
CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE: COUR DE JUSTICE 2012

KRIS WAUTERS



La présente chronique reprend les extraits importants des arrêts que la Cour de Justice a rendu pendant l'année 2012 en ce qui concerne la réglementation européenne applicable en matière de l'attribution des marchés publics. Les décisions rendues par le Tribunal de l'Union ne font pas l'objet de la présente chronique, à l'exception de l'une ou autre décision qui nous paraissait fondamentale. Comme les années précédentes, la jurisprudence de la Cour a été systématisé en classant les arrêts par thème.

Le cru 2012 des décisions de la Cour est plus fécond que celui de 2011. La Cour a eu l'occasion de rendre plusieurs arrêts fondamentaux relatifs à quelques aspects de la réglementation marchés publics. Pour certains de ces arrêts, elle s'est rassemblée en Grande Chambre ce qui démontre l'intérêt qu'elle porte elle-même à cette décision. Les arrêts rendus par la Cour constituaient chaque fois l'interprétation ou l'application des Directives 2004/17 et 2004/18. Aucun arrêt ne portait sur une concession de services ou sur un marché public en-dessous des seuils.



1. Principes

CJUE (4^{ème} Chambre), 29 mars 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA c/ Úrad pre verejné obstarávanie

Parmi les objectifs principaux des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics, figure celui d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres. Pour la poursuite de ce double objectif, le droit de l'Union applique notamment le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ou candidats et l'obligation de transparence qui en découle. Quant à l'obligation de transparence, elle a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Au titre de la passation des marchés, l'article 2 de la directive 2004/18 exige que les pouvoirs adjudicateurs respectent les mêmes principes et obligations.

CJUE (3^{ème} Chambre), 10 mai 2012, C-368/10, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas

Le principe de transparence implique que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause.

2. Champ d'application

2.1. Ratione materiae

2.1.1. *A titre onéreux*

CJUE (Grande Chambre), 19 décembre 2012, C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.

Il ressort du sens normal et habituel des termes "à titre onéreux" qu'un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu.

2.1.2. *Marchés de services*

CJUE (3ème Chambre), 15 mars 2012, C-574/10, Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne

Les marchés de services sont définis, à l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18, par la négative par rapport aux marchés de travaux ou de fournitures. Cela ne saurait signifier qu'ils ne sont pas concernés par les règles, par les principes de portée générale et par les objectifs du droit de l'Union en matière de marchés publics, ni que cela leur réserve une particularité telle qu'ils échapperaient aux appréciations et aux critères d'ordre général établis par la jurisprudence de la Cour dans des affaires concernant un autre type de marchés publics.

2.1.3. *Opérateur économique*

CJUE (Grande Chambre), 19 décembre 2012, C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.

Il est sans incidence qu'un opérateur économique soit lui-même un pouvoir adjudicateur. Il est par ailleurs indifférent que l'entité concernée ne poursuive pas à titre principal une finalité lucrative, qu'elle n'ait pas une structure d'entreprise ou encore qu'elle n'assure pas une présence continue sur le marché.

Ainsi, s'agissant d'entités telles que des établissements universitaires publics, la Cour a jugé que de telles entités ont, en principe, la faculté de participer à une procédure d'attribution d'un marché public de services. Toutefois, les États membres peuvent réglementer les activités de ces entités, et notamment autoriser ou ne pas autoriser ces dernières à opérer sur le marché compte tenu de leurs objectifs institutionnels et statutaires. Pour autant, si et dans la mesure où lesdites entités sont habilitées à offrir certains services sur le marché, il ne peut pas leur être interdit de participer à un appel d'offres portant sur les services concernés.

2.2. Ratione summae

CJUE (3ème Chambre), 15 mars 2012, C-574/10, Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne

En ce qui concerne spécifiquement le calcul de la valeur estimée d'un marché public, l'article 9, paragraphes 1 et 3, de la directive 2004/18 prévoit, d'une part, que ce calcul est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur et que, d'autre part, aucun projet d'ouvrage ni aucun projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures et/ou de services ne peut être scindé en vue de le soustraire à l'application de cette directive.

Afin d'apprécier si ces travaux étaient liés entre eux d'une manière telle qu'ils devaient être regardés comme un ouvrage unique, la Cour de Justice a adopté une approche fonctionnelle. Elle a ainsi appliqué le critère du caractère unitaire d'un ouvrage doté d'une continuité fonctionnelle et économique et a recherché si les différents lots de cet ouvrage remplissaient la même fonction économique et technique.

Il importe de souligner qu'une approche fonctionnelle a également été retenue par la Cour dans d'autres affaires en matière de marchés publics, dans le cadre, par exemple, de la définition des notions de "pouvoir adjudicateur" et d'"organisme de droit public", à la lumière des objectifs des règles du droit de l'Union.

Des raisons tenant à la prétendue nature différente des marchés de services ne sauraient justifier l'inapplicabilité à ces derniers de l'approche. Ainsi, afin d'apprécier si des services dont la prestation, comme dans le cas d'espèce, a été effectuée en différentes phases distinctes doivent être considérés comme formant un marché unique, il convient de vérifier le caractère unitaire de leur fonction économique et technique.

En l'occurrence, le marché litigieux est un marché de services d'architecture, attribué par un seul pouvoir adjudicateur, concernant un projet global de rénovation d'un seul et même bâtiment public, dont la réalisation a été divisée en différentes phases pour des raisons budgétaires. Des contrats séparés ont été conclus, pour chaque phase d'exécution du projet, entre le pouvoir adjudicateur et le bureau d'architecture choisi.

CJUE (Grande Chambre), 19 décembre 2012, C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.

L'application de la directive 2004/18 à un marché public est soumise à la condition que la valeur estimée de celui-ci atteigne le seuil fixé à l'article 7, sous b), de celle-ci, en prenant en considération la valeur normale sur le marché des travaux, des fournitures ou des services sur lesquels portent ce marché public. Dans le cas contraire, les règles fondamentales et les principes généraux du traité FUE, en particulier les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi que l'obligation de transparence qui

en découle, sont d'application, pour autant que le marché concerné présente un intérêt transfrontalier certain eu égard, notamment, à son importance et au lieu de son exécution.

2.3. Marchés en dehors du champ d'application

CJUE (Grande Chambre), 19 décembre 2012, C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.

Deux types de marchés conclus par des entités publiques ne rentrent pas dans le champ d'application du droit de l'Union en matière de marchés publics.

Il s'agit, en premier lieu, des marchés conclus par une entité publique avec une personne juridiquement distincte de celle-ci lorsque, à la fois, cette entité exerce sur cette personne un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que ladite personne réalise l'essentiel de ses activités avec la ou les entités qui la détiennent.

Il s'agit, en second lieu, des contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à celles-ci.

2.3.1. Coopération verticale

CJUE (3ème Chambre), 29 novembre 2012, C-182/11 et C-183/11, Econord SpA c/ Comune di Cagno (C-182/11), Comune di Varese, Comune di Solbiate (C-183/11), Comune di Varese

Selon une jurisprudence bien établie, un pouvoir adjudicateur, tel qu'une collectivité territoriale, est dispensé d'engager une procédure de passation d'un marché public lorsqu'il exerce sur l'entité attributaire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. Il est constant que cette jurisprudence, initialement adoptée en vue de l'interprétation et de l'application de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1), est également applicable aux procédures de passation de marchés publics de travaux et de services.

Il convient de relever également que la question de savoir s'il s'agit d'une concession de services ou d'un marché public de services et, dans ce dernier cas, si la valeur du marché atteint le seuil prévu par les règles de l'Union est sans incidence sur la réponse à apporter par la Cour à la question préjudicielle, étant donné que l'exception à l'application des règles du droit de l'Union lorsque les conditions de l'exercice d'un "contrôle analogue" sont remplies est applicable dans toutes ces situations.

Selon une jurisprudence constante, il existe un "contrôle analogue" lorsque l'entité en cause est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur

d'influencer les décisions de celle-ci. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité. En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure d'exercer sur cette entité un contrôle structurel et fonctionnel.

Conformément à la jurisprudence, en cas de recours à une entité détenue en commun par plusieurs autorités publiques, le "contrôle analogue" peut être exercé conjointement par ces autorités, sans qu'il soit indispensable que ce contrôle soit exercé individuellement par chacune d'elles.

Il en découle que, si une autorité publique devient associée minoritaire d'une société par actions à capital entièrement public en vue de lui attribuer la gestion d'un service public, le contrôle que les autorités publiques associées au sein de cette société exercent sur celle-ci peut être qualifié d'analogue au contrôle qu'elles exercent sur leurs propres services lorsqu'il est exercé conjointement par ces autorités.

Dans ces conditions, si, en cas de recours de plusieurs autorités publiques à une entité commune aux fins de l'accomplissement d'une mission commune de service public, il n'est, certes, pas indispensable que chacune de ces autorités détienne, à elle seule, un pouvoir de contrôle individuel sur cette entité, il n'en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée et ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint.

La position d'un pouvoir adjudicateur au sein d'une entité attributaire détenue en commun ne lui assurant pas la moindre possibilité de participation au contrôle de cette entité ouvrirait, en effet, la voie au contournement de l'application des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ou de concessions de services, dès lors qu'une affiliation purement formelle à une telle entité ou à un organe commun assurant la direction de celle-ci dispenserait ce pouvoir adjudicateur de l'obligation d'engager une procédure d'appel d'offres selon les règles de l'Union, alors même que ce dernier ne prendrait aucunement part à l'exercice du "contrôle analogue" sur cette entité.

2.3.2. Coopération horizontale

CJUE (Grande Chambre), 19 décembre 2012, C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.

Les contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques sortent du champ d'application des directives marchés publics et du principes d'égalité lorsque

- Ils ont pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à celles-ci

- de tels contrats soient conclus exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée, qu'aucun prestataire privé ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents
- la coopération qu'ils instaurent soit uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public.

Un tel contrat ne saurait toutefois sortir du champ d'application du droit de l'Union en matière de marchés publics que s'il remplit tous ces critères.

2.4. Marchés de défense

CJUE (4ème Chambre), 7 juin 2012, C-615/10, *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy c/ Puolustusvoimat*

Il ressort de l'article 10 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, que les États membres peuvent, pour les marchés passés dans le domaine de la défense, prendre des mesures dérogatoires à ladite directive lorsque, d'une part, est concerné le "commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre" et que, d'autre part, ces mesures apparaissent nécessaires à la "protection des intérêts essentiels" de la sécurité de l'État membre concerné.

À cet égard, il y a lieu de rappeler que ces dispositions, comme il est de jurisprudence constante pour les dérogations aux libertés fondamentales, doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Bien que le paragraphe 1, sous b), de cet article fasse état des mesures qu'un État membre peut estimer nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, celui-ci ne saurait toutefois être interprété de manière à conférer aux États membres le pouvoir de déroger aux dispositions du traité CE par la seule invocation desdits intérêts.

Les types de produits figurant sur la liste du Conseil du 15 avril 1958, à laquelle l'article 296, paragraphe 2, CE renvoie expressément, relèvent, en principe, de la possibilité de dérogation prévue au paragraphe 1, sous b), de ce même article. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si un produit tel que le système de plateforme tournante en cause au principal peut être classé dans l'une ou l'autre des catégories figurant sur ladite liste.

Toutefois, l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE précise que les mesures que peuvent prendre ainsi les États membres ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires. En conséquence, il y a lieu, d'une part, de rappeler qu'un pouvoir adjudicateur ne peut invoquer l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE pour justifier une mesure dérogatoire lors de l'achat d'un matériel qui a une vocation civile certaine et une finalité militaire éventuelle.

D'autre part, quand bien même un produit relèverait de l'une ou l'autre des catégories de matériels figurant sur la liste du Conseil du 15 avril 1958, il ne saurait, s'il en existe des applications techniques à vocation civile largement similaires, être considéré comme destiné à des fins spécifiquement militaires au

sens de l'article 296 CE que si un tel usage est non seulement celui qu'entend lui conférer le pouvoir adjudicateur, mais également celui qui découle de caractéristiques propres à un équipement spécialement conçu, développé ou modifié substantiellement à de telles fins.

À cet égard, il y a lieu de relever, en effet, que les termes "pour l'usage militaire" utilisés au point 11 de ladite liste ainsi que les termes "pour autant qu'elles ont un caractère militaire" et "exclusivement conçus" employés aux points 14 et 15 de la même liste indiquent que les produits visés à ces points doivent présenter objectivement un caractère spécifiquement militaire.

Il y a lieu, enfin, de rappeler que, récemment, au dixième considérant de la directive 2009/81, le législateur de l'Union a précisé que les termes "équipement militaire" au sens de cette directive devraient couvrir les produits qui, bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ont ensuite été adaptés à des fins militaires pour pouvoir être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre.

Il convient d'ajouter que, dans l'hypothèse où, en fonction des considérations qui précèdent, la juridiction de renvoi devrait constater que le produit en cause au principal relève du champ d'application matériel de l'article 296, paragraphe 1, sous b), CE, auquel se réfère l'article 10 de la directive 2004/18, il lui incomberait de vérifier si l'État membre qui invoque le bénéfice de cette disposition du traité peut démontrer la nécessité de recourir à la dérogation prévue à ladite disposition dans le but de protéger les intérêts essentiels de sa sécurité, et si le besoin de protéger ces intérêts essentiels n'aurait pas pu être atteint dans le cadre d'une mise en concurrence, telle que prévue par la directive 2004/18.

3. Attribution du contrat

3.1. Sélection

3.1.1. Différence critères de sélection et critères d'attribution

CJUE (4^{ème} Chambre), 29 mars 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA c/ Úrad pre verejné obstarávanie

L'article 51 de la directive 2004/18 est au nombre des dispositions qui figurent dans la section 2 de celle-ci relative aux critères de sélection qualitative des candidats ou des soumissionnaires. Les dispositions de cet article sont donc sans incidence sur des questions qui se rapportent à la seule phase de la procédure relative à un appel d'offres restreint où, à la suite de la sélection des candidats autorisés à présenter une offre, il appartient au pouvoir adjudicateur d'apprécier ces offres.

TUE (4^{ème} Chambre), 17 octobre 2012, T-447/10, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c/ Úrad pre verejné obstarávanie

Aux termes de l'article 97, paragraphe 1, du règlement financier, "[les] marchés sont attribués sur la base des critères d'attribution applicables au contenu de l'offre, après vérification, sur la base des critères de sélection définis dans les documents d'appel à la concurrence, de la capacité des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 93 et 94 et de l'article 96, paragraphe 2, [sous a)], du même règlement]".

Il s'ensuit qu'une distinction doit être opérée entre les critères de sélection et les critères d'attribution. En effet, si, en théorie, le règlement financier et les modalités d'exécution n'excluent pas que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché aient lieu simultanément, il n'en demeure pas moins que ces deux opérations sont distinctes et qu'elles sont régies par des règles différentes.

Dans le cadre de la phase de sélection, la vérification de l'aptitude des soumissionnaires est effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément à l'article 137 des modalités d'exécution, dont le premier paragraphe prévoit que, notamment dans les procédures de passation des marchés publics ayant pour objet la prestation de services, la capacité technique et professionnelle des opérateurs économiques est évaluée en tenant compte, notamment, de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité.

En revanche, les modalités et les critères d'attribution du marché sont réglés à l'article 138 des modalités d'exécution, dont le paragraphe 2 dispose que l'offre économiquement la plus avantageuse est celle qui présente le meilleur rapport entre la qualité et le prix, compte tenu de critères justifiés par l'objet du marché. Cette disposition contient une liste non limitative de critères, tels que le prix proposé, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le délai d'exécution ou de livraison, le service après-vente et l'assistance technique. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent donc déterminer d'autres critères d'attribution que ceux mentionnés à l'article 138, paragraphe 2, des modalités d'exécution, à condition que ces critères visent à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il s'ensuit que l'examen du pouvoir adjudicateur dans le cadre de la phase d'attribution doit porter sur la qualité des offres elles-mêmes et non sur les critères de sélection, comme la capacité technique des soumissionnaires, qui ont déjà été vérifiés lors de la phase de sélection des soumissionnaires et qui ne peuvent pas être à nouveau pris en compte aux fins de la comparaison des offres. Par tant, sont exclus des critères d'attribution ceux qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question.

Par conséquent, l'utilisation, dans la phase d'attribution, d'un critère fondé sur l'expérience des soumissionnaires n'est pas conforme à l'article 138 des modalités d'exécution, dans la mesure où il s'agit d'un critère visant à établir l'aptitude du soumissionnaire à exécuter un marché et non à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Par ailleurs, un critère appréciant la capacité d'un soumissionnaire de mettre à la disposition du pouvoir adjudicateur une équipe issue de ses ressources propres n'est pas un critère d'attribution au sens de l'article 138 des modalités d'exécution. En effet, dans la mesure où un tel critère vise, au moins pour partie, l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché, il ne se rapporte pas uniquement à la qualité des prestations de services. Partant, il ne vise pas uniquement à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

En revanche, un critère fondé sur les compétences techniques et l'expérience professionnelle des membres de l'équipe qu'un soumissionnaire propose pour l'exécution d'un contrat-cadre peut, dans certaines situations, constituer un critère d'attribution au sens de l'article 138 des modalités d'exécution. Tout d'abord, il convient de rappeler que les critères d'attribution ne doivent pas nécessairement tous être de nature quantitative. Ensuite, il y a lieu de constater que, dans la double hypothèse où un contrat-cadre porte sur des services à caractère hautement technique et où l'objet exact des services à fournir doit être déterminé au fur et à mesure de l'exécution de ce contrat, les compétences techniques et l'expérience professionnelle des membres de l'équipe proposée sont susceptibles de se répercuter sur la qualité des services rendus dans le cadre d'un tel contrat. Dans une telle hypothèse, les compétences techniques et l'expérience professionnelle peuvent donc déterminer la valeur technique de l'offre d'un soumissionnaire et, par conséquent, sa valeur économique.

3.1.2. *Causes d'exclusion*

3.1.2.1. Notion

CJUE (3^{ème} Chambre), 13 décembre 2012, C-465/11, Forposta SA ABC Direct Contact sp. z o.o. c/ Poczta Polska SA

Il ressort de l'article 54, paragraphe 4, de la directive 2004/17 que les pouvoirs adjudicateurs peuvent fixer des critères de sélection qualitative en sus des critères d'exclusion énumérés à l'article 45 de la directive 2004/18. Il n'en demeure pas moins que ledit article 45, paragraphe 2, de cette dernière directive énumère, de manière exhaustive, les causes susceptibles de justifier l'exclusion d'un opérateur économique de la participation à un marché pour des raisons, fondées sur des éléments objectifs, tenant à ses qualités professionnelles et fait, par conséquent, obstacle à ce que les États membres complètent la liste qu'il contient par d'autres causes d'exclusion fondées sur des critères relatifs à la qualité professionnelle.

Ce n'est que lorsque la cause d'exclusion concernée n'est pas liée aux qualités professionnelles de l'opérateur économique et, partant, ne relève pas d'une telle énumération exhaustive que l'admissibilité éventuelle de cette cause au

regard des principes ou d'autres règles du droit de l'Union en matière de marchés publics est susceptible d'être envisagée

3.1.2.2. Faute grave

CJUE (3^{ème} Chambre), 13 décembre 2012, C-465/11, Forposta SA ABC Direct Contact sp. z o.o. c/ Poczta Polska SA

L'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18, à la différence des dispositions concernant les causes d'exclusion prévues au même alinéa, sous a), b), e) et f), ne renvoie pas aux législations et réglementations nationales, mais le second alinéa de ce même paragraphe 2 énonce que les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit de l'Union, les conditions de son application. Par conséquent, les notions de "faute" "grave" commise "en matière professionnelle", figurant audit article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), peuvent être précisées et explicitées en droit national, dans le respect, toutefois, du droit de l'Union.

À cet égard, il convient de relever que la notion de "faute en matière professionnelle" couvre tout comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur en cause et non pas seulement les violations des normes de déontologie au sens strict de la profession à laquelle appartient cet opérateur, qui seraient constatées par l'organe de discipline prévu dans le cadre de cette profession ou par une décision juridictionnelle ayant autorité de chose jugée.

En effet, l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18 autorise les pouvoirs adjudicateurs à constater une faute commise en matière professionnelle par tout moyen dont ils pourront justifier. En outre, à la différence de ce même alinéa, sous c), un jugement ayant autorité de chose jugée n'est pas exigé pour la constatation d'une faute professionnelle au sens de la disposition figurant audit alinéa, sous d).

Par conséquent, l'inobservation par un opérateur économique de ses obligations contractuelles peut, en principe, être considérée comme une faute commise en matière professionnelle.

Néanmoins, la notion de "faute grave" doit être comprise comme se référant normalement à un comportement de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité de sa part. Ainsi, toute exécution incorrecte, imprécise ou défaillante d'un contrat ou d'une partie de ce dernier peut éventuellement démontrer une compétence professionnelle limitée de l'opérateur économique en cause, mais n'équivaut pas automatiquement à une faute grave.

En outre, la constatation de l'existence d'une "faute grave" nécessite, en principe, que soit effectuée une appréciation concrète et individualisée de l'attitude de l'opérateur économique concerné.

Or, la réglementation en cause au principal impose au pouvoir adjudicateur d'exclure de la procédure d'attribution d'un marché public un opérateur éco-

nomique lorsque, en raison de circonstances qui “sont imputables” à ce dernier, ce pouvoir a résilié ou dénoncé un contrat conclu avec lui dans le cadre d’un précédent marché public.

Compte tenu des caractéristiques propres des systèmes juridiques nationaux en matière de responsabilité, la notion de “circonstances imputables” est très large et peut appréhender des situations allant bien au-delà d’une attitude de l’opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d’une certaine gravité de sa part. Or, l’article 54, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 2004/17 renvoie à la faculté d’application des critères d’exclusion énumérés à l’article 45 de la directive 2004/18 “dans les conditions qui y sont exposées”, de sorte que la notion de “faute grave” ne saurait être remplacée par la notion de “circonstances imputables” à l’opérateur économique concerné.

En outre, la réglementation nationale en cause au principal détermine elle-même les paramètres sur la base desquels un comportement précédent d’un opérateur économique impose au pouvoir adjudicateur en cause d’exclure automatiquement cet opérateur de la procédure d’attribution d’un marché public nouvellement engagée, sans laisser à ce pouvoir adjudicateur la faculté d’apprécier, au cas par cas, la gravité du comportement prétendument fautif dudit opérateur dans le cadre de l’exécution du marché précédent.

Par conséquent, force est de constater que la réglementation en cause au principal ne se limite pas à tracer le cadre général d’application de l’article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18, mais impose à cet égard aux pouvoirs adjudicateurs des conditions impératives et des conclusions à tirer automatiquement de certaines circonstances, excédant ainsi la marge d’appréciation dont disposent les États membres, en vertu de l’article 45, paragraphe 2, second alinéa, de cette directive, quant à la précision des conditions d’application de la cause d’exclusion prévue à ce même paragraphe 2, premier alinéa, sous d), dans le respect du droit de l’Union.

3.1.3. Critères de sélection

3.1.3.1. Système fermé?

CJUE (3^{ème} Chambre), 10 mai 2012, C-368/10, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas

Il résulte des paragraphes 1 et 6 que l’article 48 de la directive 2004/18 énumère exhaustivement les éléments sur la base desquels le pouvoir adjudicateur peut évaluer et vérifier les capacités techniques et professionnelles des soumissionnaires. Par ailleurs, si l’article 44, paragraphe 2, de celle-ci autorise le pouvoir adjudicateur à établir des niveaux minimaux de capacités auxquels doit satisfaire un soumissionnaire pour que son offre soit prise en considération pour l’attribution du marché, ces niveaux ne peuvent être fixés, en vertu du premier alinéa de cette dernière disposition, que par référence aux éléments énumérés audit article 48, s’agissant des capacités techniques et professionnelles.

les informations demandées au titre de cette exigence, à savoir l'indication de "[la manière dont le soumissionnaire] rempli[t] les critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises[, et] contribue à rendre le marché du café plus durable et à rendre la production de café écologiquement, socialement et économiquement responsable", ne sauraient être assimilées à "une description de l'équipement technique, des mesures employées par le fournisseur pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise", visée à l'article 48, paragraphe 2, sous c), de la directive 2004/18. En effet, le terme "qualité", qui est employé non seulement à cette disposition mais également aux points b), d) et j), du même paragraphe, doit, dans le contexte dudit article 48, s'entendre de la qualité technique des prestations ou des fournitures d'un type semblable à celui des prestations ou des fournitures qui constituent l'objet du marché considéré, le pouvoir adjudicateur étant en droit d'exiger des soumissionnaires qu'ils l'informent quant à la manière dont ils contrôlent et garantissent la qualité de ces prestations ou fournitures, dans la mesure prévue auxdits points.

CJUE (3^{ème} Chambre), 18 octobre 2012, C-218/11, Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövíz), Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, devenue Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe c/ Közbizottság Tanácsa Közbizottsági Döntőbizottság

Quant au choix des éléments pour démontrer la capacité économique et financière, l'article 47 de la directive 2004/18 laisse une assez grande liberté aux pouvoirs adjudicateurs. En effet, contrairement à l'article 48 de cette directive, qui, concernant les capacités techniques et professionnelles, établit un système fermé qui limite les modes d'évaluation et de vérification dont disposent lesdits pouvoirs et, partant, leurs possibilités de formuler des exigences, le paragraphe 4 de cet article 47 autorise expressément les pouvoirs adjudicateurs à choisir les références probantes qui doivent être produites par les candidats ou soumissionnaires en vue de justifier de leur capacité économique et financière. L'article 44, paragraphe 2, de la directive 2004/18 se référant audit article 47, la même liberté de choix existe en ce qui concerne les niveaux minimaux de capacité économique et financière.

3.1.3.2. Conditions¹⁴

CJUE (3^{ème} Chambre), 18 octobre 2012, C-218/11, Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövíz), Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, devenue Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe c/ Közbizottság Tanácsa Közbizottsági Döntőbizottság

Un niveau minimal de capacité doit être lié et proportionné à l'objet du marché. Il en découle que le ou les éléments du bilan choisis par un pouvoir adjudicateur pour formuler un niveau minimal de capacité économique et financière

14 L'arrêt repris sous ce titre parle des conditions du niveau minimal d'une exigence relatif aux critères de sélection. Cependant, ces conditions valent également pour les exigences ou éléments probants en soi.

doivent être objectivement propres à renseigner sur cette capacité dans le chef d'un opérateur économique et que le seuil ainsi fixé doit être adapté à l'importance du marché concerné en ce sens qu'il constitue objectivement un indice positif de l'existence d'une assise économique et financière suffisante pour mener à bien l'exécution de ce marché, sans toutefois aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin.

Dès lors que les législations des États membres en ce qui concerne les comptes annuels des sociétés n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation complète, il ne peut pas être exclu que des divergences existent entre ces législations quant à un élément particulier du bilan par référence auquel un pouvoir adjudicateur a formulé un niveau minimal de capacité. Il y a cependant lieu de relever que, ainsi qu'il résulte du libellé des paragraphes 1, sous b) et c), et 5 de son article 47, la directive 2004/18 intègre l'idée que, s'agissant de la justification de la capacité économique et financière des candidats ou des soumissionnaires, une référence peut être légitimement exigée par un pouvoir adjudicateur même si, objectivement, tout candidat ou soumissionnaire potentiel n'est pas en mesure de la présenter, fût-ce, dans le cas dudit paragraphe 1, sous b), en raison d'une différence de législation. Partant, une telle exigence ne peut pas être considérée, en soi, comme constitutive d'une discrimination.

Il en découle que l'exigence d'un niveau minimal de capacité économique et financière ne saurait, en principe, être écartée pour la seule raison que ce niveau doit être justifié par référence à un élément du bilan à propos duquel des divergences peuvent exister entre les réglementations des différents États membres.

3.1.3.3. Niveau minimal

CJUE (3^{ème} Chambre), 18 octobre 2012, C-218/11, Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukovázig), Hochtief Construction AG Magyarország Fióktelepe, devenue Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe c/ Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság

En vertu de l'article 44, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2004/18, un pouvoir adjudicateur est autorisé à exiger un niveau minimal de capacité économique et financière conformément à l'article 47 de cette directive. Ce dernier article prévoit à son paragraphe 1, sous b), que le pouvoir adjudicateur peut notamment demander aux candidats et aux soumissionnaires qu'ils justifient de cette capacité par la présentation de leur bilan.

Il y a toutefois lieu de constater qu'un niveau minimal de capacité économique et financière ne pourrait pas être formulé par référence au bilan en général. Il s'ensuit que la faculté prévue à l'article 44, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2004/18 ne peut être mise en œuvre, s'agissant dudit article 47, paragraphe 1, sous b), que par référence à un ou à plusieurs éléments particuliers du bilan.

3.1.3.4. Entreprise liée

CJUE (3^{ème} Chambre), 18 octobre 2012, C-218/11, Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövíz), Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, devenue Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe c/ Közbiztosítók Tanácsa Közbiztosítási Döntőbizottság

L'article 47 de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un opérateur économique se trouve dans l'impossibilité de satisfaire à un niveau minimal de capacité économique et financière tel que l'exigence économique en raison d'une convention en vertu de laquelle cet opérateur économique transfère systématiquement ses bénéfices à sa société mère, il suffit que cet opérateur puisse faire valoir les capacités d'une autre entité, conformément au paragraphe 2 de cet article. L'article 47, paragraphe 2, de la directive 2004/18, permet de faire valoir la capacité économique et financière d'une autre entité par la production de l'engagement de celle-ci de mettre les moyens nécessaires à sa disposition.

3.2. Spécifications techniques

CJUE (3^{ème} Chambre), 10 mai 2012, C-368/10, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas

Aux termes de l'article 23, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/18, les spécifications techniques peuvent être formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, lesquelles peuvent inclure des caractéristiques environnementales. Conformément au vingt-neuvième considérant de cette directive, une méthode de production déterminée peut constituer une telle caractéristique environnementale. Partant, le label EKO, en tant qu'il est fondé sur des caractéristiques environnementales et qu'il réunit les conditions énumérées à l'article 23, paragraphe 6, de la directive 2004/18, constitue un "éco-label" au sens de cette disposition. D'autre part, en énonçant une exigence en ce qui concerne une caractéristique du thé et du café à fournir en rapport avec ce label, la province de Hollande-Septentrionale a établi, à cet égard, une spécification technique.

Aux termes de l'article 2 de la directive 2004/18, établissant les principes de passation des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. Ces principes revêtent une importance cruciale en ce qui concerne les spécifications techniques, eu égard aux risques de discrimination liés soit au choix de celles-ci, soit à la manière de les formuler. C'est ainsi que l'article 23, paragraphes 2 et 3, sous b), et la dernière phrase du vingt-neuvième considérant de la directive 2004/18 soulignent que les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence, qu'elles doivent être suffisamment précises pour permettre à ceux-ci de déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs de l'attribuer, et qu'il y a lieu de les mentionner clairement, de façon à ce que tous les

soumissionnaires sachent ce que recouvrent les critères établis par le pouvoir adjudicateur. C'est notamment à la lumière de ces considérations qu'il y a lieu d'interpréter l'article 23, paragraphe 6, de la directive 2004/18.

Il résulte du texte du premier alinéa de cette disposition que, s'agissant des exigences relatives à des caractéristiques environnementales, celui-ci confère aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de recourir aux spécifications détaillées d'un éco-label, mais non à un éco-label en tant que tel. L'exigence de précision inscrite à l'article 23, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/18 – auquel se réfère le paragraphe 6 dudit article – et explicitée à la dernière phrase du vingt-neuvième considérant de celle-ci s'oppose à une interprétation extensive de ladite disposition.

Certes, en vue de faciliter la vérification du respect d'une telle exigence, le second alinéa de cet article 23, paragraphe 6, autorise en outre les pouvoirs adjudicateurs à indiquer que les produits munis de l'éco-label dont ils ont utilisé les spécifications détaillées sont présumés satisfaire aux spécifications concernées. Ce second alinéa n'élargit cependant pas la portée du premier alinéa dudit article 23, paragraphe 6, puisqu'il ne permet de recourir à l'éco-label lui-même que de manière secondaire, à titre de preuve qu'il est satisfait "aux spécifications techniques définies dans le cahier des charges".

En effet, conformément au même second alinéa de l'article 23, paragraphe 6, de la directive 2004/18, les pouvoirs adjudicateurs doivent admettre tout autre moyen de preuve approprié, tel qu'un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

Il y a lieu, pour le surplus, de rappeler que, si, le pouvoir adjudicateur est en droit d'attendre des opérateurs économiques intéressés qu'ils soient raisonnablement informés et normalement diligents, une telle attente légitime suppose néanmoins que le pouvoir adjudicateur ait lui-même formulé ses exigences de façon claire. A fortiori, cette attente ne saurait être invoquée pour décharger les pouvoirs adjudicateurs des obligations que la directive 2004/18 leur impose.

Au demeurant, loin de constituer un formalisme excessif, l'obligation faite au pouvoir adjudicateur de mentionner expressément les caractéristiques environnementales détaillées qu'il entend imposer même lorsqu'il recourt aux caractéristiques définies par un éco-label est indispensable pour permettre aux soumissionnaires potentiels de se référer à un document unique et officiel, émanant du pouvoir adjudicateur lui-même, et donc sans qu'ils soient soumis aux aléas d'une recherche d'informations et aux possibles variations dans le temps des critères afférents à un éco-label quelconque.

La directive 2004/18 ne s'oppose pas, en principe, à un renvoi, dans l'avis de marché ou le cahier des charges, à des dispositions législatives ou réglementaires pour certaines spécifications techniques lorsqu'un tel renvoi est, en pratique, inévitable, pour autant que celui-ci soit accompagné de l'ensemble des indications complémentaires éventuellement requises par cette directive. Ainsi, dès lors que la commercialisation, dans l'Union, de produits agricoles issus du mode de production biologique et présentés comme tels doit respecter la réglemen-

tation de l'Union en la matière, un pouvoir adjudicateur peut, le cas échéant, sans méconnaître la notion de "spécification technique" au sens du point 1, sous b), de l'annexe VI de la directive 2004/18 ni l'article 23, paragraphe 3, de celle-ci, indiquer dans le cahier des charges que le produit à fournir doit être conforme au règlement n° 2092/91 ou à tout règlement ultérieur remplaçant ce dernier.

Le renvoi au label EKO visait également un label équivalent. Une telle précision ne saurait, en toute hypothèse, combler l'absence d'identification des spécifications techniques détaillées correspondant au label concerné.

3.3. Régularité de l'offre – contact entre pouvoir adjudicateur et soumissionnaire

CJUE (4^{ème} Chambre), 29 mars 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA c/ Úrad pre verejné obstarávanie

La directive 2004/18 ne comporte aucune disposition prévoyant explicitement la suite à donner au constat, par le pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres restreint, que l'offre d'un candidat est imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges.

Par sa nature même, la procédure d'appel d'offres restreint implique que, une fois la sélection des candidats opérée, et une fois leur offre déposée, cette dernière ne puisse plus, en principe, être modifiée ni à l'initiative du pouvoir adjudicateur ni à celle du candidat. En effet, le principe d'égalité de traitement des candidats et l'obligation de transparence qui en découle s'opposent, dans le cadre de cette procédure, à toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et l'un ou l'autre des candidats.

Permettre au pouvoir adjudicateur de demander à un candidat dont il estime l'offre imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges des éclaircissements à cet égard risquerait en effet de faire apparaître ce pouvoir adjudicateur, au cas où l'offre de ce candidat serait finalement retenue, comme ayant négocié celle-ci confidentiellement, au détriment des autres candidats, et en violation du principe d'égalité de traitement.

Du reste, il ne ressort ni de l'article 2, ni d'aucune autre disposition de la directive 2004/18, ni du principe d'égalité de traitement, non plus que de l'obligation de transparence que, dans une telle situation, le pouvoir adjudicateur serait tenu de prendre contact avec les candidats concernés. Ceux-ci ne sauraient, d'ailleurs, se plaindre de ce qu'aucune obligation ne pèse à cet égard sur le pouvoir adjudicateur, dès lors que l'absence de clarté de l'offre ne résulte que d'un manquement à leur devoir de diligence dans la rédaction de celle-ci, auquel ils sont soumis comme les autres candidats.

L'article 2 de la directive 2004/18 ne s'oppose donc pas à l'absence, dans une législation nationale, d'une disposition qui ferait obligation au pouvoir adju-

dicateur de demander aux candidats, dans une procédure d'appel d'offres restreint, de clarifier leurs offres au regard des spécifications techniques du cahier des charges avant de rejeter celles-ci en raison de leur caractère imprécis ou non conforme à ces spécifications.

Toutefois, cet article 2 ne s'oppose pas, en particulier, à ce que, exceptionnellement, les données relatives à l'offre puissent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes, pourvu que cette modification n'aboutisse pas à proposer en réalité une nouvelle offre. Ledit article ne s'oppose donc pas davantage à ce que figure dans la législation nationale une disposition, selon laquelle, en substance, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit aux candidats de clarifier leur offre sans toutefois demander ou accepter aucune modification de l'offre.

Dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont dispose ainsi le pouvoir adjudicateur, il incombe à ce dernier de traiter les différents candidats de manière égale et loyale, de telle sorte que la demande de clarification ne puisse pas apparaître à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande.

La demande de clarification de l'offre ne saurait intervenir qu'après que le pouvoir adjudicateur a pris connaissance de l'ensemble des offres. Par ailleurs, cette demande doit être adressée de manière équivalente à toutes les entreprises qui se trouvent dans la même situation, en l'absence de motif objectivement vérifiable de nature à justifier un traitement différencié des candidats à cet égard, en particulier lorsque l'offre doit, en tout état de cause, au regard d'autres éléments, être rejetée.

En outre, ladite demande doit porter sur tous les points de l'offre qui sont imprécis ou non conformes aux spécifications techniques du cahier des charges sans que le pouvoir adjudicateur puisse écarter l'offre pour manque de clarté d'un aspect de celle-ci qui n'a pas fait l'objet de cette demande.

3.4. Prix anormal

CJUE (4^{ème} Chambre), 29 mars 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA / Úrad pre verejnú obstarávanie

Aux termes de l'article 55 de la directive 2004/18, si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, "demande, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes".

Il découle clairement de ces dispositions, rédigées en termes impératifs, que le législateur de l'Union a entendu exiger du pouvoir adjudicateur qu'il vérifie la

composition des offres présentant un caractère anormalement bas en lui imposant à cet effet l'obligation de demander aux candidats de fournir les justifications nécessaires pour prouver que ces offres sont sérieuses.

Dès lors, l'existence d'un débat contradictoire effectif, situé à un moment utile dans la procédure d'examen des offres, entre le pouvoir adjudicateur et le candidat, afin que ce dernier puisse prouver que son offre est sérieuse, constitue une exigence de la directive 2004/18, en vue d'éviter l'arbitraire de l'autorité adjudicatrice et de garantir une saine concurrence entre les entreprises.

À cet égard, il y a lieu de rappeler, d'une part, que, si la liste contenue à l'article 55, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2004/18 n'est pas exhaustive, elle n'est toutefois pas purement indicative, et ne laisse donc pas les pouvoirs adjudicateurs libres de déterminer quels sont les éléments pertinents à prendre en considération avant d'écarter une offre apparaissant anormalement basse.

D'autre part, l'effet utile de l'article 55, paragraphe 1, de la directive 2004/18 implique qu'il incombe au pouvoir adjudicateur de formuler clairement la demande adressée aux candidats concernés afin de mettre ceux-ci en mesure de justifier pleinement et utilement le caractère sérieux de leurs offres.

Il appartient toutefois au seul juge national de vérifier, au vu de l'ensemble des pièces du dossier qui lui sont soumises, si la demande d'éclaircissement a permis aux candidats concernés d'expliquer à suffisance la composition de leur offre.

Par ailleurs, l'article 55 de la directive 2004/18, loin de s'opposer à une disposition nationale telle que l'article 42, paragraphe 3, de la loi n° 25/2006, qui prévoit en substance que, si le candidat propose un prix anormalement bas, le pouvoir adjudicateur lui demande par écrit de clarifier sa proposition de prix, impose la présence d'une telle disposition dans la législation nationale relative aux marchés publics.

L'article 55 de la directive 2004/18 s'oppose dès lors, notamment, à la position d'un pouvoir adjudicateur qui prétendrait qu'il ne lui incombe pas de demander au candidat d'expliquer un prix anormalement bas.

3.5. Critères d'attribution

3.5.1. Définition

CJUE (3^{ème} Chambre), 10 mai 2012, C-368/10, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas

Les critères d'attribution sont des conditions essentielles d'un marché public, puisqu'ils vont être décisifs dans le choix de l'offre qui sera retenue parmi celles qui correspondent aux exigences exprimées par le pouvoir adjudicateur dans le cadre des spécifications techniques.

3.5.2. *Quels critères?*

CJUE (3^{ème} Chambre), 10 mai 2012, C-368/10, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas

Conformément à l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18, lorsqu'un pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue de ce pouvoir, celui-ci doit se fonder sur divers critères qu'il lui revient de déterminer dans le respect des exigences de cette directive, ladite disposition contenant, ainsi qu'il résulte de l'emploi des termes "par exemple", une énumération non exhaustive de critères possibles.

L'article 53 de la directive 2004/18 est explicité par le quarante-sixième considérant de celle-ci, dont les troisième et quatrième alinéas précisent que les critères d'attribution peuvent, en principe, être non seulement économiques, mais également qualitatifs. C'est ainsi que, parmi les exemples mentionnés au paragraphe 1, sous a), de cet article figurent notamment les caractéristiques environnementales. Le quatrième alinéa dudit considérant énonce en outre qu'"un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins – définis dans les spécifications du marché – propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché". Il y a dès lors lieu d'admettre que les pouvoirs adjudicateurs sont également autorisés à choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social, lesquelles peuvent concerner les utilisateurs ou les bénéficiaires des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du marché, mais également d'autres personnes.

3.5.3. *Conditions*

CJUE (3^{ème} Chambre), 10 mai 2012, C-368/10, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas

L'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 impose que les critères d'attribution soient liés à l'objet du marché. À cet égard, le quarante-sixième considérant de celle-ci précise, à son troisième alinéa, que "[l]a détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché dans la mesure où ceux-ci doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques, ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre", "l'offre économiquement la plus avantageuse" étant "celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix".

Le respect des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence impose que les critères d'attribution soient objectifs, ce qui assure que la comparaison et l'évaluation des offres se fassent de manière objective, et donc dans des conditions de concurrence effective. Tel ne serait pas le cas de critères qui confèreraient au pouvoir adjudicateur une liberté de choix inconditionnée.

Les mêmes principes imposent au pouvoir adjudicateur d'assurer à tous les stades d'une procédure d'attribution d'un marché public, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence des critères d'attribution, ceux-ci devant être formulés de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en connaître la portée exacte et, donc, de les interpréter de la même manière.

Afin d'apprécier le bien-fondé du grief visant l'absence d'un lien suffisant entre le critère d'attribution litigieux et l'objet du marché, il convient, d'une part, de prendre en considération les critères sous-jacents aux labels. Les critères sous-jacents caractérisent des produits issus, respectivement, de l'agriculture biologique et du commerce équitable. Quant au mode de production biologique tel qu'encadré par la réglementation de l'Union, à savoir, à l'époque pertinente en l'espèce, le règlement n° 2092/91, les deuxième et neuvième considérants de celui-ci indiquent que ce mode de production favorise la protection de l'environnement, notamment parce qu'il implique des restrictions importantes en ce qui concerne l'utilisation de fertilisants ou de pesticides. Quant au commerce équitable, il résulte que les critères imposés par la fondation qui octroie le label MAX HAVELAAR visent à favoriser les petits producteurs des pays en développement en entretenant avec eux des relations commerciales qui tiennent compte des besoins réels de ces producteurs, et non simplement des lois du marché. Il découle de ces indications que le critère d'attribution litigieux concernait des caractéristiques environnementales et sociales entrant dans le cadre de l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18.

D'autre part, il s'impose de constater que, conformément à la description du marché figurant au sous-chapitre 1.4 du cahier des charges, ce marché portait notamment sur la fourniture du café, du thé et des autres ingrédients nécessaires à la fabrication des boissons disponibles dans les distributeurs. Il résulte par ailleurs de la rédaction du critère d'attribution litigieux que celui-ci visait uniquement les ingrédients à fournir dans le cadre dudit marché, sans aucune implication quant à la politique générale d'achat des soumissionnaires. Partant, ces critères portaient sur des produits dont la fourniture constituait une partie de l'objet dudit marché.

Il n'est pas requis qu'un critère d'attribution porte sur une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci. La réglementation de l'Union en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre d'un marché de fourniture d'électricité, le pouvoir adjudicateur retienne un critère d'attribution consistant dans le fait que l'électricité soit produite à partir de sources d'énergie renouvelables. Rien ne s'oppose dès lors, en principe, à ce qu'un tel critère vise le fait qu'un produit soit issu du commerce équitable.

Les spécifications doivent être suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer celui-ci.

Les exigences relatives au respect des “critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises” ainsi qu’à l’obligation de “contribue[r] à rendre le marché du café plus durable et à rendre la production de café écologiquement, socialement et économiquement responsable” ne présentent pas un degré de clarté, de précision et d’univocité tel que tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent puisse savoir de manière certaine et complète quels sont les critères que recouvrent ces exigences. Il en est de même, et a fortiori, en ce qui concerne la demande adressée aux soumissionnaires d’indiquer dans leur offre “[c]omment [ils] remplisse[nt]” lesdits critères ou “comment [ils] contribue[nt]” aux fins mises en avant par le pouvoir adjudicateur quant au marché et à la production du café, sans leur donner d’indication précise quant aux renseignements qu’ils doivent fournir.

Partant, en imposant aux soumissionnaires, dans le cahier des charges litigieux, de respecter “les critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises”, de “contribue[r] à rendre le marché du café plus durable et à rendre la production de café écologiquement, socialement et économiquement responsable” et d’indiquer dans leur offre “[c]omment [ils] remplisse[nt]” lesdits critères ou “comment [ils] contribue[nt]” aux fins mises en avant par le pouvoir adjudicateur quant au marché et à la production du café, la province de Hollande-Septentrionale a établi une clause qui ne respecte pas l’obligation de transparence prévue à l’article 2 de la directive 2004/18.

3.6. Conditions d’exécution

CJUE (3^{ème} Chambre), 10 mai 2012, C-368/10, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas

Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations d’ordre social. Or, imposer que le thé et le café à fournir proviennent de petits producteurs de pays en développement, avec lesquels sont établies des relations commerciales qui leur sont favorables, relève de telles considérations. Partant, c’est au regard dudit article 26 que la régularité d’une telle condition devrait être vérifiée.