

Droit européen des marchés et autres contrats publics

(1^{er} janvier 2018 –
31 décembre 2018)

Ann Lawrence **Durviaux**
Professeure ordinaire
à l'Université de Liège (Belgique),
Avocate

1. La distinction entre l'agrément et le marché public

[CJUE 1^{er} mars 2018, aff. C-9/17, *Maria Tirkkonen*, ECLI:EU:C:2018:142, concl. av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona ; Rev. CMP 2018, n° 5, p. 19, note M. Ubaud-Bergeron ; ACCP 2018, n° 186, p. 8]

La distinction entre la notion d'agrément et celle de marché public est une des plus délicates à opérer, en raison de l'interprétation téléologique et extensive de la notion de marché public, classique en droit européen, mais aux conséquences parfois imprévisibles. Les aides européennes au développement rural comprennent celles destinées à fournir des services de conseil aux agriculteurs. Le règlement européen semblait limpide : les conseillers devaient être choisis au terme d'un appel d'offres, la procédure de sélection étant régie par la législation en matière de marchés publics⁽¹⁾. Dans ce contexte normatif clair, l'Agence finlandaise pour les affaires rurales (ci-après « l'Agence ») lance un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte sous la forme d'un accord-cadre, portant sur les services de conseil aux exploi-

tations agricoles pour la période 2015-2020. L'accord-cadre fixait les principales conditions de la prestation de service. Les contrats subséquents étaient censés être conclus sans procédure de mise en concurrence, puisqu'il était prévu que les agriculteurs choisiraient un des conseillers, en principe le plus proches de son exploitation. Compte tenu de la demande existante en matière de conseil, tous les conseillers satisfaisant aux exigences d'aptitude et aux conditions minimales figurant dans les annexes de l'accord-cadre seraient acceptés. Le système avait une durée de validité limitée, durée pendant laquelle l'adhésion de nouveaux conseillers était prohibée. Les conseillers étaient rémunérés par l'agence, la TVA restant à charge de l'agriculteur. Les candidats devaient, en outre, réussir un examen spécifique qui faisait partie

1

(1) Art. 15, § 3, du Règl. du Parlement européen et du Conseil du 17 déc. 2013 relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) et abrogeant le règl. (CE) n° 1698/2005 du Conseil (JOUE 2013, n° L 347, p. 487), exécuté par l'art. 7 du Règl. d'exécution (UE) n° 808/2014 de la Commission, du 17 juill. 2014, portant modalités d'application du règl. (UE) n° 1305/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) (JOUE 2014, n° L 227, p. 18), disposition qui évoque les règles de l'Union et les règles nationales en matière de passation de marchés publics.

de la procédure de sélection. Dans ce contexte, une candidate omet de cocher une case du formulaire par laquelle elle était censée marquer son acceptation des modalités de l'accord-cadre. Cet oubli était irréparable dans le cadre de la réglementation relative aux marchés publics et régularisable si l'on optait pour la qualification d'agrément.

La juridiction saisie du litige s'interrogeait sur les conséquences de la jurisprudence *Falk Pharma*⁽²⁾, au terme de laquelle la Cour a affirmé que le choix d'une offre, et donc d'un adjudicataire, constituait un élément intrinsèquement lié à la notion de marché public, et la jurisprudence *Ambisig*⁽³⁾, qui permettait de considérer que la réussite de l'examen pouvait constituer des « caractéristiques déterminantes », au sens de ce dernier arrêt, et valoir à titre de critères d'attribution, et partant, emporter la qualification de marché public.

La Cour suivra très largement les conclusions de son avocat général. Ces dernières commencent pourtant par une pirouette saisissante, puisqu'il y affirme que la référence à la législation des marchés publics, dans l'article 15, paragraphe 3, du règlement (UE) n° 105/2013, doit être interprétée en ce sens que « la procédure de sélection des conseillers ruraux doit respecter les principes (de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence) régissant ce volet de l'ordre juridique ». Il ne s'agit pas, selon lui, « d'une exigence imposant d'appliquer chacune des dispositions des directives de l'Union sur les marchés publics ».

Retrouvant ainsi une bien commode (et totale) liberté d'interprétation, il va s'engager dans un très long raisonnement au départ d'un constat incontournable, tous les éléments caractérisant les

contrats de marchés publics définis à l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a) de la directive 2014/24/UE semblant, *a priori*, présents⁽⁴⁾ : il y a, en effet, un contrat, régi par un accord-cadre, conclu par écrit et à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur et des opérateurs économiques, dont l'objet réside dans des prestations de services.

Qu'à cela ne tienne, selon l'avocat général, la Cour exige en outre qu'il y ait le choix d'une offre et donc d'un adjudicataire – qui « serait un élément intrinsèque de l'encadrement des marchés publics par la directive »⁽⁵⁾, ce qui est exact, et continue la Cour, « par conséquent, à la notion de marché public », cette seconde précision étant en revanche, beaucoup plus contestable, notamment parce qu'elle n'est pas nécessaire et qu'elle engendre des conséquences contraires aux objectifs poursuivis par le droit dérivé des marchés publics, nous y reviendrons. L'avocat étend cette affirmation à la considération que le choix d'un adjudicataire final, qui a la préférence sur les autres concurrents compte tenu de la qualité de son offre, est un élément essentiel à la notion de marché public, oubliant au passage qu'il analyse un accord-cadre qui est précisément un marché qui peut être conclu avec plusieurs opérateurs économiques, avec, pour conséquence, dans certaines circonstances, l'obligation de les remettre en concurrence pour l'attribution des marchés subséquents.

L'avocat continue son raisonnement en indiquant que le système analysé ne prévoit pas de critère d'attribution, mais seulement des critères de sélection qualitative : dès lors que les candidats remplissaient les exigences de formation et d'expérience professionnelle, ils étaient admis à adhérer à l'accord-cadre à la seule condition de réussir l'examen.

(2) CJUE 2 juin 2016, aff. C-410/14, *Falk Pharma*, EU:C:2016:399.

(3) CJUE 26 mars 2015, aff. C-601/13, *Ambisig*, EU:C:2015:204, pts 31 et 32.

(4) Pt 36 de ses concl.

(5) Pt 38, arrêt *Falk Pharma*, préc.

L'avocat général écarte les arguments du gouvernement finlandais qui visaient à démontrer le caractère sélectif de la procédure. Il considère que l'arrêt *Ambisig*, en ce qu'il admet que des critères d'aptitudes et d'expérience puissent être déterminantes et une caractéristique intrinsèque de l'offre, n'énervé pas son analyse en raison de la circonstance que, selon son analyse de la présente affaire, il n'y aurait ni offre, ni comparaison des offres.

Selon lui, la jurisprudence *Falk Pharma* serait applicable « lorsqu'une entité publique cherche à conclure des contrats de fourniture avec tous les opérateurs économiques désireux de procurer les produits concernés aux conditions indiquées par cette entité, l'absence de désignation d'un opérateur économique auquel l'exclusivité d'un marché serait accordée a pour conséquence qu'il n'existe pas de nécessité d'encadrer par les règles précises de la directive 2004/18/CE l'action de ce pouvoir adjudicateur de façon à empêcher que celui-ci attribue un marché en favorisant les opérateurs nationaux ».

Restait à trancher la question de savoir si la circonstance - que le système conçu par l'Agence n'était pas ouvert de manière permanente à tous les opérateurs économiques intéressés tout au long de sa durée de validité, à l'opposé du système analysé dans l'arrêt *Falk Pharma* -, énervait la solution retenue. Sans surprise, à ce stade du raisonnement, l'avocat général écarte ce « détail », l'élément déterminant résidant dans le fait que le pouvoir adjudicateur n'avait pas attribué, en exclusivité, le contrat à l'un des soumissionnaires.

Cet arrêt nous semble très critiquable.

La Cour et son avocat général n'ont pas perçu la spécificité du système mis

en œuvre, et singulièrement les conséquences du choix de la technique de l'accord-cadre. En effet, la qualification de marché public ne fait aucun doute dans le cas d'espèce - et c'est bien le point de départ du raisonnement tenu par la Cour et son avocat général. Il ne semble guère raisonnable, pour en sortir, de contredire les termes clairs du règlement sur les fonds agricoles. Il y a bien une procédure qui vise à sélectionner des opérateurs économiques sur base de critères d'aptitude *et une offre*⁽⁶⁾, puisqu'il y a un engagement juridique des opérateurs sélectionnés d'exécuter les prestations selon des modalités fixées dans l'accord-cadre, pour autant qu'ils réussissent un examen. C'est d'ailleurs le nœud du problème, puisque cet engagement faisait défaut dans le chef de Madame Trikkonen.

Si l'on accepte pleinement les conséquences de la qualification de marché public, incontournable dans le cas d'espèce, il faut le répéter, il est possible alors d'arriver aux véritables problèmes suscités par le système mis en place. Un accord-cadre est, en effet, un « accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs *et un ou plusieurs opérateurs économiques*⁽⁷⁾ ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées »⁽⁸⁾. Cette définition implique nécessairement qu'un accord-cadre (qui confère une unité aux marchés subséquents) peut être conclu avec plusieurs opérateurs économiques. La directive en vigueur précisait encore, dans cette hypothèse, que les marchés subséquents, pouvaient être attribués soit selon les termes fixés dans l'accord-cadre et sans remise en concurrence, soit, si les termes ne sont pas fixés dans l'accord-cadre, après avoir remis en concurrence des opérateurs

(6) Souligné par l'auteur.

(7) Souligné par l'auteur.

(8) Dir. 2004/18/CE, art. 2, [\[6\]](#) 5.

économiques⁹. Ni la Cour ni l'avocat général n'ont pris le soin d'analyser en détail les modalités de l'accord-cadre, alors qu'il y a bien, *in fine*, et contrairement à ce qui est affirmé erronément par la Cour et son avocat général, *des marchés qui sont conclus avec un seul opérateur économique*, celui choisi par l'agriculteur, selon des critères qui semblent pourtant avoir été précisés dans l'accord-cadre, puisqu'il est évoqué un élément de proximité géographique et des exceptions à celui-ci.

Les contraintes de l'organisation d'un accord-cadre et des marchés subséquents visent précisément les objec-

tifs poursuivis par le droit des marchés publics dans son exigence de modalités empêchant toute discrimination fondée notamment sur une base nationale. L'interprétation téléologique aurait dû, dès lors, moyennant une compréhension plus fine de la technique de l'accord-cadre, conduire à une conclusion inverse de celle retenue par la Cour et son avocat général. Il s'agissait bien d'un accord-cadre et, dès lors, d'un marché public, dont les modalités de passation et d'attribution des marchés subséquents posaient sans doute des difficultés non remises en question en raison des circonstances factuelles du litige qui se posait devant la juridiction nationale.

2. Les motifs de sécurité, de protection des intérêts essentiels de l'État et l'impression de documents officiels

4

[CJUE 20 mars 2018, aff. C-187/16, *Commission c/ Autriche*, ECLI:EU:C:2018:194, concl. av. gén. M^{me} J. Kokott ; Rev. CMP 2018, n° 6, p. 21, note M. Ubaud-Bergeron]

Comme le souligne l'avocat général, à l'heure où la menace créée par le terrorisme international et la criminalité organisée, tout comme la question du contrôle efficace des flux migratoires¹⁰ sont au cœur de tous les débats politiques, l'affaire soumise à la Cour présente un intérêt tout particulier.

Si la nécessité de produire des documents officiels (passeports biométriques, cartes d'identité, permis de conduire, titres de séjour) dans le respect d'exigences particulières de sécurité et de confidentialité, en lien avec l'exercice de fonctions étatiques fon-

damentales, relève de l'évidence, ces considérations permettent-elles, pour autant, de confier directement ces prestations à une entreprise, sans procéder à aucune mise en concurrence ? Telle est la question au cœur de cette affaire.

La République d'Autriche a confié à l'Österreichische Staatsdruckerei, société privée¹¹, la production de passeports à puce, de passeports de secours, titres de séjour, cartes d'identité, permis de conduire au format carte de crédit, certificats d'immatriculation (de véhicules automobiles) au format carte de crédit et de permis de pyrotechnie¹² par

(9) Dir. 2004/18/CE, art. 32, § 4.

(10) Pt 4 des concl.

(11) Plus précisément, une société de droit privé à responsabilité limitée [Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)]. Le seul associé de cette GmbH est l'Österreichische Staatsdruckerei Holding AG, dont les actions sont cotées en Bourse et détenues par des personnes privées. Il s'agit d'une ancienne entreprise publique qui a été privatisée.

(12) Les permis de pyrotechnie ont été abordés de manière spécifique dans l'arrêt, compte tenu de leur nombre restreint et donc de la valeur de ceux-ci, la Commission a failli dans la démonstration de l'intérêt transfrontalier certain qu'ils représentaient. Nous ne les aborderons plus dans la suite du commentaire.

voie législative¹³. Cette même législation prévoit des mesures de contrôles particuliers du gouvernement et des mesures de sécurité à mettre en œuvre par l'entreprise¹⁴.

Il ne fait aucun doute que les marchés d'impression de documents officiels sont des marchés de services visés par le droit de l'Union applicable à la passation des marchés publics¹⁵.

L'article 346, paragraphe 1, du TFUE¹⁶ permet aux États membres, d'une part, au niveau du droit primaire, de ne pas fournir des renseignements dont ils estimeraient la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité (pt a), et d'autre part, de prendre des mesures qu'ils estiment nécessaires à la protection des intérêts essentiels de leur sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre (pt b). Cette disposition a été traduite dans le droit des marchés publics par l'exclusion de son champ d'application, des marchés publics qui sont, soit secrets, soit dont leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, soit lorsque la protection des intérêts essentiels de l'État membre l'exige¹⁷.

La République d'Autriche invoquait précisément que l'exécution du marché litigieux devait s'accompagner de mesures particulières de sécurité et la protection de ses intérêts essentiels.

Si la notion des intérêts essentiels de la sécurité nationale, qui englobe la sécurité intérieure et extérieure, est une notion du droit de l'Union qui doit faire l'objet d'une interprétation autonome, les États membres jouissent d'une marge d'appréciation importante dans leur définition¹⁸. Dans la mesure où ces notions autorisent des dérogations au droit primaire et au droit dérivé, elles font l'objet d'une interprétation stricte¹⁹. L'État membre doit, en outre, démontrer la nécessité de recourir à des mesures particulières dans le but de protéger les intérêts essentiels de sa sécurité²⁰ et, dans le cas d'espèce, établir que le besoin de protéger ces intérêts ne pouvait être atteint dans le cadre d'une mise en concurrence prévue par le droit de l'Union des marchés publics²¹. Il s'agit, en définitive, pour la Cour, d'effectuer un contrôle de proportionnalité²².

Dans le cas d'espèce, la République d'Autriche va échouer dans sa démonstration. Elle invoquait trois arguments pour justifier une attribution directe des marchés d'impression litigieux à la Staatsdruckerei : premièrement, la protection des intérêts essentiels de la sécurité nationale exigerait l'exécution centralisée des marchés d'impression moyennant leur attribution à une seule entreprise, deuxièmement, des contrôles administratifs efficaces seraient nécessaires lors de l'exécution de marchés d'impression ayant une incidence sur la sécurité et, troisièmement, un impératif de garantir l'approvisionnement avec un adjudicataire fiable.

(13) Conformément à l'art. 1a, 2^e phrase, et à l'art. 2, § 2, pt 1, du Staatsdruckereigesetz 1996 (loi de 1996 sur la Staatsdruckerei), la Staatsdruckerei assume notamment « la production pour les services fédéraux d'imprimés pour la production desquels le secret ou le respect de normes de sécurité (impression sécurisée) s'impose ». L'art. 2, § 3, de cette loi dispose, en outre, que les organes fédéraux « chargent à titre exclusif » de la production desdits imprimés la Staatsdruckerei.

(14) Pt 18 des concl.

(15) Dir. 92/50/CEE, annexe 1, A, pt 15 (jusqu'au 21 janv. 2006), et dir. 2004/18/CE, annexe IIA, pt 15.

(16) TCE, ex-art. 296.

(17) Dir. 2009/81/CE, art. 13, sous a) ; dir. 92/50/CEE, art. 4, § 2 et dir. 2004/18/CE, art. 14.

(18) Pts 46 et 47 des concl. ; pt 75 de l'arrêt citant, par analogie, arrêt du 16 oct. 2003, aff. C-252/01, *Commission c/ Belgique*, EU:C:2003:547, pt 30.

(19) Pt 77 de l'arrêt, citant par analogie, s'agissant de l'art. 346, § 1, ss b), TFUE, arrêt du 7 juin 2012, aff. C-615/10, *Insinööritoimisto InsTiimi*, EU:C:2012:324, pt 35 et jurisprudence citée.

(20) Pt 78 de l'arrêt, citant, par analogie, arrêt du 4 sept. 2014, aff. C-474/12, *Schiebel Aircraft*, EU:C:2014:2139, pt 34.

(21) Pt 79 de l'arrêt, citant, par analogie, arrêt du 8 avr. 2008, aff. C-337/05, *Commission c/ Italie*, EU:C:2008:203, pt 53.

(22) Pt 54 des concl.

La Cour va rejeter les trois arguments. Le premier, l'exécution centralisée des marchés d'impression peut être atteinte en confiant les prestations d'impression à une seule entreprise dans le cadre d'un marché public. Elle ne justifie donc en rien l'attribution à la Staatsdruckerei⁽²³⁾. Le second peut être atteint par un dispositif contractuel approprié restant dans le droit des marchés publics, comportant des mesures de confidentialité et de sécurité, que l'entreprise soit établie en Autriche ou dans d'autres États membres⁽²⁴⁾, avec, notamment, des contrôles de sécurité,

des visites et inspections des locaux, des spécifications techniques exigeantes en matière de confidentialité. Le troisième peut parfaitement être rencontré dans le cadre de l'exécution d'un marché public et par des exigences en matière de sélection qualitative⁽²⁵⁾.

Il faut saluer cet arrêt qui reste dans une ligne jurisprudentielle bien établie qui préserve les libertés fondamentales du Traité en dépit des sujets politiquement sensibles dans lesquels l'affaire s'inscrit.

3. Les principes généraux du traité FUE et les services sociaux sanitaires

[CJUE 19 avr. 2018, aff. C-65/17, *Oftalma Hospital SCRL*, ECLI:EU:C:2018:263, Rev. CMP 2018, n° 7, p. 14, note M. Ubaud-Bergeron]

6

Dans le cadre d'un litige financier, une des parties soulève la nullité du contrat en raison de la circonstance qu'il a été passé par un organisme public hospitalier sans aucune mise en concurrence alors qu'il relève de la catégorie des services sociaux sanitaires. La Cour de cassation italienne interroge la Cour afin de déterminer, en substance, si les services qui relèvent de l'annexe IB de la directive 92/50/CEE et, dès lors, ne doivent respecter que les articles 14 et 16 de cette directive, restent néanmoins soumis aux principes de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, de l'égalité de traitement et de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité, de transparence et de non-discrimination, visés aux articles 49, 56 et 106 TFUE ? En cas de réponse positive, l'article 27 de la directive, qui prévoit en cas de procédure négociée que le nombre de candidats admis à négocier

ne peut être inférieur à 3, doit-il s'appliquer à de tels services ?

La première question donne l'occasion à la Cour de rappeler une jurisprudence bien établie. D'une part, la Cour a jugé que, lorsque les marchés portent sur des services relevant de cette annexe I B, les pouvoirs adjudicateurs ne sont tenus qu'aux seules obligations consistant à définir les spécifications techniques par référence à des normes nationales transposant des normes européennes qui doivent figurer dans les documents généraux ou contractuels propres à chaque marché et d'envoyer à l'Office des publications de l'Union européenne un avis relatant les résultats de la procédure d'attribution de ces marchés⁽²⁶⁾. D'autre part, la classification et l'application à deux niveaux de cette directive impliquent que les services de l'annexe IB sont présumés ne pas présenter un intérêt transfrontalier certain⁽²⁷⁾. Cette présomption

(23) Pts 82 à 83 de l'arrêt.

(24) Pts 85 et 86 de l'arrêt.

(25) Pt 91 de l'arrêt, pt 68 des concl.

(26) Pt 11 de l'arrêt, citant l'arrêt du 17 mars 2011, aff. C-95/10, *Strong Segurança*, EU:C:2011:161, pt 34.

est réfragable et lorsque des circonstances particulières démontrent l'existence d'un intérêt transfrontalier certain, les principes généraux du traité FUE, dont le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité et l'obligation de transparence, s'appliquent⁽²⁷⁾. L'obligation de transparence implique de garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture à la concurrence et un contrôle de l'impartialité de la procédure. Elle n'impose cependant pas nécessairement l'organisation d'un appel d'offres⁽²⁸⁾. Il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier l'existence de cet intérêt transfrontalier certain.

Compte tenu du texte clair de la directive, il ne peut être question de soumettre les services visés à l'annexe IB à d'autres dispositions que les articles

14 et 16. Dès lors, l'article 27 qui prévoit que le nombre minimal de candidats admis à une procédure négociée, à savoir trois candidats, ne s'applique pas. Étendre son application lorsque le marché présente un intérêt transfrontalier certain revient à priver de tout effet utile la distinction opérée entre les services relevant de l'annexe IA et ceux relevant de l'annexe IB et ne saurait, par conséquent, être retenu.

Cet arrêt doit être salué pour la ligne claire qu'il trace entre le contenu déterminé des directives relatives à la passation des marchés publics et le contenu nécessairement moins déterminé des principes généraux. Ce contenu moins déterminé implique une plus grande flexibilité dans les pratiques de mises en concurrence qui est ainsi préservée par la Cour.

4. Les obligations du pouvoir adjudicateur en cas de remise d'offres par des entreprises liées

7

[CJUE 17 mai 2018, aff. C-531/16, « *Ecoservice projektai* » UAB, ECLI:EU:C:2018:324, concl. av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona, Rev. CMP 2018, n° 7, p. 16, note M. Ubaud-Bergeron ; ACCP [année 2](#), n° 188, p. 8]

Quatre soumissionnaires ont remis une offre dans le cadre de la passation d'un marché public de services de collecte de déchets urbains. Deux d'entre eux sont des filiales d'une société et leurs organes d'administration sont composés des mêmes personnes physiques. Ni la législation nationale, ni les documents du marché n'imposaient aux entreprises de déclarer de tels liens. Un des deux soumissionnaires, à qui le marché sera finalement attribué, a cependant remis avec son offre une déclaration sur l'honneur précisant qu'il participait à l'appel

d'offres de manière autonome et indépendamment de tout autre opérateur qui lui serait éventuellement lié et demandant au pouvoir adjudicateur de considérer tout autre opérateur comme un concurrent. Il s'est également engagé à présenter, sur demande du pouvoir adjudicateur, la liste des opérateurs qui lui étaient liés. L'entreprise, finalement classée seconde, a introduit un recours contre l'attribution qui la conduit jusqu'à la Cour suprême (lituanienne), qui se tourne vers la Cour pour clarifier la portée du droit de l'Union sur deux points précis.

(27) Pt 34 et 35 de l'arrêt, citant l'arrêt du 17 mars 2011, aff. C-95/10, *Strong Segurança*, préc., pt 35 et jurisprudence citée.

(28) Pt 36 de l'arrêt, citant l'arrêt du 17 mars 2011, aff. C-95/10, *Strong Segurança*, préc., pt 35 et jurisprudence citée.

(29) Pt 36 de l'arrêt, citant l'arrêt du 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant*, EU:C:2008:621, pt 25 et jurisprudence citée.

Il s'agit d'abord de déterminer si, en l'absence de disposition normative expresse ou de condition spécifique dans l'appel d'offres ou dans le cahier des charges régissant les conditions de passation d'un marché public, des soumissionnaires liés entre eux, soumettant des offres séparées dans une même procédure, sont tenus de déclarer, de leur propre initiative, leurs liens au pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 2 de la directive 2004/18/CE ?

Sans surprise, la Cour va répondre par la négative. Elle avait déjà précisé que la directive 2004/18/CE ne portait pas d'interdiction générale pour des entreprises liées de remettre une offre, le droit de l'Union veillant à assurer la participation la plus large possible des soumissionnaires à un appel d'offres⁽³⁰⁾. Au demeurant, les regroupements d'entreprises peuvent revêtir des formes et des objectifs variables qui n'excluent pas forcément que les entreprises contrôlées jouissent d'une certaine autonomie, notamment dans le domaine de la participation à des adjudications publiques – les rapports entre entreprises d'un même groupe peuvent être régis par des dispositions particulières, par exemple d'ordre contractuel, susceptible de garantir tant l'indépendance que la confidentialité lors de l'élaboration d'offres simultanément déposées par les entreprises dans le cadre d'une même procédure de passation⁽³¹⁾. Plus fondamentalement, les principes de transparence et d'égalité de traitement exigent que les conditions de fond et de procédure concernant la participation à un marché soient clairement définies au préalable et rendues publiques, en particulier les obligations pesant sur les soumissionnaires, afin que ceux-ci puissent connaître exactement les contraintes de

la procédure et être assurés du fait que les mêmes exigences valent pour tous les concurrents⁽³²⁾, il ne peut dès lors être question, dans les circonstances de l'espèce, de déduire implicitement une obligation d'information spontanée dans le chef des soumissionnaires.

Il s'agissait ensuite de déterminer les obligations qui incombent au pouvoir adjudicateur. Dans le cas d'espèce, celui-ci avait déclaré, en cours de procédure, que les liens entre les entreprises étaient de notoriété publique et qu'il disposait, outre la déclaration sur l'honneur, d'éléments qui lui avaient permis de conclure à l'indépendance des offres remises, sans devoir poser des questions complémentaires aux sociétés visées. La Cour va répondre à ces questions sans faire le détour par les dispositions du traité relatives à la concurrence⁽³³⁾, puisqu'il s'agit, en définitive, de préserver une forme particulière de concurrence, celle qui doit exister dans le cadre des procédures de passation de marchés publics. Le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 2 de la directive 2004/18/CE serait violé s'il était admis que les soumissionnaires liés puissent présenter des offres coordonnées ou concertées, à savoir non autonomes ni indépendantes, qui seraient susceptibles de leur procurer ainsi des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires⁽³⁴⁾. La Cour avait déjà jugé que le pouvoir adjudicateur avait un rôle actif dans l'application des principes de passation énoncés dans l'article 2 de la directive 2004/18/CE⁽³⁵⁾. Il s'agissait alors de détecter d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées. La solution est transposable ici : un pouvoir adjudicateur qui prend connaissance d'éléments objec-

(30) Pt 21 de l'arrêt, citant l'arrêt du 19 mai 2009, aff. C-538/07, *Assitur*, EU:C:2009:317, pts 26 et 28.

(31) Pt 22 de l'arrêt citant l'arrêt du 19 mai 2009, aff. C-538/07, *Assitur*, préc., pt 31.

(32) Pt 23 de l'arrêt, citant l'arrêt du 2 juin 2016, aff. C-27/15, *Pizzo*, EU :C :2016 :404, pt 37 et jurisprudence citée.

(33) Not. l'art. 101 TFUE.

(34) Pt 29 de l'arrêt.

(35) Pt 31 de l'arrêt, citant l'arrêt du 12 mars 2015, aff. C-538/13, *eVigilo*, EU:C:2015:166, pt 42.

tifs mettant en doute le caractère autonome et indépendant d'une offre, est tenu d'examiner toutes les circonstances pertinentes ayant conduit à la présentation de l'offre concernée, afin de prévenir, de détecter les éléments susceptibles d'entacher la procédure d'adjudication et d'y remédier, y compris, le cas échéant, en demandant aux parties de fournir certaines informations et éléments de preuve⁽³⁶⁾. En ce qui concerne, le niveau de preuve requis en vue de démontrer l'existence d'offres

qui ne sont ni autonomes ni indépendantes, le principe d'effectivité exige que la preuve d'une violation des règles de passation des marchés publics de l'Union puisse être rapportée, non seulement par des preuves directes, mais également moyennant des indices, pourvu que ceux-ci soient objectifs et concordants et que les soumissionnaires liés soient en mesure d'apporter la preuve contraire⁽³⁷⁾. Il appartient à la juridiction saisie du litige d'apprécier ces éléments de preuve.

5. Les seuils minima pour les critères d'attribution

(CJUE 20 sept. 2018, aff. C-546/16, *Montte SL*, ECLI:EU:C:2018:752, concl. av. gén. M. M. Szpunar ; Rev. CMP 2018, n° 12, p. 36-1, note W. Zimmer ; ACCP 2018, n° 191, p. 8)

La formulation des critères d'attribution et des méthodes de notation sont des questions centrales pour tous les pouvoirs adjudicateurs : d'abord pour acquérir les biens et services qui répondent le mieux à leurs besoins et budget, ensuite pour sécuriser leur approvisionnement en évitant des procédures de recours qui critiquent ces aspects méthodologiques.

Cet arrêt fait la clarté sur une question inédite en avalisant une pratique de plus en plus répandue auprès des pouvoirs adjudicateurs, à savoir, en procédure ouverte, la détermination d'un seuil minimum (de points) devant être atteint pour des critères d'attribution relatifs à la qualité technique des offres, avant que l'offre puisse ensuite entrer en ligne dans la comparaison sur base du critère du prix.

La solution n'allait pas de soi. La directive 2014/24/UE autorise des phases

successives permettant de réduire le nombre d'offres dans le cadre des procédures concurrentielles avec négociation⁽³⁸⁾, dans le cadre d'un dialogue compétitif⁽³⁹⁾ et dans le cadre du partenariat d'innovation⁽⁴⁰⁾. Elle prévoit, en outre, lorsque cette réduction s'opère, qu'il faut appliquer les critères d'attribution prévus dans les documents du marché⁽⁴¹⁾. Est-ce à dire que la formulation de seuils minima pour certains critères d'attribution techniques en procédure ouverte serait prohibée par la directive 2014/24/UE ?

Cette question se pose dans le cadre de la passation d'un marché public relatif à la fourniture de mobilier et de matériel signalétique, de mobilier musical spécifique, d'instruments de musique, d'un équipement électroacoustique, d'un équipement d'enregistrement et d'un équipement audiovisuel, d'un équipement informatique et de reprographie.

(36) Pt 33 de l'arrêt, citant par analogie, l'arrêt du 12 mars 2015, aff. C-538/13, *eVigilo*, préc., pt 44.

(37) Pt 37 de l'arrêt, citant par analogie, l'arrêt du 21 janv. 2016, aff. C-74/14, *Eturas e.a.*, EU:C:2016:42, pt 37.

(38) Dir. 2014/24/UE, art. 29.

(39) Dir. 2014/24/UE, art. 30.

(40) Dir. 2014/24/UE, art. 21, § 5.

(41) Dir. 2014/24/UE, art. 66.

Le cahier des charges prévoyait notamment que les soumissionnaires qui n'atteignaient pas 35 points pour l'offre technique ne pouvaient pas être admis à la phase économique.

La Cour va admettre cette manière de faire. L'article 27 de la directive ne porte aucune règle sur le déroulement d'une procédure ouverte, hormis celles relatives au délai minimal de réception des offres. Les pouvoirs adjudicateurs sont libres de fixer des normes de qualité adéquates dans les spécifications techniques⁽⁴²⁾ et peuvent choisir des critères d'attribution qui leur assurent des prestations de grande qualité correspondant à leurs besoins⁽⁴³⁾. Ces critères doivent⁽⁴⁴⁾ assurer le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement, afin de garantir une comparaison objective de la valeur relative des offres et donc une concurrence effective. Tel n'est pas le cas des critères qui confèrent au pouvoir adjudicateur une liberté de choix inconditionnée⁽⁴⁵⁾.

Partant, les pouvoirs adjudicateurs disposent de la liberté de déterminer, conformément à leurs besoins, notamment, le niveau de qualité technique que les offres soumises doivent assurer en fonction des caractéristiques et de l'objet

du marché en cause et d'établir un seuil minimal que ces offres doivent respecter d'un point de vue technique. L'article 67 de la directive 2014/24/UE ne s'oppose pas à la possibilité, au stade de l'attribution du marché, d'exclure, dans un premier temps, des offres soumises qui n'atteignent pas un seuil de points minimum prédéterminé quant à l'évaluation technique. Une offre qui n'atteint pas un tel seuil ne correspond pas, en principe, aux besoins du pouvoir adjudicateur et ne doit pas être prise en compte lors de la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. Le pouvoir adjudicateur n'est donc pas tenu, dans un tel cas, de déterminer si le prix d'une telle offre est inférieur à ceux des offres non éliminées qui atteignent ledit seuil, et correspondent donc aux besoins du pouvoir adjudicateur⁽⁴⁶⁾. La méthode appliquée ici est distincte de la réduction du nombre d'offres dans les procédures particulières, puisqu'elle n'a pas pour objet de limiter le nombre d'offres introduites, mais simplement d'écarter celles qui ne répondent pas à un niveau de qualité suffisant et annoncé dans les documents du marché. L'article 66 de la directive 2014/24/UE ne trouve donc pas à s'appliquer au cas d'espèce. Si, à la suite de cette évaluation, il ne restait qu'une seule offre, le pouvoir adjudicateur demeurerait libre de ne pas l'accepter⁽⁴⁷⁾.

(42) Dir. 2014/24/UE, consid. 90.

(43) Dir. 2014/24/UE, consid. 92.

(44) En vertu du consid. 90 de la dir. 2014/24/UE et de son art. 67, § 4.

(45) Pt 31 de l'arrêt, citant par analogie, en ce qui concerne la dir. 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, n° L 134, p. 114), arrêt du 10 mai 2012, aff. C-368/10, *Commission c/ Pays-Bas*, EU:C:2012:284, pt 87.

(46) Pt 32 de l'arrêt.

(47) Pt 41 de l'arrêt, citant voir, par analogie, l'arrêt du 16 sept. 1999, aff. C-27/98, *Fracasso et Leitschutz*, EU:C:1999:420, pts 32 à 34.

6. La liberté de conclure un contrat d'emploi et non un marché public

(CJUE 25 oct. 2018, aff. C-260/17, *Anodiki Services EPE*, ECLI:EU:C:2018:864 ; Rev. CMP 2019, n° 1, p. 67, note W. Zimmer ; ACCP **année ?**, n° 192, p. 8)

La crise économique en Grèce, ses engagements internationaux, mais aussi des dysfonctionnements graves dans l'attribution et l'exécution des marchés publics, ont amené cet État à adopté des dispositions législatives autorisant les pouvoirs publics, pour faire face à des circonstances exceptionnelles, à conclure des contrats individuels de travail de droit privé à durée indéterminée pour pourvoir à leurs besoins, notamment en matière de restauration, de fournitures de repas et de nettoyage. Deux hôpitaux publics ont fait usage de cette possibilité. Leurs décisions ont été attaquées devant le Conseil d'État. Ce dernier a interrogé la Cour afin de savoir si les dispositions législatives violaient la directive 2014/24/UE, les libertés de prestations de service et d'établissement consacrées par le Traité FUE, les articles 16 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité, en autorisant la passation de ces contrats sans recourir aux procédures de passation relatives aux marchés publics, tout en l'interrogeant sur la portée de l'exception figurant sous l'article 10, sous g) de la même directive, à savoir la notion de contrat d'emploi.

Dès lors que la notion de contrat d'emploi n'est pas définie dans la directive et que celle-ci ne renvoie pas davantage au droit des États membres, l'interprétation autonome et uniforme de cette notion

implique de tenir compte du libellé, du contexte et de l'objectif poursuivi⁽⁴⁸⁾.

La directive 2014/24/UE n'impose pas aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services⁽⁴⁹⁾. Ils peuvent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation des marchés publics, la fourniture de biens et de services. La conclusion de contrats d'emploi est un des moyens pour le faire.

La caractéristique des contrats d'emploi réside dans la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération⁽⁵⁰⁾. La notion de contrat d'emploi, au sens de l'article 10 précité, vise donc tous les contrats en vertu desquels un pouvoir public embauche des personnes physiques afin de fournir lui-même des services et qui donnent lieu à une relation de travail par laquelle ces personnes accomplissent pendant un certain temps, en faveur de ce pouvoir public et sous la direction de celui-ci, des prestations en contrepartie desquelles elles touchent une rémunération⁽⁵¹⁾, peu importe la façon dont lesdites personnes sont embauchées. La Cour estime donc que la directive 2014/24/UE ne s'applique pas à des contrats d'emploi. Elle rappelle ensuite que le droit de l'Union ne s'applique pas au cas où une autorité publique accomplit les tâches d'intérêt public qui lui incombent

(48) Pt 25 de l'arrêt citant les arrêts du 19 déc. 2013, aff. C-279/12, *Fish Legal et Shirley*, EU:C:2013:853, pt 42, ainsi que du 19 juin 2018, aff. C-15/16, *Baumeister*, EU:C:2018:464, pt 24.

(49) Dir. 2014/24/UE, consid. 5.

(50) Pt 28 de l'arrêt citant les arrêts du 3 juill. 1986, aff. 66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284, pt 17, ainsi que du 19 juill. 2017, aff. C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, EU:C:2017:566, pt 19 et jurisprudence citée.

(51) Pt 29 de l'arrêt.

par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans faire appel à des entités externes⁽⁵²⁾. Elle écarte, en outre, l'application de la Charte au

cas d'espèce, puisque cette dernière ne s'adresse qu'aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union⁽⁵³⁾.

7. Les spécifications techniques dans le secteur médical

[CJUE 25 oct. 2018, aff. C-413/17, « *Roche Lietuva* » UAB, ECLI:EU:C:2018:865 ; ACCP 2018, n° 192, p. 8]

La formulation des spécifications techniques est une question sensible. D'une part, elle est la clé pour décrire de manière pertinente l'achat souhaité par le pouvoir adjudicateur : plus ce dernier est un spécialiste, plus il aura une idée précise de ce dont il a besoin et la capacité de le décrire. D'autre part, elles peuvent être formulées de manière telle qu'elles permettent une mise en concurrence plus ou moins large selon leurs degrés de précision. L'évolution de la technologie dans certains secteurs particuliers, comme le secteur médical, implique dès lors de plus en plus de marchés publics relatifs à l'acquisition de matériel de pointe intervenant dans le diagnostic et le traitement des maladies dont la responsabilité incombe, *in fine*, aux médecins.

Le droit de l'Union regorge de formules abstraites, non dénuées de caractère incantatoire, sur cette question. Les spécifications techniques doivent permettre d'ouvrir les marchés publics à la concurrence, ce qui implique de rendre possible la remise d'offres reflétant la diversité des solutions techniques, des normes et des spécifications techniques existant sur le marché, y compris celles définies sur la base de critères de performance liés au cycle de vie et à la durabilité du processus de production

des travaux, fournitures et services⁽⁵⁴⁾. Par conséquent, elles devraient être élaborées de manière à éviter de restreindre artificiellement la concurrence en instaurant des exigences qui favorisent un opérateur économique particulier, en reprenant les principales caractéristiques des fournitures, services ou travaux qu'il propose habituellement, la rédaction de spécifications sous forme de performance ou d'exigence fonctionnelle répondant mieux à cet objectif⁽⁵⁵⁾.

De manière générale, d'une part, les pouvoirs adjudicateurs doivent traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination, et agir d'une manière transparente et proportionnée, d'autre part, ne pas concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques⁽⁵⁶⁾.

Le droit de l'Union permet la rédaction des spécifications techniques selon diverses façons : soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, soit par référence à des spécifi-

(52) Pt 36 de l'arrêt citant les arrêts du 11 janv. 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Lochau*, EU:C:2005:5, pt 48, ainsi que du 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*, EU:C:2005:605, pt 61.

(53) Pt 38 de l'arrêt.

(54) Dir. 2014/24/UE, consid. 74, al. 1^{er}.

(55) Dir. 2014/24/UE, consid. 74, al. 2.

(56) Dir. 2014/24/UE, art. 18, § 1^{er}.

cations techniques et à des normes ; soit à travers une combinaison de ces deux méthodes ⁵⁷.

Dans le cadre de la passation d'un marché de location de matériels médicaux de diagnostic de laboratoire et achat des services et du matériel permettant d'assurer leur bon fonctionnement par une polyclinique lituanienne, un concurrent malheureux critiquait la rédaction des spécifications techniques, car elles limitaient de manière injustifiée la concurrence entre fournisseurs en raison de leur spécificité élevée et qu'elles étaient, en réalité, adaptées aux caractéristiques des produits de certains fabricants d'analyseurs sanguins. La juridiction saisie du litige s'interroge sur la marge d'appréciation dont jouit un pouvoir adjudicateur dans l'élaboration des spécifications techniques portant sur l'acquisition de fournitures médicales et, en particulier, l'importance à accorder aux caractéristiques individuelles des appareils ou au résultat du fonctionnement de ces appareils.

Repartant des formules abstraites du droit de l'Union, la Cour va cependant apporter quatre précisions importantes.

La première réside dans le large pouvoir discrétionnaire d'appréciation ⁵⁸ dont jouissent les pouvoirs adjudicateurs dans le choix entre des méthodes de rédaction des spécifications techniques prévues par l'article 42, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE ; il n'existe aucune hiérarchie entre celles-ci ⁵⁹. Ces méthodes n'excluent nullement que soient précisées, dans un appel d'offres portant sur des fournitures médicales destinées à la réalisation d'examens

médicaux, des caractéristiques de fonctionnement et d'utilisation des dispositifs et moyens individuels recherchés ⁶⁰. Cette liberté est justifiée par le fait que ce sont les pouvoirs adjudicateurs qui connaissent le mieux les fournitures dont ils ont besoin et les mieux à même de déterminer les exigences auxquelles il doit être satisfait afin d'obtenir les résultats souhaités ⁶¹.

La seconde réside dans l'interprétation des limites que pose le droit de l'Union à ce pouvoir discrétionnaire d'appréciation : il ne peut s'agir de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés, expression qui concrétise le principe d'égalité de traitement ⁶² et, au besoin, il s'agit de combattre les discriminations ⁶³.

La troisième réside dans le principe d'interprétation stricte de la possibilité, laissée, à titre exceptionnel, par l'article 42, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE, lorsqu'il n'est pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché, de faire référence à une fabrication ou à une provenance déterminée ou à un procédé particulier, qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ou encore à une marque ou à un brevet, pour autant que l'objet du marché le justifie et que les conditions fixées à cet effet par la directive 2014/24/UE sont respectées, notamment, qu'une telle référence soit accompagnée, dans les documents du marché, des termes « ou équivalent » ⁶⁴.

La quatrième est relative au principe de proportionnalité qui implique, en par-

(57) Dir. 2014/24/UE, art. 42, § 3.

(58) Pt 29 de l'arrêt.

(59) Pt 28 de l'arrêt.

(60) Pt 27 de l'arrêt.

(61) Pt 30 de l'arrêt.

(62) Repris à l'art. 18 de la dir. 2014/24/UE.

(63) Pt 34 de l'arrêt, citant, s'agissant de la dir. 2004/18/CE, l'arrêt du 10 mai 2012, aff. C-368/10, *Commission c/ Pays-Bas*, EU:C:2012:284, pt 62.

(64) Pt 38 de l'arrêt.

ticulier, un examen de la question de savoir si le degré de détail des spécifications techniques est nécessaire aux fins de la réalisation des objectifs. Sur ce dernier point, toutefois, la Cour souligne que le principe de proportionnalité s'applique de manière particulière dans le domaine sensible de la santé publique. De jurisprudence constante, la Cour estime que, pour apprécier le respect, par un État membre, du principe de proportionnalité dans ce domaine, il

convient de tenir compte du fait que la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et intérêts protégés par le Traité FUE et qu'il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique et la manière dont ce niveau doit être atteint. Ce niveau pouvant varier d'un État membre à l'autre, il convient de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation importante ⁶⁵.

8. Clause d'extension de l'accord-cadre à d'autres pouvoirs adjudicateurs

(CJUE 19 déc. 2018, aff. C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust*, ECLI:EU:C:2018:1034, concl. av. gén. M. M. Campos Sánchez-Bordona ; ACCP 2019, n° 194, p. 8)

14

Pour bénéficier ultérieurement d'un accord-cadre, un pouvoir adjudicateur doit-il nécessairement l'avoir signé ? Ou suffit-il qu'il soit mentionné comme potentiel bénéficiaire dans celui-ci ou dans le cahier des charges sur base duquel l'accord-cadre est passé ? Faut-il, en outre, qu'il précise le volume des prestations qu'il pourrait demander ? Telles sont, en substance, les deux questions posées par le Conseil d'État italien dans le cadre de cette affaire.

Le droit italien impose, sous réserve de certaines exceptions, aux organismes publics du Service national de santé, organisés sur une base territoriale (ci-après « ASST »), de réaliser leurs achats par l'intermédiaire de centrales d'achat. Dans ce contexte, l'ASST du lac de Garde a attribué un marché de services d'assainissement, de collecte et d'élimination des déchets à un groupement temporaire d'entreprises. Dans le cahier spécial des charges relatif

à ce marché, le pouvoir adjudicateur avait introduit une clause d'extension du marché selon laquelle les adhésions postérieures d'ASST déterminées, énumérées dans ledit cahier des charges, qui avaient auparavant conclu l'accord, en vue de mettre en œuvre des achats groupés, étaient admises. L'ASST della Valcamonia a exercé cette faculté d'adhésion et attribué le marché de service d'assainissement au groupement d'entreprises, sans organiser une nouvelle procédure de passation. Le prestataire antérieur s'en est plaint devant les juridictions italiennes.

La première question, tend à définir la portée de l'article 32, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE ⁶⁶ qui énonce que les marchés fondés sur l'accord-cadre sont passés selon des procédures qui ne sont applicables qu'entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques « originellement parties à l'accord-cadre ». La

(65) Pt 42 de l'arrêt, citant l'arrêt du 8 juin 2017, aff. C-296/15, *Medisanus*, EU:C:2017:431, pt 82 et jurisprudence citée.

(66) Dir. 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, n° L 134, p. 114 et rectificatif, JOUE 2004, n° L 351, p. 44.

Cour considère que cette dernière exigence ne vaut que pour les opérateurs économiques, au terme d'une analyse du contexte et des objectifs poursuivis par la directive. Il s'agit, en effet, de mettre en concurrence des opérateurs économiques⁽⁶⁷⁾ (et non des pouvoirs adjudicateurs)⁽⁶⁸⁾, d'améliorer l'efficacité de la commande publique, en encourageant le regroupement des achats publics afin de réaliser des économies d'échelle⁽⁶⁹⁾. Cette interprétation est confirmée par le libellé, plus explicite encore, de l'article 32, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2014/24⁽⁷⁰⁾, comme le souligne justement l'avocat général⁽⁷¹⁾. Il suffit, dès lors, que le pouvoir adjudicateur apparaisse clairement dès la date de la conclusion de l'accord-cadre, dans celui-ci ou dans un cahier des charges, comme un bénéficiaire potentiel, pour pouvoir ensuite passer un marché subséquent, sans qu'il soit nécessaire qu'il soit signataire de l'accord-cadre⁽⁷²⁾.

La seconde question précise la portée de l'article 1^{er}, paragraphe 5, de la directive 2004/18/CE, lorsqu'il énonce qu'un accord-cadre a pour objet d'éta-

blir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne le prix et, le « cas échéant », les quantités envisagées.

La Cour considère que l'indication des quantités n'est pas une faculté, mais bien une obligation⁽⁷³⁾, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, le volume maximal des prestations doit être précisé dès le départ, en vertu de certaines dispositions de la directive⁽⁷⁴⁾. Deuxièmement, les marchés subséquents doivent être attribués à l'opérateur économique seul partie à l'accord-cadre, dans les limites des termes de celui-ci⁽⁷⁵⁾. Troisièmement, il y va du respect des principes fondamentaux⁽⁷⁶⁾, qui 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 le cahier spécial des charges⁽⁷⁷⁾ : le volume global doit être précisé au préalable. Enfin, il s'agit de concrétiser l'interdiction de recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher ou à fausser la concurrence⁽⁷⁸⁾.

(67) Dir. 2004/18/CE, art. 32, § 4, 2^e al. ; pt 18 sous le titre de l'avis de marché, annexe VII-1 de la même directive.

(68) Pt 52 de l'arrêt.

(69) Pt 53 de l'arrêt.

(70) Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 févr. 2014, sur la passation des marchés publics, JOUE 2014, n° L 91, p. 65.

(71) Pt 62 de ses concl.

(72) Pt 56 de l'arrêt.

(73) Pt 59 de l'arrêt.

(74) Pt 60 de l'arrêt, art. 9, § 9, de la dir. 2004/18/CE ; avis de marché annexe VII A.

(75) Pt 61, art. 32 ; § 3, de la dir. 2004/18/CE.

(76) Pt 62 de l'arrêt, citant les arrêts du 4 mai 1995, aff. C-79/94, *Commission c/ Grèce*, EU:C:1995:120, pt 15 ; du 29 nov. 2007, aff. C-119/06, *Commission c/ Italie*, non publié, EU:C:2007:729, pt 43, et du 11 déc. 2014, aff. C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e.a.*, EU:C:2014:2440, pt 36.

(77) Pt 63 de l'arrêt citant l'arrêt du 17 déc. 2015, aff. C-25/14 et C-26/14, *UNIS et Beaudout Père et Fils*, EU:C:2015:821, pt 38 et l'arrêt du 13 juill. 2017, aff. C-76/16, *Ingsteel et Metrostav*, EU:C:2017:549, pt 34.

(78) Prévue dans l'art. 32, § 2, 5^e al., de la dir. 2004/18/CE ; pt 69 de l'arrêt.

