

Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak

ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS

T.U.E. (8^e ch.), 31 janvier 2013, Royaume d'Espagne c. Commission européenne, aff. T-235/11
Ger. (8^e k.), 31 januari 2013, Spaans Koninkrijk c. Europese Commissie, zaak T-235/11

Livraisons complémentaires – Travaux ou services complémentaires – Notion de 'circonstance imprévue' – Modification du marché

Aanvullende leveringen – Aanvullende werken of leveringen – Het begrip 'onvoorziene omstandigheid' – Wijziging van de opdracht

Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs.

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

S'agissant des procédures de passation de marché, l'article 20, paragraphe 1^{er}, de la directive 93/38 ajoute que les entités adjudicatrices peuvent choisir l'une des procédures définies à l'article 1^{er}, point 7, de cette dernière, à savoir les procédures ouvertes, restreintes ou négociées, pour autant que, sous réserve de l'article 20, paragraphe 2, de la dite directive, une mise en concurrence ait été effectuée en vertu de l'article 21 de la même directive. L'article 20, paragraphe 2, sous e), de la directive 93/38 dispose, à cet égard, que les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable dans le cas de marchés de fournitures concernant des livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement

partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées. L'article 20, paragraphe 2, sous f), de cette directive prévoit, en outre, que les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable pour les travaux ou les services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement adjugé ni dans le premier marché conclu et devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de ce marché, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur ou au prestataire de services qui exécute le marché initial, d'une part, lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les entités adjudicatrices ou, d'autre part, lorsque ces travaux ou services complémentaires, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

L'article 20, paragraphe 2, sous e) et f), de la directive 93/38 s'applique aux modifications des marchés publics décidées lors de leur phase d'exécution.

D'une part, ainsi qu'il ressort du libellé même de cette disposition, l'article 20, paragraphe 2, sous e), de la directive 93/38 concerne des livraisons « complémentaires » effectuées par le fournisseur initial, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées. De telles livraisons complémentaires doivent, dès lors, nécessairement être considérées comme devant être effectuées au cours de la

phase d'exécution du marché initial. En outre, l'article 20, paragraphe 2, sous f), de la directive 93/38 vise spécifiquement les travaux ou services qui ne figurent pas dans le projet initialement adjugé ni dans le premier marché conclu et qui s'avèrent nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, « à l'exécution du marché ».

D'autre part, le pouvoir adjudicateur devait observer strictement les règles qu'il avait lui-même fixées non seulement lors de la procédure d'adjudication, mais, plus généralement, jusqu'au terme de la phase d'exécution du marché en cause.

Si le pouvoir adjudicateur était autorisé à modifier à son gré, lors de la phase d'exécution du marché, les conditions mêmes de l'adjudication, en l'absence d'habilitation expresse en ce sens figurant dans les dispositions pertinentes applicables, les termes régissant l'attribution du marché, tels que stipulés initialement, seraient dénaturés. De plus, une telle pratique entraînerait inéluctablement une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires, puisque l'application uniforme des conditions d'adjudication et l'objectivité de la procédure ne seraient plus garanties. Les seules exceptions permises à l'application de la directive 93/38 sont celles qui y sont expressément mentionnées.

Les dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité dans le secteur des marchés publics de travaux doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Sous peine de priver la directive 93/38 de son effet utile, les États membres ne sauraient prévoir des hypothèses de recours à la procédure négociée non prévues par cette directive ou assortir les hypothèses expressément prévues par celle-ci de conditions nouvelles ayant pour effet de rendre le recours à ladite procédure plus aisé.

Un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit de l'Union.

Il est interdit au pouvoir adjudicateur de modifier, à quelque stade de la procédure que ce soit, les conditions de l'adjudication, sous peine de violer le principe d'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires ainsi que celui de transparence, ou d'altérer l'économie générale de l'adjudication en modifiant par la suite unilatéralement une des conditions essentielles de celle-ci. Au cas où le pouvoir adjudicateur souhaiterait que, pour des

motifs précis, certaines conditions de l'adjudication puissent être modifiées après le choix de l'adjudicataire, il est tenu de prévoir expressément cette possibilité d'adaptation, de même que ses modalités d'application, dans l'avis d'adjudication qu'il a lui-même établi et qui trace le cadre dans lequel la procédure doit se dérouler, de sorte que toutes les entreprises intéressées à participer au marché en aient connaissance dès le départ et se trouvent ainsi sur un pied d'égalité au moment de formuler leur offre.

Le seul renvoi aux dispositions pertinentes de la législation nationale dans lesdits cahiers ne saurait satisfaire aux principes d'égalité de traitement et de transparence.

En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché.

La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue. De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des fournitures, des travaux ou des services non initialement prévus. Une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

En l'espèce, les spécifications techniques ayant été modifiées, elles ne sauraient être considérées comme accessoires, mais revêtent une importance majeure, dans la mesure où elles ont notamment porté sur l'exécution de travaux importants (exécution de faux tunnels, d'un viaduc, approfondissement des fondations, renforcement des armatures des blocs techniques, agrandissement des ouvrages d'écoulement des eaux, etc.).