

CHRONIQUES

Droit européen des marchés et contrats publics

1^{er} janvier 2012
- 31 décembre 2012

Ann Lawrence Durviaux

Professeur ordinaire à L'Université
de Liège (Belgique) et avocat

Thierry Delvaux

Assistant à l'Université de Liège
(Belgique) et avocat

La présente chronique reprend une sélection des arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne entre le 1^{er} janvier 2012 et le 31 janvier 2012. Sont abordées successivement les questions juridiques relatives au champ d'application (avec les notions de marchés et autres contrats publics) et aux modes de passation (au cours de la période examinée, aucun arrêt significatif n'a été rendu sur le contrôle juridictionnel de la passation).

1. Notion de marché public- interprétation finaliste du caractère onéreux

337

[CJUE 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, non encore publié, concl. V. Trstenjak ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Le gratuit et l'onéreux*, CMP, 2013, n° 3, pp.1-2 repère 3]

Un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu ¹.

Le prix payé par la personne qui commande la prestation est considéré dans certains ordres juridiques comme le critère d'identification du marché public ². En revanche, le droit dérivé des

(1) Pt 29 de l'arrêt C-159/11.

(2) En droit français, V. not. Concl. C. Bergeal, ss CE, 7 avr. 1999, n° 156008, *Commune de Guilhaud Granges*, AJDA 1999. 517 s. ; CE, 6 déc. 1995, *Département de l'Aveyron et autres sociétés Jean-Claude Decaux*, Lebon, p. 428, qualifiant de marché public un contrat dit de mobilier urbain, lorsque l'entreprise construit des éléments qui sont ensuite loués par la collectivité contre une rémunération versée par elle. En droit belge, cela peut être déduit des dispositions de la réglementation relative aux marchés publics qui détaillent les opérations matérielles de comparaison des offres, et des modalités d'exécution du contrat, qui n'envisagent que l'hypothèse du paiement d'un prix par le pouvoir adjudicateur (V. art. 15 de l'annexe de l'arrêté royal du 26 sept. 1996, dite « cahier général des charges »). La doctrine belge s'est curieusement rarement attelée à définir, en tant que tel, le marché public, sauf – à l'instar de la discussion menée en France – pour l'opposer parfois à la concession de service public. La réflexion menée portait alors, pour le marché public, sur les mécanismes de passation et, pour la concession, sur les modalités d'identification et de gestion des services publics. La jurisprudence, quant à elle, ne propose pas une distinction stricte des deux figures juridiques, ni d'ailleurs d'autres contrats de l'Administration. Trois décisions illustrent cette tendance face à l'Administration, accomplissant soit des adjudications (terme qui ne faisait pas l'objet de définition précise dans la loi du 18 mai 1846 et qui était utilisé dans d'autres matières, comme l'adjudication de droit de chasse ou les ventes publiques), soit un contrat, sans souci excessif de définition (V. Civ. Tongres, 15 mars 1927, cité par A. De Grand'ry, *Les marchés de fournitures et de travaux*, 2^e éd., Bruxelles, 1954, p. 113 ; Bruxelles, 28 janv. 1939, *Pas.*, 1941, II, p. 71, évoquant une concession qu'elle soumettait à la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'État ; J.P. Beaumont, 3 juin 1947, *J.T.*, 1947, p. 452-453, relatif à un bail passé par une fabrique d'église).

marchés publics évoque le caractère onéreux de la relation contractuelle, sans préciser le débiteur de la contrepartie, ni l'origine des ressources servant au paiement de la prestation ³. Le législateur européen entend ainsi imprimer une portée nécessairement plus large au concept de marché public, afin d'y englober les contrats de concession.

En vertu du principe de l'interprétation autonome du droit européen ⁴, le caractère onéreux d'un marché public doit être étudié au départ de la jurisprudence de la Cour de justice.

Le point de départ de cette jurisprudence réside dans la précision selon laquelle la contrepartie acquittée par le pouvoir adjudicateur peut prendre la forme de la réduction d'une *charge d'urbanisme* ou d'une imposition qui serait due si la contrepartie (les travaux, en l'espèce) n'était pas réalisée ⁵.

La Cour de justice a encore jugé que « le caractère onéreux du contrat implique que le pouvoir adjudicateur ayant conclu un marché public de travaux reçoive en vertu de celui-ci une **prestation** moyennant une **contrepartie**. Une telle prestation, en raison de sa nature ainsi que du

système et des objectifs [du droit dérivé des marchés publics], doit comporter un intérêt économique **direct** pour le pouvoir adjudicateur » ⁶. La Cour a ainsi conclu à l'existence d'un tel « intérêt économique direct » (et, dans le cas d'espèce, à l'existence d'un marché public de services) à propos de contrats conclus entre des communes et des compagnies d'assurances, ayant essentiellement pour objet de fournir une épargne-retraite au personnel desdites communes (les primes payées par les communes étant déduites du salaire du personnel), au motif que ces contrats permettaient aux dites communes de répondre à leurs obligations légales en la matière ⁷.

La « contrepartie » versée par le pouvoir adjudicateur est susceptible d'englober, en définitive, n'importe quel avantage susceptible d'une évaluation économique ⁸, y compris une... (autre) « prestation » économique.

L'arrêt commenté ici complète cette construction jurisprudentielle en indiquant que le caractère onéreux est présent même si la « *contrepartie* » de la « *prestation* » reste limitée « au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu » ⁹. Comme

- (3) Art. 1.2, a) de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JOUE 2004 L 134, p. 114), telle que modifiée par le règlement (CE) n° 1422/2007 de la Commission, du 4 déc. 2007 (JOUE 2007 L 317, p. 34) ; art. 1.2, a) de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JOUE 2004 L 134, p. 1).
- (4) V. par ex., à propos de l'un des éléments de la notion de pouvoir adjudicateur : CJUE 27 févr. 2003, *Truley*, C-373/00, Rec., p. I-1931, pts 35-36 : « Selon une jurisprudence constante, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit communautaire [dérivé ou primaire] qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause ... En l'espèce, il est constant que l'art. 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/36 ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres, de sorte qu'il convient de donner aux termes susmentionnés une interprétation autonome et uniforme dans toute la Communauté ».
- (5) CJCE, 12 juill. 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C-399/98, Rec., p. I-5409.
- (6) CJUE 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, C-451/08, Rec., p. I-02673, pts 48 et 49. V. également : CJUE 18 janv. 2007, *Auroux e.a.*, C-220/05, Rec., p. I-385, pt 45 ; CJUE 12 juill. 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C 399/98, Rec., p. I-5409, pt 77.
- (7) CJUE 15 juill. 2010, *Commission c/ Allemagne*, C-271/08, Rec., p. I-07091, spéc. pts 75-80.
- (8) En ce sens : Commission européenne, Livre vert du 30 avr. 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2004) 327 final, p. 6, pt 10 (« le caractère onéreux du contrat en cause n'implique pas obligatoirement le versement direct d'un prix par le partenaire public, mais peut découler de toute autre forme de contre-prestation économique reçue par le partenaire privé ») ; Concl. de l'Avocat général Trstenjak précédant CJUE 19 déc. 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce e.a.*, C-159/11, non encore publié au recueil, pt 32.

l'observe l'Avocat général dans ses conclusions précédant l'arrêt, « l'absence de profit, à elle seule, ne fait pas de l'accord un accord passé à titre gratuit. ... [S]eule une interprétation large de la notion de "caractère onéreux" est à la mesure de la finalité des directives en matière de marchés publics, qui est d'ouvrir les marchés en vue de garantir une concurrence réelle. C'est ainsi seu-

lement qu'il est possible de garantir l'efficacité pratique de ces directives et d'empêcher que le droit des marchés publics ne soit contourné, par exemple en convenant d'autres formes de rétribution, qui ne permettent pas de reconnaître l'intention lucrative au premier regard, sous la forme de troc, ou de renonciation entre les parties à des créances réciproques »¹⁰.

2. Le contrôle conjoint dans la relation « in house »

(CJUE 29 novembre 2012, *Econord c/ Commune di Cagno e.a.*, C-182/11 et C-183/11, non encore publié au recueil, concl. M. P. Cruz Villalón ; D. Poupeau, *Contrat in house : La CJUE précise la notion de « contrôle analogue »*, AJDA 2012. 2300 ; F. Llorens, P. Soler-Couteaux, *Le in house sous la sellette*, CMP, 2013, n° 1, p.1-2 (repère 1) ; W. Zimmer, CMP, 2013, n° 1, p. 21-22, comm. 1 ; CP-ACCP, 2013, n° 129, p. 10 -11 ; Y. Simonnet, *Précision sur l'exercice conjoint du contrôle analogue sur le prestataire in house*, CP-ACCP, 2013, n° 129, p. 65-68 ; R. Williams, *Public-Public Cooperation : Teckal in practice*, PPLR, 2012, NA 1 ; S. Smith, *In-House Awards to Jointly Controlled Companies – Satisfying the Control Test : Econord SpA Cases C-182/11 and C-183/11*, PPLR, 2013, NA 32 ; S. Platon et S. Martin, *L'exception de coopération entre autorités publiques en droit européen de la commande publique*, AJDA 2012. 1138 [sur la tentative de codification de l'exception dans les propositions de directive 2011] ; C. Deves, *Le in house toujours en chantier*, CMP, 2013, n° 4, étude 4, p. 7-12 ; R. Noguellou, *L'exception in house : renforcement des exigences en matière de contrôle analogue*, Dr. administratif, 2013, n° 1, Alertes 1, p.3-2 ; A. Samson-Dye, *Irrégularité du recours à un contrat in house entre une SLPA et une collectivités très minoritaire*, AJDA 2013. 36 ; J.D. Dreyfus, *Resserrement des conditions de recours au contrat in house*, AJDA 2013. 178]

Mots clés | Notion de marché public – relation « in house » - contrôle conjoint

Lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, constituent ensemble une entité dotée de la personnalité juridique et chargée d'accomplir leur mission de service public ou lorsqu'une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie selon laquelle ces autorités, afin d'être dispensées de leur obligation d'engager une procédure de passation de marchés publics, doivent exercer conjointement sur cette entité un « contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres

services » est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité.

Un marché public est, d'après les directives applicables, un « contrat »¹. Il est assez généralement admis que l'existence d'un contrat présuppose qu'il y ait un échange de consentements entre deux personnes distinctes. Par conséquent, il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, un

(9) CJUE 19 déc. 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce e.a.*, C-159/11, non encore publié au recueil, pt 29.

(10) Pt 32 des concl. de l'Avocat général précédant l'arrêt C-159/11.

(1) Art. 1.2. a) de la directive 2004/18/CE ; art. 1.2. a) de la directive 2004/17/CE.

pouvoir adjudicateur et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de ce dernier ² – qui peut donc être un autre pouvoir adjudicateur. Le texte des directives le confirme expressément, puisqu'un « entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services » peut être une « entité publique » ³ ou une « entité adjudicatrice » ⁴.

En droit européen, la règle est donc l'application de la réglementation sur les marchés publics à tout rapport contractuel (à titre onéreux), y compris entre des autorités publiques juridiquement distinctes. Une règle similaire existe pour les concessions de services sur la base du droit primaire (art. 18, 49 et 56 TFUE - respectivement, ex-art. 12, 43 et 49 TCE) ⁵.

Une relation purement interne échappe donc logiquement au droit dérivé des marchés publics. Un rapport (organique, p.ex.) entre deux services ou départements de la même administration (aucun de ceux-ci ne disposant d'une personnalité juridique distincte) ne sera pas un marché public : il ne constitue pas un

contrat, puisqu'il n'y a juridiquement qu'une seule et même personne morale ⁶.

L'exception « in house » constitue une extension de la « relation purement interne », qui débouche sur une exception à l'application du droit dérivé (ou du droit primaire pour les autres contrats publics). Dans le cadre de l'exception « in house », la Cour de justice assimile un rapport entre un pouvoir adjudicateur et une personne juridiquement distincte de celui-ci à une relation interne audit pouvoir adjudicateur ; la réglementation des marchés publics est alors réputée ne pas s'appliquer, faute de contrat. Ceci revient à (feindre d') ignorer qu'il y a juridiquement deux personnes distinctes (ou plus). La Commission parle à ce propos de « coopération interne » ⁷.

Il faut pour cela que l'autorité publique « exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et que « cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les [autorités publiques] qui la détiennent » ⁸.

- (2) CJUE 18 nov. 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec., p. I-08121, pts 49 et 50 ; CJUE 13 janv. 2005, *Commission c/ Espagne*, C-84/03, pt 38 ; CJUE *Parking Brixen*, C-458/03, Rec., p. I-08585, pt 58 ; CJUE *Carbotermo*, 11 mai 2006, C-340/04, Rec., p. I-04137, pts 32 et 33 ; CJUE 10 avr. 2008, *Termoraggi*, C-323/07, Rec., p. I-00057, pt 18.
- (3) Art. 1.8 de la directive 2004/18/CE. Cette précision figurait déjà dans **certaines** des directives antérieures, à savoir celle sur les marchés publics de services dans les secteurs classiques (V. art. 1, c) de la Directive 92/50/CEE : « le « prestataire de services » est toute personne physique ou morale, y inclus un **organisme public**, qui offre des services ») et celle sur les marchés publics dans les secteurs spéciaux (V. art. 1, 6) de la directive 93/38/CEE : « on entend par... « soumissionnaire » : le fournisseur, l'entrepreneur ou le prestataire de services qui présente une offre et « candidats » : celui qui sollicite une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ; le prestataire de services peut être une personne physique ou morale, y inclus une **entité adjudicatrice** au sens de l'article 2 ») ; elle a été systématisée à l'ensemble des marchés publics dans le texte des directives actuelles dans la foulée de la jurisprudence de la Cour (CJUE 18 nov. 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec., p. I-08121 ; cet arrêt concernait un marché public de fournitures (V. pt 40 de l'arrêt)).
- (4) Art. 1.8 de la directive 2004/17/CE.
- (5) CJUE 7 déc. 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec., p. I-10745 ; CJUE 21 juill. 2005, *Coname*, C-231/03, Rec., p. I-07287 ; CJUE 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec., p. I-08585.
- (6) CJUE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec., p. I-00001, pt 48. V. également : CJUE 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec., p. I-08585, pt 61 ; CJUE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-08457, pt 48 ; CJUE *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, Rec., p. I-04747, pt 45 ; CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-08127, pt 57.
- (7) Commission européenne, Livre vert du 27 janv. 2011 sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performant, COM(2011) 15 final, p. 22.
- (8) Jurisprudence constante : CJUE *Teckal*, 18 nov. 1999, C-107/98, Rec., p. I-08121, pt 50 ; CJUE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec., p. I-00001, pt 49 ; CJUE 13 janv. 2005, *Commission c/ Espagne*, C-84/03, pt 38 ; CJUE 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec., p. I-08585, pts 58 et 62 ; CJUE 20 oct. 2005, *Commission c/ France*, C-264/03, pt 50 ; CJUE 10 nov. 2005, *Commission c/ Autriche*, C-29/04, pt 34 ; CJUE 12 janv. 2006, *ANAV*, C-410/04, Rec., p. I-03303, pt 24 ; CJUE 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, Rec., p. I-04137, pt 33 ; CJUE 18 janv. 2007, *Auroux e.a.*, C-220/05, Rec., p. I-385, pt 63 ; CJUE 19 avr. 2007, *Asemfo c/ Tragsa*, C-295/05, pt 55 ; CJUE 18 déc. 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, C-220/06, Rec., p. I-12175, pt 58 ; CJUE 8 avr. 2008, *Commission c/ Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec., p. I-02173, pt 36 ; CJUE 10 avr. 2008, *Termoraggi*, C-323/07, Rec., p. I-00057, pt 18 ; CJUE 17 juill. 2008, *Commission c/ Italie (Mantoue)*, C-371/05, Rec., p. I-00110, pt 22 ; CJUE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-08457, pt 26 ; CJUE 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, Rec., p. I-04747, pt 34 ; CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-08127, pt 36 ; CJUE 22 déc. 2010, *Mehiläinen et Terveystalo Healthcare*, C-215/09, Rec., p. I-013749, pt 32.

Ces deux conditions distinctes sont cumulatives : si l'une n'est pas remplie, cela dispense la Cour de vérifier si l'autre est satisfaite ⁹ et entraîne l'application du droit des marchés et contrats publics. Comme toute exception, celle du « in house » est d'interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement ¹⁰.

Les contours du contrôle analogue ont été discutés en doctrine et en jurisprudence. Dans un premier temps, la Cour a exigé que ce contrôle permette « au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite entité. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » ¹¹.

Il a fallu quelques années pour que la Cour de justice admette de manière

explicite que le contrôle analogue pouvait être conjoint (exercé par plusieurs pouvoirs adjudicateurs) ¹². Elle a précisé que : « la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » ¹³. Elle a par ailleurs refusé catégoriquement d'admettre un contrôle analogue lorsque l'actionnariat de la société adjudicataire n'est pas public à 100% ¹⁴. Autrement dit, la société adjudicataire qui est une société d'économie mixte ne sera jamais considérée comme étant soumise à un contrôle analogue ¹⁵. En principe, la présence d'opérateurs privés doit être vérifiée au moment de l'attribution ¹⁶, et dans des circonstances particulières, postérieurement à celle-ci ¹⁷, singulièrement en cas de fraude à la loi ¹⁸. La condition

- (9) V. CJUE 18 déc. 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, C-220/06, Rec., p. I-12175, pt 59 (condition de l'« essentiel de l'activité » non remplie, donc pas de vérification de la condition du contrôle analogue) ; CJUE 8 avr. 2008, *Commission c/ Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec., p. I-02173, pts 40 et 41 (absence de « contrôle analogue », donc pas de vérification de la condition de l'« essentiel de l'activité »).
- (10) CJUE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec., p. I-00001, pt 46 ; CJUE 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec., p. I-08585, pt 63 ; CJUE 12 janv. 2006, *ANAV*, C-410/04, Rec., p. I-03303, pt 26.
- (11) CJUE 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec., p. I-08585, pt 65 ; CJUE 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, Rec., p. I-04137, pt 36 ; CJUE 17 juill. 2008, *Commission c/ Italie (Mantoue)*, C-371/05, Rec., p. I-00110, pt 24 ; CJUE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-08457, pt 28 ; CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-08127, pt 65.
- (12) CJUE 19 avr. 2007, *Asemfo c/ Tragsa*, C-295/05, pts 56 à 61 (pouvoir adjudicateur ne détenant que 0,25% du capital de la société adjudicataire), confirmé par : CJUE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-08457, pt 53 ; CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-8127, pt 62.
- (13) CJUE *Carbotermo*, 11 mai 2001, C-340/04, Rec., p. I-04137, pt 37 ; CJUE 19 avr. 2007, *Asemfo c/ Tragsa*, C-295/05, pt 57 ; CJUE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-08457, pt 31 ; CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-08127, pt 45.
- (14) « La participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur concerné exclut, en tout état de cause, que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » ; CJUE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec., p. I-00001, pt 49 ; CJUE 10 nov. 2005, *Commission c/ Autriche*, C-29/04, pt 46 ; CJUE 12 janv. 2006, *ANAV*, C-410/04, Rec., p. I-03303, pt 31 ; CJUE 8 avr. 2008, *Commission c/ Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec., p. I-2173, pt 38 ; CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-8127, pt 46 ; CJUE 15 oct. 2009, *Acoset*, C-196/08, Rec., p. I-09913, pt 53 ; CJUE 22 déc. 2010, *Mehiläinen et Terveystalo Healthcare*, Rec., p. I-13749, C-215/09, pt 32. V. également : CJUE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-8457, pt 30 ; CJUE 21 juill. 2005, *Coname*, C-231/03, Rec., p. I-7287, pt 26.
- (15) « Il faut [...] relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente. En second lieu, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé [par les directives sur les marchés publics], dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents » : CJUE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec., p. I-1, pts 50 et 51 ; CJUE 10 nov. 2005, *Commission c/ Autriche*, C-29/04, pts 47 et 48. V. également CJUE 18 janv. 2007, *Auroux*, C-220/05, Rec., p. I-385, pt 64 ; CJUE 15 oct. 2009, *Acoset*, C-196/08, Rec., p. I-9913, pt 56. Dans le même sens : Concl. de l'Avocat général Kokott, précédant l'arrêt CJUE *Parking Brixen*, C-458/03, Rec., p. I-8585, pt 53.
- (16) CJUE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec., p. I-1, pos 15 et 52 ; CJUE 17 juill. 2008, *Commission c/ Italie (Mantoue)*, C-371/05, Rec., p. I-00110, pt 29 ; CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-08127, pt 47.

doit être remplie pendant toute la durée du contrat ¹⁹.

Les modalités concrètes du contrôle conjoint exigées par le droit européen restent imprécises. Si l'on peut déduire de la jurisprudence citée qu'il est indispensable de disposer d'une partie, même infime du capital social, qu'en est-il de la participation effective aux organes de direction ?

Dans les faits ayant conduit à l'arrêt *Coditel Brabant*, le conseil d'administration de la société Brutélé pouvait déléguer ses pouvoirs de gestion en faveur de « conseils de secteur ou de sous-secteur » composés de représentants des communes d'un même territoire, permettant ainsi à celles-ci de réduire la dilution de leur puissance de vote au niveau des décisions à prendre concernant « leur » réseau de télédistribution ²⁰. Les pouvoirs susceptibles d'être délégués dans ce cadre concernaient « les problèmes propres aux sous-secteurs, notamment les modalités d'application des tarifs, le programme des travaux et des investissements, le financement de ceux-ci, les campagnes publicitaires, et, d'autre part, les problèmes communs aux différents sous-secteurs constituant le secteur d'exploitation » ²¹.

Dans l'arrêt *Sea*, chaque collectivité actionnaire de la société Setco bénéficiait, indépendamment de sa taille ou du nombre d'actions Setco qu'elle détenait,

d'une voix au sein d'un « comité unitaire » ou d'un « comité technique » disposant d'un droit de veto sur certaines décisions de l'assemblée générale ou du conseil d'administration ²². À titre d'illustration, le comité unitaire avait notamment le pouvoir de nommer les membres du conseil d'administration ²³ et les décisions soumises à son contrôle portaient sur les budgets, bilans pluriannuels et annuels, sur la création de filiales et l'acquisition ou la vente de participations, même minoritaires, sur l'activation de nouveaux services ou la cessation des services existants, sur l'acquisition ou la vente d'immeubles et l'octroi de sûretés représentant un engagement financier de plus de 20% du patrimoine net résultant du dernier bilan approuvé et sur les directives en matière tarifaire ²⁴.

L'arrêt commenté s'inscrit dans le prolongement de ces deux arrêts.

En l'espèce, une société publique, ASPEM SpA, avait été constituée par plusieurs communes italiennes et s'était vu confier le service public de propreté urbaine de ses actionnaires. ASPEM était majoritairement contrôlée par la commune de Varese, qui détenait, au moment des faits un ensemble d'actions représentant 99,81% du capital ²⁵, les actions restantes étant réparties entre 36 autres communes. Ces communes minoritaires avaient cependant conclu avec la commune de Varese un pacte d'actionnaires leur conférant le droit d'être consultées

- (17) CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-8127, pt 47, renvoyant à CJUE 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec., p. I-08585, pts 67 et 72.
- (18) CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-8127, pt 48, renvoyant à CJUE 10 nov. 2005, *Commission c/ Autriche*, C-29/04, pts 38 à 41. Dans le même sens : CJUE 17 juill. 2008, *Commission c/ Italie (Mantoue)*, C-371/05, Rec., p. I-110, pt 30. L'arrêt *Commission c/ Autriche* (aff. 29/04) concernait un cas de fraude caractérisée à la réglementation des marchés publics : la société adjudicataire avait été créée à l'occasion de l'attribution du marché, son capital avait été ouvert à un opérateur privé un mois après l'attribution et la société n'était devenue opérationnelle que deux mois après l'ouverture du capital (V. C-29/04, pts 6 à 11).
- (19) CJUE 12 janv. 2006, *ANAV*, C-410/04, Rec., p. I-3303, pt 30, renvoyant à CJUE 10 nov. 2005, *Commission c/ Autriche*, C-29/04, pt 48.
- (20) CJUE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-8457, pts 17 et 40.
- (21) *Idem*, C-324/07, pt 17.
- (22) CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-8127, pts 82 à 85.
- (23) *Idem*, C-573/07, pt 16.
- (24) *Idem*, C-573/07, pt 18.
- (25) Selon l'exposé des faits (pt 11 de l'arrêt C-182/11 et C-183/11), la commune de Varese détenait 173 467 des 173 785 actions ASPEM. Le solde (318 actions) était aux mains des 36 autres communes.

pour certaines décisions, ainsi que celui de désigner ensemble l'un des commissaires aux comptes et un membre du conseil d'administration. Deux communes minoritaires avaient estimé que, dans ces conditions, elles pouvaient se prévaloir d'une relation « in house » et attribuer à ASPEM une mission de service public de propreté urbaine sans organiser une procédure de passation. Un opérateur économique, la société Econord, contestait cette dernière attribution devant la juridiction italienne compétente.

La question préjudicielle était posée en des termes précis : « le principe selon lequel la situation individuelle de chaque collectivité publique associée à la société ad hoc est sans incidence, doit-il s'appliquer également dans le cas où, comme en l'espèce, une des communes associées possède une seule action de la société ad hoc et où les pactes d'actionnaires conclus entre les collectivités publiques ne sont pas propres à conférer le moindre contrôle effectif de la société à la commune participante, de sorte que la participation à la société peut être considérée comme le simple cadre formel d'un contrat de prestation de services ? » ²⁶.

L'Avocat général Cruz Villalon apporta une réponse très restrictive à cette question, en estimant que, dans les circonstances de l'espèce, le pacte d'actionnaires ne conférait pas aux associés minoritaires le moindre contrôle effectif sur la société ASPEM ²⁷. Il épinglait notamment que la concertation des 36 actionnaires minoritaires ne pouvait réellement influencer la gestion de la société ²⁸. L'Avocat général considérait que la participation de chaque commune actionnaire de cette société aux organes de direction devait se traduire par une participation – à l'adoption des décisions

importantes – proportionnelle au poids de chaque entité, ce poids pouvant être évalué sur base de critères « tels que le budget de la collectivité, sa population ou ses besoins en relation avec le service géré » par la société commune ²⁹.

L'Avocat général ne fut pas suivi par la Cour de justice qui adopta une interprétation plus souple au départ de sa jurisprudence antérieure : chaque autorité doit participer au contrôle, ce dernier ne pouvant être détenu par l'actionnaire majoritaire seul, sous peine de violer la notion de contrôle conjoint ³⁰. La Cour expliqua que ne pas exiger un contrôle réellement conjoint « ouvrirait ... la voie au contournement de l'application des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ou de concessions de services, dès lors qu'une affiliation purement formelle à une telle entité ou à un organe commun assurant la direction de celle-ci dispenserait ce pouvoir adjudicateur de l'obligation d'engager une procédure d'appel d'offres selon les règles de l'Union, alors même que ce dernier ne prendrait aucunement part à l'exercice du "contrôle analogue" sur cette entité » ³¹.

En réponse à la question posée, la Cour indiqua donc que : « lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, établissent en commun une entité chargée d'accomplir leur mission de service public ou lorsqu'une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie par la jurisprudence de la Cour selon laquelle ces autorités, afin d'être dispensées de leur obligation d'engager une procédure de passation de marchés publics selon les règles du droit de l'Union, doivent exercer conjointement sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services est rem-

(26) Pt 18 de l'arrêt C-182/11 et C-183/11.

(27) Pt 63 des concl. de l'Avocat général Cruz Villalon, précédant l'arrêt C-182/11 et C-183/11.

(28) Pts 52-55 des concl. de l'Avocat général Cruz Villalon, précédant l'arrêt C-182/11 et C-183/11.

(29) Pt 64 des concl. de l'Avocat général Cruz Villalon citées à la note précédente.

(30) Pt 30 de l'arrêt C-182/11 et C-183/11.

(31) Pt 32 de l'arrêt C-182/11 et C-183/11.

plie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité »³².

L'arrêt *Econord* donne dès lors une précision importante compte tenu des termes de la question³³, puisqu'elle semble indiquer que peu importe les modalités précises de la participation au capital et de la participation aux organes de direction, la combinaison de ces deux éléments suffit à établir l'existence du contrôle analogue.

Elle semble donc ne pas devoir prendre en considération toutes les questions susceptibles d'être soulevées par le cas d'espèce. Par exemple, à supposer que la désignation d'un administrateur par 36 communes ne leur permette pas réellement de « participer » à l'organe de gestion ou de direction de la société commune (point que l'arrêt ne tranche pas, au demeurant³⁴), faut-il nécessairement que chaque commune soit représentée par « son » administrateur ou bien peut-on admettre qu'un même administrateur représente plusieurs communes ? Dans ce dernier cas, quel est le nombre maximum de communes qu'un administrateur peut représenter ? Par ailleurs, et indépendamment

du cas d'espèce, une représentation symbolique au sein de l'organe de gestion (par ex., 1 siège sur 10) suffit-elle ou faut-il disposer au moins d'une minorité de blocage ? Si les actionnaires minoritaires (même représentés au sein de l'organe de gestion³⁵) ne détiennent pas de contrôle analogue, ne risque-t-on pas de voir se mettre en place des structures intégrant un ou plusieurs actionnaires minoritaires de façade, servant à accréditer le fait que les autres constituent une majorité (détendant donc un contrôle analogue) ? Plus fondamentalement encore, comment distinguer les actionnaires « minoritaires » représentés au sein de l'organe de gestion mais ne disposant pas de contrôle analogue³⁶, des actionnaires majoritaires, sachant que – étant tous par hypothèse pouvoirs publics³⁷ – ils n'ont cependant pas tous des intérêts convergents ?

On se souviendra encore que dans l'arrêt *Asemfo*, quatre entités publiques se partageaient 1% du capital de la société publique commune, élément de fait qui avait été jugé suffisant par la Cour de justice pour conclure à l'existence d'un contrôle analogue³⁸. L'arrêt *Econord* semble confirmer cette interprétation conciliante du contrôle analogue.

(32) Pt 33 de l'arrêt C-182/11 et C-183/11.

(33) Pour rappel, la question posée était la suivante : « [Le] principe selon lequel la situation individuelle de chaque collectivité publique associée à la société *ad hoc* est sans incidence doit-il s'appliquer également dans le cas où, comme en l'espèce, une des communes associées possède une seule action de la société *ad hoc* et où les pactes d'actionnaires conclus entre les collectivités publiques ne sont pas propres à conférer le moindre contrôle effectif de la société à la commune participante, de sorte que la participation à la société peut être considérée comme le simple cadre formel d'un contrat de prestation de services ? ».

(34) En vertu du pacte d'actionnaires litigieux, les communes minoritaires disposaient du droit de désigner ensemble un administrateur et étaient donc, sous cet angle, représentées au sein de l'organe de gestion de la société commune. Le point étant laissé aux juridictions nationales, on peut redouter des divergences d'interprétation d'un État membre à l'autre sur cette question.

(35) C'est-à-dire les actionnaires que ne sont représentés que par une minorité d'administrateurs au sein de l'organe de gestion.

(36) V. la note précédente.

(37) Puisque « la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur concerné exclut, en tout état de cause, que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » (CJUE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec., p. I-1, pt 49 ; CJUE 10 nov. 2005, *Commission c/ Autriche*, C-29/04, Rec., p. I-09705, pt 46 ; CJUE 12 janv. 2006, *ANAV*, C-410/04, Rec., p. I-3303, pt 31 ; CJUE 8 avr. 2008, *Commission c/ Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec., p. I-2173, pt 38 ; CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-8127, pt 46 ; CJUE 15 oct. 2009, *Acosef*, C-196/08, Rec., p. I-9913, pt 53 ; CJUE 22 déc. 2010, *Mehiläinen et Terveystalo Healthcare*, C-215/09, Rec., p. I-13749, pt 32. V. également : CJUE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-8457, pt 30 ; CJUE 21 juill. 2005, *Coname*, C-231/03, Rec., p. I-7287, pt 26).

(38) CJUE 19 avr. 2007, *Asemfo*, C-295/05, Rec., p. I-2999, pts 57-61 (L'arrêt ne souffle mot de la représentation des quatre pouvoirs publics minoritaires dans les organes de gestion). Sur la participation au capital très réduite, V. également : CJUE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-8457, pts 52-53 ; CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-8127, pts 61-63.

3. La coopération horizontale

[CJUE 19 décembre 2012, gr. ch., *Azienda Sanitaria Locale di Lecce c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, non encore publié au recueil, concl. V. Trstenjak ; D. Poupeau, La CJUE affine sa jurisprudence sur les contrats entre personnes publiques, AJDA 2012. 2407 ; CMP, 2013. Comm. 64, note, W. Zimmer ; CP-ACCP, 2013, n° 129, p. 11-12.]

Mots clés : Notion de marché public - La relation *in house* - Coopération horizontale.

Le droit de l'Union en matière de marchés publics s'oppose à une réglementation nationale qui autorise la conclusion, sans appel à la concurrence, d'un contrat par lequel des entités publiques instituent entre elles une coopération lorsqu'un tel contrat n'a pas pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ces entités, qu'il n'est pas exclusivement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ou qu'il est de nature à placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

L'arrêt commenté pose la question de savoir si la solution de la coopération horizontale retenue par l'arrêt *Commission c/ Allemagne* dans le cadre d'une coopération intercommunale peut être étendue à l'hypothèse d'une coopération entre une université et un organisme de droit public, dans le contexte factuel et juridique repris ci-dessous.

La coopération horizontale constitue une exception au principe d'application du droit européen aux relations contractuelles entre pouvoir adjudicateur, distincte de la relation *in house*¹.

La Cour de justice a fondé l'exception de la relation *in house* (ou quasi interne) sur la liberté qu'a le pouvoir adjudicateur « d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être [obligé] de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services »². La Cour a ajouté une précision à propos de cette formule répétée à plusieurs reprises : « Cette possibilité pour les autorités publiques de recourir à leurs propres moyens pour accomplir leurs missions de service public peut être exercée en collaboration avec d'autres autorités publiques »³. Cet ajout – initialement destiné à justifier le contrôle conjoint dans le cadre de l'exception « *in house* » – a été repris par la suite dans un tout autre contexte : celui de la coopération horizontale. En effet, dans l'arrêt *Commission c/ Allemagne* précité, après avoir constaté que les conditions de l'exception « *in house* » n'étaient pas remplies⁴, la Cour de justice a bel et bien consacré une nouvelle exception à l'application du droit des marchés et contrats publics en cas de rapport entre une autorité publique et une personne juridique distincte de celle-ci⁵. La Commission parle à ce propos de « coopération horizontale »⁶.

(1) V. le commentaire ss le pt 2 qui précise cette notion.

(2) CJUE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec., p. I-1, pt 48. V. également : CJUE 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec., p. I-08585, pt 61 ; CJUE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-08457, pt 48 ; CJUE 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, Rec., p. I-04747, pt 45 ; CJUE 10 sept. 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-8127, pt 57.

(3) CJUE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-08457, pt 49.

(4) CJUE 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, Rec., p. I-04747, pt 36.

(5) Pour une même présentation autonome de cette exception, par rapport à l'exception de l'*in house*, V. concl. de l'Avocat général Trstenjak, précédant l'arrêt commenté, C-159/11, pts 58 à 65.

(6) Commission européenne, Livre vert du 27 janv. 2011 sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performant, COM(2011) 15 final, p. 22.

Dans l'arrêt *Commission c/ Allemagne*, la ville de Hambourg et quatre *Landkreise* allemandes (circonscriptions administratives) voisines avaient conclu un contrat relatif à l'élimination de leurs déchets. Par ce contrat d'une durée de 20 ans, la ville de Hambourg mettait à disposition des *Landkreise* une partie de la capacité d'une usine de valorisation thermique de déchets. Les *Landkreise* s'engageaient pour leur part à verser une rémunération annuelle à la ville de Hambourg en échange de ce service. Aucune procédure de passation de marché n'avait été suivie pour la conclusion du contrat ⁷.

La Commission estimait qu'une telle procédure aurait dû être suivie. Son recours portait sur le contrat conclu entre la ville de Hambourg et les quatre *Landkreise*, mais non sur le contrat conclu entre la ville de Hambourg et l'exploitant de l'usine de valorisation thermique des déchets ⁸.

La Cour de justice constata d'abord qu'aucun des quatre *Landkreise* n'exerçait un contrôle analogue sur la ville de Hambourg ni sur l'exploitant de l'usine de valorisation ⁹, laissant par là clairement entendre que les conditions de l'exception « in house » n'étaient pas remplies en l'espèce. Elle souligna cependant que le contrat litigieux présentait plusieurs spécificités ¹⁰, dont la principale était qu'il instaurait une « coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières, à savoir l'élimination de déchets », cette mission s'inscrivant d'ailleurs dans le cadre de la mise en œuvre d'une direc-

tive imposant aux États membres de prévoir des mesures pour encourager la rationalisation du traitement des déchets ¹¹.

La Cour de justice avait encore souligné « que le contrat litigieux constitue tant le fondement que le cadre juridique pour la construction et l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'un service public, à savoir la valorisation thermique des déchets. Ledit contrat n'a été conclu que par des autorités publiques, sans la participation d'une partie privée, et il ne prévoit ni ne préjuge la passation des marchés éventuellement nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'installation de traitement des déchets » ¹². Il ne pouvait dès lors être qualifié de marché public.

Elle était parvenue à cette conclusion en remarquant que, puisqu'un pouvoir public peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, y compris « en collaboration avec d'autres autorités publiques » ¹³, la Commission aurait admis la non-application du droit des marchés publics si la coopération litigieuse « s'était traduite par la création d'un organisme de droit public que les différentes collectivités concernées auraient chargé d'accomplir la mission d'intérêt général d'élimination des déchets » ¹⁴. Observant alors que « le droit européen n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs mission de service public, de recourir à une forme juridique particulière » ¹⁵, la Cour nota que la coopération litigieuse ne portait pas atteinte à la libre circulation ni au principe de la concurrence non faussée ni au principe d'égalité de traitement, « dès lors que la

(7) CJUE 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, Rec., p. I-04747, pts 4 à 6.

(8) *Idem*, C-480/06, pt 31.

(9) *Idem*, C-480/06, pt 36. Dans le même sens : concl. de l'Avocat général Mazak précédant l'arrêt, pt 47.

(10) *Idem*, C-480/06, pts 37 à 43.

(11) *Idem*, C-480/06, pt 37.

(12) *Idem*, C-480/06, pt 44.

(13) *Idem*, C-480/06, pt 45.

(14) *Idem*, C-480/06, pt 46.

(15) *Idem*, C-480/06, pt 47.

mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public et que le principe d'égalité de traitement des intéressés visé par la directive 92/50 est garanti, de sorte qu'aucune entreprise privée n'est placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents »¹⁶. Elle observa enfin qu'aucun élément du dossier ne tendait à démontrer que la coopération litigieuse constituait « un montage destiné à contourner les règles en matière de marchés publics »¹⁷, pour juger qu'une procédure de marché public pouvait ne pas être suivie et rejeter le recours en manquement de la Commission¹⁸.

L'arrêt commenté s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt *Commission c/ Allemagne*, compte tenu du système de défense adopté par l'ASL di Lecce, une administration décentralisée italienne. Cette dernière faisait en effet face à un recours introduit par une série d'associations d'ingénieurs et d'architectes, à l'encontre d'un accord conclu entre l'ASL di Lecce et une université publique. Cet accord portait sur l'exécution, à titre onéreux, d'activités d'études et d'évaluation de la vulnérabilité sismique des structures hospitalières de la province de Lecce. Lesdites associations d'ingénieurs et d'architectes faisaient grief à l'ASL di Lecce d'avoir attribué le marché sans procédure de marchés publics. L'ASL di Lecce objectait que l'accord relevait du domaine de la coopération horizontale entre pouvoirs publics.

Après avoir conclu à l'existence d'un marché public en se fondant sur le caractère onéreux de la relation contrac-

tuelle entre l'ASL di Lecce et l'université (cf. ci-dessus), la Cour observa que la relation « in house » ne pouvait être admise en l'espèce, l'ASL n'exerçant pas de contrôle analogue sur l'université.

La Cour vérifia ensuite si les conditions de la coopération horizontale étaient en l'espèce remplies¹⁹, lesquelles requièrent que le contrat conclu l'ait été – comme en matière de relation *in house* – « exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée », mais aussi « qu'aucun prestataire privé ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents et que la coopération qu'ils instaurent soit uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public »²⁰.

À juste titre, la Cour jugea que l'objet de la coopération en cause ne paraissait pas être la mise en œuvre d'une mission de service public commune à l'ASL et à l'université²¹. De manière plus contestable, la Cour observa que le contrat en cause « pourrait conduire à favoriser des entreprises privées si les collaborateurs extérieurs hautement qualifiés auxquels il autorise l'université à recourir pour la réalisation de certaines prestations englobent des prestataires privés »²², perdant de vue que l'université publique était un pouvoir adjudicateur au sens du droit dérivé des marchés publics. En d'autres termes, si l'université souhaitait recourir à des collaborateurs extérieurs, elle était tenue de désigner ceux-ci au terme d'une procédure de passation de marché public (de services) et ne pouvait donc en réalité favoriser aucune entreprise privée.

(16) *Idem*, C-480/06, pt 47.

(17) *Idem*, C-480/06, pt 48.

(18) *Idem*, C-480/06, pt 49.

(19) Pt 34 de l'arrêt C-159/11, se référant à l'arrêt du 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, Rec., p. I-4747, pt 37.

(20) Pt 35 de l'arrêt C-159/11, renvoyant à CJUE 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, Rec., p. I-04747, pts 44 et 47.

(21) Pt 37 de l'arrêt C-159/11.

(22) Pt 38 de l'arrêt C-159/11.

4. Marchés publics de défense

(CJUE 7 juin 2012, *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*, C-615/10, non encore publié au recueil, concl. Av. gén. J. Kokott ; Europe, 2012, août-septembre, p. 34 ; ACCP, 2012, n° 119, p.12 ; CP-ACCP, 2012, n° 124, p. 12 ; M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, Marchés publics in Chronique de jurisprudence de la CJUE, AJDA 2012. 1578 ; W. ZIMMER, CMP, 2012, n° 10, p. 29-30, comm. 273 ; P. Pintat et E. Rassay, Interprétation de la notion de « produit destiné à des fins spécifiquement militaires », CP-ACCP, 2012, n° 126, p. 80-82 ; S. Smith, Defence purchasing of material that has both military and civilian applications – Tilttable turntables in Finland – Case C-615/10, PPLR, 2012, NA 245.)

Mots clés | Marchés publics de fournitures acquises à des fins militaires (dual use) – Liste du Conseil de 1958.

Un État membre ne peut faire échapper aux procédures de passation prévues par la directive 2004/18/CE un marché public relatif à l'acquisition d'un matériel qui, bien que destiné à des fins spécifiquement militaires, présente également des possibilités d'applications civiles essentiellement similaires. Il ne peut en aller autrement qu'à la condition que ce matériel, par ses caractéristiques propres, puisse être regardé comme spécialement conçu et développé, y compris en conséquence de modifications substantielles, à des fins spécifiquement militaires.

Comme le rappelle l'Avocat général Kokott dans ses conclusions précédant l'arrêt commenté ¹, les conditions dans lesquelles les États membres sont autorisés à déroger aux règles du droit de l'Union pour les besoins de leur défense et de leurs forces armées suscitent des contentieux divers ².

La Cour de justice précise dans l'arrêt commenté la portée de l'article 10 de la directive 2004/18/CE tel qu'il était libellé avant sa modification par la directive 2009/81/CE ^{3/4}. Cet article prévoyait que la directive 2004/18/CE ne s'appliquait pas aux marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, sous réserve de l'article 296 TCE (actuel art. 346 TFUE) – lequel laisse à chaque État membre la possibilité de prendre des mesures qu'il estime nécessaires « à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires ». Une décision n° 255/58 du Conseil du 15 avril 1958 ⁵ établit une liste reprenant les produits

(1) Pt 1 des concl. précédant l'arrêt C-615/10.

(2) L'Avocat général cite à titre d'exemple la jurisprudence sur l'accès des femmes à l'emploi dans les forces armées des États membres (CJUE 26 oct. 1999, *Sirdar*, C-273/97, Rec., p. I-7403 ; CJUE 11 janv. 2000, *Kreil*, C-285/98, Rec. p. I-69) ; celle sur les obligations militaires pour les hommes (CJUE 16 sept. 1999, *Commission c/ Espagne*, C-414/97, Rec., p. I-5585) et celle sur le traitement douanier des biens d'équipement militaires (CJUE 15 déc. 2009, *Commission c/ Finlande*, C-284/05, Rec., p. I-11705 ; CJUE 15 déc. 2009, *Commission c/ Suède*, C-294/05, Rec., p. I-11777 ; CJUE 15 déc. 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-372/05, Rec., p. I-11801 ; CJUE 15 déc. 2009, *Commission c/ Italie*, C-387/05, Rec., p. I-11831, CJUE 15 déc. 2009, *Commission c/ Grèce*, C-409/05, Rec., p. I-11859 ; CJUE 15 déc. 2009, *Commission c/ Danemark*, C-461/05, Rec., p. I-11887 ; CJUE 15 déc. 2009, *Commission c/ Italie*, C-239/06, Rec., p. I-11913 ; CJUE 4 mars 2010, *Commission c/ Portugal*, C-38/06, Rec., p. I-1569).

(3) Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (JOUE 2009 L 216, p. 76).

(4) La version modifiée de l'art. 10 n'est entrée en vigueur que le 21 août 2009 et devait être transposée par les États membres pour le 21 août 2011 (V. art. 72, § 1, et 74 de la directive 2009/81/CE). Les faits soumis à la Cour étaient antérieurs à cette date.

auxquels peut s'appliquer le principe rappelé ci-dessus. Figurent notamment dans cette liste de 1958, le « matériel électronique pour l'usage militaire » (pt 11), les « parties et pièces spécialisées du matériel repris dans la présente liste pour autant qu'elles ont un caractère militaire » (pt 14) et les « machines, équipement et outillage exclusivement conçus pour l'étude, la fabrication, l'essai et le contrôle des armes, munitions et engins à usage uniquement militaire repris dans la présente liste » (pt 15).

Les faits ayant donné lieu à l'arrêt commenté peuvent être résumés comme suit. En 2008, l'armée finlandaise avait lancé un appel d'offres portant sur un système de plateforme tournante destiné à effectuer des mesures électromagnétiques, pouvant servir à des simulations de combats, sans respecter les règles de publicité de la directive 2004/18/CE. Une société évincée dans le cadre de cette procédure de passation soutenait que celle-ci violait le droit dérivé des marchés publics, la plateforme tournante étant, selon elle, reconnue comme une innovation technique dans l'industrie civile et ne constituant donc pas un matériel militaire ⁶. L'armée finlandaise soutenait, au contraire, que le système de plateforme tournante avait été acquis « à des fins spécifiquement militaires et qu'il était destiné en particulier à simuler des situations de combat » ⁷.

Le point de départ du raisonnement de la Cour de justice est classique. Elle rappelle qu'il est de jurisprudence constante que les dérogations aux libertés fondamentales doivent faire l'objet d'une interprétation stricte ⁸, d'une part, et qu'un pouvoir adjudicateur ne peut invoquer l'article 296, paragraphe 1, sous b), TCE (actuel art. 346.1, b) TFUE) pour justifier une mesure dérogatoire lors de l'achat d'un matériel qui a une vocation civile certaine et une finalité militaire éventuelle ⁹, d'autre part.

L'Avocat général Kokott avait observé à ce propos de ce second aspect que : « L'application de l'article 296, paragraphe 1^{er}, sous b), CE [actuel art. 346.1, b) TFUE] suppose qu'il s'agisse d'un matériel qui, au-delà du simple fait qu'il se prête éventuellement à un usage militaire, a une destination spécifiquement militaire, et ce d'un point de vue tant subjectif qu'objectif. Ainsi, faut-il que l'objet en cause soit destiné à des fins spécifiquement militaires non seulement en raison de son application concrète, déterminée par le pouvoir adjudicateur ¹⁰ (donc d'un point de vue subjectif), mais aussi de par sa conception et ses propriétés ¹¹ (donc d'un point de vue objectif) ». La Cour reprit cette observation à son compte ¹².

Selon la Cour, les termes « pour l'usage militaire » utilisés au point 11 de la liste de 1958 ainsi que les termes « pour

(5) L'Avocat général Kokott rappelle que cette « décision n'a pas été publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes. Elle est cependant reproduite par extraits dans le document n° 14538/4/08 du Conseil, accessible au public sur le site Internet du Conseil à l'adresse <http://register.europa.consilium.eu...> De plus, le contenu de ladite liste a été repris dans une réponse de la Commission à la question d'un membre du Parlement européen (réponse du 27 sept. 2001 à la question écrite E-1324/01 du député Bart Staes – JO C 364 E, p. 85) » (nbp n° 8 des concl. de l'Avocat général précédant l'arrêt C-615/10).

(6) Pt 19 de l'arrêt C-615/10.

(7) Pt 20 de l'arrêt C-615/10.

(8) Pt 35 de l'arrêt C-615/10, qui renvoie à CJUE 15 déc. 2009, *Commission c/ Finlande*, C-284/05, Rec., p. I-11705, pts 46-47.

(9) Pt 39 de l'arrêt C-615/10, qui renvoie à CJUE 8 avr. 2008, *Commission c/ Italie*, C-337/05, Rec. p. I-2173, pts 48-49.

(10) CJUE 8 avr. 2008, *Commission c/ Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec. p. I-2173, pts 48 et 49.

(11) L'Avocat général fait ici référence au dixième considérant de la directive 2009/81, selon lequel la liste de 1958 « ne comprend que les équipements qui sont conçus, développés et produits à des fins spécifiquement militaires ». Elle se réfère aussi à la Communication interprétative de la Commission du 7 déc. 2006 sur l'application de l'art. 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense (COM(2006) 779 final, section 3), où il est question d'équipements « de nature et destinés à des fins purement militaires » (nbp n° 31 des concl. de l'Avocat général Kokott précédant l'arrêt C-615/10).

(12) Pt 40 de l'arrêt C-615/10.

autant qu'elles ont un caractère militaire » et « exclusivement conçus » employés aux points 14 et 15 de la même liste, « indiquent que les produits visés à ces points doivent présenter objectivement un caractère spécifiquement militaire »¹³. La Cour vit une confirmation de cette analyse dans le dixième considérant de la directive 2009/81/CE où « le législateur de l'Union a précisé que les termes "équipement militaire" au sens de cette directive devraient couvrir les produits qui, bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ont ensuite été adaptés à des fins militaires pour pouvoir être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre »¹⁴.

La Cour jugea que si, *a priori*, le système de plateforme tournante en cause au principal est censé, selon les informations fournies, constituer un équipement militaire¹⁵, encore faut-il établir pour être considéré comme destiné spécifi-

quement à des fins militaires au sens de l'actuel article 346.1, b) TFUE) que ledit système, « par ses caractéristiques propres, peut être regardé comme spécialement conçu et développé, y compris en conséquence de modifications substantielles, à de telles fins, ce qu'il appartient également à la juridiction de renvoi de vérifier »¹⁶.

Enfin la Cour acheva son raisonnement en rappelant qu'il ne suffit pas d'établir que le matériel est destiné à des fins spécifiquement militaires, mais qu'il faut également vérifier si l'État membre qui invoque le bénéfice de l'actuel article 346 TFUE « peut démontrer la nécessité de recourir à la dérogation prévue à ladite disposition dans le but de protéger les intérêts essentiels de sa sécurité, et si le besoin de protéger ces intérêts essentiels n'aurait pas pu être atteint dans le cadre d'une mise en concurrence, telle que prévue par la directive 2004/18 »¹⁷.

5. L'extension du marché public de services d'architecture

(CJUE 15 mars 2012, *Commission c/ Allemagne*, C-574/10, non encore publié au recueil ; Europe, 2012, mai, p. 26 ; CP-ACCP, 2012, n° 121, p. 14 ; W. Zimmer, CMP, 2012, n° 5, p. 17-19, comm. 144 ; A. Brown, The Court of Justice rules that a series of contracts for architectural services constituted a single procurement for the purpose of the financial thresholds of Directive 2004/18 : *Commission v Germany* (C-574/10), PPLR, 2012, NA 160 ; M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, Marchés publics de services *in* Chronique de jurisprudence de la CJUE, AJDA 2012. 1002)

Mots clés | Interprétation fonctionnelle de marché public de services d'architecture-ouvrage

Des services dont la prestation a été effectuée en différentes phases doivent être considérés comme formant un marché unique eu égard au caractère unitaire de leur fonction économique et tech-

nique, la Cour étendant au marché public de services d'architecture, la notion d'« ouvrage présentant une unité fonctionnelle et économique », élément de la définition du marché public de travaux.

(13) Pt 41 de l'arrêt C-615/10.

(14) Pt 42 de l'arrêt C-615/10.

(15) Pt 43 de l'arrêt C-615/10, élément que la Cour de Justice invite la juridiction nationale à vérifier.

(16) Pt 44 de l'arrêt C-615/10.

(17) Pt 45 de l'arrêt C-615/10, qui renvoie à CJUE, 15 déc. 2009, *Commission c/ Finlande*, C-284/05, Rec., p. I-11705, pt 49 et à CJUE, 8 avr. 2008, *Commission c/ Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec., p. I-2173, pt 53.

L'ouvrage est défini par la directive 2004/18/CE comme « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique et technique »¹. La notion d'ouvrage constitue un élément de la définition des marchés de travaux qui vise à empêcher la *scission artificielle* des marchés. La scission est susceptible d'entraîner une diminution du montant du marché, qui pourrait alors échapper aux mesures de publicité européennes en dépit de *l'unité technique ou fonctionnelle* des prestations envisagées. Le calcul de la valeur du marché de travaux doit, dans cette perspective, tenir compte de la valeur totale de l'ouvrage. Si l'objectif poursuivi est aisément compréhensible, l'application de la notion suscite quelques difficultés et peut laisser les praticiens perplexes.

La notion d'ouvrage a été précisée pour la première fois par la Cour de justice à l'occasion de la procédure de passation de marchés lancée par le syndicat départemental d'électrification de la Vendée², en vue de l'attribution de travaux d'électrification et d'éclairage public. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'un réseau de distribution d'électricité et un réseau d'éclairage public ont des fonctions économiques et techniques différentes, notamment parce que, dans le premier, le bénéficiaire qui paye la prestation est le consommateur individuel final, alors que, dans le second, le paiement de la prestation est assuré par l'autorité publique. Dans une autre affaire, la qualification d'ouvrage dépendait de la question de savoir si plusieurs tronçons d'autoroute faisant l'objet de différentes concessions de travaux devaient être considérés comme ayant une même fonction économique et/ou une même

fonction technique³. La Cour jugea que « pour que le résultat des travaux puisse être qualifié d'ouvrage [au sens du droit dérivé des marchés publics], il suffit que soit remplie l'une des deux fonctions »⁴. Dans l'arrêt *Auroux*⁵, la notion fut abordée dans le cadre de la qualification d'un « contrat de développement » conclu entre la ville de Roanne et un promoteur immobilier (semi-public) ayant pour objet la réalisation de différents travaux (construction d'un pôle de loisir, avec acquisition de terrains, conception et recherche de financement, infrastructures diverses dont un parking public). Ce contrat fut considéré comme remplissant une fonction économique.

L'arrêt *Commission c/ Allemagne* commenté ici s'inscrit dans le prolongement de cette jurisprudence.

Les faits sont relativement simples. Une municipalité allemande avait décidé de rénover un bâtiment polyvalent lui appartenant et utilisé en tant que salle de sports et de spectacles. Pour ce faire, elle avait successivement attribué à un même bureau d'architecture trois marchés publics de services distincts, se situant individuellement sous les seuils européens mais globalement au-dessus de ceux-ci : le premier marché visait à établir un état des lieux et une estimation du coût de la rénovation ; le second marché avait trait à une mission de conception de la rénovation ; le troisième marché avait pour objet une mission de suivi des travaux de rénovation.

La Commission soutenait que la rénovation structurelle du bâtiment polyvalent constituait un marché unique de travaux et qu'il en résultait une forte présomption que les services d'architecture y

- (1) Art. 1^{er}, § 2, b) de la directive 2004/18/CE.
 (2) CJUE 5 oct. 2000, *Commission c/ France*, C-16/98, Rec., p. I-8315. V. À ce propos les obs. de A. Brown, PPLR, 2001, NA 24-26.
 (3) CJUE 27 oct. 2005, *Commission c/ Italie*, C-187/04 et C-188/04, non publié au recueil mais consultable sur le site EUR-Lex. V. également JOUE 2006 C 36, p. 11.
 (4) Arrêt C-187/04 et C-188/04, préc., pt 29.
 (5) CJUE 18 janv. 2007, C-220/05, *Auroux e.a.*, Rec., p. I-385, pts 28-42.

relatifs devaient être considérés comme un marché unique dans la mesure où leur contenu était déterminé par l'objet du marché de travaux ⁶. L'Allemagne contestait l'analyse de la Commission, et justifiait le mode opératoire choisi par des raisons de planifications budgétaires des travaux de rénovation qui devaient s'étaler sur plusieurs exercices ⁷.

La Cour ne suivit pas la défense de l'Allemagne. Elle fit observer que « l'article 9, paragraphes 1^{er} et 3, de la Directive 2004/18/CE prévoit, d'une part, que le calcul du seuil est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur et que, d'autre part, aucun projet d'ouvrage ni aucun projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures et/ou de services ne peut être scindé en vue de le soustraire à l'application de cette directive » ⁸. Elle retint le caractère unitaire d'un point de vue fonctionnel et économique des

travaux de rénovation dans le cas d'espèce ⁹ et le principe de l'interprétation fonctionnelle du droit dérivé classiquement mis en œuvre dans sa jurisprudence ¹⁰, pour écarter les objections de l'Allemagne. Elle en conclut que le marché litigieux (en réalité, ils étaient trois, comme on l'a vu ci-dessus) était bien un unique « marché de services d'architecture, attribué par un seul pouvoir adjudicateur, concernant ... un seul et même bâtiment » et comportant des tâches usuelles de conception et de suivi d'exécution ¹¹. Les prestations fournies dans ce cadre présentaient « une cohérence interne d'un point de vue économique et technique ainsi qu'une continuité fonctionnelle, cohérence et continuité qui ne sauraient être considérées comme rompues en raison du fait que lesdites prestations ont été divisées en différentes phases, suivant le rythme d'exécution des travaux auxquels elles se rapportaient » ¹².

6. Précisions relatives à la faute grave en matière professionnelle

[CJUE 13 décembre 2012, *Forposta e.a. c/ Poczta Polska SA*, C-465/11, non encore publié au recueil ; CP-ACCP, n° 129, p.12]

Mots clés | Passation – Exclusion – Faute grave en matière professionnelle – Système de qualification

La notion de «faute en matière professionnelle» couvre tout comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur en cause. Toutefois, la notion de « faute grave » doit être comprise comme se référant normalement à un comportement de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou

une négligence d'une certaine gravité de sa part. Ainsi, toute exécution incorrecte, imprécise ou défailante d'un contrat ou d'une partie de ce dernier peut éventuellement démontrer une compétence professionnelle limitée de l'opérateur économique en cause, mais n'équivaut pas automatiquement à une faute grave.

- (6) Pt 19 de l'arrêt C-574/10.
- (7) Pts 28-33 de l'arrêt C-574/10.
- (8) Pt 36 de l'arrêt C-574/10.
- (9) Pt 38 de l'arrêt C-574/10.
- (10) Pts 39-41 de l'arrêt C-574/10.
- (11) Pt 42 de l'arrêt C-574/10.
- (12) Pt 45 de l'arrêt C-574/10.

La question préjudicielle tranchée par l'arrêt commenté portait sur l'interprétation de l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d) de la directive 2004/18/CE¹, lu en combinaison avec les articles 53, paragraphe 3, et 54, paragraphe 4, de la directive 2004/17/CE². Cette question avait été soulevée dans le cadre d'un litige qui opposait un pouvoir adjudicateur polonais à une société (Forposta SA) exclue d'un marché public de distribution de colis postaux, en application d'une disposition du droit polonais des marchés publics excluant de la procédure d'attribution d'un marché public les opérateurs économiques qui « ont vu le pouvoir adjudicateur résilier un marché public, le dénoncer ou s'en rétracter en raison de circonstances qui leur sont imputables, dès lors que la résiliation, la dénonciation ou la rétractation est intervenue dans un délai de trois ans avant l'ouverture de la procédure et que le montant de la partie du marché public n'ayant pas été exécutée s'élève à au moins 5 % du montant total de ce marché »³.

Après avoir rappelé que la notion de faute grave en matière professionnelle pouvait être explicitée en droit national, dans le respect du droit de l'Union⁴, la Cour a précisé qu'elle couvrait « tout comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur en cause et non pas seulement les violations des normes de déontologie au sens strict de la profes-

sion à laquelle appartient cet opérateur, qui seraient constatées par l'organe de discipline prévu dans le cadre de cette profession ou par une décision juridictionnelle ayant autorité de chose jugée »⁵. Par conséquent, « l'inobservation par un opérateur économique de ses obligations contractuelles peut, en principe, être considérée comme une faute commise en matière professionnelle »⁶. Toutefois, la notion de « faute grave » doit être comprise « comme se référant normalement à un comportement de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité de sa part. Ainsi, toute exécution incorrecte, imprécise ou défailante d'un contrat ou d'une partie de ce dernier peut éventuellement démontrer une compétence professionnelle limitée de l'opérateur économique en cause, mais n'équivaut pas automatiquement à une faute grave »⁷. Puisque la réglementation polonaise ne se limitait pas à tracer le cadre général d'application de l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18/CE, mais imposait à cet égard aux pouvoirs adjudicateurs des « conditions impératives et des conclusions à tirer automatiquement de certaines circonstances, excédant ainsi la marge d'appréciation dont disposent les États membres » en vertu de cette disposition de la directive, la Cour jugea que le droit polonais ne respectait pas le droit dérivé des marchés publics⁸.

- (1) Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JOUE 2004 L 134, p. 114).
- (2) Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JOUE 2004 L 134, p. 1).
- (3) Pt 6 de l'arrêt C-465/11.
- (4) Pts 25 et 26 de l'arrêt C-465/11.
- (5) Pt 27 de l'arrêt C-465/11.
- (6) Pt 29 de l'arrêt C-465/11.
- (7) Pt 30 de l'arrêt C-465/11.
- (8) Pts 32-36 de l'arrêt C-465/11.

7. Les seuils minima relatifs à la capacité économique

(CJUE 18 octobre 2012, *Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság c/ Döntobizottság*, C-218/11, non encore publié au recueil ; Europe, 2012, décembre, p. 25 ; CP-ACCP, 2012, n° 127, p.11 ; note W. Zimmer ; CMP, 2012, n° 12, p. 21-23, comm. 330 ; R Williams, *The Court of Justice Rules That, Subject to Certain Conditions, a Contracting Authority May Require a Minimum Level of Economic Standing to be Demonstrated by Reference to Particular Aspects of the Bidding Company's Balance Sheet* : Case C-218/11, PPLR, 2013, NA 27)

Mots clés | Passation – Seuils minima – Capacité économique.

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

Dans le cadre de l'attribution d'un marché public portant sur la réalisation de travaux d'infrastructures de transport d'une valeur de plusieurs millions d'euros, un pouvoir adjudicateur hongrois avait exigé la production d'un document uniforme, établi selon les règles comptables, et avait fixé un niveau minimal consistant dans le fait que le résultat repris au bilan n'ait pas été négatif pour plus d'un exercice sur les trois derniers exercices clôturés. La filiale hongroise d'une société allemande n'était pas en mesure de répondre à une telle exigence économique, parce qu'en vertu d'un contrat l'unissant à sa société mère, elle était tenue de transférer ses bénéfices à cette dernière. Devant la juridiction hongroise compétente, la filiale précitée contestait l'exigence économique imposée par le pouvoir adjudicateur, l'es-

timant discriminatoire et contraire à diverses dispositions de la directive 2004/18/CE.

La juridiction saisie du litige posait en substance à la Cour de justice la question de savoir « si les articles 44, paragraphe 2, et 47, paragraphe 1^{er}, sous b), de la directive 2004/18/CE doivent être interprétés en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur est autorisé à exiger un niveau minimal de capacité économique et financière par référence à un poste donné du bilan, et ce même si des divergences peuvent exister quant à ce poste entre les législations des différents États membres et, par voie de conséquence, dans les bilans des sociétés selon la législation à laquelle elles sont soumises quant à l'établissement de leurs comptes annuels »¹.

La Cour rappela à cet égard qu'en vertu des articles 44, paragraphe 2, et 47, paragraphe 1^{er}, sous b), de la directive 2004/18/CE, le pouvoir adjudicateur peut notamment demander aux candidats et soumissionnaires qu'ils justifient de leur capacité économique et financière par la présentation de leur bilan. Elle jugea cependant qu'« un niveau minimal de capacité économique et financière ne pourrait pas être formulé par référence au bilan en général » mais uniquement « par référence à un ou plusieurs éléments particuliers du bilan »² dont le choix par les pouvoirs adjudicateurs

(1) Pt 25 de l'arrêt C-218/11.

(2) Pts 26 et 27 de l'arrêt C-218/11.

reste très largement discrétionnaire ³, sans être illimité puisque le niveau minimal de capacité doit être lié et proportionné à l'objet. Par conséquent, « le ou les éléments du bilan choisis par un pouvoir adjudicateur pour formuler un niveau minimal de capacité économique et financière doivent être objectivement propres à renseigner sur cette capacité dans le chef d'un opérateur économique. En outre, le seuil ainsi fixé doit être adapté à l'importance du marché concerné en ce sens qu'il constitue objectivement un indice positif de l'existence d'une assise économique et financière suffisante pour mener à bien l'exé-

cution de ce marché, sans toutefois aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin » ⁴.

Faute d'harmonisation complète en matière de comptes annuels, exiger un niveau minimal de capacité économique et financière par référence à un élément particulier du bilan peut – comme en l'espèce – mettre en lumière des divergences entre droits nationaux. La Cour en déduit qu'« une telle exigence ne peut pas être considérée, en soi, comme constitutive d'une discrimination » et qu'elle ne peut donc être écartée du seul fait de ces divergences ⁵.

8. La commande du café « Max Havelaar » ou « EKO »

(CJUE 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, C-368/10, non encore publié au recueil, avec concl. Av. gén. J. Kokott ; Europe, 2012, p. XXX ; ACCP, 2012, n° 122, p. 11-12 ; W. Zimmer, *CMP*, 2012, n° 7, p. 11-12, comm. 209 ; Dr. T. Kotsonis, *Commission v Netherlands (C-368/10) : environmental and fair trade consideration in the context of a contract award procedure*, PPLR, 2012, NA 234 ; A. Jaume, *Arrêt Max Havelaar : la prise en compte de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, JDE 2012. 247.

Mots clés | Attribution – Spécifications techniques – Capacité économique et professionnelle – Critères d'attribution – Responsabilité sociale des entreprises.

Le cahier des charges qui exige que les produits à livrer dans le cadre d'un marché public de fournitures soient munis d'un éco-label déterminé (« Max Havelaar » ou « EKO ») mais n'utilise pas de spécifications détaillées, est contraire à l'article 23, paragraphe 6, de la Directive 2004/18/CE.

Le cahier des charges qui prévoit que les produits à livrer dans le cadre d'un marché public de fournitures munis d'un

éco-label déterminé (« Max Havelaar » ou « EKO ») donneront lieu à l'octroi d'un certain nombre de points dans le cadre du choix de l'offre économiquement avantageuse, sans avoir énuméré les critères sous-jacents à ces labels ni autorisé que la preuve qu'un produit satisfaisait à ces critères sous-jacents soit apportée par tout moyen approprié, est contraire à l'article 53, paragraphe 1^{er}, a) de la directive 2004/18/CE.

(3) Pt 28 de l'arrêt C-218/11.

(4) Pt 29 de l'arrêt C-218/11.

(5) Pts 30 et 31 de l'arrêt C-218/11. La Cour de Justice observa encore qu'en l'espèce, la divergence constatée ne découlait pas d'une différence de conception entre les droits nationaux concernés, mais de ce que, « au contraire de la loi hongroise, la loi allemande ne limite pas la possibilité, pour une société mère, de décider que les bénéfices de sa filiale lui seront transférés, même si ce transfert a pour effet de rendre négatif le résultat selon le bilan de cette filiale » (pts 30 et 31). Elle souligna que, dans un tel cas, il suffisait que la filiale hongroise fasse valoir la capacité économique et financière de sa société mère par la production de l'engagement de celle-ci de mettre les moyens nécessaires à sa disposition, conformément à l'art. 47, § 2, de la directive 2004/18/CE (pt 38). En l'espèce, la divergence entre les législations nationales était dès lors sans incidence.

Le cahier des charges qui établit, au titre du niveau minimal de capacité technique, la condition selon laquelle les soumissionnaires respectent « les critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises », et indiquent comment ils respectent ces critères et « contribue[nt] à rendre le marché du café plus durable et à rendre la production de café écologiquement, socialement et économiquement responsable », est contraire aux articles 44, paragraphe 2, et 48 de la directive 2004/18/CE. Il est également contraire à l'obligation de transparence prévue à l'article 2 de cette même directive.

Dans cette affaire, la Cour de justice et l'Avocat général Kokott abordent avec une remarquable clarté et un sens aigu de la pédagogie, la question de « l'achat durable et socialement responsable » dans le cadre du droit européen des marchés et contrats publics, sujet délicat en ces temps de crises économique et politique, susceptible de diviser les institutions européennes et les diverses sensibilités politiques au sein des États membres.

Si la prise en considération de l'environnement dans le cadre de l'attribution des marchés publics a fini par faire l'objet d'un consensus, de manière éclatante dans l'arrêt *Concordia*¹, la prise en considération du développement durable et de tout élément comportant une composante sociale reste plus délicat à admettre pour les instances européennes². Mme Kokott résume parfaitement l'enjeu du débat lorsqu'elle indique que la question « place la Cour devant la difficile tâche de devoir trouver un juste équilibre entre les exigences du

marché intérieur et des préoccupations environnementales et sociales, sans, cependant, négliger les exigences pratiques des procédures de passation des marchés publics. D'une part, il faut prévenir toute discrimination des soumissionnaires potentiels et tout cloisonnement des marchés. D'autre part, les pouvoirs adjudicateurs doivent être en mesure de se procurer des produits respectueux de l'environnement, biologiques et issus du commerce équitable sans que la charge administrative ne devienne excessive »³.

Les faits ayant conduit au prononcé de l'arrêt commenté étaient les suivants. Dans le cadre d'un appel d'offres en vue de la passation d'un marché public portant sur la fourniture et la gestion de machines à café, une collectivité territoriale néerlandaise s'était référée aux labels « Max Havelaar » et « EKO », voulant choisir un adjudicataire qui lui fournisse du café ou du thé produits de manière écologiquement, économiquement et socialement responsable.

Sur un plan théorique, quatre voies sont envisageables pour promouvoir cet objectif. Le pouvoir adjudicateur peut utiliser soit les spécifications techniques, soit les critères de capacités des entreprises, soit les critères d'attribution, soit des conditions d'exécution du marché. Sans condamner aucune de ces voies, la Cour va rappeler la manière dont l'objectif peut être poursuivi dans le respect des principes d'égalité et de transparence.

Il importe encore de préciser que le « label "Max Havelaar" est, depuis 1988, octroyé par une fondation de droit civil

- (1) CJUE 17 sept. 2002, *Concordia bus Finlandia Oy*, C-513/99, Rec., p. I-07213; CMP, 2002, comm. 225 F. Llorens.
 (2) Les positions de la Commission ont été exprimées dans plusieurs communications interprétatives, not. : Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, Bruxelles, 4 juill. 2001, COM (2001) 274 final ; Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, Bruxelles, 15 oct. 2001, COM (2001), 566 final ; Communication de la Commission relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, 16 juill. 2008, COM (2008) 400 final.
 (3) Pt 3 des concl. de l'Avocat général précédant l'arrêt C-368/10.

néerlandais, la Stichting Max Havelaar. Les produits portant ce label ont été achetés, à des organisations constituées de petits producteurs de pays en voie de développement, au juste prix et dans des conditions équitables. L'octroi du label est soumis au respect de quatre critères: un prix minimum qui couvre les coûts de production, une majoration par rapport au prix du marché mondial, un préfinancement et l'existence de relations commerciales de longue durée entre l'importateur et les producteurs. La définition des normes, l'audit et la certification sont assurés par une organisation faitière internationale, la Fairtrade Labeling Organisation (FLO), sise à Bonn, en Allemagne. Le label « EKO » est de même un label privé néerlandais. Il est octroyé depuis 1985 par une fondation de droit civil néerlandais, la Stichting Skal, à des produits composés à 95%, au moins, d'ingrédients issus de l'agriculture biologique. La Stichting Skal exerce son activité en coordination avec le ministère néerlandais de l'Agriculture, du Patrimoine naturel et de la Pêche »⁴. Tant « Max Havelaar » qu'« EKO » ont été enregistrés en tant que marques communautaires par l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur⁵.

La Cour de justice souligna que les documents du marché imposaient que le café et le thé à fournir, ainsi que tous les ingrédients, soient munis des labels EKO et Max Havelaar⁶.

Première question : l'utilisation des labels était-elle possible sous forme de spécifications techniques [ou de conditions d'exécution du marché] ?

Selon la Cour, il résulte du texte du premier alinéa de l'article 23, paragraphe 6, de la directive 2004/18/CE que, s'agis-

sant des exigences relatives à des caractéristiques environnementales, « celui-ci confère aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de recourir aux spécifications détaillées d'un éco-label, mais non à un éco-label en tant que tel. L'exigence de précision inscrite à l'article 23, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/18/CE – auquel se réfère le paragraphe 6 dudit article – et explicitée à la dernière phrase du vingt-neuvième considérant de celle-ci s'oppose à une interprétation extensive de ladite disposition »⁷. L'article 23, paragraphe 6, précité autorise en outre les pouvoirs adjudicateurs « à indiquer que les produits munis d'un éco-label dont ils ont utilisé les spécifications techniques détaillées sont présumées satisfaire aux spécifications concernées », tout autre moyen de preuve devant être autorisé⁸. Dans le cas d'espèce la collectivité territoriale néerlandaise s'était contentée, à tort, d'exiger des produits munis de l'éco-label EKO sans autre précision, violant ainsi l'article 23, paragraphe 6, précité.

La référence au label « *Max Havelaar* » posait d'autres difficultés puisqu'il se réfère à des critères spécifiques. Ainsi, ce label exige d'une part, que le prix payé couvre tous les frais et comporte une prime supplémentaire par rapport aux cours du marché, d'autre part, le préfinancement de la production et enfin, que l'importateur entretienne des relations commerciales de longue durée avec les producteurs. La Cour de justice considéra que ces critères ne peuvent valoir à titre de spécifications techniques, puisqu'ils ne concernent pas les caractéristiques des produits eux-mêmes. Elle ajouta cependant que ces critères pourraient néanmoins relever des conditions d'exécution du marché⁹.

(4) Pts 27 et 28 des concl. de l'Avocat général précédant l'arrêt C-368/10.

(5) Pt 29 des conclusions de l'Avocat général précédant l'arrêt C-368/10.

(6) Pt 57 de l'arrêt C-368/10.

(7) Pt 63 de l'arrêt C-368/10.

(8) Pts 64-65 de l'arrêt C-368/10.

(9) Pts 74-75 de l'arrêt C-368/10.

Deuxième question : les labels pouvaient-ils être utilisés comme critères d'attribution ?

La Commission soutenait, en substance, qu'un tel critère d'attribution contrevenait doublement à l'article 53 de la directive 2004/18/CE : « D'une part, il ne serait pas lié à l'objet du marché, dans la mesure où les critères sous-jacents aux labels EKO et Max Havelaar concerneraient non pas les produits à fournir eux-mêmes, mais la politique générale des soumissionnaires, singulièrement dans le cas du label Max Havelaar. D'autre part, ledit critère d'attribution ne serait pas compatible avec les exigences en matière d'égalité d'accès, de non-discrimination et de transparence, ayant notamment pour effet de défavoriser les soumissionnaires potentiels non néerlandais ou qui ne disposaient pas des labels EKO et/ou Max Havelaar pour leurs produits »¹⁰.

La Cour estima qu'il y a lieu d'admettre que les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social, lesquelles peuvent concerner les utilisateurs ou les bénéficiaires des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du marché, mais également d'autres personnes, compte-tenu des termes de l'article 53 de la directive 2004/18/CE, pour autant qu'ils soit liés à l'objet du marché¹¹ de manière suffisante¹². La Cour jugea que les critères sous-jacents aux labels *EKO* et *Max Havelaar* « caractérisent des produits issus, respectivement, de l'agriculture biologique et du commerce équitable. Quant au mode de production biologique tel qu'encadré par la réglementation de l'Union, à savoir, à l'époque pertinente en l'espèce, le règlement n° 2092/91, les

deuxième et neuvième considérants de celui-ci indiquent que ce mode de production favorise la protection de l'environnement, notamment parce qu'il implique des restrictions importantes en ce qui concerne l'utilisation de fertilisants ou de pesticides. Quant au commerce équitable, que les critères imposés par la fondation qui octroie le label Max Havelaar visent à favoriser les petits producteurs des pays en développement en entretenant avec eux des relations commerciales qui tiennent compte des besoins réels de ces producteurs, et non simplement des lois du marché. Il découle de ces indications que le critère d'attribution litigieux concernait des caractéristiques environnementales et sociales entrant dans le cadre de l'article 53, paragraphe 1^{er}, sous a), de la directive 2004/18 »¹³.

S'appuyant sur les conclusions de son Avocat général¹⁴, la Cour estima qu'« il n'est pas requis qu'un critère d'attribution porte sur une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci. C'est ainsi que la Cour a jugé, au point 34 de l'arrêt EVN et Wienstrom¹⁵, que la réglementation de l'Union en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre d'un marché de fourniture d'électricité, le pouvoir adjudicateur retienne un critère d'attribution consistant dans le fait que l'électricité soit produite à partir de sources d'énergie renouvelables. Rien ne s'oppose dès lors, en principe, à ce qu'un tel critère vise le fait qu'un produit soit issu du commerce équitable »¹⁶.

Cependant, la Cour condamna à nouveau le manque de transparence de la méthode choisie par le pouvoir adjudicateur néerlandais, au motif que celui-ci n'avait pas

(10) Pt 82 de l'arrêt C-368/10.

(11) Pts 84 à 86 de l'arrêt C-368/10.

(12) Pt 89 de l'arrêt C-368/10.

(13) Pt 89 de l'arrêt C-368/10.

(14) Pt 110 des concl. de l'Avocat général précédant l'arrêt C-368/10.

(15) CJUE 4 déc. 2003, *EVN et Wienstrom*, C-448/01, Rec. p. I-14527,

(16) Pt 89 de l'arrêt C-368/10.

pris soin d'énoncer les critères sous-jacents aux labels *EKO* et *Max Havelaar* ni autorisé que la preuve qu'un produit satisfaisant à ces critères sous-jacents soit apportée par tout moyen approprié ¹⁷.

Troisième question : l'exigence relative au respect des critères de « durabilité des achats » et de « responsabilité sociale des entreprises » peut-elle prendre la forme d'un niveau minimal de capacité économique et professionnelle ?

La Cour estima que les critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises ne figurent pas dans les paragraphes 1^{er} et 6 de l'article 48 de la Directive 2004/18/CE, qui énumère de manière exhaustive les éléments sur la base desquels le pouvoir adjudicateur peut évaluer et vérifier les capacités techniques et professionnelles des soumissionnaires. En particulier, « les informations demandées au titre de cette exigence, à savoir l'indication de "[la manière dont le soumissionnaire] rempli[t] les critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises[, et] contribue à rendre le marché du café plus durable et à rendre la production de café écologiquement, socialement et économiquement responsable", ne sauraient être assimilées à

"une description de l'équipement technique, des mesures employées par le fournisseur pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise", visée à l'article 48, paragraphe 2, sous c), de la directive 2004/18. En effet, le terme "qualité", qui est employé non seulement à cette disposition mais également aux points b), d) et j), du même paragraphe, doit, dans le contexte dudit article 48, s'entendre de la qualité technique des prestations ou des fournitures d'un type semblable à celui des prestations ou des fournitures qui constituent l'objet du marché considéré, le pouvoir adjudicateur étant en droit d'exiger des soumissionnaires qu'ils l'informent quant à la manière dont ils contrôlent et garantissent la qualité de ces prestations ou fournitures, dans la mesure prévue auxdits points » ¹⁸.

Cet arrêt, tout en condamnant *in casu* la manière dont le pouvoir adjudicateur a organisé le choix d'un adjudicataire lui fournissant des produits « durables », c'est-à-dire écologiquement, économiquement et socialement responsables, contient cependant une clarification fondamentale sur la façon d'y parvenir, dans le respect des contraintes du droit européen des marchés et contrats publics.

⁽¹⁷⁾ Pt 97 de l'arrêt C-368/10.

⁽¹⁸⁾ Pt 107 de l'arrêt C-368/10.

9. Les obligations du pouvoir adjudicateur confronté à des offres anormalement basses ou imprécises

(CJUE 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, non encore publié au recueil ; Europe, 2012, mai, p. 26 ; R. Noguellou, Les offres anormalement basses et non conformes devant la Cour de Justice, RDI 2012. 284 ; W. Zimmer, CMP, 2012, n° 6, p. 10-12, comm. 179 ; D. McGowan, An obligation to investigate abnormally low bids ? *SAG ELV Slovenlo a.s (C-599/10)*, PPLR, 2012, NA 165 ; M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, Marchés publics *in* Chronique de jurisprudence de la CJUE, AJDA 2012. 1001)

Mots clés | Attribution – Offres anormalement basses ou imprécises – Obligation du pouvoir adjudicateur.

Si l'article 55 de la directive 2004/18/CE exige la présence dans la législation nationale d'une disposition prévoyant que le candidat qui a proposé un prix anormalement bas doit se voir inviter (par écrit) par le pouvoir adjudicateur à clarifier sa proposition de prix, ni la directive 2004/18/CE ni les principes d'égalité de traitement ou de transparence n'imposent au pouvoir adjudicateur de demander à l'auteur d'une offre imprécise ou non conforme au regard des spécifications techniques, de clarifier son offre avant de rejeter celle-ci.

Dans quelle mesure les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils estiment, dans le cadre de la procédure de passation, que l'offre d'un candidat est anormalement basse ou imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges, **peuvent-ils** ou **doivent-ils** demander des éclaircissements au candidat concerné – soit en application du droit dérivé, soit en vertu du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires ou de l'obligation de transparence ? Telle est, en synthèse, la question centrale posée à la Cour de justice dans l'arrêt *Slovensko*, à l'occasion de l'attribution litigieuse d'un marché public de services de perception de péages sur les autoroutes et certaines routes de Slovaquie.

Sans surprise compte tenu sa jurisprudence ¹ et du texte clair de l'article 55 de la directive 2004/18/CE, la Cour a rappelé quelques principes en matière de contrôle des offres anormalement basses. Le débat contradictoire entre un pouvoir adjudicateur qui estime qu'une offre est anormalement basse et le soumissionnaire, est imposé par l'article 55. Ce débat doit être effectif et avoir lieu à un moment utile dans la procédure de comparaison des offres. Il doit permettre au soumissionnaire de démontrer que son offre est sérieuse ². À cette fin, la demande formulée par le pouvoir adjudicateur doit être claire et mettre les soumissionnaires en mesure de justifier le caractère sérieux de leur offre ³. La liste des éléments à prendre en considération avant d'écarter une offre apparemment anormalement basse, qui figure à l'article 55, n'est pas exhaustive mais n'est pas non plus purement indicative ; elle constitue donc une limite au pouvoir d'appréciation des pouvoirs adjudicateurs ⁴.

La Cour a jugé, dans l'arrêt commenté, que ni la directive 2004/18, ni le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, ni l'obligation de transparence n'imposent au pouvoir adjudicateur d'interroger un soumissionnaire lorsqu'il

(1) CJUE 27 nov. 2001, *Lombardini et Mantovani*, C-285/99 et C-286/99, Rec. p. I-9233; CJUE 23 avr. 2009, *Commission c/ Belgique*, C-292/07, Rec., p. I-00059.

(2) Pt 29 de l'arrêt C-599/10, qui renvoie à CJUE 27 nov. 2001, *Lombardini et Mantovani*, C-285/99 et C-286/99, Rec. p. I-9233, pt 57.

(3) Pt 31 de l'arrêt C-599/10.

(4) Pt 30 de l'arrêt C-599/10, qui renvoie à CJUE 23 avr. 2009, *Commission c/ Belgique*, C-292/07, Rec., p. I-00059, pt 159.

estime que l'offre de ce dernier est imprécise ou non conforme ⁵. La Cour justifie ce point de vue par le principe d'interdiction de toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, la demande d'éclaircissement pouvant apparaître comme une négociation confidentielle en violation du principe d'égalité de traitement ⁶. En somme, les soumissionnaires ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes d'avoir remis une offre imprécise ou non conforme.

La Cour estime cependant que le droit dérivé ne s'oppose pas « à ce que, exceptionnellement, une offre puisse être corrigée ou complétée notamment parce qu'elle nécessiterait à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes, pourvu que cette modification n'aboutisse pas à proposer en réalité une nouvelle offre » ⁷. Ce pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur doit s'exercer de manière égale et loyale à l'égard de tous les soumissionnaires ⁸. A cette fin, une demande doit être adressée à tous les soumissionnaires se trouvant dans la même situation et doit porter sur tous les points imprécis ou non conformes, sans que le pouvoir adjudicateur puisse alors écarter l'offre pour un manque de clarté qui n'a pas fait l'objet de la demande ⁹.

La solution retenue par la Cour doit être saluée en ce qui concerne le contrôle d'une **offre imprécise ou non conforme** dans la mesure où toute autre solution déduite du principe d'égalité de traitement et en opposition au texte clair de la directive, aurait conduit à une très grande insécurité juridique.

La solution retenue par la Cour en ce qui concerne le contrôle des **offres anormalement basses** reste classique et s'inscrit

dans le prolongement d'arrêts antérieurs. Toutefois, le juge du litige au principal ne nous paraît pas avoir entièrement compris les problèmes soulevés par la législation nationale, ce qui a empêché la Cour de se saisir de l'ensemble de la question. En effet, à l'instar de la réglementation belge, la législation slovaque évoquait le contrôle de **prix** anormalement bas alors que la Directive 2004/18/CE évoque le contrôle d'une **offre** anormalement basse. Or le contrôle d'un ou de plusieurs prix (démarche analytique, poste par poste), n'implique pas la même démarche intellectuelle que la justification d'une offre (démarche plus synthétique, l'équilibre global pouvant également résulter de la compensation interne de certains prix). Si l'on comprend bien l'intérêt pour un pouvoir adjudicateur de s'assurer que l'offre telle qu'elle est remise doit permettre l'exécution du marché avec le niveau de qualité requis par le cahier spécial des charges et si l'on comprend tout aussi bien le souci des entreprises de combattre une concurrence « déloyale » de certains de leurs concurrents, toute idée poussée au bout de sa logique présente souvent des effets pervers inattendus. À cet égard, puisque la notion de prix « normal » n'existe pas en économie, il importe de rester raisonnable dans l'appréciation des justifications remises pour le prix de certains postes d'une soumission, lorsque l'équilibre global de celle-ci reste dans une marge acceptable par rapport aux offres des autres concurrents. Le caractère acceptable de cet écart peut être apprécié par rapport à la moyenne des offres (en écartant la plus élevée, pour combattre le procédé consistant à remettre une offre dans le seul but de tirer la moyenne à la hausse), mais également par rapport à l'offre classée en seconde position, ainsi que par rapport à l'estimation initiale des travaux par l'auteur de projet.

- (5) Pt 38 de l'arrêt C-599/10.
- (6) Pts 36-37 de l'arrêt C-599/10.
- (7) Pt 40 de l'arrêt C-599/10.
- (8) Pt 41 de l'arrêt C-599/10.
- (9) Pts 43-44 de l'arrêt C-599/10.

