de la directive 2014/25/UE, sont passés ou organisés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 8 à 14 de ladite directive et qui sont passés pour l'exercice de ces activités, ni aux marchés publics exclus du champ d'application de ladite directive en vertu de ses articles 18, 23 et 34 ».