

# Les marchés publics dans l'Union européenne<sup>1</sup>

Pierre Nihoul<sup>2</sup>

- Au cours de la période étudiée, la Cour a précisé le champ d'application de l'exception *in house*
- Elle a par ailleurs fourni des informations supplémentaires sur la condition relative à l'intérêt transfrontalier certain en matière de concessions
- Un pouvoir adjudicateur ne peut retenir un critère d'attribution dont l'application ne conduit pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse
- L'intérêt à agir d'un soumissionnaire irrégulier est admis sous certaines conditions

La délégation contractuelle par une intercommunale à une des communes associées d'une mission particulière rémunérée, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de la dite mission, ne rentre pas dans l'exception *in house*. Par ailleurs, l'application restrictive de l'exception relative à la coopération fonctionnelle est confirmée. Pour ce qui est des concessions, la condition relative à l'intérêt transfrontalier certain est précisée. Un pouvoir adjudicateur ne peut retenir comme critère d'attribution une méthode de détermination d'un prix moyen dont l'application conduisait à une situation dans laquelle, à parité des autres critères, une offre à un prix plus élevé obtenait plus de points qu'une autre offre moins chère, ce qui est contraire à la notion d'offre économiquement la plus avantageuse. La notion de conflits d'intérêts est précisée. Enfin, l'intérêt à agir d'un soumissionnaire irrégulier est admis pour autant qu'il puisse établir que la décision réputant son offre irrégulière est illégale ou, à défaut, que l'offre retenue par le pouvoir adjudicateur est elle aussi affectée d'une irrégularité qui aurait dû conduire à son écartement.

## 1 Champ d'application *ratione personae*

### A. Pouvoir adjudicateur : organisme de droit public

**1. Liste des organismes.** — L'annexe III de la directive 2004/18 contient une liste dans laquelle sont identifiés, par État membre, les organismes de droit public. Cette liste ne contient toutefois pas une présomption irréfragable, de sorte qu'il revient au juge de vérifier si la mention d'un organisme sur cette liste correspond à la règle de fond<sup>3</sup>.

**2. Dépendance étroite.** — La définition du concept d'organisme de droit public contient une troisième condition qui repose sur trois critères alternatifs : un financement majoritaire des pouvoirs publics; un contrôle de gestion; un contrôle organique (article 1<sup>er</sup>, § 9, alinéa 2, de la directive 2004/18). Ces trois critères ont en commun de traduire une dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics. En effet, une telle dépendance permet d'influencer les décisions de ces organismes en matière de marchés publics et

donc éventuellement de fausser leur attribution. Chacun de ces critères doit donc « recevoir une interprétation fonctionnelle, c'est-à-dire indépendante des modalités formelles de sa mise en œuvre »<sup>4</sup>.

**3. Critère du financement majoritaire.** — Ce critère vise tout transfert de moyens financiers opéré sans contrepartie spécifique, dans le but de soutenir les activités de l'organisme. Interprété fonctionnellement, il englobe les modes de financement indirect — comme une redevance radio-télé ou des cotisations payées à des caisses publiques d'assurance sociale (voy. nos chroniques 2007 et 2009) — dès lors qu'un certain nombre d'éléments traduisent la dépendance de l'organisme envers les pouvoirs publics. Tel n'est pas le cas d'un ordre professionnel de droit public pourtant financé par les cotisations de ses membres. En effet, si ses missions sont déterminées par la loi, celle-ci lui laisse une importante autonomie pour déterminer le montant des cotisations, celui-ci étant en outre fixé par une assemblée constituée des cotisants eux-mêmes, et leur affectation, l'autorité publique de tutelle n'intervenant que pour vérifier si le budget est à l'équilibre. De telles modalités ne traduisent pas cette dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics<sup>5</sup>.

**4. Critère du contrôle de gestion.** — En principe, un contrôle *a posteriori*, comme un contrôle général de légalité opéré par une autorité de tutelle, ne remplit pas ce critère puisqu'il ne permet pas aux pouvoirs publics d'influencer les décisions en matière de marchés publics. Tel est le cas de la tutelle d'approbation qui a pour objet de seulement vérifier que le budget est à l'équilibre<sup>6</sup>.

### B. Pouvoir adjudicateur : personnes de droit privé

**5.** L'article 2, § 1<sup>er</sup>, de la directive 93/37 (devenu l'article 8, alinéa 1<sup>er</sup>, a), de la directive 2004/18) exige le respect, par les pouvoirs adjudicateurs, de cette directive lorsqu'ils subventionnent directement à plus de 50% un marché de travaux passé par une entité autre qu'eux-mêmes et qui porte notamment sur les travaux de bâtiment relatifs aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs. Cette disposition vise à éviter que certains pouvoirs adjudicateurs ne cherchent à éluder la réglementation des marchés publics en confiant à des organismes privés le soin de faire procéder

(1) Année 2013. (2) Pierre Nihoul est juge à la Cour constitutionnelle de Belgique et chargé de cours à la Faculté de droit de l'U.C.L. Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être communiqués à pini@const-court.be. (3) C.J.U.E., 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, points 17-18. En l'espèce, l'Ordre des médecins d'un *Länder* n'a pas été considéré comme un tel organisme alors qu'il figurait sur cette liste. (4) *Ibidem*, points 20-21. (5) *Ibidem*, points 22-28. (6) *Ibidem*, point 29.



# Chroniques

à l'exécution de travaux qui relèvent en réalité des marchés publics et que ces pouvoirs adjudicateurs subventionnent directement à plus de 50%.

**6. Subvention directe<sup>7</sup>.** — Tout d'abord, la notion de « subvention » doit être prise dans son sens habituel, ce qui signifie octroyer un avantage. Partant, ce terme ne couvre pas seulement des prestations positives, mais comprend aussi des mesures d'allègements fiscaux. Ensuite, la notion de « subvention directe » se rapporte non pas aux personnes, mais à l'ouvrage concerné, au risque sinon de contourner cette disposition. En l'espèce, les allègements fiscaux étaient directement liés au marché de travaux en cause et ne visaient pas à diminuer certaines charges générales des personnes concernées.

**7. Travaux concernés<sup>8</sup>.** — Même si toutes les catégories de marchés énoncées à cette disposition ont en commun de porter sur des bâtiments susceptibles, le cas échéant, de répondre aux besoins collectifs des usagers, cette constatation ne suffit pas pour considérer que l'aptitude à satisfaire de tels besoins est une condition d'application de cette disposition. Celle-ci concerne donc des équipements visant à répondre aux besoins collectifs des usagers, mais aussi des équipements qui sont réservés à une clientèle privée (en l'espèce, la rénovation d'un village de vacances). Par ailleurs, la notion de marchés de travaux doit recevoir une interprétation qui est autonome par rapport à celle de marchés publics de travaux, lesquels doivent représenter un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur, au risque sinon de réduire considérablement le champ d'application de l'article 2. En effet, par cette disposition, le législateur de l'Union a expressément ouvert le champ d'application des directives à certains marchés non publics.

## C. Opérateur économique

**8.** La Cour a confirmé qu'il ne fallait pas interpréter restrictivement cette notion, qui désigne le cocontractant du pouvoir adjudicateur dans les directives, et dès lors exclure des marchés publics les entités qui ne poursuivent pas principalement un but lucratif, qui n'ont pas une structure d'entreprise ou qui n'assurent pas une présence continue sur le marché, comme des établissements universitaires publics, si et dans la mesure où la législation nationale les habilite à opérer sur le marché compte tenu de leurs objectifs institutionnels et statutaires<sup>9</sup>.

## 2 Champ d'application *ratione materiae*

### A. Contrats à titre onéreux

**9.** Un marché public est un contrat à titre onéreux. N'échappe pas à cette qualification un contrat dont la rémunération est limitée au remboursement des frais encourus pour fournir la prestation convenue<sup>10</sup>.

### B. Collaboration entre personnes de droit public

**10. Principe.** — Les directives s'appliquent, en principe, aux marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et une personne juridiquement distincte de ce dernier, même si cet opérateur est lui-même un pouvoir adjudicateur<sup>11</sup>. Ce principe connaît deux exceptions prétorienne.

**11. Exception *in house*.** — 1) Sur le plan théorique, 2013 n'apporte aucune nouveauté. Le libellé de l'exception *in house* reste identique<sup>12</sup>.

2) En termes d'application, il faut relever un cas de figure intéressant, à savoir l'hypothèse dans laquelle une intercommunale délègue, par un contrat, à une des communes associées une mission particulière rémunérée, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de ladite mission. On se trouve donc dans la situation inverse de celle qui a donné lieu à l'émergence de l'exception. En réalité, dans ce cas de figure, aucune des deux conditions n'est remplie. D'une part, l'intercommunale n'exerce pas un contrôle analogue sur une commune associée. À cet égard, se réserver le droit de contrôler la bonne exécution d'une tâche ainsi déléguée ne suffit pas à qualifier ce contrôle d'analogue. D'autre part, la commune ne réalise pas l'essentiel de ses activités au profit de l'intercommunale<sup>13</sup>.

**12. Collaboration fonctionnelle.** — La Cour maintient l'exception inaugurée en 2009 et confirmée en 2012 en faveur 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 ». Les conditions que le contrat doit remplir pour bénéficier de l'exonération restent les mêmes : être « conclu exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée » ; ne placer « aucun prestataire privé (...) dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents » ; et instaurer une « coopération (...) uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public »<sup>14</sup>. Ces conditions sont cumulatives.

(7) C.J.U.E., 26 septembre 2013, *France c. Commission*, C-115/12 P, points 42-55 (travaux de rénovation et d'extension d'un village privé de vacances).

(8) *Ibidem*, points 75-83. (9) C.J.U.E., 16 mai 2013, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a.*, C-564/11, points 27-28; 13 juin 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, C-386/11, point 29 (une commune); 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, points 35-36.

(10) C.J.U.E., *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a.*, précité, point 30; *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, précité, point 31; *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, précité, point 38. (11) *Ibidem*, point 27 (une université publique); *ibidem*, point 29 (une commune); *ibidem*, point 35 (une université publique). (12) C.J.U.E., 8 mai 2013, *Eric Libert et alii*, C-197/11 et C-203/11, point 117; *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a.*, précité, point 33; *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, précité, point 34; *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, précité, point 41.

(13) C.J.U.E., *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, précité, point 35. (14) C.J.U.E., *Eric Libert e.a.*, précité, point 118; *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a.*, précité, points 35 et 36; *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, précité, points 36-37; *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, précité, points 43-44.



La Cour n'a pas retenu cette exception dans les hypothèses suivantes :

— une convention entre une autorité locale et une université portant sur une mission d'étude et de conseil technique et scientifique en vue de l'élaboration d'un plan communal d'aménagement du territoire aux motifs que ce contrat « comporte un ensemble d'aspects matériels dont une partie importante, voire prépondérante, correspond à des activités généralement effectuées par des ingénieurs ou des architectes et qui, bien qu'elles soient basées sur un fondement scientifique, ne s'apparentent cependant pas à la recherche scientifique » de sorte que l'objet du contrat ne paraît pas assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à l'autorité locale et à l'université<sup>15</sup>;

— une convention entre une commune et une université portant sur des activités de soutien relatives à l'élaboration de plans de reconstruction de certaines parties du territoire endommagées par le séisme de l'Aquila pour les mêmes motifs<sup>16</sup>;

— un contrat entre une intercommunale et une des communes associées en vue de lui confier la mission de nettoyer certains bâtiments, aux motifs que, d'une part, le contrat n'a pas pour objet d'instaurer une coopération destinée à la mise en œuvre d'une mission de service public commune et que, d'autre part, ce contrat autorisant le recours à des tiers, ceux-ci pourraient être avantagés par rapport aux autres entreprises actives sur le marché<sup>17</sup>.

La Cour confirme ainsi l'application restrictive de cette exception.

### C. Marché public de travaux

**13.** Le Code flamand du logement (le Wooncode) impose de plein droit aux constructeurs ou aux lotisseurs, pour l'obtention d'un permis d'urbanisme ou de lotir relatif à un projet d'une certaine taille, une « charge sociale » qui consiste à réaliser, à concurrence d'un pourcentage déterminé du projet, des logements sociaux, ceux-ci devant par la suite être vendus, à des prix plafonnés, à un organisme public de logement social ou moyennant substitution de ceux-ci. La Cour de justice ne tranche pas la question de la qualification de cette charge sociale comme marché public de travaux et renvoie l'examen des critères au juge *a quo*, la Cour constitutionnelle en l'occurrence, en attirant son attention sur plusieurs points dont celui de savoir si la réalisation de ces logements sociaux s'inscrit bien dans le cadre d'une relation contractuelle. Si la jurisprudence de la Cour exige la conclusion d'une convention déterminant les ouvrages à réaliser et les conditions y afférentes, la circonstance, lorsqu'une telle convention est signée, que la réalisation de logements sociaux est imposée directement par la réglementation interne et que le cocontractant est nécessairement le propriétaire des terrains à bâtir ne suffit pas à exclure le caractère contractuel du rapport noué entre l'administration et le lotisseur. En l'espèce, la Cour relève que si le décret requiert la conclusion d'une convention d'administration entre le lotisseur et la société de logement social, cette convention ne régit toutefois pas, en principe, les relations entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique concerné et semble porter en outre non pas sur la réalisation des logements sociaux, mais seulement sur la phase suivante, à savoir celle de leur mise sur le marché<sup>18</sup>.

### D. Concession de services

**14. Éléments constitutifs.** — Une convention constitue une concession de services lorsque le mode de rémunération du concessionnaire consiste dans le droit d'exploiter l'activité concernée et lorsque le risque lié à l'exploitation de cette activité est transféré au concessionnaire. Tel est le cas de l'accord conclu entre quatre intercommunales de télédistribution et Telenet, accord qui transfère à Telenet l'activité de fourniture de services de télévision des intercommunales sur leurs réseaux et qui lui confère le droit exclusif d'exploiter ces réseaux afin d'exercer cette activité<sup>19</sup>.

**15. Régime juridique**<sup>20</sup>. — Conformément à une jurisprudence constante, les autorités publiques qui octroient des concessions sont tenues de respecter, à défaut d'application des directives marchés publics, les règles fondamentales des traités, ce qui comprend deux corps de règles :

— d'une part, les articles 49 et 56 TFUE : subordonner l'exercice d'une activité économique à l'obtention d'une concession constitue en effet une entrave à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services qui peut néanmoins être admise moyennant les justifications et le respect des exigences découlant de la jurisprudence de la Cour dans ce domaine;

— d'autre part, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi que l'obligation de transparence qui en découle. Cette obligation impose à l'autorité concédante de garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres.

Deux précisions ont été apportées à cet égard :

1) Ce régime juridique n'est applicable que pour autant que la concession présente un intérêt transfrontalier certain. Celui-ci peut résulter, notamment, de l'importance économique de la convention, du lieu de son exécution ou encore de caractéristiques techniques. Par ailleurs, cet intérêt peut exister sans qu'il soit requis qu'un opérateur économique ait effectivement manifesté son intérêt. Il en va particulièrement ainsi en cas d'absence de transparence de l'attribution de la concession dès lors que, dans un tel cas, les opérateurs établis dans un autre État n'ont pas eu de réelles possibilités de se manifester<sup>21</sup>. Est-ce le cas d'une concession conçue comme n'étant susceptible ni d'engendrer des rentrées nettes importantes ni de procurer un avantage indu au concessionnaire ou à l'autorité publique concédante? Cette circonstance n'est pas suffisante en soi pour conclure à l'absence d'intérêt frontalier certain. En effet, afin d'étendre une partie de ses activités dans un autre État membre, une entreprise peut décider, dans le cadre d'une stratégie économique, de solliciter l'attribution dans cet État d'une telle concession, cette occasion lui permettant de s'installer sur le marché dudit État et de s'y faire connaître dans le but de préparer sa future expansion<sup>22</sup>.

2) Qui peut invoquer la violation de l'obligation de transparence? Cette obligation bénéficie à tout soumissionnaire potentiel, même

(15) C.J.U.E., *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a.*, précité, point 37. (16) C.J.U.E., *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, précité, point 46. (17) C.J.U.E., *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, précité, points 38-40. (18) C.J.U.E., *Libert e.a.*, précité, points 108-115. La Cour constitutionnelle n'a pas dû trancher cette question, le décret étant annulé en raison de la violation du droit de l'Union sur les aides d'État (C.C. b., arrêt n° 145/2013 du 7 novembre 2013). (19) C.J.U.E., 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, points 26-27. (20) C.J.U.E., *Belgacom*, précité, points 28-32; 14 novembre 2013, *Comune di Ancona*, C-388/12, points 45-46 (gestion d'une cale de halage portuaire). (21) C.J.U.E., *Belgacom*, précité, points 29-31. (22) C.J.U.E., *Comune di Ancona*, précité, points 50-51.



# Chroniques

à celui établi dans le même État membre que celui dont relève l'autorité concédante<sup>23</sup>.

**16. Exceptions.** — Il s'ensuit que l'attribution directe, c'est-à-dire en l'absence de toute transparence, d'une concession à une entreprise située dans l'État membre dont relève le pouvoir adjudicateur est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises situées dans un autre État membre et constitue une discrimination indirecte selon la nationalité. Elle peut toutefois être admise au titre de l'un des motifs énoncés à l'article 52 TFUE ou justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général ou par ce que la Cour appelle aussi des circonstances objectives<sup>24</sup>. Ne sont pas des raisons impérieuses d'intérêt général, d'une part, la volonté de ne pas méconnaître certains droits d'utilisation que, par une convention préexistante, des entités publiques ont octroyés à un opérateur économique, cette volonté participant certes au respect du principe de sécurité juridique, dès lors qu'il s'agit de donner à cette convention une extension contraire au droit de l'Union sous la forme d'une attribution directe d'une nouvelle concession de services, peu importe que cette extension puisse constituer une solution raisonnable de nature à de mettre fin à un litige survenu entre les parties concernées, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, quant à la portée de cette convention; d'autre part, des motifs de nature économique, telle que la volonté d'éviter la dépréciation d'une activité économique exercée par une entité publique en raison d'un cadre conventionnel pré-existant qui se révèle inadapté eu égard à l'évolution du contexte technico-commercial<sup>25</sup>.

## 3 Procédure négociée

**17. Principes.** — La procédure négociée revêt un caractère exceptionnel, les seules hypothèses pour lesquelles le recours à cette procédure est permis étant énumérées limitativement et expressément par les directives marchés publics. En tant que dérogation aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le droit de l'Union dans le secteur des marchés publics, elles doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Enfin, il convient de rappeler que c'est à celui qui entend se prévaloir desdites dérogations qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles les justifiant existent effectivement<sup>26</sup>.

**18. Circonstances imprévisibles.** — Deux communes italiennes attribuent directement à des équipes universitaires des missions relatives à l'élaboration des plans de reconstruction de certaines parties de leur territoire endommagées par le séisme de l'Aquila le 6 avril 2009. L'endommagement important d'une partie significative des bâtiments de plusieurs localités à la suite d'un séisme de grande ampleur constitue assurément un événement imprévisible. Toutefois, le recours à la procédure négociée sans publicité requiert, non seulement l'existence d'un tel événement, mais aussi deux autres conditions, à savoir l'existence d'une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par les autres procédures et d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte, ce qu'il appartient à la juridic-

tion nationale de vérifier. Un pouvoir adjudicateur ne démontre pas ce lien de stricte nécessité lorsqu'il lui aurait été matériellement possible de recourir à la procédure accélérée<sup>27</sup>.

**19. Recherche, expérimentation, étude ou développement.** — Ce motif ne vise pas la fabrication de produits en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement. Dans le cadre de la réalisation d'un projet pilote dans des hôpitaux portant sur la migration de données cliniques locales vers une base de données centralisées à usage des cliniciens, permettant l'interopérabilité entre les centres de soins de santé, deux contrats de fournitures sont attribués en procédure négociée sans publicité, l'un relatif à l'équipement nécessaire pour opérer la centralisation convenue et l'autre relatif à des équipements informatiques locaux complémentaires. Il ressort des pièces du dossier que le recours pour ce motif à cette procédure n'est pas justifié dès lors que les autorités adjudicatrices avaient parfaitement connaissance du matériel nécessaire pour atteindre leur but et qu'aucun élément du cahier des spécifications techniques des deux contrats ne laisse entrevoir que l'entreprise attributaire devrait concevoir un nouveau produit destiné à la recherche, à l'expérimentation, à l'étude ou au développement. Il s'agissait en effet de l'installation d'un matériel informatique et non informatique bien défini, décrit de manière très détaillée et déjà présent sur le marché, ce qu'un fournisseur moyen du secteur aurait été en mesure de faire<sup>28</sup>.

**20. Spécificités techniques.** — Ces deux mêmes contrats présentent-ils des spécificités techniques telles que les produits ne pouvaient être confiés qu'à un fournisseur déterminé? Il n'en est rien pour trois raisons. En premier lieu, il ressort du point précédent qu'il s'agissait de contrats de fourniture de produits standard. En deuxième lieu, il n'apparaît pas que les autorités aient effectué des démarches, que ce soit sur le territoire national, ou plus largement dans l'Union, pour vérifier s'il existait des entreprises tout autant en mesure de répondre à l'appel d'offres dans les mêmes conditions, voire dans de meilleures conditions que l'entreprise retenue. En troisième lieu, l'argument selon lequel l'entreprise retenue, qui s'était vu attribuer des contrats dans des phases antérieures, possédait déjà une connaissance exhaustive des bases de données locales existantes ne démontre pas que cette entreprise était la seule en mesure de posséder ces connaissances et qu'une autre entreprise n'aurait pas été capable de les acquérir<sup>29</sup>.

**21. Offres non conformes.** — Le propre de la procédure négociée est de permettre au pouvoir adjudicateur de négocier afin d'adapter les offres déposées aux exigences indiquées dans les documents du marché et afin de rechercher la meilleure offre. Ce pouvoir de négociation ne va toutefois pas jusqu'à autoriser le pouvoir adjudicateur à négocier des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché. En effet, d'une part, celui-ci est toujours tenu, au nom du principe de transparence, de veiller à ce que les exigences du marché, auxquelles il a attribué un caractère impératif, soient respectées. D'autre part, le fait d'admettre la recevabilité d'une offre non conforme à des conditions impératives en vue de la négociation priverait de toute utilité la fixation de conditions im-

(23) C.J.U.E., *Belgacom*, précité, point 32. (24) Pour la Cour, « il n'y a pas lieu de distinguer les circonstances objectives et les raisons impérieuses d'intérêt général. En effet, de telles circonstances doivent constituer, en dernière analyse, une raison impérieuse d'intérêt général » (*Belgacom*, précité, point 38). (25) *Ibidem*, points 39-43. (26) C.J.U.E., 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, point 51; T.U.E., 15 janvier 2013, *Espagne c. Commission*, T-54/11, points 34-36. (27) C.J.U.E., *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, précité, points 49-54. (28) T.U.E., *Espagne c. Commission*, précité, points 40-50. (29) *Ibidem*, points 51-56.



pératives dans l'appel d'offres et ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires sur une base commune, constituée desdites conditions, et, partant, de traiter ceux-ci sur un pied d'égalité<sup>30</sup>.

## 4 Documents du marché

**22. Transparence et égalité<sup>31</sup>.** — Le principe général de transparence implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution d'un marché public soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, afin, d'une part, de permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière, d'autre part, de mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause.

Pour sa part, le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, lequel a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les soumissionnaires. Il s'ensuit que si, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour définir les conditions qu'il entend imposer aux soumissionnaires, il s'autolimité néanmoins dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et ne saurait dès lors se départir de ces conditions à l'égard d'un des soumissionnaires sans violer le principe d'égalité de traitement. C'est donc au regard des principes d'autolimitation et de respect de l'égalité de traitement qu'il convient d'interpréter les termes du cahier des charges.

**23. Critères de sélection<sup>32</sup>.** — Vérifier l'aptitude des soumissionnaires et attribuer un marché constituent deux opérations distinctes qui sont régies par des règles différentes dans les directives. Partant, sont exclus à titre de critères d'attribution des critères 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. Ainsi en va-t-il du critère de l'expérience tirée de travaux précédents.

**24. Critères d'attribution<sup>33</sup> - Principes.** — Si l'énumération des critères par la directive n'est pas exhaustive et que les pouvoirs adjudicateurs disposent de la sorte d'un large pouvoir de choix, celui-ci n'est pas pour autant illimité.

1) En vertu de l'obligation de transparence, le pouvoir adjudicateur doit définir et préciser, dans le cahier des charges, les critères d'attribution permettant de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en vue de garantir aux soumissionnaires une connaissance préalable et suffisante de ces critères. Une détermination ultérieure de ces critères est-elle possible? Si la jurisprudence n'a pas établi une interdiction totale et absolue de spécifier plus en détail, après le dépôt des offres, un critère d'attribution du

marché, une telle détermination postérieure n'est toutefois possible que dans le respect strict de trois conditions cumulatives. Premièrement, elle ne doit pas modifier les critères d'attribution du marché définis dans les documents du marché; deuxièmement, elle ne doit pas contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation; et, troisièmement, elle ne doit pas avoir été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

2) Dans la mesure où une offre se rapporte nécessairement à l'objet du marché, les critères d'attribution doivent, eux aussi, être liés à l'objet du marché, soit des critères objectifs liés de façon directe et exclusive aux caractéristiques de l'offre et aux qualités intrinsèques d'un produit ou d'un service.

3) Le choix des critères ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, laquelle peut être définie comme étant celle qui présente le meilleur rapport entre la qualité et le prix, compte tenu de critères justifiés par l'objet du marché. Si l'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas toujours celle ayant le prix le plus bas, force est de constater que, dans des conditions de parfaite égalité des offres s'agissant de tous les autres critères pertinents, y compris techniques, une offre moins onéreuse doit être *nécessairement* considérée, du point de vue économique, comme étant plus avantageuse qu'une offre plus chère.

**25. Critère du prix moyen<sup>34</sup>.** — Un cahier des charges avait retenu la méthode du prix moyen qui consistait en synthèse<sup>35</sup> à calculer, dans un premier temps, la baisse de chaque offre, en termes de pourcentage de réduction, par rapport au prix de base du marché préalablement déterminé, dans un deuxième temps, à calculer la baisse moyenne des offres et, dans un troisième temps, d'appliquer à chaque offre une formule mathématique consistant à conférer un nombre de points croissant au fur et à mesure que les offres se rapprochaient de la baisse moyenne. Cette formule a été invalidée pour les deux raisons suivantes.

1) Si, avant le dépôt de leurs offres, les soumissionnaires étaient bien informés tant de l'application de cette méthode et du prix de base du projet, cette méthode nécessitait toutefois de déterminer *a posteriori* un élément essentiel, voire décisif, pour l'attribution des marchés, à savoir le prix moyen auquel toutes les offres devaient être comparées. Partant, au stade de la présentation de leurs offres, les soumissionnaires étaient privés d'un élément qui, s'ils l'avaient connu auparavant, aurait été particulièrement susceptible d'influencer cette préparation. Et ce d'autant plus que le manque de transparence à propos du prix moyen a entraîné une situation de concurrence « irrationnelle » pour les soumissionnaires les plus compétitifs, qui, s'ils voulaient conserver leurs chances d'obtenir le marché, se voyaient contraints de soumettre une offre à un prix plus élevé par rapport à celui qu'ils auraient pu présenter, à savoir une offre comportant un prix correspondant à la moyenne prévisible du prix de l'ensemble des offres et non l'offre la moins chère.

2) En outre, l'application de la méthode du prix moyen pouvait conduire à une situation dans laquelle, à parité des autres conditions, notamment techniques, une offre à un prix plus élevé était susceptible d'obtenir plus de points au titre de sa qualité écono-

(30) C.J.U.E., 5 décembre 2013, *Nordecon AS e.a.*, C-561/12. (31) T.U.E., 20 mars 2013, *Nexans France*, T-415/10, points 71, 80, 100 et 102; 16 septembre 2013, *Espagne c. Commission*, T-402/06, points 64-67. (32) T.U.E., 16 septembre 2013, *Espagne c. Commission*, T-402/06, points 97-107. (33) *Ibidem*, points 71, 72, 76, 77 et 107. (34) *Ibidem*, points 70 et 73-75. (35) *Ibidem*, points 57 à 59 pour un exposé complet de la méthode.



# Chroniques

mique qu'une autre offre moins chère, en particulier lorsque la première offre se rapprochait davantage du prix moyen.

## 5 Sélection qualitative

**26. Capacité de plusieurs entités.** — Une législation nationale interdit, en règle générale, aux opérateurs économiques participant à une procédure d'adjudication d'un marché public de travaux de faire valoir, pour une même catégorie de qualification, les capacités de plusieurs entreprises. Elle est jugée contraire aux articles 47, § 2, et 48, § 3, de la directive 2004/18<sup>36</sup>. En effet, la directive 2004/18 permet, à la suite de la jurisprudence antérieure de la Cour, le cumul des capacités de plusieurs opérateurs en vue de satisfaire aux exigences minimales de capacité fixées par le pouvoir adjudicateur pour autant qu'il soit prouvé à celui-ci que le candidat ou le soumissionnaire qui se prévaut des capacités d'une ou de plusieurs autres entités disposera effectivement des moyens de ces dernières qui sont nécessaires à l'exécution du marché. Certes, il ne saurait être exclu qu'il existe des travaux qui présentent des particularités nécessitant une certaine capacité qui n'est pas susceptible d'être obtenue en rassemblant des capacités inférieures de plusieurs opérateurs. Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur serait fondé à exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique ou, le cas échéant, par le recours à un nombre limité d'opérateurs économiques pour autant que cette exigence soit liée et proportionnée à l'objet du marché en cause. Toutefois, cette hypothèse constituant une situation exceptionnelle, la directive 2004/18 s'oppose à ce que ladite exigence soit érigée en règle générale par le droit national. L'existence d'un système d'agrément ou de qualification est sans influence à cet égard.

**27. Dossier de candidature incomplet<sup>37</sup>.** — Lors de l'année 2012 (voy. notre précédente chronique, n° 20), la Cour avait dégagé certaines exigences qui encadrent la faculté pour le pouvoir adjudicateur de demander par écrit aux soumissionnaires une clarification de leur offre, et ce en dérogation à l'interdiction de principe de négociation après le dépôt des offres. La Cour a transposé cet enseignement, qui concerne les offres, aux dossiers de candidature déposés dans le cadre de la phase de présélection des candidats d'une procédure restreinte. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut demander que les données figurant dans un tel dossier soient ponctuellement corrigées ou complétées, pour autant qu'elles portent sur des éléments ou des données, tel le bilan publié, dont l'antériorité par rapport au terme du délai fixé pour faire acte de candidature soit objectivement vérifiable. Toutefois, il en irait autrement si les documents du marché imposaient la communication de la pièce ou de l'information manquante sous peine d'exclusion.

## 6 Examen des offres

**28. Conflit d'intérêts.** — Le conflit d'intérêts constitue une rupture de l'égalité de traitement<sup>38</sup>. Les directives ne contenant pas d'élément explicite à ce sujet, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que la faculté pour un soumissionnaire, alors même qu'il n'en aurait pas l'intention, d'influencer les conditions d'un appel d'offres dans un sens qui lui est favorable est constitutive d'une situation de conflit d'intérêts. Le régime en la matière peut être synthétisé comme suit<sup>39</sup> : 1° la notion de conflit d'intérêts présente un caractère objectif et, pour la caractériser, il convient de faire abstraction des intentions des intéressés, en particulier de leur bonne foi; 2° il n'existe pas d'obligation absolue d'exclure systématiquement les soumissionnaires en situation de conflit d'intérêts, une telle exclusion n'étant pas justifiée dans les cas dans lesquels il est possible de démontrer que cette situation est demeurée sans incidence sur leur comportement et qu'elle ne comporte pas de risque réel de survenance de pratiques susceptibles de fausser la concurrence entre les soumissionnaires; 3° en revanche, l'exclusion d'un soumissionnaire en situation de conflit d'intérêts est indispensable lorsqu'il n'existe pas de remède plus adéquat pour éviter toute violation des principes d'égalité de traitement et de transparence.

À cet égard, la présence, au sein des organes de direction du pouvoir adjudicateur, de représentants d'une entreprise qui fait partie d'un consortium soumissionnaire laisse supposer l'existence d'un conflit d'intérêts. Le fait que ce ne soit pas en leur qualité de représentant de cette entreprise, mais en leur qualité d'expert reconnu que ces personnalités qualifiées font partie des organes dirigeants du pouvoir adjudicateur n'est pas en soi de nature à les empêcher d'utiliser leur situation pour servir les intérêts de l'entreprise, ce qui constituerait, précisément, une situation de conflit d'intérêts. Toutefois, au-delà de ces considérations théoriques, il faut examiner le rôle effectif que ces personnes ont pu jouer dans la rédaction des documents de l'appel d'offres (en l'occurrence, la définition des spécifications techniques). D'une part, il apparaît que les organes de direction n'ont pas joué le moindre rôle dans la rédaction de ces documents. D'autre part, s'il est vrai que les spécifications techniques ont été soumises au pouvoir adjudicateur pour validation avant le lancement de l'appel d'offres, il s'avère que les spécifications proposées par l'entreprise n'ont en définitive pas été retenues et que celles-ci ne portaient que sur une partie infime du matériel proposé et non sur la nature de ces installations, alors que l'évaluation des offres ne portait que sur la capacité des candidats à disposer des installations en cause et à les exploiter<sup>40</sup>.

**29. Offres anormalement basses.** — Avant de pouvoir rejeter une offre anormalement basse, le pouvoir adjudicateur doit, conformément à l'article 55 de la directive 2004/18, demander aux candidats de fournir les justifications nécessaires pour prouver que ces offres sont sérieuses. En effet, il est essentiel que chaque soumissionnaire soupçonné d'avoir présenté une offre anormalement basse dispose de la faculté de faire valoir utilement son point de vue à cet égard, en lui donnant la possibilité de fournir toutes justifications sur les différents éléments de son offre à un

(36) C.J.U.E., 10 octobre 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA e.a.*, C-94/12. (37) C.J.U.E., 10 octobre 2013, *Manova A/S*, C-336/12. (38) C.J.U.E., 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 et C-34/03, points 29 et 30; T.U.E., 17 mars 2005, *AFCon Management Consultants e.a.*, T-160/03, point 74; 20 mars 2013, *Nexans France*, T-415/10, point 114. (39) T.U.E., *Nexans France*, précité, points 114-117. (40) *Ibidem*, points 118-127.

moment — se situant nécessairement après l'ouverture de l'ensemble des enveloppes — où il a connaissance non seulement du seuil d'anomalie applicable au marché en cause ainsi que du fait que son offre est apparue comme étant anormalement basse, mais également des points précis qui ont suscité des interrogations de la part du pouvoir adjudicateur. Les directives prévoient à cet égard, en termes impératifs, une procédure obligatoire de vérification contradictoire de ces offres dont les différentes étapes doivent être scrupuleusement suivies<sup>41</sup>.

En l'espèce, les documents du marché prévoyaient la détermination d'un seuil, appelé « baisse téméraire », qui désignait le pourcentage de réduction du prix par rapport au prix de base à partir duquel l'offre était réputée manquer de crédibilité; les offres dont la baisse dépassait la « baisse téméraire » ne recevaient aucun point au titre de la qualité économique. Les mêmes documents ne prévoyaient aucune procédure permettant à un soumissionnaire ayant présenté une telle offre de faire valoir utilement son point de vue et de fournir des justifications sur les différents éléments de son offre. Certes, ils prévoyaient non pas le rejet automatique des offres dont la baisse dépassait la « baisse téméraire », mais seulement l'absence de point pour le critère d'attribution relatif à leur qualité économique. Il aurait néanmoins fallu prévoir une telle procédure de vérification contradictoire des offres. En effet, d'une part, il apparaît que cette méthode de la « baisse téméraire » est guidée par le même esprit que celui sous-tendant les directives lorsqu'elles établissent une telle procédure de vérification, à savoir celui d'éviter l'attribution du marché à un soumissionnaire dont le prix proposé est disproportionnellement bas par rapport à la prestation offerte et non susceptible d'assurer sa bonne exécution ou la qualité technique minimale requise. D'autre part, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse devait se faire sur la base de deux critères principaux, à savoir la qualité économique et la qualité technique; compte tenu de l'importance relative de la qualité économique, qui était près de 50%, l'attribution de zéro point au titre de cette qualité devait nécessairement avoir pour conséquence un rejet de l'offre concernée, puisque, même si l'offre obtenait le nombre maximal de points au titre de la qualité technique (également pondérée à 50%), le soumissionnaire ne pouvait jamais atteindre un nombre total de points lui permettant de se voir attribuer le marché. Il en découle que l'octroi de zéro point à une telle offre produit le même résultat que le rejet d'une offre comme étant anormalement basse<sup>42</sup>.

## 7 Attribution du marché

**30. Obligation de motivation - Principes<sup>43</sup>.** — Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération. Le contrôle juridictionnel se limite, dans ce cas, à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir. Par ailleurs, lorsqu'une institution dispose d'un large pouvoir d'appréciation, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique de l'Union dans les procédures administratives revêt une importance

d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties figure, notamment, l'obligation de motiver de façon suffisante ses décisions.

Un pouvoir adjudicateur satisfait à son obligation de motivation s'il se contente, tout d'abord, d'informer immédiatement les soumissionnaires écartés des motifs du rejet de leur offre et fournit, ensuite, aux soumissionnaires qui en font la demande expresse, les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite. Cette façon de procéder est conforme à la finalité de l'obligation de motivation inscrite à l'article 296 TFUE, selon laquelle il convient de faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'auteur de l'acte, de façon, d'une part, à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de faire valoir leurs droits, d'autre part, à permettre au juge d'exercer son contrôle. L'exigence de motivation doit aussi être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires ou d'autres personnes concernées directement et individuellement par l'acte peuvent avoir à recevoir des explications. Enfin, le respect de l'obligation de motivation doit être apprécié en fonction des éléments d'information dont la requérante dispose au moment de l'introduction du recours.

**31. Applications<sup>44</sup>.** — À la suite de la demande écrite d'un soumissionnaire évincé visant à obtenir une description des caractéristiques et des avantages des offres retenues et évaluées, un pouvoir adjudicateur lui communique un tableau reprenant, pour chacun des critères d'attribution et leurs éléments d'évaluation, la note obtenue par son offre ainsi que les commentaires correspondant à l'appréciation par le comité d'évaluation de son offre. Une telle motivation ne satisfait pas aux exigences rappelées ci-dessus. Tout d'abord, les notes qui figurent dans ce tableau ne constituent pas en elles-mêmes une motivation suffisante pour deux raisons : d'une part, si ce tableau indiquait les notes attribuées pour l'offre technique des requérantes, il ne contenait pas les notes obtenues par l'offre de l'attributaire pour les mêmes critères et sous-critères, de sorte qu'il ne permettait pas aux requérantes de comparer directement les notes attribuées à leur offre et à l'offre de l'attributaire; d'autre part, ces notes en elles-mêmes ne permettaient pas aux requérantes de connaître les raisons pour lesquelles elles avaient été attribuées à leur offre eu égard à la marge d'appréciation non négligeable que les critères d'attribution laissaient. Quant aux commentaires précités, rien ne s'oppose, par principe, à ce qu'un pouvoir adjudicateur s'acquitte de son obligation de motivation par des commentaires succincts sur l'offre retenue et sur l'offre rejetée sans donc devoir communiquer l'intégralité du rapport d'évaluation. Toutefois, afin de satisfaire aux exigences précitées, ces commentaires doivent être suffisamment précis pour permettre aux requérantes de connaître les éléments de fait et de droit sur la base desquels le pouvoir adjudicateur a rejeté leur offre et a retenu l'offre d'un autre soumissionnaire. Tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que, d'une part, ces commentaires concernaient uniquement l'offre des requérantes et non l'offre de l'attributaire et que, d'autre part, lesdits commentaires n'étaient même pas de nature à permettre aux requérantes de comprendre les notes attribuées à leur offre.

(41) Pour un rappel de ces étapes et de cette exigence, T.U.E., *Espagne c. Commission*, précité, points 89-91. (42) *Ibidem*, points 92-96. (43) T. U. E., 29 janvier 2013, *Cosepuri Soc. Coop. pA*, T-339/10 et T-532/10, points 42-44; 13 décembre 2013, *European Dynamics Luxembourg s.a.*, T-165/12, points 60-65. (44) T.U.E., 13 décembre 2013, *European Dynamics Luxembourg s.a.*, T-165/12, points 66-96.



## Chroniques

## 8 Contrôle du comportement des pouvoirs adjudicateurs

**32. Accès aux documents<sup>45</sup>.** — Le principe de transparence doit être concilié avec les impératifs, d'une part, de protéger la confidentialité des offres, d'autre part, d'éviter, en principe, les contacts entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires. Une disposition d'un cahier des charges, qui prévoit que la procédure d'évaluation des offres est secrète, répond à ce double impératif. Par ailleurs, le principe de transparence doit être concilié avec la protection de l'intérêt public, des intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées et de la concurrence loyale, ce qui justifie la possibilité d'omettre la communication de certains éléments à un candidat écarté, lorsqu'une telle omission est nécessaire pour assurer le respect de ces exigences. Est conforme à ces exigences la communication des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire, sans que soit communiquée l'intégralité de l'offre du soumissionnaire retenu, y compris après demande écrite des soumissionnaires écartés. Cette restriction est inhérente à l'objectif des règles en matière de marchés publics de l'Union qui repose sur une concurrence non faussée. Pour atteindre cet objectif, il importe que les pouvoirs adjudicateurs ne divulguent pas d'informations dont le contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence dans la procédure en cours ou dans des procédures ultérieures. En outre, tant par leur nature que selon la réglementation de l'Union en la matière, les procédures de passation de marchés publics sont fondées sur une relation de confiance entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques qui y participent. Ces derniers doivent pouvoir communiquer à ces pouvoirs adjudicateurs toute information utile dans le cadre de la procédure de passation, sans craindre que ceux-ci communiquent à des tiers des éléments d'information dont la divulgation pourrait être dommageable auxdits opérateurs.

**33. Intérêt du soumissionnaire irrégulier<sup>46</sup>.** — Le 7 avril 2011, le Conseil d'État italien énonce, en assemblée plénière, un principe de droit en ce qui concerne les recours en matière de marchés publics selon lequel l'examen d'une action incidente contestant la qualité pour agir de la partie requérante, au motif que celle-ci aurait irrégulièrement été admise à participer à la procédure d'adjudication litigieuse, doit précéder l'examen du recours principal, même dans le cas où cette partie aurait un intérêt matériel à la réouverture de la procédure d'attribution dans sa totalité et indépendamment du nombre de concurrents ayant participé à celle-ci, du type de grief invoqué au soutien de l'action incidente et des exigences de l'administration concernée. Selon cette juridiction, la constatation du caractère irrégulier de l'admission à cette procédure de la partie ayant introduit un recours contre cette décision a une portée rétroactive et l'exclusion définitive de cette partie impliquerait qu'elle se trouve dans une situation ne lui permettant pas de contester le résultat de cette procédure. Cette jurisprudence n'est pas conforme, aux yeux de la Cour, aux principes d'égalité, de non-discrimination, de libre concurrence et de protection juridictionnelle effective, tels que ceux-ci sont pris en considération par les articles 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, et 2, § 1<sup>er</sup>, sous b), de la directive 89/

665. Une décision par laquelle le pouvoir adjudicateur écarte l'offre d'un soumissionnaire avant même de procéder à la sélection constitue une décision contre laquelle un recours doit être possible. Il s'ensuit que le soumissionnaire écarté qui a engagé un recours contre la décision d'attribution d'un marché public doit disposer du droit de contester, dans le cadre de cette procédure, le bien-fondé du motif pour lequel son offre a été écartée, et ce que l'exception d'irrecevabilité soit soulevée d'office par l'instance saisie de ce recours ou à titre incident par une partie à la procédure de recours, tel l'adjudicataire ayant régulièrement fait intervention à cette procédure. Certes, il ne peut être exclu que, au terme de cette procédure, l'instance saisie aboutisse à la conclusion que ladite offre a été à juste titre écartée au préalable et que le recours du soumissionnaire doive être rejeté au motif que, eu égard à cette circonstance, il n'a pas été ou ne risque pas d'être lésé par la violation qu'il allègue. Cette conclusion doit toutefois être relativisée lorsqu'il est constaté que l'offre sélectionnée n'a, à tort, pas été exclue nonobstant sa non-conformité par rapport aux spécifications techniques du cahier des charges. L'action incidente de l'attributaire ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire évincé dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique. En effet, dans une telle situation, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière.

Qu'en est-il de la jurisprudence du Conseil d'État belge? Il est admis qu'un soumissionnaire dont l'offre a été considérée comme irrégulière ne justifie pas d'un intérêt au recours en annulation de la décision d'attribution du marché à moins qu'il puisse établir soit que la décision réputant son offre irrégulière est illégale — dans ce cas, la décision d'attribution est illégale puisqu'il n'y a pas eu de comparaison entre les offres ayant dû l'être — soit, à défaut de la première hypothèse, que l'offre retenue par le pouvoir adjudicateur est elle aussi affectée d'une irrégularité qui aurait dû conduire à son écartement<sup>47</sup>. Toutefois, certains arrêts semblent exiger que l'offre du requérant et l'offre de l'adjudicataire soient frappées par la même irrégularité<sup>48</sup>, ce qui semble trop restrictif au regard de la jurisprudence de la Cour de justice qui se contente de « motifs de nature identique ». D'autres arrêts exigent que le marché en cause ne puisse être attribué à aucun autre soumissionnaire (soit que la procédure soit irrégulière, soit que toutes les offres soient irrégulières...)<sup>49</sup>, ce qui semble rejoindre l'exigence de la Cour de justice selon laquelle l'action doit pouvoir « aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière » (dans l'affaire en cause devant la Cour, il n'y avait que deux soumissionnaires).

**34. Recours effectif<sup>50</sup>.** — Le droit français prévoit principalement deux voies de recours contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, lesquelles se succèdent dans le temps. Tout d'abord, avant la conclusion du marché public, les soumissionnaires évincés peuvent exercer un recours précontractuel devant un juge qui, bien que statuant en la forme des référés, est doté

(45) T.U.E., 29 janvier 2013, *Cosepuri Soc. Coop. p.A.*, T-339/10 et T-532/10, points 33, 49 et 100. (46) C.J.U.E., 4 juillet 2013, *Fastweb SpA*, C-100/12.

(47) CE, 30 mars 2009, n° 191.990, s.a. *Varec*; 16 décembre 2010, n° 209.794, s.a. *Bernard Construction*; 19 décembre 2011, n° 216.929, s.a. *Putman Frères c. la commune d'Ixelles*; 23 octobre 2013, n° 225.211, s.a. *Hullbridge Associated*. Idem en matière de sélection : CE, 14 juin 2013, n° 223.899, s.a. *European Dynamics*. (48) CE, 6 janvier 2011, n° 210.229, s.a. *Nizet entreprise et s.a. Druart*. (49) CE, 24 janvier 2012, n° 217.533, n.v. *Fire Technics*; 3 février 2011, n° 210.968, n.v. *Tevean*; 3 février 2011, n° 211.015, v.z.w. *Bilzerse Ambulancedienst*; 15 septembre 2011, n° 215.156, n.v. *Fire Technics e.a.*; 19 septembre 2013, n° 224.747, s.p.r.l. *E.H.J.J.M. et consorts*. (50) C.E.D.H., 17 septembre 2013, *Novabat-Oi c. France*, n° 11693/10 (décision).



d'une compétence de plein contentieux. Ensuite, après la signature du contrat, les candidats écartés peuvent exercer un autre recours, dénommé « Tropic », du nom d'un arrêt du Conseil d'État, devant un juge du contrat, qui a tout pouvoir pour annuler ce dernier ou accorder une indemnisation des préjudices causés. Cette seconde procédure peut être exercée malgré l'absence d'introduction préalable d'un référé précontractuel ou en cas d'échec de celui-ci. Le référé précontractuel n'est toutefois recevable que tant que le marché public n'a pas été signé. Il s'ensuit qu'en cas de recours en cassation devant le Conseil d'État, lequel n'a pas d'effet suspensif sur la procédure de passation du marché public, contre une décision de rejet du juge des référés, le marché public peut être passé, ce qui a pour effet d'aboutir à un non-lieu à statuer en cassation. Le soumissionnaire évincé est-il de ce fait privé d'un recours effectif au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme?

Le droit à un tribunal n'est pas absolu : il peut donner lieu à des limitations, dès lors que celles-ci ne restreignent pas l'accès

d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même, qu'elles tendent à un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, un contrôle juridictionnel effectif doit permettre, en cas de constat d'irrégularité d'une opération menée par une autorité publique, soit de prévenir la survenance de ladite opération, soit, dans l'hypothèse où une telle opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un redressement approprié. En l'espèce, la Cour estime que la requérante a effectivement eu accès à un juge doté de pouvoirs suffisants puisqu'elle a pu saisir le juge du référé précontractuel, lequel a rejeté son action, après avoir examiné ses moyens. Quant au recours en cassation et ses conséquences sur la conclusion du marché, qui est intervenue entre-temps, la Cour relève que la procédure au fond permet de pallier les insuffisances du recours précontractuel, notamment dans les hypothèses où la procédure de passation du marché n'a pas été suspendue ou lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté cette suspension.

## Libre circulation des marchandises, libre prestation de services et liberté d'établissement<sup>1</sup>

Émilie Schwaller<sup>2</sup>

- Au cours de la période étudiée, plusieurs arrêts ont abordé le délicat équilibre entre le respect dû aux libertés fondamentales et les autres valeurs protégées par l'Union
- Dans le secteur pharmaceutique, la Cour a précisé les exigences de proportionnalité et de cohérence qui encadrent l'organisation des acteurs économiques
- Sur le plan fiscal, l'Espagne a été condamnée en manquement pour son régime d'*exit-tax*

### 1 Libre circulation des marchandises

Trois arrêts ont marqué l'actualité 2013-2014.

Le premier concerne les restrictions apportées par certains États membres à l'immatriculation de véhicules en violation des directives 70/311/CEE<sup>3</sup> et 2007/46/CE<sup>4</sup> et de l'article 34 TFUE (ex-article 28 TCE). Le 20 mars 2014<sup>5</sup>, la Cour de justice (ci-après

« la Cour ») conclut au manquement de la Pologne et de la Lituanie, dont les réglementations contreviennent aux directives précitées, pour les véhicules neufs, et à l'article 34 TFUE, pour les véhicules d'occasion, en rendant impossible l'immatriculation de véhicules dont le poste de conduite est situé à droite : l'immatriculation y est soit interdite, soit subordonnée au déplacement du dispositif de direction vers le côté gauche. Selon les États membres, ces mesures seraient justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général liées à la sécurité routière. Pour la Commission, elles équivaldraient à une interdiction injustifiée. Dans le cas des véhi-

(1) Septembre 2013-juillet 2014. (2) Doctorante contractuelle et chargée d'enseignement à l'Université de Strasbourg (France). Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être adressés à emilie.schwaller@etu.unistra.fr. (3) Directive 70/311/CEE du Conseil, 8 juin 1970, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux dispositifs de direction des véhicules à moteur et de leurs remorques, J.O. L 133 du 18 juin 1970. (4) Directive 2007/46/CE du Parlement européen et du Conseil, 5 septembre 2007, établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur, de leurs remorques et des systèmes, des composants et des entités techniques destinés à ces véhicules, J.O. L 263 du 9 octobre 2007. (5) C.J., 20 mars 2014, *Com. c. Pologne, Com. c. Lituanie*, C-639/11 et C-61/12; conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen présentées le 7 novembre 2013, §§ 89-90 et 99.

