

# Marchés & Contrats Publics Overheidsopdrachten & -Overeenkomsten

---

2012/2

---

## Table des matières Inhoudstafel

Doctrine Rechtsleer	165	<i>Les marchés publics des institutions de l'Union (TUE)</i> ANN LAWRENCE DURVIAUX ET ALEXANDRE PIRSON
	189	<i>Kroniek rechtspraak Hof van Justitie 2011 inzake overheidsopdrachten en andere overheidsovereen- komsten</i> KRIS WAUTERS
	201	<i>La nouvelle procédure de recours en marchés publics Deux ans d'application au Conseil d'État de la loi du 23 décembre 2009</i> ERIC THIBAUT
Actualités Actualia	239	<i>Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak</i> ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS
	245	<i>Jurisprudence Conseil d'État / Rechtspraak Raad van State</i> ERIC THIBAUT ET INGE VOS
	291	<i>Décisions judiciaires récentes / Recente gerechtelij- ke uitspraken</i> ISABELLE COOREMAN ET PATRICK THIEL
Mots clés Kernbegrippen	299	<i>Les nouveautés du droit des marchés publics en quelques mots-clés : la sélection qualitative</i> ANN LAWRENCE DURVIAUX



# Doctrine Rechtsleer



# Les marchés publics des institutions de l'Union (TUE)

ANN LAWRENCE DURVIAUX

Professeur Ulg & avocat

ALEXANDRE PIRSON

Assistant Ulg & avocat

## Introduction

1. – Le Tribunal de l'Union européenne a rendu au cours de la période étudiée vingt-quatre arrêts<sup>(1)</sup> et huit ordonnances<sup>(2)</sup> en matière de marchés publics passés par les institutions de l'Union.

D'emblée, il convient de souligner que le Tribunal n'a rendu aucune décision qui soit, *in fine*, favorable aux requérants dans le contentieux de l'urgence et de l'indemnisation lors de la période 2010-2011. Dans de très rares hypothèses, la procédure a conduit à l'annulation des actes attaqués. En comparaison avec les contraintes imposées aux États membres sur le plan de l'efficacité des recours à organiser dans le cadre de l'attribution de leurs marchés publics, le contrôle exercé par le Tribunal

de l'Union européenne semble, à bien des égards, relever de la préhistoire.

La passation des marchés passés par les institutions européennes est régie par le titre V de la première partie du règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes<sup>(3)</sup> et le règlement établissant ses modalités d'exécution<sup>(4)</sup>. Si ces règles sont censées s'inspirer des directives européennes en la matière qui s'appliquent aux États membres, force est de constater que l'inspiration est restée très libre. Dans les faits, le pouvoir d'appréciation réservé aux institutions demeure très largement discrétionnaire à tous les stades de la procédure. L'obligation de motivation des décisions restant sommaire, le contrôle juridictionnel exercé par le Tribunal (en instance) et par la Cour (sur pour-

(1) Trib. U.E., 13 décembre 2011, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-377/07 ; Trib. U.E., 8 décembre 2011, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-39/08 ; Trib. U.E., 23 novembre 2011, *bpost N.V. c/ Commission*, aff. T-514/09 ; Trib. U.E., 15 novembre 2011, *Computer Task Group c/ C.J.U.E.*, aff. C-170/10 et T-340/10 ; Trib. U.E., 20 octobre 2011, *Alfastar Benelux c/ Conseil*, aff. T-57/09 ; Trib. U.E., 22 septembre 2011, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-86/09 ; Trib. U.E., 20 septembre 2011, *Evropaiki Dynamiki c/ BEI*, aff. T-298/09 ; Trib. U.E., 15 septembre 2011, *CMB et csrts c/ Commission*, aff. T-407/07 ; Trib. U.E., 13 septembre 2011, *Dredging International NV c/ EMSA*, aff. T-8/09 ; Trib. U.E., 9 septembre 2011, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-232/06 ; Trib. U.E., 22 juin 2011, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-409/09 ; Trib. U.E., 3 mars 2010, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-589/08 ; Trib. U.E., 16 décembre 2010, *Systran SA c/ Commission*, aff. T-19/07 ; Trib. U.E., 28 septembre 2010, *C-Content BV c/ Commission*, aff. T-247/08 ; Trib. U.E., 9 septembre 2010, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-300/07, *J.D.E.*, 2010, n° 172, p. 265 (sommaire) ; Trib. U.E., 9 septembre 2010, *Carpent Languages SPRL c/ Commission*, aff. T-582/08 ; Trib. U.E., 9 septembre 2010, *Evropaiki Dynamiki c/ OEDT*, aff. T-63/06 ; Trib. U.E., 9 septembre 2010, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-387/08, *J.D.E.*, 2010, n° 172, p. 265 ; Trib. U.E., 8 juillet 2010, *Evropaiki Dynamiki c/ AEE*, aff. T-331/06 ; Trib. U.E., 11 mai 2010, *PC-Ware Information Technologies c/ Commission*, aff. T-121/08, *J.D.E.*, 2010, n° 170, p. 193 (sommaire) ; Trib. U.E., 26 mars 2010, *Proges c/ Commission*, aff. T-577/08 ; Trib. U.E., 19 mars 2010, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-50/05, *J.D.E.*, 2010, n° 168, p. 130 (sommaire) ; Trib. U.E., 2 mars 2010, *Evropaiki Dynamiki c/ EMSA*, aff. T-70/05, *J.D.E.*, 2010, n° 168, p. 130 (sommaire).

(2) Trib. U.E., 5 octobre 2011, *Computer Resources International S.A. c/ Commission*, aff. T-422/11 ; Trib. U.E., 30 septembre 2011, *Elti o.o. c/ Délégation de l'U.E. au Monténégro*, aff. T-395/11 ; Trib. U.E., 9 juin 2011, *GRP Security c/ Cour des comptes de l'Union*, aff. T-87/11 ; Trib. U.E., 9 mars 2011, *Castiglioni Srl c/ Commission*, aff. T-591/10 ; Trib. U.E., 15 octobre 2010, *Nexans France SAS c/ Entreprise commune européenne pour ITER et le développement de l'énergie de fusion*, aff. T-415/10 ; Trib. U.E., 31 août 2010, *Babcock Noell GmbH c/ Entreprise commune européenne pour ITER et le développement de l'énergie de fusion*, aff. T-299/10 ; Trib. U.E., 26 mars 2010, *Sviluppo Globale GEIE c/ Commission*, aff. T-6/10 ; Trib. U.E., 5 février 2010, *Pro humanum c/ Commission*, aff. T-319/09 ; Trib. U.E., 20 janvier 2010, *Agriconsulting Europe SA c/ Commission*, aff. T-443/09.

(3) Règlement (CE, Euratom), n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget des Communautés européennes, *J.O.U.E.*, 2002 L 248, p. 1.

(4) Règlement (CE, Euratom), n° 2342/2002 de la Commission du 23 décembre 2002 établissant les modalités du règlement d'exécution, *J.O.U.E.*, 2002 L 357, p. 1.

vo) se révèle totalement insatisfaisant au regard des standards imposés par l'Union européenne aux États membres pour leurs propres marchés publics.

## A. La procédure en référé

### 1. OBJET : LES MESURES PROVISOIRES

2. – L'article 279 du TFUE donne au juge de l'Union le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires dans le cadre des litiges dont il est saisi.

Comme le rappelle le Président M. Jaeger, « la procédure de référé instaurée au niveau de l'Union européenne est régie par des règles libellées en termes très généraux »<sup>(5)</sup>, qui laisse au juge une grande latitude, ceci expliquant la diversité dans la logique et la structure des décisions.

Dans l'ordonnance *Castiglioni Srl*, le Tribunal a rappelé qu'en matière de mesures provisoires, il n'était pas possible de substituer la demande initiale par un mémoire ampliatif postérieur relatif à une déficience formelle de ladite requête initiale, une solution inverse serait contraire à l'objectif de célérité : une partie ne peut insérer une demande nouvelle dans le cadre d'une procédure en référé que si elle peut justifier d'éléments nouveaux, ce qui faisait défaut dans le cas d'espèce.

3. – En vertu de l'article 104, § 2 du règlement de procédure<sup>(6)</sup>, il appartient au requérant de préciser les mesures provisoires sollicitées. La demande visant « toute mesure appropriée »<sup>(7)</sup> ne peut être accueillie par le Président.

4. – Dans le cadre du contentieux des marchés publics des institutions de l'Union, la mesure provisoire la plus souvent sollicitée par le requérant auprès du Tribunal est évidemment le sursis du ou des acte(s) préjudiciable(s) au soumissionnaire qui s'estime lésé. L'article 104, § 1<sup>er</sup> du règlement de procédure du Tribunal distingue « la demande de

sursis à exécution d'un acte d'une institution » des « autres mesures provisoires ».

5. – Dans la plupart des ordonnances analysées, les demandes visaient la suspension de l'exécution des décisions de rejet ou de mise à l'écart de l'offre du requérant. Dans l'ensemble des décisions analysées, le Tribunal a rappelé le caractère exceptionnel des mesures provisoires.

Dans les ordonnances *Castiglioni Srl*<sup>(8)</sup>, *Sviluppo Globale EIE*<sup>(9)</sup> et *Agriconsulting Europe SA*<sup>(10)</sup>, la demande visait le sursis à l'exécution de la décision d'écartier les requérants au stade de la sélection. Dans les ordonnances *Computer Resources International SA*<sup>(11)</sup>, *Elti o.o.*<sup>(12)</sup> *Nexans France SAS*<sup>(13)</sup> et *Babcock Noell GmbH*<sup>(14)</sup>, le sursis à l'exécution visait la décision de rejet de l'offre des requérants et la décision d'attribution à une entreprise tierce.

Dans l'ordonnance *GRP Security*<sup>(15)</sup> du 9 juin 2011, la demande de sursis à exécution portait, d'une part, sur une décision de la Cour des comptes de réclamer d'un soumissionnaire des dommages et intérêts et, d'autre part, sur une sanction administrative qui consistait en l'exclusion de la requérante des marchés et des subventions financés par le budget de l'Union européenne pour une période provisoire de trois mois.

6. – D'autres mesures provisoires pendant la période étudiée visaient l'interdiction de signer un contrat à la suite de la procédure soi-disant litigieuse où, dans l'hypothèse où celui-ci était déjà signé, la suspension de ses effets et des mesures d'instruction la demande relative à des mesures d'instructions au sens de l'article 65, b, et c, du règlement de procédure du Tribunal.

Les mesures d'instruction au sens de l'article 65 du règlement de procédure du Tribunal, peuvent consister dans des « demandes de renseignements et la production de documents » (article 65, b) ainsi que la possibilité d'établir des « preuves par témoins » (article 65, c)<sup>(16)</sup>. Dans l'ordonnance

(5) M. JAEGER, « Le référé devant le président du Tribunal de l'Union européenne depuis septembre 2007 », *J.D.E.*, 2010, n° 171, p. 197.

(6) L'article 104, § 2, du règlement de procédure du Tribunal dispose que « les demandes visées au paragraphe précédent spécifient l'objet du litige, les circonstances établissant l'urgence, ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire à laquelle elles concluent ».

(7) Ordonnances *Castiglioni Srl* et *Babcock Noell GmbH*.

(8) Trib. U.E., 9 mars 2011, précité.

(9) Trib. U.E., 26 mars 2010, précité.

(10) Trib. U.E., 20 janvier 2010, précité.

(11) Trib. U.E., 5 octobre 2011, précité.

(12) Trib. U.E., 30 septembre 2011, précité.

(13) Trib. U.E., 15 octobre 2010, précité.

(14) Trib. U.E., 31 août 2010, précité.

(15) Trib. U.E., 9 juin 2011, *GRP Security c/ Cour des comptes de l'Union*, aff. T-87/11.

(16) Ordonnances *Sviluppo Globale GEIE* et *Agriconsulting Europe SA*.

*Agriconsulting Europe SA*, il s'agissait de produire des procès-verbaux du comité d'évaluation et de faire témoigner un expert.

## 2. LES CONDITIONS DE FOND

7. – Il appartient au juge des référés de choisir l'ordre dans lequel il examine les conditions de fond<sup>(17)</sup>. Plusieurs arrêts ont réaffirmé ce principe.

Les ordonnances rendues en 2010 par le Tribunal en matière de marchés publics passés par les institutions de l'Union confirment la jurisprudence constante du Tribunal depuis l'arrêt *SCK et FNK*<sup>(18)</sup> de 1996. Les mesures provisoires demandées en référé ne peuvent être accordées que si le demandeur établit le fondement de la demande à première vue tant en fait qu'en droit (*fumus boni juris*) ainsi que l'urgence, conformément à l'article 104, § 2, du règlement de procédure du Tribunal. Ces deux conditions étant cumulatives, la vérification par le juge des conditions de fond se limite le plus souvent à l'examen en l'espèce de la condition d'urgence. Dans l'hypothèse où cette dernière condition n'est pas remplie, les apparences de droit ne sont pas examinées.

Enfin, le juge des référés procède à une mise en balance des intérêts en présence, conformément à sa jurisprudence constante.

### a) L'urgence : le préjudice grave difficilement réparable

8. – La condition de l'urgence a été examinée dans les huit ordonnances déclarées recevables.

La condition d'urgence suppose que le requérant prouve l'existence d'un **risque de préjudice grave et difficilement réparable**. Le Tribunal estime que ce préjudice est prouvé lorsqu'il est prévisible avec un degré de probabilité suffisant<sup>(19)</sup>.

9. – Dans son ordonnance *Agriconsulting Europe S.A.*<sup>(20)</sup>, conformément à sa jurisprudence constante<sup>(21)</sup> relative à la notion d'urgence, le tribunal considère que « la perte d'une chance de se voir

attribuer et d'exécuter un marché public en raison du rejet d'une offre (...) ne saurait être regardée comme constitutive, en soi, d'un préjudice grave » dans la mesure où ce risque fait partie du « **risque commercial habituel** ». Le préjudice ne peut évidemment être considéré comme « grave » que si le requérant prouve le **caractère significatif** du préjudice *in concreto*. La taille de l'entreprise requérante peut être retenue à cet égard<sup>(22)</sup>. En l'espèce, le Tribunal a estimé que le requérant ne produisait pas les éléments de nature à prouver la gravité du préjudice financier sans pour autant se prononcer sur les éléments concrets qui auraient été indispensables à l'appréciation du critère relatif à la taille de l'entreprise.

La requérante a tenté de prouver le caractère irréparable du préjudice en invoquant l'impossibilité de quantifier le préjudice et la difficulté subséquente de réparer ce préjudice par le biais de l'octroi de dommages et intérêts en s'appuyant sur la jurisprudence *Globe* du 20 juillet 2006<sup>(23)</sup>. Le Tribunal ne l'a pas suivi, reprenant sa jurisprudence *Terrestar*<sup>(24)</sup>, sans donner trop de précision. La difficulté de quantifier le préjudice financier est évidemment propre à toute évaluation d'un dommage issu de la perte d'une chance. Le Tribunal a mis en avant que le préjudice allégué pouvait être réparé au moyen des procédures prévues par les articles 268 et 340 du TFUE, organisant une voie de recours contre les institutions de l'Union en matière de responsabilité extracontractuelle.

10. – Pour apprécier le caractère « grave » du préjudice allégué par la société *Sviluppo*, le Tribunal<sup>(25)</sup> à l'instar de la solution retenue dans l'affaire *Agriconsulting*, a considéré que le rejet d'une offre dans le cadre d'un marché public faisait partie du « risque commercial habituel » et ne pouvait être constitutif d'un préjudice grave en soi.

La simple invocation « du montant total prévu pour le marché litigieux » par la requérante n'est pas plus convainquant. Pour prouver la gravité du préjudice financier, le Tribunal estime que la

(17) M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH, *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 395.

(18) C.J.C.E., 14 octobre 1996, *SCK et FNK c/ Commission*, aff. C-268/96, *Rec.*, 1996, p. I-4971.

(19) Les ordonnances de 2010 analysées font pour ce faire référence à la jurisprudence *SIAE* : T.P.I.C.E., 20 novembre 2008, *SIAE c/ Commission*, aff. T-433/08, pt. 35.

(20) Trib. U.E., 20 janvier 2010, *Agriconsulting Europe SA c/ Commission*, aff. T-443/09, *op. cit.*

(21) Pour ce faire, l'arrêt susvisé cite la jurisprudence suivante : T.P.I.C.E., 15 juillet 2008, *CLL Centres de langues c/ Commission*, aff. T-202/08, pts. 71 et 72.

(22) Le critère de la taille de l'entreprise requérante fut consacré, notamment, dans l'ordonnance suivante : T.P.I.C.E., 15 juillet 2008, *Antwerpse Bouwwerken c/ Commission*, aff. T-195/08, *Rec.*, 2009, p. II-4439.

(23) T.P.I.C.E., 20 juillet 2006, *Globe c/ Commission*, aff. T-114/06, *Rec.*, p. II-2627 ; sur cet arrêt, voy. C. DE WOLF, *Entr. et dr.*, 2007, pp. 87 et s. (sommaire et note).

(24) T.P.I.C.E., 10 juillet 2009, *Terrestar Europe c/ Commission*, aff. T-196/09, pt. 72.

(25) Trib. U.E., 26 mars 2010, précité.

DOCTRINE • RECHTSLEER  
ANN LAWRENCE DURVIAUX ET ALEXANDRE PIRSON

requérante aurait dû produire « des éléments, notamment chiffrés, permettant de considérer, compte tenu en particulier de sa taille, que la perte qu'elle risque serait suffisamment grave... »<sup>(26)</sup>.

En ce qui concerne le caractère « irréparable » du préjudice, l'ordonnance *Sviluppo Globale* est en tout point comparable à la jurisprudence *Agriconsulting* en ce sens que le Tribunal réaffirme sa jurisprudence *Globe*<sup>(27)</sup>. Dans la mesure où la difficulté d'évaluer le préjudice financier est l'unique motif invoqué par la requérante pour justifier du caractère irréparable de la perte financière, le Tribunal a rejeté la demande sur ce point.

11. – Dans l'ordonnance *Babcock Noell*<sup>(28)</sup>, la requérante invoquait non seulement un préjudice financier lié à la perte d'une chance et d'investissement mais aussi un **préjudice moral** consistant en l'atteinte portée à sa réputation et sa crédibilité.

En ce qui concerne la notion de « gravité », le débat est ici un peu différent des deux ordonnances précédentes dans la mesure où la requérante avançait un montant chiffré<sup>(29)</sup> pour attester de l'importance de l'investissement suscitée par l'offre. En outre, la requérante produisait un extrait de son inscription au registre de commerce.

Le Tribunal a considéré cependant que ces pièces n'étaient pas suffisantes pour prouver la gravité du préjudice allégué, notamment au regard du critère de la taille de l'entreprise. D'une part, un investissement relève pour le Tribunal du « risque commercial habituel ». D'autre part, l'inscription au registre de commerce de la requérante attestait du rapport de contrôle qu'il existait au sein du groupe de sociétés dont elle faisait partie ne suffisait pas pour permettre au juge « d'apprécier les caractéristiques financières du groupe auquel elle » appartenait<sup>(30)</sup>. La requérante aurait dû produire toutes les pièces attestant d'une « image fidèle et globale de sa situation financière ». Cette précision ressortait d'une jurisprudence récente<sup>(31)</sup> relative aux groupes de sociétés.

En l'espèce, le Tribunal s'appuyait sur le site Internet de la requérante ainsi que sur le chiffre d'affaires total consolidé pour affirmer, d'une part,

que la requérante aurait dû en faire mention dans sa demande et que, d'autre part, au vu de l'importance du chiffre d'affaires (plus de 9 milliards d'euros), le préjudice financier ne saurait être considéré comme grave.

Le Président Jaeger, s'écartant sensiblement des ordonnances *Agriconsulting* et *Sviluppo Globale*, ne s'est pas contenté de constater l'absence de preuve quant à la taille de l'entreprise requérante, en jetant des pistes pour pouvoir remplir la condition. Ainsi, l'ordonnance *Babcock Noell* sous-tend que la description précise des rapports de contrôle au sein d'un groupe de sociétés ainsi que la production du chiffre d'affaires global sont des éléments relevant pour évaluer la gravité. En outre, même si le Tribunal ne l'a pas mentionné expressément, les références à l'image fidèle et globale nous amènent à considérer que pour attester de la gravité d'un préjudice financier, la requérante aurait sans doute dû annexer à la demande une présentation de ses comptes consolidés et appuyer une argumentation avancée à l'égard desdits comptes.

En ce qui concerne le caractère « irréparable » du préjudice, le Tribunal, dans la lignée de sa jurisprudence *Globe*, a rappelé que la difficulté de quantifier le dommage n'impliquait pas que celui-ci devait être considéré comme irréparable, invoquant que la requérante n'avait pas démontré en quoi il ne lui était pas possible d'obtenir une indemnisation sur la base du recours en responsabilité organisé aux articles 268 et 340 du TFUE.

Enfin, en ce qui concerne le préjudice moral prétendument subi par la requérante, le Tribunal a estimé que la requérante ne pouvait invoquer la gravité d'un préjudice lié à l'absence d'acquisition d'expérience et de qualifications dans la mesure où le marché, en l'espèce, ne revêtait pas un caractère exceptionnel<sup>(32)</sup>.

Cependant, le Tribunal n'a pas considéré l'atteinte à l'honneur et à la visibilité. Après avoir rappelé sa jurisprudence *Unity OSG FZE*<sup>(33)</sup> sur le préjudice moral selon laquelle il n'existait pas de raisons de considérer que la requérante risquait de

(26) Point 28 de l'ordonnance.

(27) T.P.I.C.E., 20 juillet 2006, *Globe c/Commission*, aff. T-114/06, *op. cit.*

(28) Trib. U.E., 31 août 2010, *Babcock Noell GmbH c/ Entreprise commune européenne pour ITER et le développement de l'énergie de fusion*, aff. T-299/10, *op. cit.*

(29) Ce montant demeure cependant confidentiel dans l'ordonnance publiée.

(30) Point 55 de l'ordonnance.

(31) Trib. U.E., 27 avril 2010, *Parlement c/U*, aff. T-103/10, pt. 39.

(32) Il s'agit en l'espèce du projet « ITER » (réacteur thermonucléaire expérimental international) destiné à démontrer la faisabilité scientifique et technique de l'énergie de fusion à des fins pacifiques.

(33) T.P.I.C.E., 23 janvier 2009, *Unity OSG FZE c/ Conseil et EUPOL Afghanistan*, aff. T-511/08.



subir une atteinte grave et irréparable à sa réputation lorsque le rejet de ses offres était sans lien avec ses compétences, l'arrêt d'annulation suffisant à rétablir une éventuelle atteinte à sa réputation<sup>(34)</sup>. Le Tribunal a considéré qu'« à supposer même que l'atteinte portée à la visibilité et au prestige de la requérante puisse être qualifiée de grave et irréparable, le sursis à exécution sollicité ne pourrait être accordé que si la balance des intérêts penchait en faveur de la requérante »<sup>(35)</sup>.

Cette position rappelle les très larges pouvoirs laissés au juge par la réglementation européenne<sup>(36)</sup>.

12. – Le litige *Nexans France*<sup>(37)</sup> est relativement similaire à celui *Babcock Noell* en ce qui concerne les motifs invoqués par la requérante pour justifier l'urgence, la gravité du préjudice ainsi que son caractère irréparable. Le Tribunal reprendra sa jurisprudence *Babcock Noell* du 31 août 2010 sur la gravité du préjudice et son caractère irréparable avec deux nuances. D'une part, le Tribunal soulignera que la preuve de la gravité du préjudice n'est pas rapportée dans la mesure où la requérante fait partie d'un groupe de sociétés et qu'elle n'a annexé à sa demande aucune pièce permettant de produire une image fidèle et globale du groupe. D'autre part, le contexte de **crise économique** et le **montant du marché** (de l'ordre de 50 millions d'euros) mis en avant par la requérante seront relativisés par le Tribunal par rapport au **chiffre d'affaires global de la société**, la perte d'un marché représentant moins de 1 % du chiffre d'affaires global n'étant pas significative<sup>(38)</sup>.

13. – Dans l'arrêt *Castiglioni*<sup>(39)</sup>, le Président du Tribunal a précisé à nouveau que la preuve par le requérant de l'imminence de l'exécution de l'acte préjudiciable attaqué n'est pas suffisante à établir l'urgence au sens de l'article 104, § 2, du règlement de la procédure<sup>(40)</sup>. S'agissant du préjudice grave qui serait constitué par la perte d'une chance, tout élément chiffré avancé par le requérant, pour

pouvoir être pris en compte, doit être repris et étayé dans la requête, sans quoi le Tribunal ne peut prendre ledit élément en considération<sup>(41)</sup>.

14. – Dans l'affaire *GRP Security*<sup>(42)</sup>, la requérante mettait en cause une sanction administrative d'exclusion des marchés et des subventions financés par le budget de l'Union pour une période provisoire de trois mois. Dans cet arrêt, le juge européen a précisé que le préjudice allégué au titre d'urgence devait mettre en péril la viabilité financière de la requérante avant l'exécution de l'acte attaqué ou modifier ses parts de marché de manière irrémédiable et importante au regard, notamment, de la taille de son entreprise. Dans ce cadre, l'appréciation des caractéristiques financières propres au groupe nécessite un examen de la coïncidence des intérêts de chaque membre du groupe.

15. – Dans l'arrêt *Eli d.o.o.*<sup>(43)</sup>, le Tribunal a croisé les enseignements des arrêts *Babcock Noell* et *GRP Sécurité* relativement à la question du préjudice grave d'ordre financier.

Le juge européen y a estimé en effet que le requérant qui invoque un préjudice grave d'ordre financier est tenu de fournir la moindre indication concrète en vue de démontrer pour elle « la possibilité pour elle de retirer des bénéfices suffisamment significatifs de l'attribution et de l'exécution du marché en cause, en exposant l'importance du manque à gagner par rapport à la taille de son entreprise »<sup>(44)</sup>. Les conditions cumulatives de démonstration du préjudice financier sont dans ce cadre l'établissement de l'importance concrète et chiffrée du manque à gagner subi par la requérante ainsi que l'importance de l'affectation du groupe d'entreprise auquel la requérante appartient eu égard à la structure et aux liens d'interdépendance des différents organes dudit groupe de sociétés.

16. – Dans l'affaire *Computer Resources*<sup>(45)</sup>, la gravité d'un préjudice financier d'une société en

(34) Point 59 de l'ordonnance *Babcock Noell*.

(35) Point 63 de l'ordonnance.

(36) Voy. *supra* ; M. JAEGER, « Le référé devant le président du Tribunal de l'Union européenne depuis septembre 2007 », *op. cit.*

(37) Trib. U.E., 15 octobre 2010, précité.

(38) T.P.I.C.E., 4 décembre 2007, *Cheminova e.a. c/ Commission*, aff. T-326/07, Rec. p. II-4877, pt. 104 ; sur cet arrêt, voy. *T.M.R.*, 2010, p. 113 (note).

(39) Trib. U.E., 9 mars 2011, précité.

(40) Point 14 de l'ordonnance.

(41) Point 18 de l'ordonnance.

(42) Trib. U.E., 11 juin 2011, précité.

(43) Trib. U.E., 30 septembre 2011, précité.

(44) Point 13 de l'ordonnance.

(45) Trib. U.E., 5 octobre 2011, précité.

relation avec les caractéristiques du groupe de société auquel elle appartient a fait l'objet de précisions importantes.

Premièrement, le Tribunal a écarté les arguments liés à la petite taille de la société, à un chiffre d'affaires et un bénéfice annuel peu important<sup>(46)</sup>. D'une part, la seule possibilité de former un recours en indemnité suffit à attester du caractère en principe réparable de son préjudice malgré l'incertitude liée à l'issue de ce litige indemnitaire<sup>(47)</sup>. D'autre part, le juge des référés peut estimer que la condition de l'urgence n'est pas remplie malgré l'état d'insolvabilité prévisible de la société requérante, prise individuellement, si l'actionnariat et les ressources dont dispose le groupe de sociétés de manière globale ne sont pas mis en péril par l'acte attaqué<sup>(48)</sup>. Or, la quasi-totalité des actions de la société *Computer Resources* était détenue en l'espèce par une société-mère danoise dont le site internet attestait de l'importance.

Deuxièmement, le Tribunal a précisé, relativement au **préjudice moral** que peut constituer la qualification d'une offre comme « anormalement basse », que la qualification d'une offre comme anormalement basse n'est pas constitutive en soi d'un jugement de valeur négatif de la part du pouvoir adjudicateur. Selon le juge, la « qualification d'une offre comme anormalement basse apparaît juridiquement équivalente à celle fondée sur l'absence de la capacité financière, économique, technique ou professionnelle du soumissionnaire au regard du marché spécifique en cause, au sens des articles 136 et 137 du règlement n° 2342/2002 »<sup>(49)</sup>.

Le juge européen a souligné à cet égard qu'il est indispensable de distinguer les dispositions du règlement financier relatives aux offres anormalement basses<sup>(50)</sup> de celles relatives aux activités illégales entraînant l'exclusion<sup>(51)</sup>. Dans le second cas, le juge précise que les soumissionnaires exclus tempo-

rairement sont effectivement référencés sur une liste accessible aux institutions de l'Union alors qu'en cas d'offre considérée comme anormalement basse, il n'existe aucune « liste noire » officielle qui pourrait causer un préjudice d'ordre moral dans le chef de la requérante. Le raisonnement du Tribunal relatif à cette comparaison aboutit à la conclusion que, selon le juge européen, pour qu'un préjudice moral puisse découler de la qualification, par un pouvoir adjudicateur, d'offre anormalement basse, il faut que le requérant prouve que ce pouvoir adjudicateur a publié ou transmis cette information à des personnes tierces<sup>(52)</sup>.

#### b) *Le fumus boni juris*

17. – Dans l'ordonnance *Babcock Noell*<sup>(53)</sup>, le Tribunal a examiné, une fois n'est pas coutume, la condition du *fumus boni juris* préalablement à la condition relative à l'urgence. Dans le cadre de cet examen, le Tribunal a appliqué scrupuleusement sa jurisprudence constante depuis l'ordonnance *Stauner* de 2001<sup>(54)</sup>, selon laquelle le requérant doit soumettre toutes les pièces nécessaires à la compréhension des moyens, en ce compris les textes dont elle évoque la violation lorsqu'il s'agit de règles propres au cas d'espèce<sup>(55)</sup> : « l'absence d'explication suffisante, dans cette demande, des éléments constitutifs d'un tel *fumus* ne saurait être compensé par la requête dans l'affaire principale ayant été déposée au greffe du Tribunal », confirmant ainsi que le juge des référés ne doit pas chercher en lieu et place de la requérante les éléments pertinents présents dans les annexes à la requête principale.

#### c) *La balance des intérêts*

18. – Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, le Tribunal a rendu un jugement de principe sur la balance des intérêts en présence dans l'ordonnance *Babcock Noell*<sup>(56)(57)</sup>.

(46) Plus précisément 2.096,77 euros.

(47) Point 27 de l'ordonnance.

(48) Point 29 de l'ordonnance.

(49) Point 39 de l'ordonnance.

(50) Article 139 du règlement CE, Euratom, n° 2342/2002 de la Commission du 23 décembre 2002 établissant les modalités d'exécution du règlement CE, Euratom n° 1605/2002 du Conseil portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes. *J.O.*, L-357 du 31 décembre 2002, p. 1.

(51) Article 133 du même règlement.

(52) Point 41 de l'ordonnance.

(53) Trib. U.E., 31 août 2010, précité.

(54) T.P.I.C.E., 15 janvier 2001, *Stauner e.a. c/Parlement et Commission*, aff. T-236/00 R, *Rec.*, p. II-15.

(55) Nous visons ici particulièrement le cahier des charges ainsi que le règlement financier de l'entreprise commune européenne pour ITER et le développement de l'énergie de fusion.

(56) Trib. U.E., 31 août 2010, précité.

(57) Point 63 de l'ordonnance. De manière assez curieuse, le Tribunal a indiqué dans son arrêt que « l'urgence n'a été admise que pour l'atteinte prétendument portée à la visibilité et au prestige de la requérante » alors que cette position ne ressor-

Dans le cadre de cette balance des intérêts, le Tribunal a considéré, en l'espèce, en s'appuyant sur la décision 2007/198, que le projet ITER et les activités visant à exploiter la fusion dans l'optique d'un développement durable sont « d'une importance fondamentale ». Le juge a par ailleurs souligné que l'exigence de rapidité de la mise en œuvre du projet est par ailleurs expressément consacrée par ladite décision en son considérant 5, qui dispose que le projet doit se construire « sans délais ».

De ces considérations, le Tribunal a déduit que le sursis à exécution des décisions attaquées ordonné uniquement « dans l'intérêt purement publicitaire d'une société affecterait directement l'intérêt général de l'Union européenne, y compris celui de ses citoyens, à une réalisation rapide du projet ITER, dont l'importance politico-économique primordiale est évidente »<sup>(58)</sup>. Le juge européen conclut ainsi que la balance des intérêts penche en faveur du projet ITER et non de la requérante en raison du caractère prioritaire et important d'un projet public environnemental d'envergure. Plus encore que l'importance du projet lui-même, l'accent semble être ici placé par le juge sur l'urgence de sa réalisation.

## B. La procédure en annulation

### 1. OBJET ET DROIT APPLICABLES À LA DEMANDE D'ANNULATION DEVANT LE TRIBUNAL

#### a) Objet de la demande en annulation devant le Tribunal

19. – Le Tribunal a eu l'occasion de repréciser, en 2010, l'objet exact du recours ouvert à un soumissionnaire à l'encontre d'un acte émis par une institution de l'Union dans le cadre de la passation d'un marché public.

20. – Dans l'ordonnance *Pro humanum* du 5 février 2010<sup>(59)</sup>, le Président Jaeger a statué sur une « demande de constatation de l'existence d'irrégularités dans la procédure d'appel d'offres ».

À cet égard, le Tribunal rappelle qu'il n'existe aucune voie de droit permettant au juge de rendre un jugement déclaratoire d'irrégularité de la procédure d'appel d'offres. Seule l'annulation d'un acte précisément visé peut être envisagée. Classiquement, le Tribunal s'estime compétent pour requalifier l'objet de la demande, lorsque les droits de la défense sont respectés.

21. – Enfin, dans l'arrêt *Alisei* du 8 février 2010<sup>(60)</sup>, le Tribunal a rappelé que, dans le cadre de marchés publics nationaux bénéficiant d'une aide financière du FED, l'ensemble des actes pris par les représentants de la Commission, qu'il s'agisse de statuer sur l'approbation de l'aide ou sur le visa, ne peuvent avoir « pour effet de porter atteinte au principe selon lequel les marchés en question demeurent des marchés nationaux »<sup>(61)</sup> pour lesquels seule la responsabilité des États membres peut être engagée. Cet arrêt, qui n'a pas pour objet direct de statuer sur l'annulation d'un acte pris dans le cadre de la passation d'un marché public, vient ainsi confirmer, de manière logique, la circonscription du champ d'application des marchés passés par les institutions de l'Union et donc, implicitement, de la compétence d'annulation du Tribunal.

#### b) Droit applicable à la demande en annulation devant le Tribunal

22. – Dans l'affaire *Evropaïki Dynamiki* (n° T-589/08)<sup>(62)</sup>, face à la prétention de la requérante selon laquelle il serait possible de se prévaloir directement des dispositions des directives 2004/18 et 89/665, le Tribunal rappelle que, s'il est vrai que les dispositions du règlement financier applicables aux marchés publics passés par les institutions de l'Union s'inspirent de ces directives, celles-ci ne sont applicables qu'aux institutions des États membres et non aux institutions de l'Union<sup>(63)</sup>.

23. – En 2011, le Tribunal a également eu l'occasion de rappeler quelques points de jurisprudence constante concernant l'application de la loi dans le temps. Dans l'affaire *Evropaïki Dynamiki* (n° T-461/08)<sup>(64)</sup>, le juge européen a indiqué ainsi,

taut pas de manière explicite des considérations émises par le Président Jaeger dans son examen de l'urgence, dès lors que celui-ci concluait, un peu plus avant dans l'ordonnance, que « à supposer même que l'atteinte portée à la visibilité et au prestige de la requérante puisse être qualifiée de grave et d'irréparable, le sursis à exécution sollicité ne pourrait être accordé que si la balance des intérêts penchait en faveur de la requérante ».

(58) Point 68 de l'ordonnance.

(59) Trib. U.E., 5 février 2010, précité.

(60) Trib. U.E., 8 février 2010, *Alisei c/ Commission*, aff. T-481/08, Rec., 2010, p. II-117.

(61) Point 60 de l'arrêt.

(62) Trib. U.E., 3 mars 2011, précité.

(63) Point 23 de l'arrêt.

(64) Trib. U.E., 20 septembre 2011, précité.

DOCTRINE • RECHTSLEER  
ANN LAWRENCE DURVIAUX ET ALEXANDRE PIRSON

d'une part, que, conformément à l'adage *tempus regit actum*, la question de la recevabilité d'un recours doit être tranchée sur la base des règles en vigueur à la date à laquelle il a été introduit et que, d'autre part, les conditions de recevabilité du recours s'apprécient au moment de l'introduction du recours<sup>(65)</sup>.

24. – Dans ce même arrêt, il a été rappelé par le juge que même si les directives ayant pour destinataires les États membres de l'Union et non certaines institutions européennes (en l'espèce, la Banque européenne d'investissement, ci-après « B.E.I. »), les principes généraux de droit communautaire et l'ensemble des règles fondamentales du Traité de l'Union sont d'application au contentieux des marchés publics passés par ces institutions européennes. Si ces institutions européennes renvoient, au sein des actes qu'ils émettent relativement aux marchés litigieux et dans le cadre de marchés passés pour leur propre compte, directement et expressément, à des dispositions des directives applicables aux États membres, le principe *patere legem quam ipse fecisti* a par ailleurs pour conséquence que l'institution communautaire se voit également imposer ces dispositions dans le cadre du contentieux relatif à ces marchés.

## 2. RECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE

### a) Compétence du Tribunal

25. – Lors de la période étudiée, le Tribunal a été amené plusieurs fois à rappeler son interprétation large de la notion de « Cour de justice ». En effet, dans les arrêts *Evropaïki dynamiki* du 2 mars 2010<sup>(66)</sup> et du 9 septembre 2010<sup>(67)</sup>, le Tribunal a rappelé à la requérante que le vocable « Cour de justice » est un terme générique régulièrement employé dans le droit dérivé de l'Union et qui recouvre en réalité tant la Cour que le Tribunal ou les tribunaux spécialisés.

Dans l'affaire T-70/05, l'agence européenne pour la sécurité maritime (ci-après « EMSA ») invo-

quait que le Tribunal n'était pas compétent pour statuer sur ses décisions dans la mesure où l'ancien article 230, § 1<sup>er</sup> du TCE, ne mentionnait pas l'agence au sein de l'énumération des institutions vis-à-vis desquelles la Cour est compétente pour assurer le contrôle de leur décision. Selon l'agence, pour que le Tribunal soit compétent, il aurait fallu non seulement que l'organisme soit mentionné à l'article 230 du TCE mais qu'en outre cette compétence soit fondée sur l'absence d'un autre recours juridictionnel effectif.

Le Tribunal a cependant rejeté cette analyse en invoquant la jurisprudence découlant initialement de l'arrêt *Les Verts* du 23 avril 1986<sup>(68)</sup> et consacrée dans l'arrêt *Sogelma* du 8 octobre 2008<sup>(69)</sup>. Au vu de l'interprétation extensive réalisée au sein de cette jurisprudence, il doit être soutenu que tout acte émanant d'un organisme tel que l'EMSA, destiné à produire des effets de droit vis-à-vis des tiers, doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel effectif. Une « extension » de compétence du Tribunal à des institutions non visées par l'article 230 du TCE se justifie à l'égard de motifs relatifs à l'esprit du Traité et aux exigences qu'impose l'existence d'une « communauté de droit »<sup>(70)</sup>.

26. – La solution a été reprise dans l'affaire T-331/06 du 8 juillet 2010<sup>(71)</sup> où le Tribunal a considéré que, pour des motifs identiques à ceux invoqués dans l'affaire T-70/05, les actes réalisés par l'AEE (agence européenne pour l'environnement) dans le cadre de la passation d'un marché public relèvent de sa compétence d'annulation.

Le Tribunal a cependant, dans l'arrêt T-331/06, précisé que sa jurisprudence devait être interprétée en ce sens qu'il est indifférent que l'agence concernée ait reçu ou non une délégation de pouvoir de la part de la Commission. En toute hypothèse, les actes d'une telle agence doivent pouvoir faire l'objet d'une annulation devant le Tribunal, pourvu qu'ils soient susceptibles de faire grief<sup>(72)</sup>.

27. – Dans l'affaire T-461/08<sup>(73)</sup>, la question qui s'est posée plus fondamentalement était de savoir si

(65) Point 28 de l'arrêt.

(66) Trib. U.E., 2 mars 2010, aff. T-70/05, précité, pt. 74.

(67) Trib. U.E., 9 septembre 2010, aff. T-63/06, précité, pt. 32.

(68) C.J.C.E., 23 avril 1986, *Les Verts c/Parlement*, aff. 294/83, Rec., p. 1339 ; sur cet arrêt, voy. : H. SCHEMERS, *Aers Aequi*, 1986, p. 764 (note) et R. KOVAR, *C.D.E.*, 1987, p. 300 (note). Pour rappel, la Cour y avait décidé qu'un acte pris par le Parlement pouvait faire l'objet d'un recours juridictionnel devant le juge européen même si les actes du Parlement, à l'inverse de ceux émanant de la Commission et du Conseil, n'étaient pas expressément visés par le Traité.

(69) Trib. U.E., 8 octobre 2008, *Sogelma c/ AER*, aff. T-411/06, Rec., 2008, p. 2771, *J.D.E.*, 2008, n° 153, p. 285 (sommaire).

(70) Points 64 et 66 de l'arrêt.

(71) Trib. U.E., 8 juillet 2010, précité.

(72) Points 36 à 38 de l'arrêt.

(73) Trib. U.E., 20 septembre 2011, précité.

le Tribunal est compétent pour statuer sur la régularité d'une décision prise par le directeur du département des technologies de l'information de la BEI adopté.

La BEI ne contestait pas au sens strict la compétence du Tribunal pour connaître d'un recours à l'encontre d'un acte adopté par l'organisme financier européen mais invitait le juge européen à délimiter sa compétence, notamment à l'égard de la qualité de l'organe qui a émis l'acte attaqué.

Le Tribunal a procédé à l'examen d'office de sa compétence en raison du fait d'espèce qu'un juge national s'est considéré compétent pour connaître du litige, à tout le moins en ce qui concerne le volet de l'indemnisation<sup>(74)</sup>.

*In casu*, la décision attaquée est une décision de rejet de l'offre de la requérante, actée par la BEI. Or une lecture littérale des articles 225 et 237 du Traité CE, alors applicable au contentieux d'espèce, avait pour conséquence que seules les décisions adoptées par le conseil d'administration de la BEI relèvent en principe du champ de compétence du Tribunal.

Bien qu'initialement adopté par le directeur du département des technologies et de l'information, le Tribunal a accepté de considérer comme acquis le fait que la décision attaquée ait été confirmée par le président de la BEI en vertu du simple fait que cet élément n'était pas contesté par la requérante et ce, malgré que la BEI n'ait pas apporté la preuve de cet élément.

Selon le Tribunal, si l'acte attaqué a été adopté « sous l'autorité » du président, il relève de la « gestion des affaires courantes » de la BEI et, partant, de la sphère de compétence du comité de direction en charge de la gestion des affaires courantes de l'organe<sup>(75)</sup>. Cependant, comme l'article 237 du Traité CE ne vise pas le comité de direction mais seulement le conseil d'administration, ce n'est pas sur cette base que le Tribunal a pu s'estimer compétent pour statuer sur la demande qui lui est soumise.

L'analyse d'espèce opérée par le juge européen a abouti en réalité à ce que, d'une part, l'article 237 est ainsi libellé en raison du fait que le comité de gestion est censé adopter des actes préparatoires et non des décisions ayant des effets de droit auprès de

tiers et que, d'autre part, cet article n'est qu'une disposition spéciale qui « n'a qu'une portée limitée » et ne couvre pas, de manière générale, les actes ayant des effets de droit à l'égard des tiers.

Le Tribunal s'est par ailleurs défendu de porter atteinte à « l'autonomie fonctionnelle et institutionnelle de la BEI et à la réputation de cette dernière en tant qu'organisme indépendant sur les marchés financiers » dès lors qu'il considère que l'acte attaqué en l'espèce se rattache à « l'exercice de l'administration communautaire » par la BEI en tant que « pouvoir adjudicateur » et non au rôle propre d'organisme financier indépendant<sup>(76)</sup>.

#### b) Précisions quant à la nature de l'acte attaqué

**28.** – Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'un marché public passé par une institution de l'Union, l'arrêt *Allemagne c/ Commission* du 20 mai 2010<sup>(77)</sup> a retenu notre attention dans la mesure où le Tribunal a rappelé la jurisprudence constante de la Cour<sup>(78)</sup> selon laquelle une communication de la Commission ne peut faire l'objet d'un recours en annulation que lorsqu'elle vise à produire des effets juridiques contraignants qui ne ressortiraient déjà pas des principes généraux issus du Traité.

En ce qui concerne la matière des marchés publics, le Tribunal considère que l'exigence « d'une publicité suffisamment accessible avant l'attribution du marché », même en ce qui concerne les marchés dont la valeur est située en dessous des seuils imposés par les directives, ressort du principe de transparence imposé par le Traité. Une telle exigence, issue de la jurisprudence de la Cour elle-même, ne crée donc pas de nouvelles obligations à l'égard des principes ressortant du Traité.

Le Tribunal a encore souligné, dans le prolongement de la jurisprudence *Telaustria*<sup>(79)</sup> ou *Coname*<sup>(80)</sup> de la Cour qu'« il ne saurait être présumé, du seul fait qu'un marché public se situe en dessous des seuils d'application des directives marchés publics, que les effets dudit marché public sur le marché intérieur seraient presque insignifiants »<sup>(81)</sup>. Même si la Cour reconnaît que dans

(74) Point 32 de l'arrêt.

(75) Point 43 de l'arrêt.

(76) Point 51 de l'arrêt.

(77) Trib. U.E., 20 mai 2010, *Allemagne c/ Commission*, aff. T-258/06.

(78) C.J.C.E., 20 mars 1997, *France c/ Commission*, aff. C-57/95, *Rec.*, p. I-1627.

(79) C.J.C.E., 7 décembre 2000, *Telaustria c/ Commission*, aff. C-324/98, *Rec.*, 2000, p. I-10745.

(80) C.J.C.E., 21 juillet 2005, *Coname c/ Commission*, aff. C-231/03.

(81) Point 87 de l'arrêt.

DOCTRINE • RECHTSLEER  
ANN LAWRENCE DURVIAUX ET ALEXANDRE PIRSON

certaines « circonstances particulières » un marché dont l'enjeu économique très réduit ne saurait avoir d'effets sur les libertés fondamentales concernées.

### c) Délai

29. – En matière de recours en annulation, la jurisprudence constante de la Cour et du Tribunal considère que le délai de recours de 2 mois prévu à l'ancien article 230 du TCE ainsi que sa prolongation par le délai forfaitaire de distance prévu à l'article 102, § 2, du règlement de procédure du Tribunal, sont d'ordre public. Ces délais doivent donc être vérifiés d'office par le juge.

L'ordonnance *Pro humanum*<sup>(82)</sup> rappelle ces principes : la demande a été déposée cinq jours après l'expiration du délai de deux mois et 10 jours. Le Tribunal a cependant apporté une précision intéressante quant à la possibilité de « restitution » du délai de recours<sup>(83)</sup>. En effet, dans le cas d'espèce, l'entreprise requérante demandait au juge d'accorder une prorogation de délai au motif que la difficulté d'identifier un avocat pour la représenter devant le Tribunal constituait une circonstance exceptionnelle au sens de l'article 11, § 3, des instructions au greffier. Le Tribunal ne s'est cependant pas penché sur la question de savoir si la difficulté de trouver un avocat pour la défense d'une entreprise devant le Tribunal constituait effectivement une circonstance exceptionnelle<sup>(84)</sup> car la prorogation de délai susvisée ne pouvait s'appliquer que dans l'hypothèse où le délai en cause était fixé par un greffier et non dans l'hypothèse d'espèce, à savoir le délai de deux mois prévu à l'article 230, alinéa 5, du Traité CE alors applicable.

30. – Dans l'affaire *CMB*<sup>(85)</sup>, le juge européen a rappelé que le délai de recours prévu à l'article 230 du Traité CE, dans le cadre du contentieux d'annulation, ne pouvait recommencer à partir de l'envoi d'un acte purement confirmatif d'une décision antérieure non attaquée. Le Tribunal y a précisé en l'espèce qu'il était possible qu'un pouvoir adjudicateur puisse introduire une confusion admissible dans l'esprit d'un soumissionnaire en faisant mention d'une voie de recours inadéquate.

Dans cette affaire, l'Agence européenne pour la reconstruction (ci-après « AER »), pouvoir adjudicateur, avait introduit dans les documents d'instructions aux soumissionnaires la mention de la possibilité pour le soumissionnaire d'introduire une plainte en cas de rejet de l'offre. Une plainte avait été introduite par la requérante sans qu'elle n'introduise directement un recours en annulation devant le Tribunal. En effet, sa lecture des instructions envoyées antérieurement par l'AER l'avait amenée à considérer qu'elle ne pouvait recourir aux procédures établies par la législation communautaire uniquement en cas d'échec de cette procédure administrative.

La question qui se posait au Tribunal était donc de savoir si un délai de recours en annulation peut être postposé si les instructions d'un pouvoir adjudicateur amènent raisonnablement le soumissionnaire évincé à considérer qu'il ne pourra saisir le Tribunal que s'il use d'une voie de recours administratif « organisé », à tout le moins en apparence. Le juge européen a répondu positivement à cette question.

Le Tribunal a considéré que le libellé des instructions du pouvoir adjudicateur « présente des difficultés d'interprétation ». Deux éléments ont principalement été relevés par le juge européen à cet égard. D'une part, il souligne que « le fait qu'aucun délai n'est prévu pour l'introduction de la plainte est susceptible de faire naître des incertitudes quant à la mise en œuvre de cette disposition ». D'autre part, les instructions mentionnent que ce n'est pas l'AER mais la Commission qui est chargée de statuer sur la plainte, si bien que le Tribunal en conclut qu'il est légitime que la requérante ait eu un doute quant à la nature de la « voie de recours » présentée dans lesdites instructions par l'AER. En réalité, les instructions n'ont pas précisé clairement que la Commission succédait à l'AER en tant que pouvoir adjudicateur et que la Commission ne devait donc pas être considérée comme étant une autorité administrative compétente pour statuer sur un recours organisé.

Au vu des deux motifs de confusion repris ci-dessus, le Tribunal considère donc que la jurisprudence *Sogelma*<sup>(86)</sup> n'est pas applicable à l'hypothèse dans laquelle la requérante a effectivement introduit le « recours organisé » et que celle-ci peut

(82) Trib. U.E., 5 février 2010, précité.

(83) Points 7 et s. de l'arrêt.

(84) Il nous paraît cependant peu probable qu'un tel motif soit retenu par le Tribunal, à supposer que l'article 11, § 3, soit d'application.

(85) Trib. U.E., 15 septembre 2011, précité.

(86) Voy. *supra*.

raisonnablement penser qu'aucun recours devant le Tribunal ne lui est ouvert tant qu'il n'a pas déposé la plainte visée dans les instructions de l'AER.

Le Tribunal déduit de ces éléments un enseignement plus général selon lequel lorsqu'un « pouvoir adjudicateur prévoit, dans les règles régissant un appel d'offres, une procédure de conciliation, de médiation ou toute autre procédure pouvant être déclenchée par les soumissionnaires afin d'atteindre une solution à l'amiable et si le soumissionnaire y a eu recours, ce dernier ne devrait pas se retrouver pénalisé en perdant la possibilité d'introduire un recours devant le juge de l'Union. Une conclusion contraire signifierait en effet que, dans le cas où le soumissionnaire en cause n'aurait pas introduit un tel recours parallèlement à une plainte administrative, le pouvoir adjudicateur pourrait se soustraire au contrôle de ses décisions par le juge de l'Union »<sup>(87)</sup>. Le juge européen a ainsi conclu en l'espèce à la recevabilité de la demande en annulation introduite par la requérante.

#### d) Intérêt

31. – Dans l'arrêt *PC-Ware*<sup>(88)</sup> du 11 mai 2010, le Tribunal a précisé l'intérêt à agir d'un requérant dans le cadre de la passation d'un marché public d'une institution de l'Union.

Dans un premier temps, le Tribunal a été amené à statuer sur l'intérêt à agir de la requérante dans la mesure où celle-ci invoque, dans son argumentaire, que l'offre de la société attributaire violait l'article 40 de la loi belge sur les pratiques du commerce, interdisant la vente à perte alors que, selon la Commission, l'offre de la requérante elle-même violerait cette disposition nationale. Selon la Commission, si le Tribunal était amené à annuler la décision d'attribution sur la base de cette violation, l'offre de la requérante n'aurait alors aucune chance d'être retenue.

D'une part, le Tribunal observe que l'argumentation de la Commission repose sur le présupposé que l'article 40 de la loi belge sur les pratiques du commerce est applicable en l'espèce. D'autre part, le Tribunal souligne que la Commission elle-même conteste l'application de cette disposition nationale au sein de la discussion au fond. Pour ces deux rai-

sons, le Tribunal a estimé que le débat relatif à la disposition nationale relevait du fond du litige et non de la recevabilité.

En tout état de cause, pour que le Tribunal puisse prendre en considération une violation de l'article 40 de la loi belge dans son examen de la recevabilité, il aurait fallu que tant la requérante que la Commission prouve en quoi ledit article avait été violé.

Dans un second temps, le Tribunal a été amené à statuer sur l'intérêt que la requérante conservait à l'annulation lorsque le marché aurait déjà été exécuté partiellement. À l'argument de la Commission selon lequel en telle hypothèse l'intérêt de la requérante avait disparu, le Tribunal a répondu que lorsqu'un recours en annulation portait sur un accord-cadre susceptible de servir de base à la passation de futurs marchés analogues, la requérante possédait un intérêt à ce que l'illégalité alléguée ne se reproduise à l'avenir<sup>(89)</sup>.

### 3. FONDEMENT : EXAMEN DE L'ÉTENDUE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

#### a) Principes généraux du droit communautaire

32. – Dans l'affaire T-70/05<sup>(90)</sup>, le Tribunal a rappelé l'étendue du principe d'égalité de traitement dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres.

L'EMSA (agence européenne pour la sécurité maritime) avait publié une invitation à soumissionner imposant deux conditions formelles relatives à l'envoi de l'offre : une date limite pour la déposer et l'obligation de notifier celle-ci par envoi recommandé.

Le Tribunal a donné raison à la requérante qui invoquait que, dans la mesure où la SSPA, dont l'offre avait été retenue, ne pouvait prouver la date de réception de son offre en l'absence de cachet postal, les décisions de rejet et d'attribution prises par l'EMSA devaient être annulées. À cet égard, le Tribunal a précisé qu'à l'égard des exigences procédurales, le pouvoir adjudicateur (en l'espèce, la commission d'ouverture des offres de l'EMSA) ne dispose d'aucune marge d'appréciation<sup>(91)</sup>. Dès que l'une des exigences procédurales n'a pas été remplie, le pouvoir adjudicateur ne peut examiner l'offre et, *a fortiori*, y accorder une suite favorable. Le Tribunal a estimé d'ailleurs que le propre de la

(87) Point 103 de l'arrêt.

(88) Trib. U.E., 11 mai 2010, précité.

(89) Point 40 de l'arrêt.

(90) Trib. U.E., 2 mars 2010, précité.

(91) Point 100 de l'arrêt.

phase d'ouverture des offres est justement d'être caractérisée par sa nature formelle.

Le Tribunal a rappelé à cette occasion sa jurisprudence selon laquelle une irrégularité procédurale ne peut entraîner l'annulation d'un acte que s'il est prouvé qu'en l'absence de cette irrégularité, le résultat de la passation du marché aurait été différent. En l'espèce, dans la mesure où l'EMSA avait retenu l'offre de la SSPA malgré que celle-ci n'avait pu produire un cachet de la poste pour attester de la régularité de son envoi, il était incontestable, selon le juge européen, que le résultat avait été influencé par cette irrégularité procédurale.

Le Tribunal a par ailleurs précisé dans cette affaire qu'il ne saurait être déduit de la division d'un critère principal d'attribution en plusieurs sous-critères que ledit critère principal est imprécis<sup>(92)</sup>. Retenir cette thèse aurait en effet eu pour conséquence de remettre en question le principe même d'utilisation par un pouvoir adjudicateur des sous-critères d'attribution.

33. – L'affaire T-63/06<sup>(93)</sup> s'est prononcé sur la nature des critères d'attribution.

Le Tribunal a estimé que le fait de prendre en considération l'existence d'un profil d'architecte lors de l'attribution d'un marché ne constituait pas la création d'un nouveau critère lorsqu'un critère qualitatif générique relatif à la « valeur technique des ressources humaines » était présent dans le cahier des charges. Écarter une offre pour un tel motif n'est dès lors pas constitutif d'une violation des principes d'égalité et de transparence.

Le Tribunal a précisé en outre qu'il n'y avait pas violation du principe de bonne administration lorsqu'un pouvoir adjudicateur ne prenait pas contact avec un soumissionnaire, dans le cadre des circonstances exceptionnelles prévues par le règlement financier, lorsque le libellé de l'offre et les circonstances de l'affaire ne sont sujets à aucune ambiguïté<sup>(94)</sup>. Cette prise de contact exceptionnelle avec le soumissionnaire ne constitue qu'une faculté. Dans l'hypothèse où « le pouvoir adjudicateur n'a pas la possibilité d'établir, rapidement et efficacement, ce à quoi elle correspond effectivement, il n'a pas d'autre choix que de rejeter cette offre »<sup>(95)</sup>. En tout état de cause, il appartenait au

requérant de démontrer expressément en quoi son offre aurait été ambiguë. Si cette charge probatoire semble paradoxale, elle s'explique par le fait que sans cette preuve, le juge européen ne peut considérer que l'inertie du pouvoir adjudicateur a pu violer le principe de bonne administration.

34. – Dans l'affaire T-387/08<sup>(96)</sup>, la requérante reprochait à l'Office des publications d'avoir évalué, au stade de l'attribution, son aptitude générale à exécuter le marché et, dès lors, d'avoir violé le principe reconnu par la Cour selon lequel un pouvoir adjudicateur doit distinguer le stade de la sélection de celui de l'attribution en y appliquant des critères distincts.

Selon le Tribunal, le fait de contrôler, au stade de l'attribution, si le nombre de pages de l'offre de la requérante ne dépasse pas le seuil fixé dans le cahier des charges est une démarche distincte de l'évaluation des capacités techniques et professionnelles des soumissionnaires, opérée au stade de la sélection. La vérification du nombre de pages de l'offre peut dès lors être considérée comme étant un critère d'attribution sur base duquel une offre peut être rejetée sans que le pouvoir adjudicateur viole les principes d'égalité et de transparence.

35. – Dans l'affaire *Carpent Languages*<sup>(97)</sup>, l'ensemble de l'argumentation de la requérante au sujet du moyen tiré de la violation des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination était centré sur le fait que la société attributaire ne disposait pas des capacités techniques et professionnelles pour exécuter le marché litigieux alors que Carpent Languages disposait, quant à elle, d'une expérience professionnelle importante en matière d'interprétariat et de traduction. La requérante invoquait pour ce faire tant les statuts de la société attributaire que son manque d'expérience *de facto* en matière d'interprétariat, s'appuyant notamment sur un témoignage. La requérante estimait dès lors que l'offre de la société attributaire aurait dû être écartée au stade de la sélection.

Le Tribunal a relevé tout d'abord qu'une telle argumentation dirigée contre les capacités de la société attributaire ne pouvait avoir d'incidence que sur la validité de la décision d'attribution du marché à un autre soumissionnaire que la requé-

(92) Point 141 de l'arrêt.

(93) Trib. U.E., 9 septembre 2010, *Evropaiki Dynamiki c/ OEDT*, aff. T-63/06, *op. cit.*

(94) Points 96 à 98 de l'arrêt.

(95) Point 98 de l'arrêt, *in fine* ; cette position du Tribunal est par ailleurs issue de la jurisprudence suivante : T.P.I.C.E., 27 septembre 2002, *Tideland Signal c/ Commission*, aff. T-211/02, *Rec.*, p. II-3781.

(96) Trib. U.E., 9 septembre 2010, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-387/08, *op. cit.*

(97) Trib. U.E., 9 septembre 2010, *Carpent Languages SPRL c/ Commission*, aff. T-582/08, *op. cit.*



rante et non sur la décision de rejet de l'offre de ladite requérante.

Le Tribunal a soutenu ensuite que le fait que la requérante ait prouvé qu'elle disposait des capacités techniques et professionnelles pour exécuter le marché n'était pas pertinent à l'égard de la décision de rejet dans la mesure où ce critère est un critère de sélection et où la décision de rejet de l'offre de la requérante a eu lieu au stade de l'attribution. Le Tribunal reconnaît donc qu'au stade de l'attribution, les considérations relatives aux capacités techniques et professionnelles n'ont plus aucun rôle à jouer dès lors qu'elles ne constituent pas un critère d'attribution en soi.

36. – À la thèse de la requérante selon laquelle, dans l'hypothèse où aucun candidat ne pouvait remporter le marché, la Commission aurait été tenue de refaire un nouvel appel d'offres ou de reconduire le titulaire du précédent marché, le Tribunal a répondu qu'aucune source juridique n'imposait une telle obligation au pouvoir adjudicateur en cas d'appel d'offres infructueux. Le Tribunal a ainsi conclu en rappelant sa jurisprudence *Deloitte*<sup>(98)</sup> selon laquelle « la demande d'annulation de la décision d'attribution ne peut qu'être rejetée par voie de conséquence du rejet de la demande d'annulation de la décision de rejet à laquelle elle est étroitement liée, alors que, en outre, cette dernière ne se fonde pas sur une comparaison des prestations des différents soumissionnaires, mais sur le fait que l'offre de la requérante n'a pas obtenu le nombre minimal de points requis fixé au titre des critères d'attribution ».

37. – Dans l'affaire T-232/06<sup>(99)</sup>, le Tribunal a dû apprécier en l'espèce le caractère proportionné et raisonnable d'une prorogation de délai de réception des offres en l'absence de disposition relative à cette question lorsqu'un rectificatif a été apporté à l'avis de marché et que le délai de remise des offres a été prorogé en raison de cette rectification. *In casu*, la Commission avait prorogé de 35 jours le délai de réception des offres alors que la requérante soutenait qu'elle aurait dû faire « recommander » le délai de 52 jours prévu à l'article 140 des modalités d'exécution du règlement financier pour ne pas violer le principe d'égalité de traitement.

Le Tribunal considère qu'en tout état de cause, ce délai ne pouvait être considéré comme étant disproportionné ou discriminatoire si la requérante avait pu préparer et déposer une offre pour son consortium<sup>(100)</sup>. Le délai d'espèce de 35 jours était donc suffisant d'autant qu'un avis de préinformation avait été publié, ce qui rallonge implicitement le délai de préparation de dépôt des offres.

Dans cette même affaire, le Tribunal a été amené à préciser à propos des demandes d'informations complémentaires et des réponses données par le pouvoir adjudicateur à celles-ci que « pour des raisons pratiques évidentes, l'attribution des marchés publics ne peut être effectuée à l'issue d'une procédure sans fin où les différents soumissionnaires doivent être placés dans une situation où ils peuvent finaliser les détails de leurs offres en demandant des précisions et des informations complémentaires aussi longtemps qu'ils le désirent »<sup>(101)</sup>. La requérante avait introduit dans cette affaire plus d'une centaine de demandes de renseignement, sur un total de 198 pour l'ensemble des soumissionnaires. L'immense majorité des demandes avait fait l'objet de réponses concrètes mais l'une de ces réponses consistait en un refus de fournir un document qui était relatif au cahier des charges alors que ce document aurait dû théoriquement être transmis. Dans les circonstances susvisées du nombre considérable de demandes de renseignements, le Tribunal s'est montré relativement souple avec le pouvoir adjudicateur. En effet, même celui-ci n'avait pas répondu à l'ensemble des demandes de renseignement de manière satisfaisante, le juge a considéré qu'il y avait donné suite *in concreto*.

Le Tribunal n'a cependant pas précisé les conséquences qu'il tirerait de l'erreur susvisée si la demande à laquelle il a été répondu de manière erronée et insatisfaisante était la seule demande de renseignements introduite par la requérante.

38. – Dans l'affaire *Dredging International*<sup>(102)</sup>, le Tribunal a examiné dans quelle mesure un pouvoir adjudicateur pouvait, à bon droit, rejeter une offre au motif que celle-ci proposait un service étalé sur une durée deux fois supérieure (six ans) à ce que le document d'appel à la concurrence prévoyait (trois ans).

(98) T.P.I.C.E., 19 avril 2007, *Deloitte Business advisory c/ Commission*, aff. T-195/05, *Rec.*, p. II-871 ; *J.T.D.E.*, 2007, n° 140, p. 189.

(99) Trib. U.E., 9 septembre 2011, précité.

(100) Point 43 de l'arrêt.

(101) Point 67 de l'arrêt.

(102) Trib. U.E., 13 septembre 2011, précité.

DOCTRINE • RECHTSLEER  
ANN LAWRENCE DURVIAUX ET ALEXANDRE PIRSON

La question se posait en l'espèce principalement en raison du fait que, d'une part, le projet de cahier des charges prévoyait que la durée du contrat était renouvelable pour un terme de trois ans et que, d'autre part, le procès-verbal d'une réunion de clarification mentionnait que le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire l'EMSA, cherchait un partenaire à long terme. La requérante invoquait que, dans ces circonstances, le fait de rejeter une offre sur le motif de la durée supérieure à ce que l'avis de marché prévoyait était discriminatoire.

Le Tribunal a relevé tout d'abord que l'avis de marché et ses annexes étaient univoques quant à la durée du contrat et aux conséquences d'une offre qui ne la respecterait pas. Par ailleurs, les échanges invoqués par la requérante contenaient d'importantes nuances sur la portée du souhait émis par le pouvoir adjudicateur de trouver un « partenaire à long terme ».

Sur le plan théorique, le Tribunal a précisé dans cet arrêt que la problématique de la durée du contrat, corrélativement à celle du plafond budgétaire, était un critère d'appréciation de la validité de l'offre qui ne s'examinait pas au stade de l'attribution<sup>(103)</sup>. En effet, selon le juge européen, ces circonstances relevaient de l'objet même du marché et ne pouvaient fonder un examen comparatif des offres dans le but de déterminer laquelle était la plus avantageuse. Le Tribunal a ajouté que dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur avait défini une durée du service et un plafond budgétaire, ce qui était le cas en l'espèce, l'objet du marché avait été suffisamment circonscrit de sorte qu'une offre ne pouvait être sélectionnée que si elle respectait ces contours.

Toutefois, le Tribunal a également indiqué que la vérification du respect par l'offre de l'objet du marché ne relevait pas non plus de la sélection en invoquant l'économie de l'article 92 du règlement financier général<sup>(104)</sup>. Celui-ci dispose que « les documents d'appel à la concurrence doivent fournir une description complète, claire et précise de l'objet du marché et préciser les critères d'exclusion, de sélection et d'attribution du marché ». De cette disposition, le Tribunal déduit donc que l'examen opéré par le pouvoir adjudicateur au stade de la sélection et celui du respect de l'objet du mar-

ché sont distincts. Si la vérification de la conformité d'une offre à l'objet du marché ne relève ni de la sélection, ni de l'attribution, cet examen ne peut rester sans effet. À cet égard, l'article 146, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, des modalités d'exécution du règlement financier général prévoit que les offres non conformes à l'objet du marché doivent « être éliminées ». Au motif que « la finalité de la procédure de passation du marché est de satisfaire aux meilleures conditions possibles les besoins du pouvoir adjudicateur »<sup>(105)</sup>, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir définir librement l'objet du marché et doit également être libre d'écarter une offre qui ne respecte pas cet objet.

Par ailleurs, la possibilité de pouvoir écarter une offre dont la durée ne correspond pas à celle annoncée dans le document d'appel à la concurrence se justifie amplement, selon le Tribunal, par la nécessité pragmatique de pouvoir analyser et comparer « rapidement et efficacement »<sup>(106)</sup> les offres. Dans ce cas de figure, le pouvoir adjudicateur n'a donc, selon le juge européen, d'autre choix que d'écarter l'offre non pas au stade de la sélection mais préalablement à l'examen comparatif qu'il devra effectuer dans le cadre de l'attribution. Cette solution se justifie *in fine* à l'égard des principes de transparence et de non-discrimination dès lors qu'une solution contraire aurait pour conséquence de fragiliser le rôle des documents d'appels à la concurrence.

39. – Dans cette affaire *Evropaïki Dynamiki*, portant le numéro T-298/09<sup>(107)</sup>, le Tribunal a eu l'occasion de préciser, ou de rappeler, trois éléments d'espèce qui ne peuvent constituer un « contexte » discriminatoire invoqué par la requérante.

Premièrement, le fait qu'un pouvoir adjudicateur classe en tête de plusieurs lots certains soumissionnaires qui ont fait l'objet de sanctions administratives pour faute grave d'exécution dans des marchés antérieurs n'est pas discriminatoire en soi dès lors que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu automatiquement d'écarter leurs offres<sup>(108)</sup>.

Deuxièmement, la validité d'une décision d'attribution à l'égard d'un soumissionnaire ne peut être remise en cause pour inégalité de traitement au seul motif de l'existence de plaintes devant le

(103) Point 62 de l'arrêt.

(104) Règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil, du 25 juin 2002, portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, J.O., L 248, p. 1.

(105) Point 68 de l'arrêt.

(106) Point 71 de l'arrêt.

(107) Trib. U.E., 20 septembre 2011, aff. T-298/09, précité.

(108) Point 69 de l'arrêt.

Médiateur, de recours pendants devant le Tribunal ou des arrêts évoqués, rendus par le Tribunal à propos d'autres procédures de passation de marchés<sup>(109)</sup>. Pour cela, il faudrait que la requérante soit en mesure de démontrer en quoi un quelconque litige pendant a une conséquence directe sur la validité du marché en cause, ce qu'elle demeure en défaut de faire.

Troisièmement, le caractère excessif d'une période de validité des offres, en l'espèce de neuf mois, ne peut être invoqué comme discriminatoire que si la requérante établit préalablement que cette durée anormalement longue lui a fait grief. *In casu*, le Tribunal considère que la requérante reste en défaut de fournir une telle démonstration<sup>(110)</sup> et que le simple fait d'invoquer une jurisprudence dans laquelle une période de validité des offres de moins de neuf mois a été jugée comme excessive n'est pas suffisante, dès lors qu'il s'agit d'un examen d'espèce et non de principe.

**40.** – Dans l'affaire *Evropaïki Dynamiki* (T-461/08)<sup>(111)</sup>, le Tribunal s'est penché sur plusieurs enseignements relatifs aux principes généraux du droit communautaire.

Tout d'abord, est contraire au droit à un recours effectif la procédure d'appel d'offres au cours de laquelle, d'une part, le pouvoir adjudicateur notifie sa décision de rejet d'une offre après avoir signé l'accord-cadre qui le lie au soumissionnaire choisi et, d'autre part, au cours de laquelle le pouvoir adjudicateur est resté en défaut de fournir une motivation suffisante sur le rejet de ladite offre avant l'introduction du recours en annulation<sup>(112)</sup>. Le Tribunal a précisé à cet égard que le fait que la requérante pouvait encore introduire une demande de sursis à l'exécution de la décision attaquée après la signature de l'accord-cadre était sans incidence sur la question de la régularité de son recours en annulation. Cette position s'explique par le fait que le Tribunal a accueilli l'argument selon lequel l'exécution de la décision attaquée, matérialisée par la signature puis l'exécution du contrat-cadre, faisait obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur puisse tirer toutes les conséquences qui s'attacheraient à une éventuelle annulation de la décision attaquée, notamment la réouverture de la

procédure d'appel d'offres. La violation d'un droit procédural à un recours effectif constituant une violation de forme substantielle, le juge européen déduit de son raisonnement qu'elle doit entraîner en l'espèce l'annulation de l'acte<sup>(113)</sup>.

Ensuite, le Tribunal a rappelé dans cette affaire la jurisprudence *Lianakis* de la Cour<sup>(114)</sup>, en vertu de laquelle l'examen de l'expérience des ressources dont dispose un soumissionnaire ne peut rentrer dans l'examen comparatif effectué dans le cadre de l'attribution mais constitue un critère de sélection. En l'espèce le juge a considéré qu'un critère, inséré dans les critères techniques du cahier des charges, qui a pour objet « la capacité du soumissionnaire à fournir une équipe disposant des compétences requises sera évaluée sur la base de l'information fournie dans la table des profils du personnel et les *curriculum vitae* », ne peut servir de base à l'examen comparatif à réaliser au stade de l'attribution. Malgré que la BEI ait répondu en l'espèce que ce critère avait pour but non pas d'identifier la suffisance quantitative des ressources mais davantage l'adéquation des profils à l'égard de la mission demandée, le Tribunal n'a pas fléchi et a maintenu sa jurisprudence. Il est toutefois important de préciser davantage que la nature de l'examen réalisé par la BEI, c'est l'imprécision du critère d'attribution susvisé qui a été condamnée par le Tribunal comme étant constitutive d'une violation de l'égalité de traitement<sup>(115)</sup>. Peut-on pour autant en déduire que le juge aurait approuvé ce critère s'il avait explicitement visé l'adéquation des profils et de l'expérience à la mission demandée ? Rien n'est moins sûr, et la décision analysée ne nous permet en tout cas pas telle extrapolation.

Enfin, sur la charge de la preuve des violations alléguées aux principes généraux consacrés dans le Traité, le Tribunal a décidé dans cette affaire de faire porter la charge de la preuve relative au caractère régulier ou non d'une modification de pondération postérieure antérieure à l'adoption de l'acte attaqué sur les épaules du pouvoir adjudicateur. Selon le juge, en l'espèce, la BEI est « la mieux placée pour apporter des preuves à cet égard » et que « cette incertitude doit être mise à sa charge »<sup>(116)</sup>. Le Tribunal a considéré que le fait que la BEI

(109) Point 74 de l'arrêt.

(110) Point 90 de l'arrêt.

(111) Trib. U.E., 20 septembre 2011, aff. T-461/08, précité.

(112) Point 123 de l'arrêt.

(113) Points 130 et 131 de l'arrêt.

(114) *Voy. supra*.

(115) Point 150 de l'arrêt.

(116) Point 181 de l'arrêt.

n'avait pas apporté la preuve que de telles modifications n'ont pas « faussé » l'examen comparatif des offres suffisait à considérer que la requérante avait été privée illégalement d'avoir une chance de se voir attribuer le marché. La base de ce raisonnement du Tribunal ne trouve comme référence qu'un cas d'espèce relativement analogue sur lequel la Cour avait statué en 1986<sup>(117)</sup>.

41. – Dans l'affaire *bpost NV*<sup>(118)</sup>, le Tribunal a eu l'occasion de bien rappeler la distinction entre les concepts de « variante » et « d'écart », qu'il reprochait à la requérante de confondre<sup>(119)</sup>.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait prévu dans ses documents d'appels à la concurrence une interdiction de variante sans pour autant exclure toute possibilité pour un soumissionnaire de présenter un écart dans une offre. Dans ce cadre, le Tribunal a précisé la nature de son intervention en relevant qu'il ne lui appartenait pas « de se prononcer sur les avantages susceptibles d'être tirés d'une solution alternative proposée par un soumissionnaire par rapport à une modalité expressément prévue dans un document d'appel à la concurrence » et qu'il pouvait d'autant moins se positionner en ce qu'en l'espèce, les variantes ont été expressément exclues par le pouvoir adjudicateur. Or, une solution alternative qui consistait, dans un marché relatif à des services postaux, à demander à l'Office des publications de l'Union européenne (ci-après « OP ») d'effectuer une tâche additionnelle dans le cadre du tri des plis et des colis postaux, ne constituait manifestement pas un simple « écart », mais une « variante » à l'égard des exigences formulées dans le cahier des charges.

Dans ce contexte, il peut en être déduit que selon le Tribunal, le fait d'écarter une offre au motif que celle-ci prévoit une alternative qui consiste à demander à l'OP d'opérer un tri de plis et colis postaux n'est pas constitutif d'une violation du principe d'égalité de traitement si les variantes étaient expressément exclues du marché dans le cahier des charges.

42. – Dans l'affaire *Evropaïki Dynamiki*<sup>(120)</sup>, le Tribunal a eu l'occasion de rappeler, à l'instar de l'affaire T-461/08 susvisée, sa jurisprudence *Lianakis* dans laquelle elle considérait qu'un critère fondé sur l'expérience d'un soumissionnaire ne

pouvait constituer un critère d'attribution mais ne peut que relever de la sélection qualitative et donc être relative à la capacité du soumissionnaire<sup>(121)</sup>.

En l'espèce, le marché litigieux avait pour objet « l'hébergement, la gestion, l'amélioration, la promotion et la maintenance du portail Internet de la Commission européenne sur l'apprentissage en ligne (*e-learning*) ». Le critère qualitatif en cause, mentionné dans le cahier des charges comme critère d'attribution, était « l'expérience du soumissionnaire dans de grands projets internationaux et multilingues similaires ainsi que dans le domaine de l'éducation et de la formation ». La Commission avait exigé pour ce faire que soit produit un résumé des services fournis par le soumissionnaire dans le domaine couvert par le contrat ainsi que la liste des services Internet des éventuels sites pertinents gérés par le soumissionnaire. Avaient également été demandés par la Commission des C.V. et une description du rôle de chaque membre du personnel. De manière analogue à l'affaire T-461/08, la Commission se défendait en l'espèce d'avoir voulu analyser au stade de l'attribution la capacité des soumissionnaires à assumer le marché mais a plutôt tenté de vérifier l'adéquation entre les qualités actuelles du soumissionnaire et la mission visée dans le marché. Le Tribunal n'a cependant pas pu accueillir cette nuance et a relevé en l'espèce que la motivation de la Commission dans l'acte attaqué trahissait celle-ci puisqu'elle avait écarté l'offre de la requérante au motif, notamment, de son manque d'expérience dans le domaine de l'éducation et de la formation. Selon le Tribunal, l'acte attaqué doit être annulé sur ce seul motif et il n'est pas nécessaire d'examiner d'autres moyens ou d'autres branches.

#### b) Motivation et erreur manifeste d'appréciation

43. – Dans le cadre des affaires *Evropaïki Dynamiki* (T-70/05<sup>(122)</sup> et T-50/05<sup>(123)</sup>), le juge a rappelé la règle selon laquelle les dispositions réglementaires applicables au contenu de l'obligation de motivation du pouvoir adjudicateur dans les cas d'espèce ne trouvent pas leur source dans la directive

(117) C.J.C.E., 8 octobre 1986, *Leussink c/ Commission*, 169/83 et 136/84, Rec., p. 2801, pt 17.

(118) Trib. U.E., 23 novembre 2011, précité.

(119) Points 79 et s. de l'arrêt.

(120) Trib. U.E., 8 décembre 2011, précité.

(121) Point 22 de l'arrêt.

(122) Trib. U.E., 2 mars 2010, précité.

(123) Trib. U.E., 19 mars 2010, précité.

92/50<sup>(124)</sup> mais bien dans le règlement financier<sup>(125)</sup> et ses modalités d'exécution.

En vertu dudit règlement financier et de ses modalités d'exécution, un pouvoir adjudicateur satisfait à son obligation de motivation lorsqu'il se contente, dans un premier temps, de communiquer immédiatement aux soumissionnaires écartés les motifs de rejet de leur offre et lorsqu'il transmet, dans un second temps, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire aux soumissionnaires qui ont déposé une offre recevable et qui en font la demande expresse. Par ailleurs, lorsque le pouvoir adjudicateur communique ces éléments, il est tenu de le faire dans un délai de 15 jours à compter de la réception de la demande écrite. Enfin, conformément à sa jurisprudence constante, le Tribunal rappelle que l'obligation de motivation doit être analysée en fonction, d'une part, des éléments d'information dont dispose la requérante au moment de l'introduction du recours et, d'autre part, aux circonstances de l'espèce telles que le contenu de l'acte, la nature des motifs invoqués ou l'intérêt des parties à recevoir les informations.

Dans l'affaire T-70/05, le Tribunal a considéré que l'obligation de motivation était respectée par l'agence européenne lorsque celle-ci communiquait immédiatement une analyse du rapport qualité-prix de l'offre de la requérante. L'enseignement majeur de cet arrêt est que le Tribunal déduit du caractère complet de la rédaction de l'offre de la requérante le fait que celle-ci ait une connaissance approfondie du cahier des charges<sup>(126)</sup>. Le juge a ainsi considéré que si l'agence avait communiqué une analyse précise de l'attribution des points dans ces circonstances, la requérante était à même de déduire les avantages relatifs des différentes offres et que l'agence avait par conséquent rempli son obligation de motivation.

Dans l'affaire T-50/05, le Tribunal a considéré que le fait de communiquer un extrait du rapport du comité d'évaluation contenant les commentaires exhaustifs relativement à l'offre de la requérante et du soumissionnaire retenu en ce qui concerne chacun des critères d'attribution permet-

tait au pouvoir adjudicateur de considérer qu'il avait motivé à suffisance de droit le rejet de l'offre de la requérante<sup>(127)</sup>.

Enfin, dans les deux arrêts, le Tribunal a rappelé que le retard de la communication des informations relatives à l'offre attributaire, à l'égard du délai de 15 jours, ne pouvait constituer un motif d'annulation lorsqu'il n'a « nullement restreint la possibilité de la requérante de faire valoir ses droits devant le Tribunal »<sup>(128)</sup>. Sans doute faut-il en déduire que le fait que la requérante ait pu introduire un recours recevable en utilisant dans son argumentaire l'ensemble des éléments fournis dans ladite communication est suffisant pour prouver que le retard n'est pas préjudiciable.

44. – L'arrêt *PC-Ware* du 11 mai 2010<sup>(129)</sup> (T-121/08) met en cause la problématique intéressante des **offres anormalement basses** et de la motivation à fournir par le pouvoir adjudicateur lorsque celui-ci décide d'écarter l'offre d'un soumissionnaire pour ce motif.

Dans cet arrêt, la requérante reprochait à la Commission de ne pas avoir écarté l'offre, prétendument anormalement basse, de l'attributaire sur la base de l'article 139 des modalités du règlement financier.

En réponse à ce moyen, le Tribunal a réaffirmé sa jurisprudence *TQ3*<sup>(130)</sup> selon laquelle le pouvoir adjudicateur a l'obligation de permettre au soumissionnaire dont l'offre est anormalement basse les motifs qui permettent de justifier le caractère bas de cette offre. Selon cette jurisprudence, l'article 139 précité a pour objet principal de permettre au soumissionnaire concerné de ne pas être écarté sans avoir pu se justifier.

En l'espèce, le Tribunal estimait que la requérante n'avait pas prouvé le caractère anormalement bas de l'offre en produisant uniquement une lettre d'un fournisseur sur base de laquelle il n'était possible de déduire avec certitude le pourcentage maximal de réduction possible que ledit fournisseur aurait pu accorder à l'attributaire. La Commission ne disposant pas d'éléments supplémentaires, le Tribunal a estimé que c'est à raison, au vu de son large pouvoir d'appréciation, que celle-là n'avait

(124) Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, telle que modifiée par la directive 97/52/CE du 13 octobre 1997.

(125) Règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil, du 25 juin 2002, portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes.

(126) Point 178 de l'arrêt.

(127) Point 140 de l'arrêt.

(128) Point 175 de l'arrêt T-70/05 et point 141 de l'arrêt T-50/05.

(129) Trib. U.E., 11 mai 2010, précité.

(130) T.P.I.C.E., 6 juillet 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium c/ Commission*, aff. T-148/04, *Rec.*, p. II-2627.

pas estimé que l'offre de l'attributaire est anormalement basse.

Outre la question de la motivation à l'égard des offres anormalement basses, le Tribunal a apporté également, dans l'affaire T-121/08, des précisions importantes à l'égard de l'obligation de motivation en général.

Le Tribunal a ainsi rappelé dans son raisonnement que le code de bonne conduite du Parlement n'était pas un texte réglementaire mais une résolution modifiant un projet déposé par le Médiateur européen pour que la Commission légifère en la matière. Dès lors, un tel texte non contraignant ne pouvait servir de base à la requérante pour invoquer une quelconque violation de l'obligation de motivation.

En ce qui concerne l'information relative à la décision d'attribution, le Tribunal a considéré que la production, par la Commission, d'un compte rendu de la réunion de débriefing, même si celui-ci se présentait sous la forme de notes télégraphiques, permettait à la Commission de remplir son obligation de motivation pourvu que la requérante et le Tribunal puissent prendre connaissance des éléments pris en considération lors de l'évaluation de l'offre, de manière suffisamment claire et non équivoque<sup>(131)</sup>.

45. – Les arrêts *Evropaïki Dynamiki* (T-63/06 et T-300/07) du 9 septembre 2010<sup>(132)</sup> rappellent, tout comme dans l'affaire T-331/06 analysée ci-dessus, que le fait pour les requérantes d'invoquer la qualité de leur offre ou encore le respect de toutes les conditions posées par le cahier des charges, ne constitue pas un argument relevant à l'égard du contrôle par le Tribunal de l'éventuelle existence d'erreurs manifestes d'appréciation. En effet, dans le cadre d'un appel d'offres pour lequel est retenue l'offre économiquement la plus avantageuse, l'évaluation des offres par le pouvoir adjudicateur relève d'un examen comparatif.

Ces deux arrêts d'espèce ont également en commun que le Tribunal a considéré que les requérantes ne parvenaient pas à établir l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation. À cet égard, dans l'arrêt T-300/07, le Tribunal a considéré sans surprise qu'une erreur de fait, telle qu'une erreur de dactylographie, ne pouvait être considérée comme constitutive d'une erreur manifeste

d'appréciation lorsque la requérante ne prouvait pas en quoi cette erreur la pénalisait<sup>(133)</sup>.

En ce qui concerne l'examen du respect par le pouvoir adjudicateur de son obligation de motivation, l'affaire T-300/07 mérite de retenir l'attention dans la mesure où le Tribunal y a retenu une violation de celle-ci. Concernant une offre qui dépassait le nombre minimum de points requis, le Tribunal a estimé que, lorsqu'un courrier de réponse du pouvoir adjudicateur à un soumissionnaire évincé ne comporte aucun commentaire relatif à la qualité de l'offre du soumissionnaire retenu, la décision de rejet de l'offre de la requérante qui proposait un prix moins élevé doit être annulée pour défaut de motivation. Cet enseignement d'espèce trouve évidemment sa raison d'être dans la règle selon laquelle, dans l'hypothèse où un appel d'offres qui implique le choix de l'offre la plus avantageuse économiquement, si le critère du prix ne justifie pas le rejet de l'offre de la requérante, le pouvoir adjudicateur est tenu, à tout le moins, d'établir en quoi le critère de la qualité a été prépondérant dans l'offre de l'attributaire.

Dans l'affaire T-63/06, le Tribunal a estimé qu'à l'égard de l'obligation de motivation les seuls tableaux fournis par le pouvoir adjudicateur à la requérante suffisaient à la requérante pour identifier les raisons pour lesquelles son offre n'a pas été retenue dès lors que ces tableaux lui permettent de comparer directement les points qui lui ont été attribués avec ceux attribués à l'attributaire et ce, pour chaque critère qualitatif d'attribution précisé dans le cahier des charges. Une motivation en toute lettre n'est donc pas systématiquement requise lorsque le comparatif des données chiffrées suffit à comprendre l'application, par le pouvoir adjudicateur, des critères d'attribution.

46. – Avec l'arrêt *Evropaïki Dynamiki* (T-387/08) du 9 septembre 2010<sup>(134)</sup>, le Tribunal a précisé que les réponses apportées par une institution aux demandes d'un soumissionnaire évincé ne pouvaient être prises en considération en tant qu'éléments constitutifs de la motivation de la décision attaquée que dans la mesure où les considérations développées dans ces réponses reposaient sur des éléments de fait et de droit qui existaient déjà à la date de la décision.

En l'espèce, la question se posait de savoir si le pouvoir adjudicateur n'avait pas violé son obliga-

(131) Point 98 de l'arrêt.

(132) Trib. U.E., 9 septembre 2010, aff. T-300/07 et Trib. U.E., 9 septembre 2010, aff. T-63/06, précités.

(133) Point 109 de l'arrêt.

(134) Trib. U.E., 9 septembre 2010, *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-387/08, *op. cit.*

tion de motivation formelle en envoyant un courrier complémentaire à la requérante contenant des commentaires explicatifs du comité d'évaluation et des évaluations plus détaillées de l'offre retenue, même si cet envoi a eu lieu presque un mois après la lettre d'information initiale. La date tardive d'envoi du second courrier ne posait pas de problème au Tribunal. Par contre, le juge a estimé que lorsque la seconde lettre substitue la motivation initiale du pouvoir adjudicateur, il doit être conclu en pareilles circonstances au défaut de motivation dudit pouvoir adjudicateur. Tel était le cas, selon le Tribunal, des précisions apportées à l'évaluation des offres à l'égard de certains sous-critères dans la mesure où le premier courrier ne faisait pas état de ces précisions.

Le fait qu'il y ait eu défaut de motivation à l'égard de certains sous-critères n'a cependant pas, à lui seul, entraîné l'annulation des actes attaqués dans la mesure où, à supposer que la requérante se soit vue attribuer la totalité des points pour lesquels les sous-critères font l'objet d'un défaut de motivation, la requérante n'aurait de toutes façons pas eu le nombre de points suffisants pour atteindre le seuil exigé pour accéder à la phase financière de la passation du marché.

47. – Avec l'arrêt *Carpent Languages* du 9 septembre 2010<sup>(135)</sup> (T-582/08), le Tribunal a été confronté à un cas de figure différent des cas analysés ci-dessus dans la mesure où il a écarté, dans son examen du respect de l'obligation de motivation par le pouvoir adjudicateur, un courrier envoyé par celui-ci postérieurement à l'introduction du recours en annulation par la requérante.

Cependant, le Tribunal a estimé en l'espèce que, même si le courrier complémentaire d'explication par le pouvoir adjudicateur ne pouvait être pris en considération par le juge, la motivation développée dans le premier courrier envoyé à la requérante, bien que « succincte », était suffisante. En effet, selon le Tribunal, la motivation de la décision de rejet par le pouvoir adjudicateur est suffisante lorsque celui-ci communique que l'offre requérante n'a pas obtenu au moins des notes minimales requises dans le cahier des charges. Dès lors, dans ces circonstances, la requérante est à même de comprendre pourquoi elle a été exclue du marché sans qu'il soit nécessaire que le pouvoir adju-

dicateur se justifie par un examen comparatif entre l'offre de la requérante et celle de l'attributaire.

Le Tribunal a précisé par ailleurs que « s'il est regrettable que la requérante n'ait pas été en mesure, à la lecture de la décision de rejet, de déterminer laquelle des deux études de cas qu'elle avait soumises à l'appui de son offre avait fait l'objet d'une note éliminatoire, une telle circonstance ne permet pas de considérer la décision de rejet comme non motivée ou insuffisamment motivée, dès lors que le motif exposé dans cette décision permettait à la requérante de comprendre à quel stade de la procédure de passation son offre avait été écartée et la raison pour laquelle il en avait été ainsi »<sup>(136)</sup>. Certes, il est aisément compréhensible que le Tribunal dispense le pouvoir adjudicateur de motiver sa décision de rejet par comparaison à l'offre retenue lorsque l'offre de la requérante ne dépasse pas un seuil minimal. En revanche, il nous paraît moins évident qu'en l'absence d'information permettant au soumissionnaire évincé de savoir laquelle partie de son offre n'a pas remporté une note suffisante fait tout de même apparaître de manière « claire et non équivoque le raisonnement de l'auteur de l'acte », ainsi que l'exige la jurisprudence constante de la Cour à la lumière du règlement financier et de l'ancien article 253 TCE.

48. – Dans l'arrêt *Evropaiki Dynamiki* du 2 mars 2011<sup>(137)</sup>, le Tribunal rend l'enseignement d'espèce selon lequel n'est pas constitutif d'une **erreur manifeste d'appréciation** le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de considérer que le nombre de personnes par jour prévues pour contribuer au service en cause est un critère pour écarter ladite offre lorsque le marché est passé à prix fixe. Le Tribunal précise par ailleurs que l'expérience des experts sollicités ne peut expliquer en l'espèce une sous-estimation, par le soumissionnaire évincé, des ressources nécessaires à accomplir la mission.

En ce qui concerne la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de prendre en considération l'**expérience** dans le cadre de l'attribution, le Tribunal a soutenu *in casu*, de manière un peu surprenante, qu'il « 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 »<sup>(138)</sup>. Cette position s'écarte donc de la jurisprudence *Lianakis*

(135) Trib. U.E., 9 septembre 2010, *Carpent Languages SPRL c/ Commission*, aff. T-582/08, *op. cit.*

(136) Point 44 de l'arrêt.

(137) Trib. U.E., 3 mars 2011, précité.

(138) Point 43.

de la Cour, ci-dessus rapportée et plusieurs fois confirmée par le Tribunal lui-même. Elle semble cependant traduire le malaise provoqué par cette jurisprudence. Le Tribunal a précisé dans la foulée qu'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 ». Selon le Tribunal, la prise en compte de l'expérience se justifiait en l'espèce pour pouvoir examiner le caractère manifestement raisonnable ou non du nombre faible de personnes prévues par jour de travail dans l'offre du soumissionnaire évincé.

49. – Dans l'arrêt *Dredging International NV* du 13 septembre 2011<sup>(139)</sup>, le juge européen considère que le fait pour un pouvoir adjudicateur de rejeter une offre préalablement au stade de l'attribution et sur le seul motif que celle-ci prévoyait une durée autre que celle annoncée dans les documents d'appels à la concurrence n'est pas constitutif d'**erreur manifeste d'appréciation**. Pour les mêmes raisons que celles qui avaient amené le juge à ne pas considérer cette décision comme contraire au principe d'égalité<sup>(140)</sup>, le Tribunal a considéré que dès qu'un élément de l'objet du marché n'était pas respecté, le pouvoir adjudicateur pouvait, à bon droit, écarter l'offre préalablement à l'examen comparatif.

50. – Dans l'arrêt *Evropaiki Dynamiki* (T-298/09) du 20 septembre 2011<sup>(141)</sup> (T-298/09), le Tribunal a estimé que lorsque dans une lettre de réponse à une demande d'information du soumissionnaire évincé le pouvoir adjudicateur transmettait, pour chaque lot, le nom du soumissionnaire le mieux classé, les fiches de notation de celle-ci ainsi que celles dudit soumissionnaire et les commentaires formulés par le comité d'évaluation pour chaque critère d'attribution, ces éléments suffisaient à remplir les obligations de **motivation et d'information** qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs européens.

Par ailleurs, le Tribunal a répondu à la requérante qu'en l'espèce, c'est à bon droit que la Commission avait considéré que le rapport d'évaluation dans son ensemble, l'identité des membres du comité d'évaluation et l'offre des « soumissionnaires gagnants » sur le plan financier ne faisaient pas partie de l'information à communiquer au sou-

missionnaire écarté. Le juge européen considère donc que ces éléments ne sont pas *de facto* couverts par l'obligation d'information.

51. – Dans l'arrêt *Evropaiki Dynamiki* (T-461/08) du 20 septembre 2011<sup>(142)</sup> (T-461/08), la question qui se posait au Tribunal était de savoir si, en réponse à une lettre complémentaire de demande d'information d'un soumissionnaire évincé visant à connaître les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire, un pouvoir adjudicateur pouvait inviter le soumissionnaire à se référer à l'avis d'attribution publié au *Journal officiel*.

Le Tribunal précise que lorsque les notes de l'adjudicataire et de la requérante ont été détaillées par critère d'attribution, la requérante est en principe en mesure d'identifier pour quelle raison son offre n'a pas été retenue. En l'espèce, la BEI avait communiqué, en réponse à une première demande d'information, le nom du soumissionnaire retenu, les pondérations relatives des critères d'attribution et la ventilation des points attribués respectivement à l'offre de la requérante et à celle du soumissionnaire retenu à l'issue de l'évaluation comparative des offres.

Cependant, dans l'hypothèse où la requérante avait déposé l'offre la plus basse en ce qui concerne le prix, seule la qualité technique de l'offre avait pu empêcher le pouvoir adjudicateur de la choisir. Or, lorsqu'il s'agit de justifier d'un choix sur un critère technique tel que celui en cause en l'espèce, une motivation dont le contenu correspond aux éléments rapportés ci-dessus ne peut, selon le Tribunal, constituer qu'un début d'explication et ne suffit pas à rendre compte de manière claire du « raisonnement de l'auteur »<sup>(143)</sup>.

Le Tribunal n'a donc pas remis en cause la première réponse de la BEI mais la seconde, qui renvoyait uniquement aux documents antérieurs et à l'avis d'attribution. Certes, l'avis d'attribution permettait au requérant de prendre connaissance de l'identité de l'adjudicataire. Cependant, le soumissionnaire évincé n'était pas en mesure de percevoir le raisonnement qui avait été suivi par le pouvoir adjudicateur pour l'attribution de ses notes relatives aux critères techniques. Selon le Tribunal, « des commentaires généraux donnant des précisions sur

(139) Trib. U.E., 13 septembre 2011, précité.

(140) *Voy. supra.*

(141) Trib. U.E., 20 septembre 2010, précité.

(142) Trib. U.E., 20 septembre 2011, aff. T-461/08, précité.

(143) Point 114 de l'arrêt.



les raisons qui ont conduit la BEI à attribuer davantage de points à l'offre du soumissionnaire retenu qu'à celle de la requérante, pour chacun des critères techniques, (...) auraient permis de considérer la motivation de la décision attaquée comme suffisante »<sup>(144)</sup>. Dès lors que ces explications n'ont été données qu'en cours d'instance et non en réponse aux lettres d'information, le Tribunal a jugé en l'espèce que l'obligation de motivation avait été violée par la BEI.

52. – Avec l'arrêt *Alfastar* du 20 octobre 2011<sup>(145)</sup>, de manière un peu comparable à l'affaire T-461/08, le Tribunal considère, dans l'affaire *Alfastar*, qu'une motivation qui ne comprend pas des commentaires explicatifs, mêmes succincts, sur les notes reçues mais seulement un tableau comparatif desdites notes est une motivation « trop abstraite » que pour permettre au requérant de comprendre les raisons pour lesquelles son offre a été considérée par le pouvoir adjudicateur comme présentant un moins bon rapport qualité-prix que l'offre retenue. Le Tribunal rappelle donc que lorsque des critères autres que le prix sont examinés et qu'un soumissionnaire évincé demande des compléments d'informations sur les raisons de son éviction, un tableau de notes, même détaillé, ne correspond pas à un compte-rendu de l'évaluation elle-même des offres mais n'en constitue que son résultat<sup>(146)</sup>. Le Tribunal indique cependant qu'il reconnaît comme conforme à l'obligation de motivation un commentaire de l'évaluation jugé « sommaire » ou « succinct », comme il l'accueille par exemple dans l'affaire *bPost* susvisée<sup>(147)</sup>.

### C. La procédure en indemnisation

53. – Ainsi que le prévoit la jurisprudence constante de la Cour et du Tribunal, une demande en indemnisation visant à obtenir la réparation d'un dommage subi, sur la base de l'ancien article 288, alinéa 2 du TCE, à la suite d'une illégalité commise par une institution ou une agence de l'Union nécessite, pour que la requérante obtienne

cette indemnisation, qu'elle établisse l'existence d'un comportement illégal ou d'une faute dans le chef de l'institution, d'un dommage dans le chef de la requérante et d'un lien causal entre cette faute et ce dommage. Ces conditions sont évidemment cumulatives.

Deux arrêts rendus par le Tribunal en 2010 ont eu pour objet principal une demande d'indemnisation visant à obtenir la réparation d'un dommage subi à la suite d'illégalités commises par une institution de l'Union ; il s'agit des arrêts *C-Content*<sup>(148)</sup> et *Systran*<sup>(149)</sup> des 28 septembre et 16 décembre 2010.

Dans la plupart de affaires ayant fait l'objet d'une demande en annulation, la demande en indemnisation a été rejetée par le Tribunal au motif qu'aucun comportement illégal fautif n'avait été établi par les requérantes<sup>(150)</sup>.

#### 1. LA FAUTE OU LE COMPORTEMENT ILLÉGAL DE L'INSTITUTION

54. – Dans l'arrêt *C-Content* du 28 septembre 2010<sup>(151)</sup>, le Tribunal a considéré, de manière implicite, qu'une annulation d'appel d'offres accompagnée d'une extension de contrat préexistante avec changement de sous-traitant était susceptible d'être constitutive d'une illégalité fautive dans le chef de l'Office des publications.

Le Tribunal n'a pas contredit l'allégation de la requérante selon laquelle une telle décision aurait pu violer les principes de bonne administration, d'égalité de traitement, de transparence et de protection de la confiance légitime<sup>(152)</sup>. Cependant, il doit être précisé que si le Tribunal n'a pas tranché la question en l'espèce, c'est principalement pour concentrer ses développements sur l'examen de l'existence d'un lien de causalité, rapportée ci-après.

55. – Dans l'arrêt *Systran* du 16 décembre 2010<sup>(153)</sup>, le Tribunal a soutenu que le fait, pour la Commission, de divulguer une information technique qui relevait du secret des affaires et qui avait été confiée à la Commission dans un but bien pré-

(144) *Idem*.

(145) Trib. U.E., 20 octobre 2011, précité.

(146) Point 38 de l'arrêt.

(147) Trib. U.E., 23 novembre 2011, précité, points 111 à 118.

(148) Trib. U.E., 28 septembre 2010, précité.

(149) Trib. U.E., 16 décembre 2010, précité.

(150) Sur la période analysée, tel est le cas des affaires T-121/08, T-300/07, T-387/08, T-582/08, T-589/08, T-232/06, T-8/09, T-407/07, T-298/09, T-86/09, T-170/10 et T-377/07.

(151) Trib. U.E., 20 septembre 2010, précité.

(152) Point 75 de l'arrêt.

(153) Trib. U.E., 16 décembre 2010, précité.

cis, constituait la violation d'une obligation d'origine non contractuelle relative aux droits d'auteur.

Une violation des réglementations applicables en matière de droit d'auteur peut dès lors être constitutive d'un comportement fautif dans le chef de la Commission. Le Tribunal n'est cependant pas compétent sur la base de l'ancien article 288 du TCE si cette violation repose sur une base contractuelle.

56. – Dans l'arrêt *Alfastar* du 20 novembre 2011<sup>(154)</sup>, un aspect du raisonnement du Tribunal touche en réalité au fait générateur de la responsabilité extracontractuelle d'une institution de l'Union dans le cadre des marchés publics. S'écarterant quelque peu de sa jurisprudence antérieure, du libellé de l'article 288 du TCE et du règlement financier, le tribunal va, à côté de l'illégalité, réintroduire la notion de faute comme fait générateur de la responsabilité extracontractuelle. Il souligne en effet que « même si le Conseil n'a pas suffisamment motivé la décision attaquée, cela n'établit pas pour autant que l'attribution du marché au soumissionnaire retenu constitue une faute ni qu'il existe un lien de causalité entre ce fait et la perte invoquée par la requérante »<sup>(155)</sup>.

Malgré qu'un texte prévoit spécifiquement, dans le cadre d'un contentieux limité, l'équivalence entre les concepts d'illégalité et de faute pour fonder une action en responsabilité, le Tribunal considère, à tout le moins au vu du libellé de son argumentaire, que la responsabilité extracontractuelle d'un organe de l'Union dans le cadre des marchés publics passés par celui-ci est soumise à l'examen du caractère fautif ou non de la violation qu'il aurait commise. Ce raisonnement nous semble aller plus loin que la simple erreur de plume et s'érige en tout cas en contradiction avec l'arrêt *Stadt Graz*<sup>(156)</sup>, rendu par la Cour en 2010, et qui considèrerait que la simple illégalité devait suffire à fonder une action en responsabilité à l'encontre d'un État membre, même si aucun texte européen ne l'exigeait.

(154) Trib. U.E., 20 novembre 2011, précité.

(155) Point 49 de l'arrêt.

(156) C.J.U.E., 30 septembre 2010, *Stadt Graz c/ Strabag AG*, aff. C-314/09, avec concl. av. gén. V. Trstenjak[0] ; sur cet arrêt voy. R. GRAND, « Pour la CJUE, la seule violation du droit des marchés publics implique une indemnisation », *A.J.D.A.*, 2010, n° 33, p. 1857 (sommaire).

(157) Point 76 de l'arrêt.

(158) Trib. U.E., 20 septembre 2010, précité.

(159) Point 86 de l'arrêt.

## 2. LE LIEN DE CAUSALITÉ ENTRE LE COMPORTEMENT ILLÉGAL ET LE DOMMAGE

57. – L'arrêt *C-Content* du 28 septembre 2010 fournit plusieurs enseignements en matière de lien causal.

Pour les sous-traitants, le lien de causalité entre une illégalité et le dommage causé à ceux-ci est-il suffisamment établi en cas d'annulation d'un appel d'offres ?

Le comportement fautif invoqué par la requérante concernait plus précisément dans cette affaire la décision, par l'Office des publications, d'annuler un appel d'offres pour prolonger l'exécution d'un contrat préexistant en y modifiant le sous-traitant. Le Tribunal a considéré que dans cette hypothèse, un lien causal direct entre la décision et le dommage ne pouvait être établi si la requérante n'avait jamais été soumissionnaire mais uniquement sous-traitante<sup>(157)</sup>.

Dès lors, le Tribunal déduit de ce raisonnement que lorsqu'une société invoque une perte liée au fait qu'elle n'a pas obtenu la sous-traitance d'un marché, cette perte ne saurait découler de manière suffisamment directe de la violation alléguée dans la mesure où c'est l'attributaire et non le pouvoir adjudicateur qui choisit le sous-traitant.

## 3. LE DOMMAGE

58. – Dans l'arrêt *C-Content* du 28 septembre 2010<sup>(158)</sup>, le Tribunal a examiné certains aspects du dommage invoqué par la requérante.

D'une part, en ce qui concerne les frais liés à la participation indirecte de la requérante aux procédures d'appel d'offres, le Tribunal a rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle devoir supporter ces frais fait partie du risque commercial habituel à supporter par un soumissionnaire. Le Tribunal a appliqué alors un raisonnement *a fortiori* en soutenant que si ce risque devait être supporté par un soumissionnaire il devait l'être d'autant plus pour un sous-traitant dans la mesure où celui-ci se trouvait face à une double incertitude : l'adjudication du marché à un soumissionnaire mais également l'obtention de la sous-traitance du marché<sup>(159)</sup>.

D'autre part, en ce qui concerne les frais exposés par la requérante auprès du Médiateur, le Tribunal a estimé qu'ils ne pouvaient être considérés comme un préjudice indemnisable puisque le Médiateur constituait une voie alternative à la procédure juridictionnelle et que l'engagement de cette voie alternative résultait en l'espèce d'un choix de la requérante.

59. – Dans l'arrêt *Systran* du 16 décembre 2010<sup>(160)</sup>, le Tribunal a précisé les critères relatifs au calcul du montant de l'indemnisation.

Le Tribunal a ainsi retenu comme indemnisation représentative du dommage issu de la violation, par la Commission, de ses obligations de confidentialité, un montant annuel relatif aux redevances qui auraient pu être demandées par la requérante en cas de respect desdites obligations.

En outre, en ce qui concerne le préjudice moral, faute pour la requérante d'avoir pu l'établir de manière objective, le Tribunal a décidé d'octroyer une somme forfaitaire de 1.000 euros d'indemnisation.

(160) Trib. U.E., 16 décembre 2010, précité.