

Les marchés et les contrats publics dans l'Union européenne

Kris Wauters et Louise Laperche^(*)

- La participation d'un pouvoir adjudicateur au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs s'effectue par l'intermédiaire d'un représentant de ce pouvoir adjudicateur lui-même
- La relation de confiance entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires exige que ces derniers soient assurés que le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas toutes les informations transmises
- L'interrogation par le pouvoir adjudicateur d'un seul opérateur économique n'a pas nécessairement pour effet de restreindre la concurrence

Contrairement aux années précédentes, la présente chronique ne donnera plus un aperçu exhaustif de tous les arrêts rendus par la Cour de justice dans la matière des contrats et des marchés publics pendant l'année faisant l'objet de la chronique. Le choix s'est dorénavant porté sur une exposition thématique, la chronique tentant, tout d'abord, de déceler les nouveautés marquantes. L'année a été assez fructueuse en termes d'arrêts et d'ordonnances et la Cour a apporté plusieurs réponses intéressantes à des questions non résolues.

1 Coopération entre autorités publiques

A. Généralités

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice qu'une coopération entre autorités publiques ou pouvoirs adjudicateurs peut être soumise au droit des marchés publics, aussi bien dans le cadre d'une coopération verticale¹ que dans le cadre d'une coopération horizontale². En effet, ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Taxi Horn Tours*, un pouvoir adjudicateur peut également être un opérateur économique au sens de l'article 2, § 1, point 10, de la directive 2014/24³, car cette notion doit être entendue au sens large et inclure toutes les personnes et/ou entités offrant des services sur le marché, quelle que soit la forme juridique choisie pour leurs activités et qu'il s'agisse ou non de personnes morales⁴.

Cependant, la Cour a également rappelé dans l'arrêt *Sambre & Biesme*⁵ que le choix d'un pouvoir adjudicateur pour une telle coopération ne relève lui-même pas du champ d'application de la directive 2014/24, car il s'agit d'un choix libre qui s'effectue à un stade antérieur à celui de la passation d'un marché. Les États membres ont la liberté de privilégier un mode de prestation de services, d'exécution de travaux ou d'approvisionnement en fourni-

tures au détriment des autres⁶. Il s'agit d'un choix qui n'est pas soumis au droit de l'Union européenne et qui jouit donc du principe de neutralité, principe confirmé par l'article 345 TFUE. Les États membres et les autorités publiques nationales peuvent librement organiser la gestion de leurs missions d'intérêt général. Les pouvoirs adjudicateurs ont le choix entre l'exercice d'une mission de service public en régie (utilisation des propres ressources), une gestion transférée à un tiers de manière unilatérale (externalisation unilatérale) ou une gestion transférée à un tiers de manière contractuelle (externalisation contractuelle). Ce tiers peut être une personne juridique de droit privé ou un autre pouvoir public.

Les États membres ont la liberté de fixer des conditions pour le recours à des marchés publics tels que ceux visés à l'article 12, §§ 3 et 4, de la directive 2014/24⁷. Ainsi, ils peuvent limiter eux-mêmes leur libre choix.

B. Coopération verticale

En vertu de l'article 12, § 3, de la directive 2014/24, un pouvoir adjudicateur peut attribuer un marché public sans mise en concurrence s'il exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services. Afin d'être en présence d'un contrôle analogue conjoint, les organes décisionnels de la personne morale contrôlée doivent, entre autres, être composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux⁸.

Cette représentation prévue exige qu'un pouvoir adjudicateur participe aux organes décisionnels de la personne morale qui est contrôlée conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs par l'intermédiaire d'un représentant de ce pouvoir adjudicateur lui-même. Cette exigence ne peut pas être remplie par un membre de ces organes qui n'y siège qu'en tant que représentant d'un autre pouvoir adjudicateur, même si ce représentant siège dans un des organes du premier pouvoir adjudicateur⁹. Il s'agit, selon nous,

(*) Kris Wauters est avocat et professeur à la Faculté de droit, UCLouvain, Belgique. Louise Laperche est avocate et assistante à la Faculté de droit de l'Université de Liège, Belgique. Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être communiqués à K.Wauters@janson.be. Période couverte : 2022.

(1) C.J., arrêt du 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, EU:C:1999:562. (2) C.J., arrêt du 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, C-480/06, EU:C:2009:357. (3) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, J.O., 2014, L 94, p. 65. (4) C.J., arrêt du 10 novembre 2022, *Taxi Horn Tours*, aff. C-631/21, EU:C:2022:869, point 43. (5) C.J., arrêt du 22 décembre 2022, *Sambre & Biesme*, aff. jointes C-383/21 et C-384/21, EU:C:2022:1022. (6) *Ibidem*, point 45. (7) *Ibidem*, point 49. (8) *Ibidem*, point 57. (9) *Ibidem*, point 62.



Chroniques

d'une application de la règle d'effectivité du contrôle analogue, principe instauré par l'arrêt *Coditel Brabant*⁽¹⁰⁾. Il nous semble logique, en termes de démocratie participative, que toutes les communes soient représentées de manière effective. Le contrôle ne peut pas être fictif.

Afin d'être en présence d'un contrôle analogue conjoint, cette première condition doit être lue indépendamment des autres conditions, et notamment de celle selon laquelle les pouvoirs adjudicateurs exercent conjointement une influence déterminante sur les objectifs stratégiques de la personne morale contrôlée et sur les décisions importantes qu'elle est susceptible de prendre⁽¹¹⁾.

C. Coopération horizontale

En vertu de l'article 12, § 4, de la directive 2014/24, un marché public conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de cette directive, lorsque ce marché établi ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun. Par ailleurs, il est requis que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et que les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération.

Un rôle déterminant est ainsi donné à la notion de « coopération ». Cette coopération doit en effet être effective⁽¹²⁾. L'existence d'une relation *in house* (coopération verticale) ou l'existence d'une association ne sont pas déterminantes afin de constater qu'il existe une coopération au sens de l'article 12, § 4, de la directive⁽¹³⁾.

Une démarche de coopération doit déjà être présente préalablement à la conclusion du marché public. Cette phase de conclusion doit avoir une dimension intrinsèquement collaborative qui aboutit à la réalisation d'objectifs communs à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs⁽¹⁴⁾. La Cour l'oppose à la dimension unilatérale d'une procédure de passation d'un marché public où le pouvoir adjudicateur impose sa volonté de manière unilatérale.

Dans le cadre d'une coopération, tous les pouvoirs adjudicateurs doivent chercher à atteindre les objectifs communs et il ne suffit pas qu'un seul pouvoir adjudicateur se limite à contribuer à l'atteinte de ces objectifs. Une telle contribution s'apparente à une prestation à titre onéreux au bénéfice de l'autre pouvoir adjudicateur⁽¹⁵⁾.

2 Secret commercial

Les objectifs économiques restent le principal moteur de la directive 2014/24. Tout d'abord, les directives sur les marchés publics visent à donner aux entreprises la liberté de fournir des services dans d'autres États membres. Cela implique que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas restreindre cette liberté. Chaque entreprise doit avoir les mêmes chances d'exécuter un marché public. Afin de garantir cette égalité des chances, les pouvoirs adju-

dicateurs doivent garantir le respect du principe de transparence. Le pouvoir adjudicateur doit donc mettre suffisamment d'informations à la disposition des entreprises intéressées pour qu'elles puissent soumettre une offre en toute connaissance de cause. Ce n'est qu'à cette condition qu'il y aura une véritable concurrence.

Toutefois, l'obligation de transparence ne se pose pas uniquement dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché public. Elle impose également aux autorités publiques, en général, de divulguer aux citoyens les documents en leur possession. Dans ce contexte, il s'agit plutôt d'un principe de bonne administration, lié entre autres au principe de protection juridique effective. En effet, ce n'est que si un citoyen dispose de toutes les informations relatives à une décision prise par une autorité publique qu'il peut décider de saisir une juridiction.

Cependant, dans l'arrêt *Antea Polska e.a.*⁽¹⁶⁾, la Cour de justice a considéré que l'ouverture à la concurrence non faussée impose également que les pouvoirs adjudicateurs ne divulguent pas d'informations relatives aux procédures de passation de marchés publics dont le contenu peut être utilisé pour fausser la concurrence, que ce soit dans une procédure de passation de marchés en cours ou dans des procédures de passation de marchés ultérieures. À cet égard, la relation de confiance qui doit exister entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires pendant une procédure de passation exige que ces soumissionnaires soient assurés que le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas, par principe, toutes les informations transmises⁽¹⁷⁾. Par contre, le pouvoir adjudicateur ne peut pas se contenter des allégations faites par le soumissionnaire sur la confidentialité de ses informations, mais ce dernier doit prouver leur caractère véritablement confidentiel⁽¹⁸⁾.

“Une mise en balance doit être faite entre la protection des informations confidentielles des soumissionnaires et le droit à une protection juridictionnelle effective”

Une mise en balance doit dès lors être faite entre, d'une part, la protection des informations confidentielles et, d'autre part, le droit à une protection juridictionnelle effective⁽¹⁹⁾.

L'article 21, § 1^{er}, de la directive 2014/24 interdit à un pouvoir adjudicateur de divulguer des informations dont le soumissionnaire a considéré qu'elles sont confidentielles. En principe, les secrets d'affaires font l'objet d'un traitement confidentiel, même si ce n'est pas le seul élément qui est protégé par la confidentialité. En effet, un pouvoir adjudicateur doit également refuser la divulgation de ces autres éléments lorsqu'ils sont confidentiels⁽²⁰⁾. En outre, un pouvoir adjudicateur ne peut pas de manière systématique accepter les demandes des soumissionnaires de qualifier une donnée de secret d'affaires⁽²¹⁾.

Le pouvoir adjudicateur doit motiver sa décision par laquelle il va traiter certaines données comme étant confidentielles. Il doit également communiquer de manière neutre le contenu essentiel des données confidentielles à un soumissionnaire écarté qui les de-

(10) C.J., arrêt du 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, EU:C:2008:621, point 46. (11) Arrêt *Sambre & Biesme*, aff. jointes C-383/21 et C-384/21, point 63. (12) *Ibidem*, point 81. (13) *Ibidem*, point 80. (14) *Ibidem*, points 82-83. (15) *Ibidem*, point 85. (16) C.J., arrêt du 17 novembre 2022, *Antea Polska e.a.*, aff. C-54/21, EU:C:2022:888. (17) *Ibidem*, point 49. (18) *Ibidem*, point 65. (19) *Ibidem*, point 50. (20) *Ibidem*, point 63. (21) *Ibidem*, point 64.



mande. Il s'agit plus particulièrement du contenu des informations relatives aux aspects décisifs de sa décision et à l'offre retenue²². Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire dont l'offre a été retenue de lui fournir une version non confidentielle des documents²³.

Il nous semble que la Cour de justice prend de plus en plus conscience du fait que la transparence ne peut pas être absolue. Cette transparence doit être présente par rapport aux règles que le pouvoir adjudicateur doit appliquer pendant la procédure de passation de marché. Cependant, s'agissant des données que le pouvoir adjudicateur reçoit des soumissionnaires, il existe d'autres droits fondamentaux dont le pouvoir adjudicateur doit tenir compte. Cette obligation de mise en balance renforce la relation de confiance qui doit s'établir entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires. Cette confiance est, selon nous, un préalable nécessaire afin d'obtenir une exécution réussie du contrat.

L'expérience pertinente des soumissionnaires et les éléments de référence ne sauraient être qualifiés de confidentiels dans leur intégralité²⁴. L'expérience d'un soumissionnaire n'est, en règle générale, pas secrète²⁵. Les soumissionnaires doivent avoir accès au moins au contenu essentiel des informations fournies par chacun d'entre eux au pouvoir adjudicateur concernant leur expérience en rapport avec le marché public en question et les références prouvant cette expérience²⁶.

En ce qui concerne les informations sur les personnes physiques ou morales, y compris les sous-traitants, il convient de distinguer les informations qui permettent d'identifier ces personnes de celles qui, sans rendre possible cette identification, portent sur les qualifications ou les compétences professionnelles de ces personnes²⁷. La divulgation de l'identité d'un expert ou d'un sous-traitant n'est pas interdite si cette donnée n'a aucune valeur commerciale. Le contenu essentiel des données non nominatives est, en principe, toujours accessible²⁸. Cependant, si une donnée est protégée par un droit de propriété intellectuelle (par exemple, droit d'auteur), un refus de divulgation s'impose. Des éléments sont protégés pour autant qu'ils sont l'expression d'une création intellectuelle de son auteur. La protection ne s'étend néanmoins pas aux idées, procédures, procédés ou concepts. Elle ne vise pas non plus les solutions techniques ou méthodologiques en tant que telles qui peuvent contenir de telles œuvres²⁹.

La conception des projets et la description des modalités d'exécution des travaux ou des services pertinents peuvent avoir une valeur commerciale, de sorte que leur publication peut être susceptible de fausser la concurrence. L'accès doit dès lors être refusé. Cependant, les soumissionnaires doivent quand même avoir accès au contenu essentiel de ces données³⁰.

Pour la première fois, la Cour a eu l'occasion de concrétiser la notion de donnée confidentielle utilisée à l'article 21 de la directive 2014/24. Il ressort des motifs de l'arrêt rendu par la Cour qu'un refus absolu de transmission de données, même confidentielles, ne s'admet en aucune circonstance. On a ainsi l'impression que la transparence l'emporte quand même sur la confidentialité. Autre-

ment dit, l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier d'une entreprise.

3 Modification : cession d'activité

L'article 72 de la directive 2014/24 comporte les dispositions qui avaient pour objectif de codifier la jurisprudence *pressetext Nachrichtenagentur*³¹, qui avait fait apparaître qu'un pouvoir adjudicateur ne pouvait pas, à n'importe quelle condition, modifier un marché public en cours. Cette disposition n'a pas encore fait l'objet de beaucoup de jurisprudence jusqu'à présent.

Le premier arrêt qui, à notre connaissance, apporte des clarifications à l'article 72 de la directive 2014/24, a été rendu le 3 février 2022 dans l'affaire *Advania Sverige et Kammarkollegiet*³². La Cour de justice devait se prononcer sur la situation où un contractant s'était fait substituer par une autre entreprise à la suite d'une insolvabilité. À cet égard, l'article 72, § 1^{er}, sous d), ii), de la directive 2014/24 prévoit qu'un nouveau contractant peut, sans nouvelle procédure de passation, remplacer celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de cette directive.

Il a été demandé à la Cour d'interpréter la notion de « succession universelle ou partielle ». La Cour a, selon nous, donné une interprétation large à cette notion. Elle a considéré qu'une telle succession implique la reprise de l'ensemble ou d'une partie seulement du patrimoine du contractant initial, mais vise également le transfert d'un marché public ou d'un accord-cadre relevant du patrimoine du contractant initial³³. Une telle interprétation donne pas mal de possibilités permettant de céder un marché public à un nouveau contractant. Il est évidemment nécessaire que le nouveau contractant remplisse les critères de sélection prévus dans les documents originaux de marché.

La notion d'« insolvabilité », couverte par le terme « restructuration » inclut les changements structurels de l'entrepreneur initial, en particulier l'insolvabilité qui comprend la faillite menant à la liquidation³⁴.

La Cour de justice semble faire montre d'un certain pragmatisme, en admettant que certaines situations ne justifient pas qu'un pouvoir adjudicateur doive arrêter l'exécution d'un marché public, et donc, éventuellement mettre en péril l'intérêt général qu'elle doit poursuivre. La Cour relativise un peu la prépondérance du principe du traitement égal sur les intérêts à sauvegarder par les pouvoirs adjudicateurs. Cependant, cet assouplissement paraît surtout s'imposer dans le cadre de situations « extraordinaires »³⁵.

(22) *Ibidem*, point 66. (23) *Ibidem*, point 67. (24) *Ibidem*, point 73. (25) *Ibidem*, point 75. (26) *Ibidem*, point 76. (27) *Ibidem*, point 77. (28) *Ibidem*, point 78.

(29) *Ibidem*, points 81-82. (30) *Ibidem*, points 83-84. (31) C.J., arrêt du 9 juin 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, aff. C-454/06, EU:C:2008:351.

(32) C.J., arrêt du 3 février 2022, *Advania Sverige et Kammarkollegiet*, aff. C-461/20, EU:C:2022:72. (33) *Ibidem*, point 23. (34) *Ibidem*, points 26 et 31.

(35) Voy. *ibidem*, points 36-37.



Chroniques

4 Services sociaux

La directive 2014/24 prévoit des règles de passation moins contraignantes pour les marchés publics portant sur des services sociaux et d'autres services spécifiques, énumérés à l'annexe XIV. Le seuil d'applicabilité de la directive est sensiblement plus haut que pour les autres marchés de services⁽³⁶⁾ et les articles 74 à 77 de la directive prévoient un régime assoupli.

Notons que la directive 2014/24 n'a pas vocation à affecter les systèmes de sécurité sociale des États membres, qui doivent rester libres d'organiser la fourniture des services sociaux obligatoires ou d'autres services, tels que les services postaux, soit en tant que services d'intérêt économique général, soit en tant que services d'intérêt général non économiques, ou une combinaison des deux⁽³⁷⁾. Le régime simplifié appliqué aux services sociaux qui tombent sous le champ d'application de la directive⁽³⁸⁾ s'explique par la dimension transnationale limitée de ces services et par le fait qu'ils sont fournis dans un cadre spécifique qui varie grandement d'un État membre à l'autre, du fait de traditions culturelles différentes⁽³⁹⁾.

Dans l'affaire *Conacee*⁽⁴⁰⁾, la Cour de justice avait déjà indiqué que les États membres pouvaient prévoir des conditions supplémentaires pour les marchés réservés à celles énoncées à l'article 20 de la directive 2014/24. Dans l'affaire *ASADE*, du 14 juillet 2022⁽⁴¹⁾, la Cour a eu à statuer sur l'hypothèse inverse, où le cadre juridique de l'État membre prévoyait un marché réservé à des entités qui ne respectaient pas toutes les exigences fixées à l'article 77 de la directive 2014/24.

À titre liminaire, la Cour tente de déterminer s'il s'agissait de marchés publics visés par la directive 2014/24⁽⁴²⁾. Cette question est loin d'être superflue pour ce qui concerne les services sociaux puisqu'il est possible que certains des services en question ne revêtent pas une nature économique et ne soient, par conséquent, pas soumis à cette directive⁽⁴³⁾. Les activités des organismes gérant un système de sécurité sociale ne sont en principe pas des activités économiques lorsqu'elles sont fondées sur le principe de solidarité et qu'elles sont soumises à un contrôle public⁽⁴⁴⁾.

Ensuite, la Cour juge qu'un marché portant sur des services sociaux peut être réservé à certains opérateurs économiques, sans pour autant exiger que ces derniers respectent l'ensemble des conditions prévues à l'article 77 de la directive 2014/24⁽⁴⁵⁾. Le fondement d'une telle procédure ne repose pas sur cet article 77, qui a une portée spécifique et qui ne couvre pas toutes les hypothèses de marchés réservés⁽⁴⁶⁾, mais sur l'article 76 de la directive qui permet l'établissement d'un régime dérogatoire au droit commun pour les services sociaux⁽⁴⁷⁾. En d'autres termes, un marché réservé qui ne répond pas à toutes les conditions de l'article 77 de la directive peut malgré tout être compatible avec cette dernière,

du moment qu'il respecte les principes d'égalité de traitement et de transparence, tels qu'énoncés à l'article 76 de ladite directive.

Sur le principe d'égalité de traitement, la Cour admet en l'espèce l'exclusion des entités privées à but lucratif des procédures de passation de marchés publics ayant pour objet la fourniture de services sociaux, pour autant que cette exclusion contribue effectivement à la finalité sociale ainsi qu'à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire sur lesquels ce système est fondé⁽⁴⁸⁾. Il reste toutefois requis que le pouvoir adjudicateur procède à une mise en concurrence effective entre les opérateurs économiques et qu'il compare et classe les offres respectives des différentes entités sans but lucratif ayant manifesté leur intérêt⁽⁴⁹⁾.

S'agissant du principe de transparence, le pouvoir adjudicateur doit faire preuve d'un degré de publicité approprié, permettant une ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure de passation de marché, afin que tout participant intéressé puisse décider de soumissionner sur la base de l'ensemble des informations pertinentes et que tout risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur soit exclu⁽⁵⁰⁾. Pour ce qui concerne les marchés publics portant sur des services sociaux tombant sous le champ d'application de la directive 2014/24, il y a en principe lieu de publier un avis de marché ou un avis de préinformation⁽⁵¹⁾.

5 Entreprises liées

Pour garantir une procédure de passation d'un marché public équitable, il importe que les soumissionnaires ne faussent pas la concurrence, par exemple en coordonnant leurs offres. Cette question se pose notamment lorsque deux offres sont soumises par des entreprises liées de manière telle qu'elles ne forment qu'une seule entité économique. Le sort à réserver à ces offres revient régulièrement devant la Cour de justice.

Dans les affaires *Assitur*⁽⁵²⁾ et *Lloyd's of London*⁽⁵³⁾, la Cour avait déjà affirmé qu'une exclusion automatique des entreprises liées de la participation à une procédure de passation d'un marché public et de la présentation d'offres était contraire au droit de l'Union et notamment, au principe de proportionnalité. Par deux arrêts rendus dans le courant de l'année 2022, la Cour se prononce à nouveau sur cette question sous des angles nouveaux.

A. Motif d'exclusion facultatif

L'affaire *Landkreis Aichach-Friedberg*⁽⁵⁴⁾ porte sur un marché où deux offres ont été déposées par une seule et même personne physique, qui a agi, d'une part, en son nom propre et, d'autre part, au nom d'une société à responsabilité limitée active dans le domaine du transport dont il est le gérant. La juridiction nationale a

(36) Art. 4 de la directive 2014/24. (37) Considérant 6 de la directive 2014/24. (38) Pour les services exclus, voy. l'article 10, de la directive 2014/24, spécialement les points a), f), i) et j). (39) Considérant 114 de la directive 2014/24. (40) C.J., arrêt du 6 octobre 2021, *Conacee*, aff. C-598/19, EU:C:2021:810. (41) C.J., arrêt du 14 juillet 2022, *ASADE*, aff. C-436/20, EU:C:2022:559. (42) *Ibidem*, points 53-74. (43) *Ibidem*, points 59-63. (44) *Ibidem*, point 64 ; C.J., arrêt du 11 juin 2020, *Commission et République slovaque c. Dôvera zdravotná poisťovna*, aff. jointes C-262/18 P et C-271/18 P, EU:C:2020:450, point 31. *Comp.* C.J., arrêts du 29 novembre 2007, *Commission c. Italie*, aff. C-119/06, EU:C:2007:729, points 36-41, et du 12 septembre 2000, *Pavlove a. aff.* jointes C-180/98 à C-184/98, EU:C:2000:428, point 118. (45) Arrêt *ASADE*, aff. C-436/20, point 79. (46) *Ibidem*, point 82. (47) *Ibidem*, point 83. (48) *Ibidem*, points 91-95. (49) *Ibidem*, point 96. (50) *Ibidem*, point 97. Voy. aussi, en ce sens, C.J., arrêts du 16 février 2012, *Costa et Cifone*, aff. jointes C-72/10 et C-77/10, EU:C:2012:80, point 73, et du 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse*, aff. C-699/17, EU:C:2019:290, points 61-62 ainsi que la jurisprudence citée. (51) Article 75 de la directive 2014/24. (52) C.J., arrêt du 19 mai 2009, *Assitur*, aff. C-538/07, EU:C:2009:317, points 29-30. (53) C.J., arrêt du 8 février 2018, *Lloyd's of London*, aff. C-144/17, EU:C:2018:78, points 34-36. (54) C.J., arrêt du 15 septembre 2022, *J. Sch. Omnibusunternehmen et K. Reisen*, aff. C-416/21, EU:C:2022:689.



demandé à la Cour si le motif d'exclusion facultatif qui figure à l'article 57, § 4, alinéa 1^{er}, sous d), de la directive 2014/24⁵⁵ vise uniquement les cas où il existe des indices suffisamment plausibles pour conclure que des opérateurs économiques ont enfreint l'article 101 TFUE, si l'article 57, § 4, de la directive 2014/24 régit de manière exhaustive les motifs d'exclusion facultatifs et si le principe d'égalité de traitement ne pourrait pas faire obstacle à l'attribution du marché en cause à ces opérateurs économiques.

Se référant à sa jurisprudence antérieure⁵⁶, la Cour rappelle que l'article 101 TFUE n'est pas applicable aux accords mis en œuvre par des entreprises qui forment une seule entité économique⁵⁷. Elle souligne ensuite que l'article 101 TFUE et l'article 57, § 4, alinéa 1^{er}, sous d), de la directive 2014/24 n'ont pas la même portée et, notamment que l'article 101 TFUE vise des accords conclus *entre entreprises* susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, alors que le motif d'exclusion en question porte sur des accords anticoncurrentiels entre *opérateurs économiques*⁵⁸. Ce motif d'exclusion a donc une portée plus large que l'article 101 TFUE⁵⁹. Le seul fait qu'un tel accord entre deux opérateurs économiques ne relève pas de l'article 101 TFUE n'empêche pas qu'il puisse être couvert par ce motif d'exclusion facultatif⁶⁰. Il en ressort que l'article 101 TFUE n'a pas de valeur ajoutée.

Enfin, la Cour ajoute que ce motif d'exclusion « vise le cas où il existe suffisamment d'éléments permettant au pouvoir adjudicateur de considérer qu'un accord a été conclu entre deux ou plusieurs opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence, ce qui suppose nécessairement qu'il y ait une convergence de volontés *d'au moins deux opérateurs économiques différents* »⁶¹. Si les deux soumissionnaires du marché passent par la même personne physique pour prendre leurs décisions, la Cour estime qu'ils ne peuvent « conclure des "accords" entre eux, dans la mesure où il ne semble pas exister *deux volontés distinctes* qui soient susceptibles de converger »⁶², ce qu'il y a lieu de vérifier *in concreto*.

Les motifs d'exclusion facultatifs susceptibles de justifier l'exclusion d'un opérateur économique sont énumérés de manière exhaustive⁶³. On retrouve ceci également dans la jurisprudence *Michaniki*⁶⁴. Il n'est donc pas permis aux États membres ou aux pouvoirs adjudicateurs de compléter la liste des motifs contenus dans cette disposition par d'autres causes d'exclusion.

Cependant, un pouvoir adjudicateur peut toujours se baser sur le principe d'égalité de traitement⁶⁵ afin d'exclure des opérateurs économiques qui forment une unité économique et dont les offres, bien que soumises séparément, ne sont ni autonomes ni indépendantes⁶⁶. En effet, les États membres peuvent maintenir ou édicter « des règles matérielles destinées, notamment, à garantir, en matière de marchés publics, le respect du principe d'égalité de traitement ainsi que du principe de transparence que ce dernier implique »⁶⁷. Or, le fait que des soumissionnaires puissent présenter des offres coordonnées ou concertées, à savoir non auto-

nomes ni indépendantes, entre manifestement en contradiction avec le principe d'égalité⁶⁸. Il revient toutefois, dans le respect du principe de proportionnalité, à l'entité adjudicatrice d'examiner et d'évaluer les faits pour déterminer si la relation entre deux entités a concrètement affecté le contenu respectif des offres soumises dans le cadre de la même procédure de passation de marchés publics⁶⁹.

“Des offres soumises par une seule unité économique ne permettent pas de démontrer l'existence d'un accord entre les opérateurs économiques représentés par celle-ci ni de les exclure”

En conclusion, le fait que des offres soient soumises par des opérateurs économiques représentés par une seule personne physique, formant ainsi une seule unité économique, ne permet pas de démontrer l'existence d'un accord (faute de volontés distinctes) et de les exclure pour ce fait. Cela peut toutefois révéler l'existence de liens ayant une influence sur les offres présentées dans une même procédure, en rupture du principe d'égalité, ce qui justifie que ces offres ne soient pas prises en compte par l'entité adjudicatrice⁷⁰.

B. Arrêt de la procédure

Le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que les États membres prévoient la possibilité, visée à l'article 55, § 1^{er}, de la directive 2014/24, d'adopter une décision de retrait d'un appel d'offres. Une telle décision doit toutefois être motivée de manière adéquate. Ces motifs peuvent avoir un rapport, notamment, avec l'appréciation de l'opportunité, du point de vue de l'intérêt public, de mener à terme une procédure d'adjudication, compte tenu, entre autres, de la modification éventuelle du contexte économique ou des circonstances factuelles, des besoins du pouvoir adjudicateur concerné ou du niveau insuffisant de concurrence.

Par un arrêt *BTA Baltic Insurance Company* du 8 décembre 2022⁷¹, la Cour a eu à connaître d'une législation nationale qui présumait de manière irréfutable que les entreprises d'un même groupe auraient coordonné leurs offres dans le but de fausser la concurrence. Ces entreprises pouvaient, formellement, participer à la procédure d'attribution du marché public, mais, *in fine*, la législation lettone imposait au pouvoir adjudicateur de mettre fin à la procédure après la soumission des offres.

La Cour réaffirme les principes déjà énoncés dans les affaires *Assitur* et *Lloyd's of London* précitées. Premièrement, il est manifeste qu'une telle réglementation vise à écarter toute collusion potentielle entre les participants à une même procédure de passation d'un marché public et à garantir ainsi le maintien d'un niveau suffisant de concurrence. Deuxièmement, une telle réglementation

(55) Soulignons que l'article 80, § 1, de la directive 2014/25 rend cette disposition applicable également dans les secteurs spéciaux comme celui du transport. (56) C.J., arrêt du 17 mai 2018, *Specializuotas transportas*, aff. C-531/16, EU:C:2018:324, point 28 et jurisprudence citée. (57) Arrêt J. Sch. *Omnibusunternehmen et K. Reisen*, aff. C-416/21, point 36. (58) *Ibidem*, points 38-39. (59) *Ibidem*, points 39-44. (60) *Ibidem*, point 48. (61) *Ibidem*, point 49. Nous soulignons. (62) *Ibidem*, point 50. Nous soulignons. (63) *Ibidem*, point 54. (64) C.J., arrêt du 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07, EU:C:2008:731. (65) Art. 18, § 1, de la directive 2014/24 et article 36, § 1, de la directive 2014/25. (66) Arrêt J. Sch. *Omnibusunternehmen et K. Reisen*, aff. C-416/21, point 57. (67) *Ibidem*, point 58. Voy. aussi, par analogie, les arrêts *Assitur*, aff. C-538/07, point 21 et *Lloyd's of London*, aff. C-144/17, point 30. (68) *Ibidem*, point 59. Voy. aussi, par analogie, l'arrêt *Specializuotas transportas*, aff. C-531/16, point 29. (69) *Ibidem*, point 60. Voy. aussi, en ce sens, les arrêts *Assitur*, aff. C-538/07, point 32 et *Lloyd's of London*, aff. C-144/17, point 38. (70) *Ibidem*, point 61. Voy. aussi, en ce sens, l'arrêt *Specializuotas transportas*, aff. C-531/16, point 38.



Chroniques

doit respecter le principe de proportionnalité et ne peut aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs. Troisièmement, dans le contexte de la réalisation d'un marché unique visant à assurer la libre circulation et à éliminer les restrictions de la concurrence, il est de l'intérêt du droit de l'Union que soit assurée la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres. Partant, la législation de l'Union s'oppose à une exclusion *automatique* de candidats ou de soumissionnaires qui se trouvent dans un rapport de contrôle ou d'association avec d'autres concurrents, en ce qu'elle constitue une présomption irréfragable d'interférence réciproque dans les offres respectives, pour un même marché, d'entreprises liées par un rapport de contrôle ou d'association et écarte ainsi la possibilité pour ces candidats ou ces soumissionnaires de démontrer l'indépendance de leurs offres. En d'autres termes, le respect du principe de proportionnalité exige que le pouvoir adjudicateur procède à un examen et à une appréciation des faits *in concreto*, afin de déterminer si le rapport existant entre deux entités a exercé une influence concrète sur le contenu respectif des offres déposées. Ce n'est que si le pouvoir adjudicateur a pu constater une telle influence que les entreprises pourront être exclues de la procédure.

Ce nouvel arrêt s'inscrit donc dans la continuité de la jurisprudence antérieure, puisque la Cour constate qu'elle s'applique « de la même manière à une réglementation telle que celle en cause au principal imposant au pouvoir adjudicateur, au stade ultérieur de l'adjudication, de mettre fin à une telle procédure »⁷², dès lors que ces deux réglementations ont des effets analogues⁷³. En effet, par son caractère automatique, le retrait de l'appel de l'offre imposé par la réglementation nationale implique une présomption irréfragable que les offres ont été concertées, sans que les soumissionnaires ne puissent démontrer le caractère indépendant de leurs offres⁷⁴.

La Cour condamne encore plus fermement la réglementation en cause, dès lors que l'arrêt de la procédure intervient à une phase de la procédure au cours de laquelle le classement des offres et leur contenu ont été divulgués, ce qui est donc de nature à encore davantage dissuader la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres, mais aussi à faciliter une éventuelle concertation entre les soumissionnaires dans le cadre de la procédure suivante⁷⁵.

6 Procédure négociée sans publication préalable

L'article 32, § 2, sous a), de la directive 2014/24 permet au pouvoir adjudicateur de recourir à la procédure négociée sans publication préalable lorsque, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, il n'a reçu aucune offre ou aucune offre appropriée. La Cour avait déjà dit, sous l'empire de la directive 93/38, qu'une offre inappropriée pouvait être une offre qui n'était pas conforme aux spécifications techniques du marché⁷⁶. Cette jurisprudence a par la suite été codifiée dans la directive 2014/24 dont l'article 32, § 2,

sous a), alinéa 2, précise qu'une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences du pouvoir adjudicateur spécifiés dans les documents de marché.

Par un arrêt *Obshtina Razlog* du 16 juin 2022⁷⁷, la Cour de justice a cette fois jugé qu'un pouvoir adjudicateur pouvait considérer une offre inappropriée en raison de son prix plus de deux fois supérieur au montant estimé du marché. Elle se réfère à la fois à la définition de l'offre inappropriée visée à l'article 32, § 2, sous a), alinéa 2, de la directive 2014/24, mais aussi à la notion d'offre inacceptable au sens de l'article 26, § 4, sous b), alinéa 2, de la dite directive⁷⁸, qui concerne les offres dont le prix dépasse le budget du pouvoir adjudicateur tel qu'il a été déterminé et établi avant le début de la procédure de passation⁷⁹. C'est clairement le cas d'une offre proposant un montant plus de deux fois supérieur à la valeur estimée du marché retenue par le pouvoir adjudicateur⁸⁰.

“S'adresser qu'à un seul opérateur économique lors d'une procédure négociée sans publication préalable n'est pas contraire au principe d'égalité de traitement”

Une autre précision importante de cet arrêt concerne le nombre minimal d'opérateurs économiques à consulter lors de la procédure négociée sans publication préalable. La Cour admet explicitement qu'il n'est pas contraire au principe d'égalité de traitement de ne s'adresser qu'à un seul opérateur économique. La Cour fait remarquer que « la procédure ouverte ou restreinte antérieure, d'une part, et la procédure négociée sans publication préalable subséquente, d'autre part, forment en effet un ensemble indissociable »⁸¹ : dès lors qu'il y a eu une mise en concurrence effective dans le cadre de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, il appartenait aux opérateurs économiques de se manifester à ce stade⁸². Le fait que le pouvoir adjudicateur n'interroge, ultérieurement, qu'un seul opérateur économique n'a donc pas nécessairement pour effet de restreindre la concurrence puisque cette concurrence a été respectée antérieurement. Toutefois, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir prouver que le prix convenu avec l'adjudicataire correspond au prix du marché et ne dépasse pas la valeur estimée du marché⁸³.

7 Appel à la capacité d'un tiers

Depuis l'affaire *Holst Italia*⁸⁴, la Cour n'a cessé d'être saisie de questions portant sur la possibilité de faire appel à un tiers dans le cadre de la passation d'un marché public. L'article 63 de la directive 2014/24 prévoit désormais explicitement qu'un opérateur économique peut, pour un marché donné, se prévaloir des capacités

(71) C.J., arrêt du 8 décembre 2022, *BT Baltic Insurance Company*, aff. C-769/21, EU:C:2022:973. (72) *Ibidem*, point 40. (73) *Ibidem*, point 41. (74) *Ibidem*, point 42. (75) *Ibidem*, points 43-44. (76) C.J., arrêt du 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, aff. C-250/07, EU:C:2009:338. (77) C.J., arrêt du 16 juin 2022, *Obshtina Razlog*, aff. C-376/21, EU:C:2022:472. (78) Cette disposition énonce les hypothèses dans lesquelles les États membres peuvent prévoir la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, de recourir à une procédure concurrentielle avec négociation ou à un dialogue compétitif, après une procédure ouverte ou restreinte qui se révèle infructueuse. (79) Arrêt *Obshtina Razlog*, aff. C-376/21, point 62. (80) *Ibidem*, point 63. (81) *Ibidem*, point 67. (82) *Ibidem*, point 68. (83) *Ibidem*, point 69. (84) C.J., arrêt du 2 décembre 1999, *Holst Italia*, aff. C-176/98, EU:C:1999:593.



d'autres entités au regard des critères de capacité économique et financière, de capacité technique et de compétence professionnelle, et qu'un groupement d'opérateurs économiques peut se prévaloir dans les mêmes conditions sur les capacités des participants au regroupement ou d'autres entités. Le deuxième alinéa de l'article précité prévoit pour certains types de contrats, y compris les contrats de services, que les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer des exigences selon lesquelles certaines tâches essentielles sont exécutées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est présentée par un groupement d'opérateurs économiques, par un participant de ce groupement.

Dans l'affaire *Pizzo*⁸⁵, la Cour soulignait le fait que cette possibilité de faire appel à la capacité de tiers permet d'ouvrir les marchés publics à la concurrence la plus large possible et de faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises, qui peuvent alors s'associer pour soumissionner.

Par un arrêt *Caruter* prononcé le 28 avril 2022⁸⁶ dans la lignée de cette jurisprudence, la Cour a dit pour droit que l'article 63 de la directive 2014/24 s'oppose à une réglementation nationale qui oblige l'entreprise mandataire du groupement d'opérateurs économiques à exécuter les prestations majoritaires par rapport à tous les membres du groupement. Il ne s'agit plus d'une exigence uniquement qualitative, portant sur « certaines tâches essentielles », mais réellement quantitative, ce qui peut avoir pour effet de limiter la participation de certains groupements d'opérateurs économiques à la participation des marchés. Cela va dès lors à l'encontre des objectifs de la directive⁸⁷.

Dans l'arrêt *SHARENGO* du 10 novembre 2022⁸⁸, la Cour a rappelé que le droit de l'Union accorde à un opérateur économique une grande liberté pour s'associer avec d'autres entités qui lui permettent notamment d'acquérir des capacités qu'il ne possède pas, de sorte que cette disposition ne saurait obliger un opérateur économique à ne s'adresser qu'à des entités ayant chacune la capacité d'exercer la même activité professionnelle. En principe, un opérateur économique qui recourt aux capacités d'autres entités cherche soit à accroître les capacités qu'il possède déjà, mais qui peuvent être insuffisantes ou de qualité insuffisante, soit à acquérir des capacités ou des compétences qui lui font défaut⁸⁹. La Cour a ainsi jugé qu'il était contraire au principe de proportionnalité qu'un pouvoir adjudicateur exige de chacun des membres d'une association temporaire d'entreprises d'être inscrit, dans un État membre, au registre du commerce ou au registre de la profession en vue de l'exercice de l'activité de location et de location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers.

Enfin, il y a lieu de nuancer ce propos lorsqu'il est établi qu'au moment du dépôt des offres ou des candidatures, l'exécution des activités pour lesquelles il est requis une expérience sera confiée à un seul membre du groupement. La Cour a précisé, dans l'ordonnance rendue dans l'affaire *Ediens & KM.LV*⁹⁰, que, dans un tel cas, le groupement soumissionnaire peut uniquement se prévaloir de l'expérience dudit membre de ce groupement afin de démontrer qu'il satisfait à une condition de sélection tenant à l'expérience imposée par le pouvoir adjudicateur, et ce même si les documents

du marché ne prévoient pas expressément que les membres d'un groupement d'opérateurs économiques doivent satisfaire individuellement à cette condition. Cela est parfaitement cohérent avec la finalité des critères de sélection qualitative, destinés à s'assurer que l'adjudicateur puisse exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié.

8 DUME et groupement d'opérateurs économiques

Aux termes des alinéas 17 à 19 de l'annexe 1 du règlement d'exécution 2016/7⁹¹, un DUME (document unique de marché européen) doit être remis, soit par l'opérateur économique qui participe à titre individuel, soit par l'opérateur économique et les autres entités auxquelles il fait appel, soit par chacun des opérateurs économiques participant à un groupement.

Il ressort de l'affaire *Taxi Horn Tours* précitée que, lorsqu'une offre est déposée par une société qui n'a pas la personnalité juridique, telle qu'une société en nom collectif, il faut vérifier si elle peut être considérée comme un opérateur économique unique ou comme un groupement d'opérateurs économiques, afin de savoir dans le chef de quelle(s) entité(s) exiger un DUME⁹².

La Cour a tout d'abord souligné que la notion de « groupement d'opérateurs économiques » n'était pas limitée aux seules associations temporaires, mais pouvait également s'appliquer à des associations d'entreprises présentant un caractère permanent⁹³. L'objectif du DUME est de fournir au pouvoir adjudicateur une image exacte et fidèle de la situation de tout opérateur économique qui demande à participer à une procédure de marché public ou qui a l'intention de soumissionner⁹⁴.

La Cour a ainsi jugé que pour démontrer sa fiabilité, une entreprise commune, telle qu'une société en nom collectif, ne peut être considérée comme souhaitant participer à une procédure de marché public ou soumissionner à titre individuel que si elle démontre qu'elle peut exécuter le marché en question en utilisant uniquement son propre personnel et son propre matériel, c'est-à-dire les moyens qui lui ont été transférés par ses associés dans le cadre du contrat de partenariat et dont elle a la libre disposition. Dans ce cas, il suffit que l'entreprise fournisse son propre DUME au pouvoir adjudicateur⁹⁵.

En revanche, si une telle société estime devoir s'appuyer sur les ressources de ses coassociés pour l'exécution d'un marché public, elle doit être considérée comme s'appuyant sur les capacités d'autres entités et doit présenter non seulement son propre DUME, mais aussi ceux de chacun des coassociés sur lesquels elle entend s'appuyer⁹⁶. Précisons encore que l'obligation de déposer à la fois son propre DUME et un DUME pour chacun des co-partenaires dont elle entend utiliser les capacités constitue certes une charge administrative, mais ne peut en aucun cas être assimilée à une obligation de changer son régime juridique⁹⁷.

(85) C.J., arrêt du 2 juin 2016, *Pizzo*, aff. C-27/15, EU:C:2016:404. (86) C.J., arrêt du 28 avril 2022, *Caruter*, aff. C-642/20, EU:C:2022:308. (87) À propos d'un marché qui ne relève pas du champ d'application de la directive, mais qui présente un intérêt transfrontalier, comp. C.J., arrêt du 5 avril 2017, *Borta*, aff. C-298/15, EU:C:2017:266. (88) C.J., arrêt du 10 novembre 2022, *Sharengo*, aff. C-486/21, EU:C:2022:868. (89) *Ibidem*, point 100. (90) C.J., ordonnance du 30 septembre 2022, *Ediens & KM.LV*, aff. C-592/21, EU:C:2022:746. (91) Règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission, du 5 janvier 2016, établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen, J.O., 2016, L 3, p. 16. (92) Arrêt *Taxi Horn Tours*, aff. C-631/21, point 46. (93) *Ibidem*, point 47. (94) *Ibidem*, point 49. (95) *Ibidem*, point 53. (96) *Ibidem*, point 55. (97) *Ibidem*, point 59.



Chroniques

9 Spécifications techniques

Les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence sont cruciaux par rapport aux spécifications techniques, eu égard aux risques de discrimination liés soit au choix de celles-ci, soit à la manière de les formuler⁽⁹⁸⁾.

Alors que, dans l'affaire *Roche Lietuva*⁽⁹⁹⁾, la Cour mettait en garde contre le fait que des spécifications techniques trop détaillées pouvaient avoir pour effet de restreindre artificiellement la concurrence, dans la récente affaire *Iveco Orecchia*⁽¹⁰⁰⁾, elle a eu à statuer sur le degré de souplesse des mesures équivalentes apportées par les soumissionnaires lorsque les spécifications techniques font mention d'une marque.

Tout comme dans l'affaire *VAR et ATM*⁽¹⁰¹⁾ prononcée sous l'empire de la directive 2004/17, il s'agissait d'un marché de pièces de rechange pour autobus de la marque IVECO. La Cour avait alors jugé que, lorsque les spécifications techniques qui figurent dans les documents du marché font référence à une marque, à une origine ou à une production déterminée, l'entité adjudicatrice doit exiger que le soumissionnaire apporte, déjà dans son offre, la preuve de l'équivalence des produits qu'il propose par rapport à ceux définis dans lesdites spécifications techniques.

Dans la présente affaire, les soumissionnaires avaient joint, au titre de preuve de l'équivalence, une déclaration de leur part affirmant non seulement que les pièces de rechange étaient équivalentes à celles de la marque IVECO, mais également que ces pièces étaient équivalentes à des pièces ayant fait l'objet d'une réception CE exigée pour leur commercialisation en vertu de la directive 2007/46⁽¹⁰²⁾.

En premier lieu, la Cour a rappelé que la directive 2007/46 contient des exigences impératives pour la commercialisation, notamment, de pièces de rechange de véhicules : la réception CE est en effet exigée préalablement à la vente ou à la mise en service de ces pièces, pour des motifs de sécurité. Par conséquent, seuls les composants ayant fait l'objet d'une telle réception CE et donc pouvant être commercialisés, peuvent être considérés comme étant équivalents aux pièces exigées dans l'appel d'offres en cause⁽¹⁰³⁾. La directive 2014/25 ne peut donc pas servir à

contourner la réglementation impérative mise en place par la directive 2007/46. Il nous semble que ce raisonnement devrait pouvoir être applicable, *mutatis mutandis*, pour toute autre réglementation impérative (en matière de sécurité, mais aussi de normes environnementales, par exemple).

En second lieu, la Cour s'est intéressée aux déclarations que le pouvoir adjudicateur peut accepter comme preuve de l'équivalence de composants, relevant des actes réglementaires visés à l'annexe IV de la directive 2007/46 et offerts par le soumissionnaire. Dans la lignée de l'arrêt *VAR et ATM*, la Cour rappelle que le pouvoir d'appréciation dont dispose l'entité adjudicatrice dans la détermination des moyens pouvant être utilisés par les soumissionnaires pour prouver cette équivalence dans leurs offres, doit être exercé de telle sorte que les moyens de preuve admis par l'entité adjudicatrice permettent effectivement à ladite entité de procéder à une évaluation utile des offres qui lui ont été soumises. Ces moyens de preuve doivent ainsi permettre à l'entité adjudicatrice de déterminer que l'offre est bien conforme aux spécifications techniques visées par l'appel d'offres en cause⁽¹⁰⁴⁾.

La Cour souligne que la déclaration d'équivalence doit être délivrée par un organisme capable de garantir cette équivalence, ce qui signifie que ce dernier doit assumer la responsabilité technique pour les composants en question et disposer des moyens nécessaires pour assurer la qualité de ces composants⁽¹⁰⁵⁾. Ces conditions ne peuvent être remplies que par le producteur ou le fabricant desdits composants⁽¹⁰⁶⁾, bien que ce fabricant ne doive pas nécessairement être directement impliqué dans toutes les étapes de la construction dudit composant⁽¹⁰⁷⁾. En revanche, une attestation d'équivalence émanant d'un détaillant ou d'un revendeur ne peut être considérée comme un moyen de preuve approprié⁽¹⁰⁸⁾.

En conclusion, il n'est pas possible pour un soumissionnaire qui n'intervient à aucun des stades de la fabrication des pièces de rechange, de fournir comme moyen de preuve d'équivalence des pièces, une déclaration de sa part, et ce d'autant plus lorsque ces pièces n'ont pas fait l'objet d'une réception CE pourtant exigée par les documents du marché et par la réglementation impérative de l'Union. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent donc pas se montrer exagérément souples dans l'admission des moyens de preuve d'une équivalence.

(98) Voy., s'agissant de la directive 2004/18, C.J., arrêt du 10 mai 2012, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-368/10, EU:C:2012:284, point 62. (99) C.J., arrêt du 25 octobre 2018, *Roche Lietuva*, aff. C-413/17, EU:C:2018:865. (100) C.J., arrêt du 27 octobre 2022, *Iveco Orecchia*, aff. jointes C-68/21 et C-84/21, EU:C:2022:835. (101) C.J., arrêt du 12 juillet 2018, *VAR et ATM*, aff. C-14/17, EU:C:2018:568. (102) Directive 2007/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 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 (directive-cadre), J.O., 2007, L 263, p. 1. (103) Arrêt *Iveco Orecchia*, aff. C-68/21 et C-84/21, point 93. (104) *Ibidem*, point 99. (105) *Ibidem*, point 100. (106) *Idem*. (107) *Ibidem*, point 106. (108) *Ibidem*, point 107.

