
KRONIEK RECHTSPRAAK HOF VAN JUSTITIE 2011 INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN – CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE 2011 EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS

KRIS WAUTERS



SAMENVATTING

Voorliggende kroniek bevat een overzicht van de arresten, die zijn geveld door het Hof van Justitie in 2011 inzake de gunning van overheidsopdrachten. Daarbij komen ook af en toe arresten van het Gerecht aan bod, voor zover zij enige relevantie vertonen voor de toepassing van de richtlijnen 2004/17 en 2004/18. Zoals algemeen geweten is het Gerecht enkel bevoegd om uitspraken te doen over overheidsopdrachten gegund door de instellingen van de Europese Unie. Op dit soort overheidsopdrachten zijn voornoemde richtlijnen niet van toepassing.

RÉSUMÉ

La récolte 2011 est assez maigre. Le nombre d'arrêtés de la Cour de Justice est assez réduit par rapport aux années précédentes. Est-ce qu'on peut en tirer des conclusions définitives? Non. On peut simplement constater que la jurisprudence a été abondante entre 1995 et 2010 et qu'ainsi, la Cour a eu l'opportunité de clarifier les directives applicables en matière d'adjudication d'un marché public. Il en ressort que beaucoup d'incertitudes ont été résolues.



1. Principes

1.1. Toepassingsgebied / Champ d'application

HvJ (3^e Kamer) C-274/09, 10 maart 2011, Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler tegen Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau

CJUE (3^{ème} Chambre), C-274/09, 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler contre Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau

Bij de gunning van concessieovereenkomsten voor diensten die niet binnen de werkingssfeer van één van de richtlijnen vallen, waarbij de wetgever van de Unie de materie van de overheidsopdrachten heeft geregeld, dienen de openbare autoriteiten, die dergelijke overeenkomsten sluiten, de fundamentele regels van het VWEU, met name de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU, en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting in acht te nemen, wanneer de betrokken overeenkomst een zeker grensoverschrijdend belang vertoont.

Ger. (4^e Kamer) T-461/08, 20 september 2011, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE tegen Europese Investeringsbank

Trib. (4^{ème} Chambre), T-461/08, 20 septembre 2011, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contre Banque européenne d'investissement (BEI)

En ce qui concerne les procédures de passation de marchés publics communautaires, le pouvoir adjudicateur est soumis aux règles fondamentales du traité CE, aux principes généraux du droit ainsi qu'aux objectifs de la charte. Même si les directives concernant la passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ne régissent que des marchés passés par les entités ou les pouvoirs adjudicateurs des États membres et ne sont pas directement applicables aux marchés publics passés par l'administration communautaire, les règles ou principes édictés ou dégagés dans le cadre de ces directives peuvent être invoqués à l'encontre de ladite administration lorsqu'ils n'apparaissent, eux-mêmes, que comme l'expression spécifique de règles fondamentales du traité CE et de principes généraux du droit qui s'imposent directement à l'administration communautaire. En effet, dans une communauté de droit, l'application uniforme du droit est une exigence fondamentale et tout sujet de droit est soumis au principe du respect de la légalité. Ainsi, les institutions sont tenues de respecter les règles du traité CE et les principes généraux du droit qui leur sont applicables, de la même manière que tout autre sujet de droit. Par ailleurs, les règles ou principes édictés ou dégagés dans le cadre de ces directives peuvent être invoqués à l'encontre de l'administration communautaire lorsque, dans l'exercice de son autonomie fonctionnelle et institutionnelle, et dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le traité CE, celle-ci a adopté un acte qui renvoie expressément, pour régir les marchés publics qu'elle passe pour son propre compte, à certaines règles ou à certains principes énoncés dans les directives et par l'effet duquel lesdites règles et lesdits principes trouvent à s'appliquer, conformément au principe *patere legem quam ipse fecisti*. Lorsque l'acte en cause exige une interprétation, il doit être interprété, dans la mesure du possible, dans le sens de l'application uniforme du droit communautaire et de sa conformité avec les dispositions du traité CE et les principes généraux du droit.

1.2. Inhoud / Contenu

HvJ (2^e Kamer) C-251/09, 17 februari 2011, Europese Commissie tegen Cypriotische republiek

CJUE (2^{ème} Chambre), C-251/09, 17 février 2011, Commission européenne contre République de Chypre

Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires implique une obligation de transparence, afin de permettre de vérifier son respect. Les principes d'égalité de traitement et de transparence signifient, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où

ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur. Cela implique, plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière et que, lors d'une évaluation des offres, ces critères doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires.

Ger. (2^e Kamer) T-289/09, 20 september 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE tegen Europese Commissie

Trib. (2^{ème} Chambre), T-298/09, 20 septembre 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contre Commission européenne

Le principe d'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié. En matière de passation de marchés publics, ce principe, qui 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 compétiteurs.

Ger. (7^e Kamer) T-86/09, 22 september 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE tegen Europese Commissie

Trib. (7^{ème} Chambre), T-86/09, 22 septembre 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contre Commission européenne

Le pouvoir adjudicateur est tenu de veiller, à chaque phase d'une procédure d'appel d'offres, au respect du principe d'égalité de traitement et, par voie de conséquence, à l'égalité des chances de tous les soumissionnaires

Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui 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 compétiteurs. Le principe d'égalité de traitement implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect.

Le principe de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et de comportement arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Il implique que toutes les conditions et modalités de la procédure de passation soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis

de marché ou dans le cahier des charges. Le principe de transparence implique donc que toutes les informations techniques pertinentes pour la bonne compréhension de l'avis de marché ou du cahier des charges soient mises, dès que possible, à la disposition de l'ensemble des entreprises participant à une procédure de passation de marchés publics, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause.

Tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative doivent être connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leur offre.

Ger. (4^e Kamer) 23 november 2011, T-514/09, bpost NV van publiek recht t. Europese Commissie

Trib. (4^{ème} Chambre) 23 novembre 2011, T-514/09, bpost NV van publiek recht t. Commission européenne

Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui 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 compétiteurs. Quant au principe de transparence, qui en constitue le corollaire, il a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Il implique que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause.

1.3. Gevolgen / Conséquences

HvJ (3^e Kamer) C-95/10, 17 maart 2011, Strong Segurança SA tegen Município de Sintra, Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança

CJUE (3^{ème} Chambre), C-95/10, 17 mars 2011, Strong Segurança SA contre Município de Sintra, Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança

De in de bijlagen II A en II B bij richtlijn 2004/18 opgenomen indeling van diensten is conform met het systeem van deze richtlijn, welke in een toepassing van genoemde richtlijn op twee niveaus voorziet.

Wanneer opdrachten betrekking hebben op diensten die onder bijlage II B vallen zijn de aanbestedende diensten uitsluitend verplicht, onder verwijzing naar de nationale normen ter omzetting van de Europese normen, de technische specificaties aan te geven die moeten worden opgenomen in de algemene of contractuele documenten die bij iedere opdracht horen, en aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen een aankondiging te zenden met de uitslag van de procedure voor het plaatsen van deze opdrachten. Opdrachten voor in bijlage II B bedoelde diensten hebben, gelet op hun specifieke aard, a priori geen voldoende grensoverschrijdend belang. De gunning ervan vindt plaats na een aanbestedingsprocedure die ondernemingen uit andere lidstaten de mogelijkheid dient te bieden kennis te nemen van de aankondiging van de opdracht en een offerte in te dienen. Dergelijke opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang dienen de algemene beginselen van transparantie en gelijke behandeling in de zin van de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU te eerbiedigen.

Wat het transparantiebeginsel betreft, moet worden vastgesteld dat dit beginsel niet wordt geschonden indien een verplichting zoals neergelegd in artikel 47, lid 2, van richtlijn 2004/18 niet aan de aanbestedende dienst is opgelegd inzake een opdracht voor in bijlage II B bij deze richtlijn vermelde diensten. Het feit dat een ondernemer zich niet kan beroepen op de economische en financiële draagkracht van andere lichamen houdt immers geen verband met de transparantie van het gunningsproces. Overigens zij opgemerkt dat de toepassing van artikelen 23 en 35, lid 4, van richtlijn 2004/18 bij de gunning van opdrachten voor dergelijke zogenaamde "niet-prioritaire" diensten, eveneens ertoe strekt een met de specifieke aard van deze opdrachten overeenstemmende graad van transparantie te verzekeren.

Anderzijds zij opgemerkt dat het beginsel van gelijke behandeling evenmin tot gevolg kan hebben dat een verplichting zoals neergelegd in artikel 47, lid 2, van richtlijn 2004/18 ook wordt opgelegd bij de toewijzing van opdrachten voor in bijlage II B vermelde diensten, niettegenstaande het door deze richtlijn ingestelde onderscheid. Het ontbreken van een dergelijke verplichting kan inderdaad geen op nationaliteit of plaats van vestiging gebaseerde directe of indirecte discriminatie met zich meebrengen.

Benadrukt zij dat zulk een brede benadering van de gelding van het beginsel van gelijke behandeling tot de toepassing zou kunnen leiden van andere wettelijke bepalingen van de richtlijn, bijvoorbeeld de bepalingen betreffende de criteria voor kwalitatieve selectie van inschrijvers (artikelen 45-52) en de gunningscriteria (artikelen 53-55), op opdrachten voor in bijlage II B bij richtlijn 2004/18 bedoelde diensten. Zo zou het risico kunnen ontstaan dat elk nuttig effect wordt ontnomen aan het door richtlijn 2004/18 ingestelde onderscheid tussen de in bijlagen II A en II B bedoelde diensten en de toepassing van deze richtlijn op twee niveaus, aldus het Hof. Opdrachten voor de in bijlage II B bij richtlijn 2004/18 vermelde diensten hebben een specifieke aard.

Ger. (4^e Kamer) 23 november 2011, T-514/09, bpost NV van publiek recht t. Europese Commissie

Trib. (4^{ème} Chambre) 23 novembre 2011, T-514/09, bpost NV van publiek recht t. Commission européenne

Aux fins d'assurer le respect des principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination au stade de la sélection des offres en vue de l'attribution d'un marché, l'article 97, paragraphe 1, du règlement financier impose au pouvoir adjudicateur, lorsque l'attribution du marché se fait par attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'obligation de définir et de préciser dans les documents d'appel à la concurrence les critères d'attribution techniques permettant l'évaluation du contenu des offres. Ces critères doivent, conformément à l'article 138, paragraphe 2, des modalités d'exécution, être justifiés par l'objet du marché. Selon le paragraphe 3 de cette même disposition, le pouvoir adjudicateur doit aussi préciser, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. Het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering / Champ d'application de la reglementation sur les marchés publics

2.1. Gemengde overeenkomst / Contrat mixte

HvJ C-306/08, 26 mei 2011, Commissie t/ Spanje

CJUE, C-306/08, 26 mai 2011, Commission c/ Espagne

Wanneer sommige bestanddelen van een overeenkomst betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, en andere bestanddelen op een ander soort opdracht, bepaalt het hoofdvoorwerp van de overeenkomst of het geheel aan voorschriften van de Unie inzake overheidsopdrachten in beginsel van toepassing is.

Het hoofdvoorwerp dient te worden bepaald op basis van de essentiële verplichtingen die de overhand hebben en als zodanig kenmerkend zijn voor de betrokken opdracht en niet op basis van die welke slechts bijkomstig of aanvullend zijn en uit het voorwerp zelf van de overeenkomst voortvloeien.

2.2. Het personeel toepassingsgebied / Champs personnel

Ger. (8^e Kamer), T-589/08, 3 maart 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE t. Europese Commissie

Trib. (8^{ème} Chambre), T-589/08, 3 mars 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Commission européenne

En ce qui concerne le droit applicable aux procédures de passation de marchés publics lancées par la Commission, il convient de relever que ces procédures sont assujetties aux dispositions du titre V de la première partie du règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil, du 25 juin 2002, portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes (JO L 248, p. 1, ci-après le «règlement financier»), ainsi qu'aux dispositions du règlement (CE, Euratom) n° 2342/2002 de la Commission, du 23 décembre 2002, établissant les modalités d'exécution du règlement financier (JO L 357, p. 1, ci-après les «modalités d'exécution»).

Ces dispositions s'inspirent, certes, des directives de l'Union en la matière, notamment, pour les marchés de fournitures et de travaux, de la directive 89/665 et de la directive 2004/18. Néanmoins, force est de constater que, selon l'article 84 de la directive 2004/18 et l'article 6 de la directive 89/665, seuls les États membres sont destinataires de ces directives et que, dès lors, elles régissent uniquement les procédures de passation de marchés publics pour les institutions des États membres. Il s'ensuit que, si l'interprétation de ces directives par les juridictions communautaires peut être utile, seules les dispositions fixées dans le règlement financier et ses modalités d'exécution sont applicables aux marchés communautaires.

HvJ C-601/10, 27 oktober 2011, Commissie t/ Griekenland

C.J.U.E., C-601/10, 27 octobre 2011, Commission c/ Grèce

Des communes constituent, en tant que collectivités territoriales, des pouvoirs adjudicateurs au sens des articles 1^{er}, sous b), de la directive 92/50 ainsi que 1^{er}, paragraphe 9, de la directive 2004/18, qui sont visés à l'article 7 de ces directives.

2.3. Concessie van diensten / Concession de services

HvJ (3^e Kamer), C-274/09, 10 maart 2011, Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler tegen Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau

CJUE (3^{ème} Chambre), C-274/09, 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler contre Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau

De vraag of er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten dan wel van een overheidsopdracht voor diensten, dient uitsluitend op basis van het Unierecht te worden beoordeeld.

Uit de vergelijking van de definities van overheidsopdracht voor diensten en concessieovereenkomst voor diensten volgt dat het verschil tussen een overheidsopdracht voor diensten en een concessieovereenkomst voor diensten is gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening. De opdracht voor diensten behelst een tegenprestatie die, ook al is dit niet de enige tegenprestatie, door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald, terwijl bij een concessieovereenkomst voor diensten de tegenprestatie voor de dienstverlening bestaat in het recht om de dienst te exploiteren, al dan niet gepaard gaande met een prijs. In geval van een overeenkomst inzake het verrichten van diensten voldoet de omstandigheid dat de opdrachtnemer niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om vergoedingen van derden te innen, aan het vereiste van een tegenprestatie.

De concessieovereenkomst voor diensten impliceert dat de opdrachtnemer het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt. De omstandigheid dat het aan de verlening van de dienst verbonden risico niet wordt overgedragen op de dienstverrichter, duidt erop dat de bedoelde transactie een overheidsopdracht voor diensten vormt en niet een concessieovereenkomst voor diensten. Hieraan doet niet af dat de hoogte van de gebruiksvergoedingen niet eenzijdig wordt vastgesteld door de verrichter van diensten van medische spoedhulp, maar bij wege van overeenkomst met de socialezekerheidsorganen die zelf de hoedanigheid van aanbestedende dienst hebben, en dat die vergoedingen niet rechtstreeks door de gebruikers van die diensten aan de gekozen dienstverrichter worden betaald, maar in regelmatige deelbetalingen worden uitgekeerd door een centraal betalingsorgaan dat die vergoedingen moet innen en uitbetalen. Dit neemt namelijk niet weg dat alle vergoedingen van de dienstverrichter afkomstig zijn van andere subjecten dan de aanbestedende dienst die hem de opdracht heeft gegund.

Het aan de exploitatie verbonden risico kan weliswaar van meet aan erg beperkt zijn, maar voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten is vereist dat de aanbestedende dienst het op hem rustende risico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder. Wanneer de vergoeding van de dienstverrichter uitsluitend van derden afkomstig is, volstaat voor de conclusie dat er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten dat de aanbestedende dienst een "erg beperkt" exploitatierisico overdraagt. Voor bepaalde activiteitensectoren, met name sectoren die verband houden met activiteiten van openbaar nut, gelden regelingen die een beperking van de economische risico's tot gevolg kunnen hebben. In het bijzonder moet het te goeder trouw handelende aanbestedende diensten blijven vrijstaan om de dienstverrichting door middel van een concessie te verzekeren wanneer zij van mening zijn dat zulks de beste manier is om de betrokken openbare dienst te verzekeren, zelfs wanneer het aan de exploitatie verbonden risico erg beperkt is. In dergelijke sectoren hebben de aanbestedende diensten geen enkele invloed op de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd en derhalve op de omvang van het over te dragen risico, en het zou voorts niet redelijk zijn om van een concessieverlenende overheidsinstantie te verlangen

dat zij strengere mededingingsvoorwaarden met een groter economisch risico in het leven roept dan die waarvan op grond van de voor de betrokken sector geldende regeling in die sector sprake is.

In dit verband moet worden opgemerkt dat het economische exploitatierisico van de dienst moet worden opgevat als het risico van blootstelling aan de grillen van de markt, dat zijn neerslag kan vinden in het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers, het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten, het risico van insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen, het risico dat de exploitatiekosten niet volledig door de inkomsten worden gedekt of ook het risico van aansprakelijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening. Daarentegen zijn risico's als dewelke zijn verbonden aan een slecht beheer of beoordelingsfouten van de marktdeelnemer niet bepalend voor de kwalificatie van een overeenkomst als overheidsopdracht voor diensten of als concessieovereenkomst voor diensten, nu dergelijke risico's immers inherent zijn aan elke overeenkomst, ongeacht of het daarbij gaat om een overheidsopdracht voor diensten dan wel om een concessieovereenkomst voor diensten.

HvJ 10 november 2011, C-348/10, Norma-A

C.J.U.E., 10 novembre 2011, C-348, Norma-A

Artikel 1, leden 2, sub a, en 4, van richtlijn 2004/18 bevat definities van de termen "overheidsopdracht" en "concessieovereenkomst voor diensten" die in wezen analoog zijn aan de overeenkomstige definities in artikel 1, leden 2, sub a, en 3, sub b, van richtlijn 2004/17. Dit betekent dat voor de uitlegging van de begrippen "opdracht voor diensten" en "concessieovereenkomst voor diensten" binnen de respectieve werkingssferen van beide voormelde richtlijnen dezelfde overwegingen moeten worden gehanteerd. Daarom kan de uitlegging van artikel 1, leden 2, sub a, en 3, sub b, van richtlijn 2004/17 rechtstreeks worden overgebracht naar de overeenkomstige bepalingen van richtlijn 2004/18, zoals de Letse regering overigens heeft erkend.

De vraag of er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten dan wel van een overheidsopdracht voor diensten, dient uitsluitend op basis van het Unierecht te worden beoordeeld.

Uit de begrippen "overheidsopdracht voor diensten" en "concessieovereenkomst voor diensten", zoals gedefinieerd in respectievelijk de leden 2, sub a en d, en 3, van artikel 1 van richtlijn 2004/17, volgt dat het verschil tussen een opdracht voor diensten en een concessieovereenkomst voor diensten is gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening. De opdracht voor diensten behelst een tegenprestatie die door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald, terwijl bij een concessieovereenkomst voor diensten de tegenprestatie voor de dienstverlening bestaat in het recht om de dienst te exploiteren, al dan niet gepaard gaande met een prijs.

Wat de overeenkomst inzake het verrichten van diensten betreft, voldoet de omstandigheid dat de opdrachtnemer niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om vergoedingen van derden te innen, aan het door artikel 1, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/17 voorgeschreven vereiste van een tegenprestatie. Dit is het geval wanneer, zoals in het hoofdgeding, degene die de openbare busvervoersdiensten verricht het recht verkrijgt om de diensten te exploiteren en als tegenprestatie daarvoor door de gebruikers van die diensten wordt vergoed tegen een vastgesteld tarief.

Ook al is de wijze van vergoeding dus een van de factoren die bepalend zijn voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten, uit de rechtspraak volgt voorts dat de concessieovereenkomst voor diensten impliceert dat de opdrachtnemer het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt, en dat de omstandigheid dat het aan de verlening van de dienst verbonden risico niet wordt overgedragen op de dienstverrichter, erop duidt dat de bedoelde transactie een overheidsopdracht voor diensten vormt en niet een concessieovereenkomst voor diensten.

Derhalve moet worden nagegaan of de dienstverrichter het aan de exploitatie van de betrokken dienst verbonden risico draagt. Dit risico kan weliswaar van meet af aan erg beperkt zijn, maar voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten is vereist dat de aanbestedende dienst het op hem rustende risico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder.

Het is immers gebruikelijk dat voor bepaalde activiteitensectoren, met name sectoren die verband houden met activiteiten van openbaar nut, zoals de watervoorziening en de afvoer van afvalwater, regelingen gelden die een beperking van de economische risico's tot gevolg kunnen hebben. Enerzijds vergemakkelijkt de publiekrechtelijke organisatie die geldt voor de economische en financiële exploitatie van de dienst, het toezicht op de exploitatie daarvan, en verkleint zij het aantal factoren dat de transparantie kan aantasten en de mededinging kan vervalsen. Anderzijds moet het te goeder trouw handelende aanbestedende diensten voortaan vrijstaan om de dienstverrichting door middel van een concessie te verzekeren wanneer zij van mening zijn dat zulks de beste manier is om de betrokken openbare dienst te verzekeren, zelfs wanneer het aan de exploitatie verbonden risico erg beperkt is.

Heeft de aanbestedende dienst geen enkele invloed op de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd, dan is het hem in dergelijke omstandigheden onmogelijk om risicofactoren die op grond daarvan zijn uitgesloten, in te voeren en bijgevolg over te dragen. Het zou voorts niet redelijk zijn om van een concessieverlenende overheidsinstantie te verlangen dat zij strengere mededingingsvoorwaarden met een groter economisch risico in het leven roept dan die waarvan op grond van de voor de betrokken sector geldende regeling in die sector sprake is.

Het exploitatierisico moet worden opgevat als het risico van blootstelling aan de grillen van de markt, dat zijn neerslag kan vinden in het gevaar voor mede-

dinging van andere marktdeelnemers, het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten, het risico van insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen, het risico dat de exploitatiekosten niet door de inkomsten worden gedekt of het risico van aansprakelijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening.

Daarentegen zijn risico's als die welke zijn verbonden aan een slecht beheer of beoordelingsfouten van de marktdeelnemer niet bepalend voor de kwalificatie van een overeenkomst als overheidsopdracht voor diensten of als concessieovereenkomst voor diensten, nu dergelijke risico's immers inherent zijn aan elke overeenkomst, ongeacht of het daarbij gaat om een overheidsopdracht voor diensten dan wel om een concessieovereenkomst voor diensten.

Het economisch risico van de exploitatie kan weliswaar van meet af aan erg beperkt zijn, maar voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten is vereist dat de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder.

3. Gunningsprocedure / Procédure d'attribution

3.1. Gebruik onderhandelingsprocedure / Utilisation procédure négociée

HvJ C-601/10, 27 oktober 2011, Commissie t/ Griekenland

C.J.U.E., C-601/10, 27 octobre 2011, Commission c/ Grèce

En vertu de l'article 11, paragraphe 3, sous e), de la directive 92/50 et de l'article 31, point 4, sous a), de la directive 2004/18, les marchés publics de services, tels que ceux en cause dans la présente affaire, relatifs à des services d'aménagement urbain au sens, respectivement, de l'annexe I A de la première directive et de l'annexe II A de la seconde, peuvent être conclus par les pouvoirs adjudicateurs selon une procédure négociée sans publication d'un avis préalable de marché lorsqu'ils portent sur des services complémentaires ne figurant pas dans le contrat initial, à condition, notamment, d'une part, que, à la suite d'une circonstance imprévue, ils soient devenus nécessaires à l'exécution du service tel qu'il y est décrit et, d'autre part, que la valeur cumulée estimée des marchés passés pour ces services complémentaires ne dépasse pas 50 % du marché initial.

En tant que dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité FUE dans le secteur des marchés publics de services, l'article 11, paragraphe 3, sous e), de la directive 92/50 et l'article 31, point 4, sous a), de la directive 2004/18 doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement.

3.2. Bekendmaking, formulering en beoordeling gunningscriteria / Publicité, formulation et appréciation des critères d'attribution

Ger. (8^e Kamer) T-589/08, 3 maart 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE t. Europese Commissie

Trib. (8^{ème} Chambre), T-589/08, 3 mars 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Commission européenne

Le Tribunal ne partage cependant pas l'affirmation de la Commission selon laquelle l'expérience de la requérante est dénuée de pertinence pour l'évaluation des critères d'attribution. S'il est vrai que, généralement, ce facteur est pris en compte pour déterminer si l'offre peut satisfaire aux critères de sélection et non lors de l'évaluation des critères d'attribution, il convient de relever que la requérante n'invoque pas son expérience comme critère d'attribution en soi, mais seulement afin de justifier le nombre réduit de personnes-jours prévu. Dans ce contexte, une expérience plus grande serait, en principe, susceptible d'expliquer un tel écart entre les estimations.

HvJ (7^e Kamer) C-252/10 P, 21 juli 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE tegen Europees Agentschap voor maritieme veiligheid (EMSA)

C.J.U.E. (7^{ème} Chambre), C-252/10 P, 21 juillet 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contre Agence européenne de sécurité maritime

Lorsque l'attribution d'un marché se fait par attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur doit définir et préciser, dans le cahier des charges, les critères d'attribution permettant l'évaluation du contenu des offres. Ces critères doivent être justifiés par l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur doit aussi préciser, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces dispositions visent à garantir le respect de l'égalité de traitement et de la transparence au stade de l'évaluation des offres en vue de l'attribution du marché.

Afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et si possible leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres. Il s'ensuit qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer, pour les critères d'attribution, des sous-critères qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires.

La Cour a interprété dans l'affaire Lianakis la directive 92/50 lue à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de l'obligation de transparence qui en découle. Ainsi, la légalité de l'utilisation des sous-critères

et de la pondération correspondante doit toujours être examinée en fonction de ces principes. La Cour n'a pas établi une interdiction totale et absolue pour le pouvoir adjudicateur de spécifier plus en détail un critère préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires et de lui accorder une pondération.

Il est ainsi possible pour un pouvoir adjudicateur de déterminer, après l'expiration du délai de présentation des offres, des coefficients de pondération pour les sous-critères qui correspondent en substance aux critères préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires, sous trois conditions, à savoir que cette détermination ex post, premièrement, ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, deuxièmement, ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation et, troisièmement, n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

Ger. (4^e Kamer) T-8/09, 13 september 2011, Dredging International NV en Ondernemingen Jan de Nul NV tegen Europees Agentschap voor maritieme veiligheid (EMSA)

Trib. (4^{ème} Chambre), T-8/09, 13 septembre 2011, Dredging International NV en Ondernemingen Jan de Nul NV contre Agence européenne de sécurité maritime

Wanneer een inschrijving niet in overeenstemming is met de looptijd van de overeenkomst, en het feit dat bijgevolg het begrotingsplafond werd overschreven, vormt dit geen uitsluitingsgrond in de zin van de artikelen 93 tot en met 96 van het algemeen financieel reglement. Deze omstandigheden houden immers geen verband met het doel van deze bepalingen, dat erin bestaat de algemene betrouwbaarheid en de moraliteit van de inschrijvers na te gaan en te verifiëren of er belangenconflicten bestaan.

Deze omstandigheden vormen evenmin selectiecriteria in de zin van artikel 97, lid 1, van het algemeen financieel reglement en van de artikelen 135 tot en met 137 van de algemene uitvoeringsvoorschriften, aangezien de financiële, economische en technische draagkracht en de vakbekwaamheid daardoor niet rechtstreeks in het gedrang komen.

Deze vaststellingen vinden steun in het feit dat de aanbestedende overheid na de oproep tot de gegadigden waarbij met name is nagegaan of was voldaan aan de uitsluitings- en selectiecriteria, een onderneming een uitnodiging tot inschrijving hebben verstuurd.

De vraag of een inschrijving in overeenstemming is met de looptijd van de overeenkomst en dus met een begrotingsplafond, vormt daarentegen geen onderdeel van de vergelijking met de andere ingediende inschrijvingen en maakt het dus niet mogelijk uit te maken welke inschrijving naargelang het geval de economisch voordeligste of de laagste is. Bijgevolg vormen deze omstandigheden geen gunningscriteria in de zin van artikel 97 van het algemeen financieel reglement en artikel 138 van de algemene uitvoeringsvoorschriften.

Deze omstandigheden houden immers verband met de voorwaarden waaraan een inschrijving moet voldoen om te voorzien in de behoeften van de aanbestedende overheid. Zij vormen dus een onderdeel van de omschrijving van het voorwerp van de opdracht. Zo bepaalt de voorziene looptijd van een overeenkomst voor diensten mede het voorwerp van de opdracht voor deze diensten, aangezien op basis van deze looptijd de prijzen worden berekend en inzonderheid de startinvesteringen worden afgeschreven. Op dezelfde wijze bepaalt de aanbestedende overheid, wanneer zij een begrotingsplafond vastlegt, een voorwaarde voor verwezenlijking van het voorwerp van de opdracht en wordt aldus dit voorwerp nader omschreven.

De omschrijving van het voorwerp van de opdracht is aan de orde in artikel 92 van het algemeen financieel reglement dat bepaalt dat "[i]n de inschrijvingsdocumenten [...] een volledige, duidelijke en precieze beschrijving van het voorwerp van de opdracht [wordt] gegeven en [...] de uitsluitings-, selectie- en gunningscriteria voor de opdracht [worden] vermeld". Uit deze bepaling volgt dat de omschrijving van het voorwerp van de opdracht losstaat van de uitsluitings-, selectie- en gunningscriteria.

Aangaande de gevolgen van niet-overeenstemming van een inschrijving met het voorwerp van de opdracht bepaalt artikel 146, lid 3, eerste alinea, van de algemene uitvoeringsvoorschriften dat "[d]eelnemingsverzoeken en offertes die niet alle in de inschrijvingsdocumenten geëiste essentiële elementen bevatten of die niet aan de daarin gestelde specifieke eisen voldoen, worden uitgesloten".

In dit verband dient daaraan te worden toegevoegd dat het doel van de procedure voor plaatsing van een overheidsopdracht erin bestaat zo goed mogelijk te voorzien in de behoeften van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid moet dus het voorwerp van een overheidsopdracht vrij kunnen omschrijven in relatie tot haar behoeften, hetgeen betekent dat deze overheid niet ertoe verplicht kan worden, rekening te houden met een inschrijving die betrekking heeft op een ander voorwerp dan het voorwerp dat zij nastreeft, zoals omschreven in de inschrijvingsdocumenten.

Wanneer het voorwerp van de opdracht niet in acht wordt genomen, maakt dit doorgaans een effectieve vergelijking van de ingediende inschrijvingen onmogelijk doordat het gemeenschappelijke referentiepunt wegvalt.

Wanneer de aanbestedende overheid van de inschrijvingsdocumenten afwijkt door inschrijvingen te aanvaarden die niet in overeenstemming zijn met het voorwerp van de opdracht, zoals dat is omschreven in deze documenten, is dit bovendien onverenigbaar met het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling.

Voorts is het volgens de rechtspraak van wezenlijk belang dat de aanbestedende overheid in staat is zich nauwkeurig van de inhoud van de inschrijving te vergewissen en met name van de overeenstemming ervan met de voorwaarden van de aanbestedingsdocumenten. Wanneer een inschrijving dubbelzinnig is en de aanbestedende overheid niet snel en doeltreffend kan vaststellen

wat de werkelijke inhoud ervan is, heeft deze overheid geen andere keuze dan deze inschrijving af te wijzen. Dezelfde gevolgtrekking geldt a fortiori wanneer zoals in casu de inschrijving kennelijk niet in overeenstemming is met het voorwerp van de opdracht.

Aldus dient te worden aangenomen dat overeenstemming met het voorwerp van de opdracht, zoals dat is omschreven in de inschrijvingsdocumenten, een voorafgaande voorwaarde vormt waaraan elke inschrijving moet voldoen om in aanmerking te kunnen worden genomen in een aanbestedingsprocedure. Wanneer niet is voldaan aan deze voorwaarde, moet de aanbestedende overheid de betrokken inschrijving zonder meer weren, zonder dat deze inschrijving met de andere ingediende inschrijvingen wordt vergeleken.

Ger. (4^e Kamer) 23 november 2011, T-514/09, bpost NV van publiek recht t. Europese Commissie

Trib. (4^{ème} Chambre) 23 novembre 2011, T-514/09, bpost NV van publiek recht t. Commission européenne

Les critères d'attribution techniques que le pouvoir adjudicateur entend retenir doivent, dans tous les cas, viser à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Les « variantes » constituent des offres ou des techniques alternatives par rapport aux spécifications techniques prévues dans les documents d'appel à la concurrence.

Trib. U.E., 8 décembre 2011, Evropaiki Dynamiki c/ Commission, aff. T- 39/08.

Ger. EU 8 december 2011, Evropaiki Dynamiki t/ Commissie, zaak T- 39/08.

Une distinction doit être opérée entre les critères de sélection et les critères d'attribution. En effet, la vérification de la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché et l'attribution du marché sont deux opérations distinctes et sont régies par des règles différentes. La vérification de la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché est effectuée par le pouvoir adjudicateur conformément aux critères de sélection, c'est-à-dire aux critères de capacité économique, financière, technique et professionnelle visés aux articles 136 et 137 des modalités d'exécution. En revanche, l'attribution du marché se fonde sur les critères énumérés à l'article 97, paragraphe 2, du règlement financier, à savoir soit le prix le plus bas lorsque le marché est attribué par adjudication, soit l'offre économiquement la plus avantageuse, au sens de l'article 138, paragraphe 2, des modalités d'exécution. S'il est vrai que, ainsi qu'en atteste l'emploi de l'expression « tels que », les critères pouvant être retenus par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la phase d'attribution du marché ne sont pas énumérés de manière exhaustive à l'article 138, paragraphe 2, des modalités d'exécution et que cette disposition laisse donc aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, il n'en reste pas moins

que ce choix ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Partant, ne peuvent constituer des critères d'attribution les critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires à exécuter le marché en question. En particulier, un critère fondé sur l'expérience des soumissionnaires concerne l'aptitude de ceux-ci à exécuter un marché et ne constitue donc pas un « critère d'attribution », au sens de l'article 138 des modalités d'exécution.

4. Rechtsbescherming

HvJ (2^e Kamer) C-251/09, 17 februari 2011, Europese Commissie tegen Cypriotische republiek

HvJ (2^{ème} Chambre), C-251/09, 17 février 2011, Commission européenne contre République de Chypre

L'objectif de la directive 92/13 est de garantir que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible. Néanmoins, la motivation de la décision de rejet d'une offre doit être communiquée aux soumissionnaires concernés, en temps utile, afin que les soumissionnaires évincés aient la possibilité d'introduire efficacement un recours.

Ger. (7^e Kamer) T-86/09, 22 september 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE tegen Europese Commissie

Trib. (7^{ème} Chambre), T-86/09, 22 septembre 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contre Commission européenne

L'atteinte au droit à l'information des parties concernées, qui est une irrégularité procédurale, ne pourrait entraîner l'annulation de la décision que s'il était établi que, en l'absence de cette irrégularité, la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent dans l'hypothèse où la requérante aurait eu accès aux informations en question et s'il existait, à cet égard, une chance – même réduite – que la requérante ait pu faire aboutir la procédure administrative à un résultat différent.

Ger. (4^e Kamer) T-461/08 20 september 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE tegen Europese Investeringsbank

Trib. (4^{ère} Chambre), T-461/08, 20 septembre 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contre Banque européenne d'investissement (BEI)

Un recours en annulation intenté par une personne physique ou morale n'est recevable que dans la mesure où cette personne a un intérêt à voir annuler l'acte

attaqué, ce qui suppose que l'annulation de l'acte attaqué soit susceptible, par elle-même, d'avoir des conséquences juridiques et que le recours puisse ainsi, par son résultat, procurer un bénéfice à la partie qui l'a introduit. Les conditions de recevabilité d'un recours, notamment le défaut d'intérêt à agir, relevant des fins de non-recevoir d'ordre public, il appartient au Tribunal de vérifier d'office si les parties requérantes ont un intérêt à obtenir l'annulation de la décision attaquée. Cette jurisprudence est applicable, par analogie, aux demandes en annulation formulées dans le cadre de recours contenant, accessoirement, une demande en indemnité.

Même dans l'hypothèse où une décision d'attribution aurait été pleinement exécutée en faveur d'autres compétiteurs, un soumissionnaire conserve un intérêt à voir annuler cette décision, soit pour obtenir du pouvoir adjudicateur une remise en état adéquate de sa situation, soit pour amener le pouvoir adjudicateur à apporter, à l'avenir, les modifications appropriées aux procédures d'appel d'offres, au cas où celles-ci seraient reconnues comme étant contraires à certaines exigences juridiques.

Le fait que le contrat portant sur l'exécution d'un marché public a été signé, voire exécuté, avant le prononcé de la décision mettant fin au recours au principal, introduit par un soumissionnaire évincé contre la décision d'attribution dudit marché, et que le pouvoir adjudicateur est contractuellement lié à l'attributaire ne fait pas obstacle à l'obligation qui incombe, si le recours au principal est accueilli, au pouvoir adjudicateur, en vertu de l'article 233 CE, d'arrêter les mesures nécessaires pour assurer une protection appropriée des intérêts du soumissionnaire évincé.

Lorsque, à la suite du recours d'un soumissionnaire évincé d'un marché public, la décision d'attribution est annulée, mais que le pouvoir adjudicateur n'est plus en mesure de rouvrir la procédure d'appel d'offres portant sur le marché public en cause, les intérêts de ce soumissionnaire peuvent être sauvegardés, par exemple, par une compensation pécuniaire correspondant à la perte de chance de se voir attribuer le marché ou, s'il peut être établi de manière certaine que le soumissionnaire devait se voir attribuer le marché, au manque à gagner. Il peut être attribué une valeur économique à la perte de chance de se voir attribuer un marché public, subie par un soumissionnaire évincé dudit marché par l'effet d'une décision illégale.

Ger. (4^e Kamer) T-461/08, 20 september 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE tegen Europese Investeringsbank

Trib. (4^{ème} Chambre), T-461/08, 20 septembre 2011, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contre Banque européenne d'investissement (BEI)

S'agissant de la violation alléguée du principe du droit à un recours effectif, il importe de rappeler que l'accès au juge est l'un des éléments constitutifs d'une

communauté de droit et qu'il est garanti dans l'ordre juridique fondé sur le traité CE du fait que celui-ci a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes de l'administration communautaire. En outre, la Cour fonde sur les traditions constitutionnelles communes aux États membres et sur les articles 6 et 13 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, le droit à un recours effectif devant une juridiction compétente. Enfin, le droit à un recours effectif pour toute personne dont les droits et les libertés garantis par le droit communautaire ont été violés a, en outre, été proclamé à l'article 47 de la charte.

Dans le cadre des procédures d'appel d'offres, il convient de protéger les soumissionnaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur en leur garantissant que les décisions illégales prises par ce dernier puissent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible.

Une protection juridique complète des soumissionnaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur suppose donc, tout d'abord, l'obligation d'informer l'ensemble des soumissionnaires de la décision d'attribution du marché avant la conclusion du contrat, afin que ceux-ci disposent d'une réelle possibilité d'intenter un recours ayant pour objet l'annulation de cette décision, lorsque les conditions qui y sont afférentes sont réunies.

Cette protection juridique complète exige, ensuite, de prévoir la possibilité pour le soumissionnaire évincé d'examiner en temps utile la question de la validité de la décision d'attribution, ce qui suppose qu'un délai raisonnable doit s'écouler entre le moment où la décision d'attribution est communiquée aux soumissionnaires évincés et la signature du contrat, afin notamment de permettre à ces derniers d'introduire une demande en référé, au titre des dispositions combinées des articles 242 CE et 243 CE ainsi que de l'article 225, paragraphe 1, CE, visant à ce que le juge des référés ordonne le sursis à l'exécution de la décision attaquée jusqu'à ce que le juge du fond se prononce sur leur recours principal en annulation de cette décision. En effet, le droit à une protection juridictionnelle complète et effective implique que puisse être assurée la protection provisoire des justiciables, si elle est nécessaire pour garantir la pleine efficacité de la décision à intervenir au principal, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par les juridictions compétentes.

Pour que l'exigence d'une protection juridictionnelle effective soit préservée, il faut que le pouvoir adjudicateur respecte l'obligation de motivation qui lui incombe en fournissant une motivation suffisante à tout soumissionnaire écarté qui en fait la demande, afin que ce dernier puisse user de ce droit dans les meilleures conditions possibles et se voie reconnaître la faculté de décider, en pleine connaissance de cause, s'il est utile pour lui de saisir le juge compétent. En effet, la motivation de la décision attaquée est une forme substantielle visant notamment à garantir le droit de la personne, à laquelle l'acte fait grief, à un recours effectif.

Ger. (4^e Kamer) 23 november 2011, T-514/09, bpost NV van publiek recht t. Europese Commissie

Trib. (4^{ème} Chambre) 23 novembre 2011, T-514/09, bpost NV van publiek recht t. Commission européenne

Dans le cadre d'un recours formé contre une décision prise par un pouvoir adjudicateur relative à une procédure de passation d'un marché public, le principe du contradictoire n'implique pas pour les parties un droit d'accès illimité et absolu à l'ensemble des informations relatives à la procédure de passation en cause qui ont été déposées devant l'instance responsable du recours. Au contraire, ce droit d'accès doit être mis en balance avec le droit d'autres opérateurs économiques à la protection de leurs informations confidentielles et de leurs secrets d'affaires. Le principe de protection des informations confidentielles ainsi que des secrets d'affaires doit être mis en œuvre de manière à le concilier avec les exigences d'une protection juridique effective et le respect des droits de la défense des parties au litige et, dans le cas d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une instance qui est une juridiction au sens de l'article 267 TFUE, de manière à assurer que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable.