Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 15 avril 2021 [1]

Affaire C-927/19

UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras
en présence de
UAB Ecoservice Klaipėda,
UAB Klaipėdos autobusų parkas,
UAB Parsekas,
UAB Klaipėdos transportas

[demande de décision préjudicielle formée par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême, Lituanie)]

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Directive 2014/24/UE – Articles 21, 50 et 55 – Confidentialité – Compétence du pouvoir adjudicateur – Directive (UE) 2016/943 – Applicabilité – Directive 89/665/CEE – Articles 1er et 2 – Effets du recours contre la déclaration de confidentialité – Motivation – Recours autonome contre le pouvoir adjudicateur – Contrôle juridictionnel – Portée des pouvoirs du juge »

1. La documentation fournie aux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics peut inclure des secrets d'affaires et d'autres informations confidentielles, dont la divulgation serait préjudiciable à leurs titulaires.

2. Dans ce domaine, deux intérêts contradictoires se rencontrent :

– d'une part, celui du soumissionnaire qui, en recourant à la passation de marchés publics, ne renonce pas à protéger les informations confidentielles, afin d'empêcher les tiers de tirer indûment profit de l'effort commercial d'autrui ;

– d'autre part, celui des soumissionnaires qui, dans l'exercice de leur droit d'attaquer les décisions du pouvoir adjudicateur, entendent, pour fonder leur recours, accéder à certaines informations transmises par l'adjudicataire, que ce dernier considère comme confidentielles.

[1] Langue originale : l'espagnol.

3. Le conflit entre ces intérêts est à la base du présent renvoi préjudiciel, dans lequel la juridiction de renvoi demande l'interprétation des directives 89/665/CEE [2], 2014/24/UE [3] et (UE) 2016/943 [4].

I. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La directive 2014/24

4. L'article 18 de la directive 2014/24 (« Principes de la passation de marchés ») dispose :

« 1. Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.

[...] »

5. L'article 21 de cette directive (« Confidentialité ») dispose :

« 1. Sauf disposition contraire de la présente directive ou des règles de droit national auxquelles le pouvoir adjudicateur est soumis, notamment les dispositions régissant l'accès à l'information, et sans préjudice des obligations en matière de publicité concernant les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires qui figurent aux articles 50 et 55, le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel, y compris, entre autres, les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

2. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'ils mettent à disposition tout au long de la procédure de passation de marché. »

6. L'article 50 de ladite directive (« Avis d'attribution de marché ») prévoit :

« [...]

4. Certaines informations sur la passation du marché ou la conclusion de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques. »

[2] Directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33).

[3] Directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

[4] Directive du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (JO 2016, L 157, p. 1).

7. L'article 55 de la même directive (« Information des candidats et des soumissionnaires ») dispose :

« [...]

3. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements concernant l'attribution du marché, la conclusion d'accords-cadres ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique, visés aux paragraphes 1 et 2, lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques. »

2. La directive 89/665

8. Aux termes de l'article 1er de la directive 89/665 (« Champ d'application et accessibilité des procédures de recours »)[5] :

« 1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 et 37 de ladite directive.

[...]

Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés relevant du champ d'application de la directive 2014/24/UE ou de la directive 2014/23/UE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

[...]

3. Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

4. Les États membres peuvent exiger que la personne qui souhaite faire usage d'une procédure de recours ait informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours, pour autant que cela n'ait pas d'incidence sur le délai de suspension visé à l'article 2 bis, paragraphe 2, ou sur tout autre délai d'introduction d'un recours visé à l'article 2 quater.

5. Les États membres peuvent exiger que la personne concernée introduise en premier lieu un recours auprès du pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, les États membres veillent à ce que l'introduction dudit recours entraîne la suspension immédiate de la possibilité de conclure le marché.

[5] Dans sa rédaction donnée par l'article 46 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession (JO 2014, L 94, p. 1).

[...] »

9. L'article 2 de cette directive (« Exigences en matière de procédures de recours ») stipule :

« 1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1er prévoient les pouvoirs permettant :

[...]

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause ;

[...] »

3. La directive 2016/943

10. Le considérant 18 de la directive 2016/943 énonce :

« [...] En particulier, la présente directive ne devrait pas libérer les autorités publiques des obligations de confidentialité auxquelles elles sont soumises à l'égard des informations transmises par les détenteurs de secrets d'affaires, que ces obligations soient définies dans le droit de l'Union ou le droit national. Il en est ainsi, notamment, des obligations de confidentialité des informations transmises aux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, telles que celles énoncées, par exemple, dans la directive 2014/24/UE [...] »

11. L'article 1er de cette directive (« Objet et champ d'application ») précise :

« [...]

2. La présente directive ne porte pas atteinte à :

[...]

b) l'application de règles de l'Union ou de règles nationales exigeant des détenteurs de secrets d'affaires qu'ils révèlent, pour des motifs d'intérêt public, des informations, y compris des secrets d'affaires, au public ou aux autorités administratives ou judiciaires pour l'exercice des fonctions de ces autorités ;

c) l'application de règles de l'Union ou de règles nationales obligeant ou autorisant les institutions et organes de l'Union ou les autorités publiques nationales à divulguer des informations communiquées par des entreprises que ces institutions, organes ou autorités détiennent en vertu des obligations et prérogatives établies par le droit de l'Union ou le droit national et conformément à celles-ci ;

[...] »

B. Le droit lituanien

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (loi sur les marchés publics de la République de Lituanie, ci-après la « LCP »)

12. L'article 20 de la LCP énonce :

« 1. Il est interdit au pouvoir adjudicateur, à la commission d'adjudication, à leurs membres et experts et à toute autre personne de dévoiler à des tiers les informations que les fournisseurs ont communiquées à titre confidentiel.

2. L'intégralité de l'offre ou de la demande de participation du fournisseur ne peut pas être qualifiée de confidentielle, mais celui-ci peut indiquer que certaines informations présentées dans son offre sont confidentielles. Peuvent être des informations confidentielles, entre autres, les secrets d'affaires (de fabrication) et des aspects confidentiels de l'offre. Des informations ne peuvent pas être qualifiées de confidentielles :

1) dans le cas où cela enfreindrait des dispositions légales qui prévoient l'obligation de divulguer ou le droit d'obtenir des informations et la réglementation mettant en œuvre ces dispositions légales ;

2) dans le cas où cela enfreindrait les obligations prévues aux articles 33 et 58 de la présente loi en matière de publication des marchés conclus, d'information des candidats et soumissionnaires, y compris les informations relatives au prix des fournitures, services ou travaux qui est indiqué dans l'offre, à l'exception de ses éléments constitutifs ;

3) lorsque ces informations ont été présentées dans des documents certifiant que le fournisseur ne relève pas d'un motif d'exclusion, répond aux conditions de capacité et aux normes de gestion de la qualité et de protection de l'environnement, à l'exception des informations dont la divulgation enfreindrait les dispositions de la loi de la République de Lituanie relative à la protection des données personnelles, ou les obligations du fournisseur au titre de contrats conclus avec des tiers ;

4) lorsque ces informations concernent les opérateurs économiques et les sous-traitants aux capacités desquels le fournisseur a recours, à l'exception des informations dont la divulgation enfreindrait les dispositions de la loi relative à la protection des données personnelles.

3. Lorsque le pouvoir adjudicateur doute du caractère confidentiel d'informations figurant dans l'offre du fournisseur, il doit demander à celui-ci de démontrer en quoi les informations en question sont confidentielles [...]

4. Au plus tard six mois à dater de la conclusion du marché, les soumissionnaires intéressés peuvent demander au pouvoir adjudicateur de leur donner accès à l'offre ou à la demande de l'adjudicataire (les candidats, aux demandes des autres fournisseurs qui ont été invités à présenter une offre ou à participer à un dialogue), mais les informations que les candidats ou soumissionnaires ont qualifiées de confidentielles sans enfreindre le paragraphe 2 du présent article ne peuvent pas être divulguées. »

13. L'article 58 de la LCP précise :

« 3. Dans les cas visés aux paragraphes 1 et 2 du présent article, le pouvoir adjudicateur ne peut pas donner d'informations dont la divulgation enfreindrait la réglementation en matière de protection des informations et des données ou serait contraire à l'intérêt général, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un fournisseur précis ou affecterait la concurrence entre fournisseurs. »

2. Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (code de procédure civile de la République de Lituanie)

14. L'article 10^1 du code de procédure civile de la République de Lituanie prévoit :

« [...]

2. Lorsqu'il existe des raisons de considérer qu'un secret d'affaires pourrait être dévoilé, le juge, à la demande dûment motivée des parties ou d'office, désigne par ordonnance motivée les personnes qui peuvent :

1) accéder aux pièces du dossier qui contiennent des informations constituant un secret d'affaires ou susceptibles de constituer un secret d'affaires, en réaliser et obtenir des extraits, des doubles et des copies (copies numériques) ;

2) participer à des audiences à huis clos dans lesquelles pourraient être révélées des informations constituant un secret d'affaires ou susceptibles de constituer un secret d'affaires et accéder aux procès-verbaux de telles audiences ;

3) obtenir une copie certifiée (copie numérique) d'un arrêt ou d'une ordonnance contenant des informations constituant un secret d'affaires ou susceptibles de constituer un secret d'affaires.

[...]

4. Dans l'application des restrictions énoncées au paragraphe 2 du présent article, le juge prend en compte la nécessité de garantir le droit à une protection juridictionnelle et le droit à un procès équitable, les intérêts légitimes des parties et des autres personnes participant à la procédure et le préjudice qui peut découler de l'application ou de la non-application de ces restrictions. »

II. Les faits, la procédure et les questions préjudicielles

15. Le 27 septembre 2018, UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (ci-après le « pouvoir adjudicateur ») a annoncé le lancement d'un appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché public pour la fourniture de services liés à la collecte des déchets municipaux de la commune de Neringa (Lituanie) et à leur transport vers les installations de traitement de la région de Klaipėda (Lituanie) [6].

[6] En vertu du point 3 de la décision de renvoi, il découle de l'avis de marché que la valeur prévisionnelle du marché dépasse les 750 000 euros (hors TVA).

16. Le 29 novembre 2018, le marché a été attribué au groupement d'opérateurs économiques constitué par UAB Klaipėdos autobusų parkas, UAB Parsekas et UAB Klaipėdos transportas (ci-après le « groupe »). La société UAB Ecoservice Klaipėda (ci-après « Ecoservice ») a été classée deuxième.

17. Le 4 décembre 2018, Ecoservice a demandé au pouvoir adjudicateur l'accès aux données contenues dans l'offre du groupe. Le 6 décembre 2018, les informations non confidentielles de cette offre lui ont été communiquées.

18. Le 10 décembre 2018, Ecoservice a saisi le pouvoir adjudicateur, d'une réclamation, en contestant le résultat final de la procédure au motif que le groupe ne satisfaisait pas aux exigences de l'appel d'offres [7]. Le pouvoir adjudicateur a rejeté la réclamation le 17 décembre 2018.

19. Le 27 décembre 2018, Ecoservice a introduit un recours contre la décision du pouvoir adjudicateur devant le Klaipėdos apygardos teismas (tribunal régional de Klaipėda, Lituanie). En même temps que le recours, elle a demandé à disposer de toutes les informations contenues dans l'offre du groupe, ainsi que de la correspondance échangée entre ce dernier et le pouvoir adjudicateur.

20. Le pouvoir adjudicateur a été entendu et s'est opposé à la demande d'Ecoservice. Le 15 janvier 2019, il a été invité par la juridiction de première instance à déposer tous les documents demandés, à l'exception de la correspondance avec le groupe.

21. Le 25 janvier 2019, le pouvoir adjudicateur a fourni les informations, tant confidentielles que non confidentielles, contenues dans l'offre du groupe. Il a demandé à ce qu'Ecoservice n'ait pas accès aux informations confidentielles, ce que la juridiction de première instance a accepté.

22. Au moyen de deux demandes présentées postérieurement, Ecoservice a sollicité auprès de cette juridiction l'accès : a) aux informations de l'offre classées comme confidentielles ; et b) aux données des contrats de gestion des déchets conclus par l'une des entités qui fait partie du groupe. La juridiction de première instance a rejeté ces deux demandes par deux décisions distinctes non susceptibles de recours.

23. Par jugement du 15 mars 2019, la juridiction de première instance a jugé que le groupe remplissait les conditions relatives à la qualification des fournisseurs et elle a rejeté la demande d'Ecoservice.

24. Ecoservice a interjeté appel du jugement de première instance devant le Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie), lequel, le 30 mai 2019, a annulé ce jugement ainsi que la décision du pouvoir adjudicateur et a ordonné qu'il soit procédé à une nouvelle appréciation des offres.

[7] Concrètement, le soumissionnaire a invoqué : i) que les contrats de collecte et de transport de déchets communaux mixtes, cités par le groupe pour établir sa capacité économique et financière, n'auraient pas été directement exécutés par les entités faisant partie dudit groupe ; et ii) que les véhicules cités dans les documents présentés par le groupe n'auraient pas rempli les exigences techniques contenues dans le cahier des charges.

25. Le pouvoir adjudicateur, se limitant à contester l'appréciation de la juridiction d'appel relative à (l'absence de) la capacité technique du groupe, s'est pourvu en cassation devant le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême, Lituanie) [8].

26. Le 26 juillet 2019, avant de répondre au pourvoi, Ecoservice a demandé l'accès aux documents confidentiels produits par le groupe devant la juridiction de première instance, « qui contenaient des informations réellement sensibles à des fins commerciales qui avaient été occultées ».

27. C'est dans ce contexte que le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême) a posé, entre autres, les questions préjudicielles suivantes :

« [...]

4) L'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive [89/665], qui consacre le principe de l'efficacité des procédures de recours, les paragraphes 3 et 5 du même article, l'article 21 de la directive 2014/24 et les dispositions de la directive [2016/943], en particulier son considérant 18 et son article 9, paragraphe 2, troisième alinéa (lus en combinaison ou séparément, mais sans s'y limiter), doivent-ils être interprétés en ce sens que, lorsque la réglementation nationale en matière de marchés publics prévoit une procédure précontentieuse obligatoire :

   a) et qu'un fournisseur a introduit un recours, le pouvoir adjudicateur est tenu de lui fournir toutes les données de l'offre de l'autre fournisseur (même si elles sont de caractère confidentiel), si ce recours porte précisément sur la légalité de l'appréciation de l'offre de l'autre fournisseur et que le fournisseur auteur du recours lui avait clairement demandé au préalable de les fournir ;

   b) indépendamment de la réponse à la question qui précède, le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il rejette la réclamation présentée par un fournisseur au sujet de la légalité de l'appréciation de l'offre de son concurrent, doit dans tous les cas répondre clairement, de manière exhaustive et avec précision, même au risque de divulguer des informations confidentielles qui lui ont été présentées dans le cadre de l'offre ?

5) L'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, l'article 1er, paragraphes 3 et 5, et l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665, l'article 21 de la directive 2014/24 et les dispositions de la directive 2016/943, en particulier son considérant 18 (lus en combinaison ou séparément, mais sans s'y limiter) doivent-ils être interprétés en ce sens que la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas communiquer au fournisseur les données confidentielles de l'offre de l'autre fournisseur est une décision qui peut être attaquée en justice séparément ?

6) Si la réponse à la question qui précède est affirmative, l'article 1er, paragraphe 5, de la directive 89/665 doit-il être interprété en ce sens que le fournisseur doit saisir le pouvoir adjudicateur d'une réclamation contre cette décision et, le cas échéant, introduire une action en justice ?

[8] Dans la décision de renvoi (aux points 36 et 37), il est souligné que ce n'est pas Ecoservice qui a formé le pourvoi, mais le pouvoir adjudicateur, de sorte que le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême) ne devrait statuer, en principe, que sur les questions soulevées dans le pourvoi en cassation par le pouvoir adjudicateur, à savoir le respect par le fournisseur des conditions de capacité technique. Cependant, la juridiction de céans a décidé d'office (de droit) d'outrepasser les limites du pourvoi en cassation et de se prononcer sur d'autres aspects du litige.

7) Si la réponse à la question qui précède est affirmative, l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, et l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 doivent-ils être interprétés en ce sens que le fournisseur, en fonction de l'étendue des informations disponibles sur le contenu de l'offre de l'autre fournisseur, peut introduire une action en justice portant uniquement sur le refus de lui communiquer les informations, sans contester aussi la légalité des autres décisions du pouvoir adjudicateur ?

8) Indépendamment de la réponse aux questions qui précèdent, l'article 9, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2016/943 doit-il être interprété en ce sens que, lorsque le juge a été saisi d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'autre partie au litige de produire les éléments de preuve dont elle dispose et à ce que ces données soient communiquées au demandeur, il doit faire droit à cette demande, indépendamment du comportement du pouvoir adjudicateur pendant la procédure de passation de marché ou la procédure de recours ?

9) L'article 9, paragraphe 2, troisième alinéa de la directive 2016/943 doit-il être interprété en ce sens que, si le juge ne fait pas droit à la demande de divulgation des informations confidentielles de l'autre partie au litige, il devrait examiner lui-même d'office la pertinence des données dont la divulgation est demandée et leurs effets sur la légalité de la procédure de passation de marché ?

[...] »

III. La procédure devant la Cour

28. La décision de renvoi a été enregistrée au greffe de la Cour le 18 décembre 2019.

29. Des observations écrites ont été déposées par Klaipėdos autobusų parkas[9], Ecoservice, les gouvernements lituanien et autrichien ainsi que par la Commission européenne.

30. Les parties ont répondu par écrit aux questions qui leur ont été adressées par la Cour, en lieu et place de l'audience.

IV. Appréciation

A. Observations préliminaires

31. À la demande de la Cour, je me limiterai à l'analyse des quatrième à neuvième questions préjudicielles. Compte tenu de leur objet, elles peuvent être regroupées en trois blocs :

– Dans la quatrième question, la juridiction de renvoi s'interroge sur la portée de l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de conserver le secret des informations qu'un soumissionnaire qualifie de confidentielles, en statuant sur une réclamation formée par un autre soumissionnaire souhaitant accéder à ces informations.

[9] L'une des entités faisant partie du groupe.

– Dans les cinquième à septième questions, les doutes portent sur le recours introduit devant les juridictions contre la décision du pouvoir adjudicateur de refuser à un opérateur l'accès à des informations confidentielles fournies par un autre.

– Enfin, les huitième et neuvième questions concernent la faculté pour le juge de divulguer les informations confidentielles qui sont en sa possession et, le cas échéant, d'examiner d'office la légalité de l'attribution.

32. J'aborderai, tout d'abord, l'interprétation des directives 2014/24 et 2016/943 en ce qui concerne le traitement des informations confidentielles. Puis j'exposerai ma réponse aux questions préjudicielles, qui comportera des références à la directive 89/665.

B. Protection des informations confidentielles fournies dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics

33. Selon la Cour, « [l]'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics comprend l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres. [...] Pour atteindre cet objectif, il importe que les pouvoirs adjudicateurs ne divulguent pas d'informations ayant trait à des procédures de passation de marchés publics dont le contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence »[10].

34. La directive 2014/24 regroupe plusieurs règles consacrées à la publication des informations détenues par le pouvoir adjudicateur. Parmi celles-ci[11] figure l'article 21, qui interdit, en principe[12], de divulguer « les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel, y compris, entre autres, les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres ».

35. À la lumière des allégations des parties, il est nécessaire de déterminer, en vertu de la directive 2014/24, le type d'information confidentielle qui doit être protégée par le pouvoir adjudicateur (et les organes qui contrôlent ses décisions). Plus tard, je procéderai à l'évaluation de l'incidence de la directive 2016/943 sur les procédures de passation de marchés publics.

1. Informations confidentielles au sens de la directive 2014/24

36. Il résulterait d'une interprétation littérale et isolée de l'article 21 de la directive 2014/24 que les informations confidentielles sont, tout simplement, celles qu'un opérateur économique qualifie comme telles. Les informations protégées seraient donc, en tout état de cause, celles que les opérateurs économiques « lui ont communiquées à titre confidentiel ».

[10] Arrêt du 14 février 2008, Varec (C-450/06, ci-après l'« arrêt Varec », EU:C:2008:91, points 34 et 35).

[11] Il existe d'autres dispositions dans la directive, que j'aborderai plus tard, qui visent à protéger la confidentialité en ce qui concerne les avis d'attribution de marchés (article 50, paragraphe 4) et en ce qui concerne les informations fournies aux candidats et aux soumissionnaires (article 55). Ces deux dispositions indiquent que les informations ne seront pas publiées au cas où « leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques ».

[12] Sous réserve qu'il en soit disposé autrement dans la directive elle-même ou dans le droit national. Au regard de l'article 20 de la LCP, aucune norme nationale ne semble prévoir un tel effet contraire.

37. Suivant ce critère herméneutique, toute[13] information, quel que soit son contenu, non autorisée par l'opérateur qui l'a mise à la disposition du pouvoir adjudicateur, serait automatiquement bloquée, c'est-à-dire qu'elle ne pourrait pas être divulguée.

38. Cette interprétation maximaliste ne saurait prospérer. L'article 21 de la directive 2014/24 fournit d'ailleurs comme exemple d'information qualifiable de confidentielle « les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres ». Elle indique ainsi qu'une telle qualification repose sur une base *objective* et non sur la seule volonté *subjective* de celui qui fournit les informations.

39. D'autres dispositions de la directive 2014/24 (notamment l'article 50, paragraphe 4, et l'article 55, paragraphe 3, permettent de corroborer, d'un point de vue systématique, cette même thèse. Conformément à ces dispositions, la divulgation des informations est refusée lorsque, entre autres hypothèses, elle porte atteinte « aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique particulier, public ou privé ». À nouveau, ce sont les aspects objectifs, et non les aspects subjectifs, qui priment.

40. J'estime donc que l'article 21 de la directive 2014/24, lu dans son contexte, ne confie pas *en exclusivité* à l'opérateur économique la tâche de préciser, à son gré, quelles informations doivent être classées comme confidentielles. Sa demande motivée en ce sens – indispensable, s'il veut restreindre la publication des données qu'il a lui-même fournies – est soumise à la décision ultérieure du pouvoir adjudicateur (et éventuellement à celle de l'organe qui contrôle les décisions de celui-ci).

41. L'objectif de la disposition conduit au même résultat. Si, comme pour le reste de la directive 2014/24, la finalité est d'éviter de fausser la concurrence[14], il est logique d'attribuer au pouvoir adjudicateur, et non unilatéralement à l'opérateur concerné, le pouvoir de déterminer quels risques pour la concurrence découleraient de la divulgation des informations prétendument confidentielles. Son devoir d'impartialité et d'objectivité à l'égard des divers soumissionnaires fait du pouvoir adjudicateur l'acteur adéquat pour porter ce jugement.

42. En outre, le pouvoir adjudicateur est ainsi en mesure d'assurer le traitement de tous les opérateurs économiques « sur un pied d'égalité et sans discrimination », conformément aux principes directeurs des marchés publics.

2. L'application de la directive 2016/943

43. La juridiction de renvoi sollicite l'interprétation de l'article 9 de la directive 2016/943, lu en combinaison avec le considérant 18 de celle-ci, car conclure à accorder l'accès à certaines informations soulève la question de savoir si elles relèvent ou non du secret des affaires[15].

[13] Ce n'est pas le cas de la norme lituanienne, dans la mesure où elle interdit que la *totalité* d'une offre soit communiquée à titre confidentiel.

[14] Voir point 33 des présentes conclusions.

[15] Voir points 64 et suiv. de la décision de renvoi.

44. Je dois cependant rappeler que, aux termes de l'article 21 de la directive 2014/24, la protection ne se limite pas aux « secrets commerciaux », mais également, entre autres, aux « aspects confidentiels des offres ». Partant, il est possible d'inclure dans cette disposition les informations qui ne sont pas susceptibles d'être qualifiées strictement de secrets commerciaux : l'une et l'autre notion ne sont pas équivalentes.

45. En tout état de cause, la directive 2016/943, qui vise à protéger les « savoir-faire et [l]es informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites », envisage l'hypothèse opposée à celle traitée dans la présente affaire. En l'espèce, il s'agit précisément de l'absence de divulgation de certaines informations confidentielles, que le pouvoir adjudicateur refuse de fournir à l'opérateur qui les sollicite.

46. Je m'accorde, à ce sujet, avec la Commission [16] sur le fait que l'article 9 de la directive 2016/943 n'est pas applicable en l'espèce, car cette disposition concerne les procédures judiciaires relatives à l'obtention, à l'utilisation ou à la divulgation *illicites* d'un secret d'affaires [17].

47. Par ailleurs, la directive 2014/24 est la lex specialis qui régit la divulgation des informations fournies par les opérateurs économiques dans le cadre d'un appel d'offres public.

48. Le considérant 18 de la directive 2016/943 le confirme, lorsqu'il fait référence aux obligations des autorités publiques de maintenir la confidentialité « des informations transmises aux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la passation de marchés, fixées, par exemple, dans [...] la directive 2014/24 ».

49. C'est donc la directive 2016/943 elle-même qui renvoie au régime de la directive 2014/24 pour le traitement des règles de protection des informations confidentielles en la matière. La divulgation par un pouvoir adjudicateur, dans l'exercice légitime de ses facultés, de ce type d'informations, permise par la directive 2014/24, constitue l'un des cas de non-application de la directive 2016/943 prévus à l'article 1er, paragraphe 2, et à l'article 3, paragraphe 2, de cette directive.

50. La réponse aux questions de la juridiction de renvoi en ce qui concerne la protection de la confidentialité doit donc être fondée sur l'interprétation de la directive 2014/24. La directive 2016/943, dès lors qu'elle se trouve dans un cadre voisin, pourra être utilisée comme référence auxiliaire, mais elle ne pourra pas constituer le texte déterminant.

C. Quatrième question préjudicielle

51. Par cette question, la juridiction de renvoi cherche à savoir :

– premièrement [sous a)], si le pouvoir adjudicateur doit fournir à un soumissionnaire qui conteste devant lui l'appréciation des offres *toutes* les données de l'offre présentée par le soumissionnaire retenu, lorsque le requérant a au préalable demandé ces informations au même pouvoir adjudicateur ;

16 Points 70 à 75 de ses observations écrites.

17 Cela découle également des considérants 13 et 24 de la directive 2016/943.

– deuxièmement [sous b)], si, en cas de rejet de la réclamation formée, le pouvoir adjudicateur doit « répondre clairement, de manière exhaustive et avec précision », même au risque de divulguer les informations confidentielles relatives à l'offre qui lui a été confiée.

52. La juridiction de renvoi explique que le droit national prévoit une « procédure précontentieuse obligatoire de règlement des différends », dans laquelle le pouvoir adjudicateur statue lui-même.

1. Quatrième question, sous a)

53. Le pouvoir adjudicateur, comme je l'ai déjà exposé, doit déterminer quels sont les éléments des informations transmises par le soumissionnaire, parmi ceux que celui-ci a désignés comme confidentiels, qui revêtent réellement ce caractère. Cette même faculté appartient à l'instance chargée de réexaminer l'action du pouvoir adjudicateur au stade du recours.

54. La protection des informations confidentielles ainsi que des secrets d'affaires doit être mise en œuvre de manière à la concilier « avec les exigences d'une protection juridique effective et le respect des droits de la défense des parties au litige [...] de manière à assurer que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable » [18].

55. Le maintien de cet équilibre suppose, d'emblée, que la réclamation ou l'introduction d'un recours auprès du pouvoir adjudicateur n'implique pas que celui-ci doive automatiquement fournir au requérant toutes les informations contenues dans l'offre du soumissionnaire retenu [19]. Elle n'implique pas non plus qu'il faille les refuser systématiquement [20]. À la lumière des motifs de la demande – ou, le cas échéant, du recours – et de la nature des informations demandées, le pouvoir adjudicateur doit prendre sa décision.

56. Les facultés du pouvoir adjudicateur se déploient, je le répète, qu'il agisse en réponse à une demande motivée de divulgation d'informations confidentielles ou qu'il statue sur un recours (au sens de l'article 1er, paragraphe 5, de la directive 89/665) [21] contre la décision de permettre ou de ne pas permettre cette divulgation ou contre la décision d'attribuer le marché après appréciation des offres.

57. La quatrième question, sous a), de la juridiction de renvoi concerne le rôle du pouvoir adjudicateur lorsqu'« un fournisseur a introduit un recours ». Or, en statuant sur ce point, il incombe à ce pouvoir adjudicateur de veiller à l'équilibre entre la protection de la confidentialité et le droit à un recours effectif, au sens de la directive 89/665.

18 Arrêt Varec, point 52.

19 Arrêt Varec, point 40 : « [L]a simple introduction d'un recours donnerait accès à des informations qui pourraient être utilisées pour fausser la concurrence ou pour nuire aux intérêts légitimes d'opérateurs économiques ayant participé à la procédure de passation du marché public en cause. Une telle possibilité pourrait même inciter des opérateurs économiques à former des recours dans le seul but d'accéder aux secrets d'affaires de leurs concurrents. »

20 Selon la décision de renvoi, en Lituanie, la situation fréquente, « caractéristique de la pratique des marchés publics [...] que la juridiction [au stade du pourvoi] tente constamment de limiter », est le rejet de l'accès des demanderesses aux informations fournies par les soumissionnaires.

21 L'article 1er, paragraphe 5, de la directive 89/665 permet que le droit national d'un État établisse cette modalité de *recours* qui constitue en réalité une procédure de réexamen mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur lui-même. Dans la décision de renvoi, il est estimé que, en Lituanie, elle est de nature administrative.

58. En conséquence, le pouvoir adjudicateur devra évaluer l'intérêt et les motifs de celui qui demande à connaître les informations confidentielles (fournies par un concurrent en lice), en les confrontant à la nécessité de sauvegarder la confidentialité de ces données. Le cas échéant, il pourra demander à l'opérateur économique concerné d'expliquer pourquoi il y aurait lieu de maintenir la qualification de certaines informations comme confidentielles en tout ou en partie.

59. La réponse du pouvoir adjudicateur à ce *recours*, y compris lorsque celui-ci met en cause la « légalité de l'appréciation de l'offre », doit contenir les motifs expliquant sa décision. Cette réponse ne doit pas forcément consister, je le répète, à fournir au requérant « toutes » les données de l'offre de l'autre soumissionnaire. Au contraire, elle dépendra du point de savoir si le pouvoir adjudicateur considère, en tout ou en partie, justifié le maintien de la confidentialité des informations mises à sa disposition.

2. Quatrième question, sous b)

60. La juridiction de renvoi cherche à savoir si, en rejetant la réclamation d'un soumissionnaire contestant le résultat de l'appréciation, le pouvoir adjudicateur doit répondre « clairement, de manière exhaustive et avec précision même au risque de divulguer des informations confidentielles qui lui ont été présentées dans le cadre de l'offre ».

61. La réponse à ce doute peut être déduite de celle donnée à la même question, sous a).

62. En motivant la décision de rejet de la réclamation dont il a été saisi, le pouvoir adjudicateur doit respecter tant les droits du demandeur que ceux de l'autre partie (l'adjudicataire, dont les informations intéressent son concurrent évincé). Il devra exposer les motifs de son action, en facilitant ainsi le contrôle ultérieur de ses actes.

63. Si le pouvoir adjudicateur doit répondre dans sa décision « clairement [...] et avec précision », celle-ci ne doit pas pour autant contenir, nécessairement et automatiquement, *toutes* les informations confidentielles fournies dans l'offre. Cela ne sera le cas que si, après la mise en balance des intérêts [22] à laquelle il est appelé à procéder, le pouvoir adjudicateur décide de faire prévaloir certains intérêts sur d'autres.

D. Cinquième, sixième et septième questions préjudicielles

64. Parmi ces trois questions préjudicielles, qu'il convient de traiter ensemble, la cinquième se réfère à l'éventualité « d'attaqu[er] en justice séparément » la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas accorder l'accès aux informations confidentielles. Les sixième et septième questions semblent partir de ce même présupposé.

65. Certes, il ne ressort pas clairement de l'ordonnance de renvoi [23] qu'Ecoservice ait attaqué cette décision *séparément* (ou de manière autonome) lorsque le pouvoir adjudicateur a décidé de lui transmettre uniquement les informations non confidentielles contenues dans l'offre du groupe [24].

[22] L'article 9 de la directive 2016/943 fait également référence à l'équilibre entre la protection de la confidentialité des informations et la protection juridictionnelle.

[23] Aux points 64 et 76 de la décision de renvoi, la juridiction de renvoi explique pour quelles raisons elle pose les quatrième à neuvième questions. Force est de constater que ces raisons ne correspondent pas toujours exactement à la teneur des questions corrélatives.

[24] Cela est souligné par Klaipėdos autobusų parkas dans ses observations écrites, aux points 81 et 82.

66. Il ressort des faits relatés dans cette ordonnance que l'action d'Ecoservice a consisté à demander, tant au pouvoir adjudicateur que, ultérieurement, à la juridiction de première instance (en l'occurrence, en même temps que son recours), d'ordonner la divulgation intégrale des informations fournies par le groupe. Il n'est donc pas certain que cette demande puisse être comprise comme un recours *autonome*, au sens indiqué ci-dessus.

67. Cela ne doit pas nécessairement se traduire par l'irrecevabilité des cinquième, sixième et septième questions, qui bénéficient de la présomption de pertinence que la Cour accorde aux demandes de décisions préjudicielles.

68. La recevabilité de ces questions est défendable si la juridiction de renvoi interprète qu'Ecoservice, devant le pouvoir adjudicateur et devant la juridiction de première instance, a attaqué ou pouvait ou devait attaquer, séparément, le refus de lui fournir les informations.

69. Cette prémisse étant posée, parmi ces questions :

– La cinquième porte sur le point de savoir s'il est possible d'attaquer séparément, devant les juridictions, la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas divulguer les informations confidentielles.

– La sixième, en cas de réponse par l'affirmative à la question précédente, s'interroge sur le « devoir » de l'opérateur de saisir « le pouvoir adjudicateur d'une réclamation » contre la décision de ce dernier rejetant sa demande d'accès aux informations confidentielles.

– La septième, enfin, en cas de réponse par l'affirmative aux questions précédentes, jette le doute sur le point de savoir si l'opérateur peut « introduire une action en justice portant uniquement sur le refus de lui communiquer les informations » demandées.

70. La réponse à ces questions doit partir de la clause générale de l'article 1er, paragraphe 1, dernier alinéa, de la directive 89/665. Le contrôle auquel elle se réfère s'étend à toutes les décisions du pouvoir adjudicateur qui mettent en œuvre le droit de l'Union en la matière [25].

71. Parmi ces décisions du pouvoir adjudicateur susceptibles de faire l'objet d'un contrôle figurent, logiquement, celles qui statuent sur l'attribution du marché en choisissant l'une des offres, mais aussi des décisions de nature différente (par exemple celles qui adoptent ou rejettent des mesures provisoires) ayant une incidence sur la situation juridique des intéressés [26].

72. L'une des décisions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur met en œuvre le droit de l'Union (concrètement, l'article 21 de la directive 2014/24), ce qui en fait l'objet d'un recours éventuel, est celle qui tend à considérer certaines informations comme confidentielles et à ne pas en permettre la divulgation ou de l'autoriser, en tout ou en partie.

[25] Arrêt du 5 avril 2017, Marina del Mediterráneo e.a., C-391/15, EU:C:2017:268, point 26 : « le libellé de l'article 1er, paragraphe 1, de ladite directive suppose, par l'emploi des termes "en ce qui concerne les procédures", que toute décision d'un pouvoir adjudicateur qui relève des règles issues du droit de l'Union en matière de marchés publics et qui est susceptible de les enfreindre soit soumise au contrôle juridictionnel prévu à l'article 2, paragraphe 1, sous a) et b), de la même directive ».

[26] Arrêt du 5 avril 2017, Marina del Mediterráneo e.a., C-391/15, EU:C:2017:268, point 27. La Cour soutient ainsi une « acception large de la notion de "décision" d'un pouvoir adjudicateur [qui] est confirmée par le fait que la disposition de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665 ne prévoit aucune restriction en ce qui concerne la nature et le contenu des décisions qui y sont visées ».

73. La directive 89/665 n'a pas « formellement déterminé le moment à partir duquel il existe une possibilité de recours prévue à son article 1er, paragraphe 1 » [27]. La Cour préconise de veiller à ce que les décisions des pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours exercés de manière efficace et, en particulier, de la manière la plus rapide que possible.

74. Le législateur de l'Union a confié aux États membres le soin de préciser les « modalités [détaillées] » des procédures de recours contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs (article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665) [28].

75. Il appartient également aux États membres, dans les limites offertes par l'article 2 de la directive 89/665, de confier ces recours à des juridictions au sens strict ou à des instances d'une autre nature [29]. Il ressort toutefois de l'ordonnance de renvoi que, en Lituanie, les recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur, y compris celles qu'il adopte dans le cadre de la procédure administrative précontentieuse de résolution des litiges, sont confiés à des juridictions.

76. Les États membres peuvent donc, en principe, réglementer les recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur en prévoyant leur introduction tant de façon concentrée que séparée (par rapport au recours principal). La directive 89/665 n'impose ni n'exclut aucun de ces deux mécanismes.

77. Si, dans l'exercice de leur autonomie procédurale, les États membres font le choix du recours concentré, ils doivent le faire sans porter atteinte aux objectifs de la directive 89/665 en ce qui concerne les exigences d'efficacité et de rapidité. Ils doivent, en outre, tenir compte du fait :

– que la directive « n'autorise pas les États membres à subordonner l'exercice du droit de recours au fait que la procédure de marché public en cause a formellement atteint un stade déterminé » [30] ;

– que, en fonction de ses caractéristiques, une réglementation nationale qui « exige, en toute hypothèse, que le soumissionnaire attende la décision d'attribution du marché en cause avant de pouvoir introduire un recours contre l'admission d'un autre soumissionnaire méconnaît les dispositions de la directive 89/665 » [31].

78. Les objectifs de rapidité et d'efficacité peuvent être plus facilement atteints si la décision est « attaquée en justice séparément », mécanisme évoqué par la juridiction de renvoi. Un tel recours, outre le fait qu'il est conforme à l'exigence de rapidité, peut également remplir l'exigence d'efficacité, en permettant que le recours (principal) contre la décision au fond (c'est-à-dire le recours contre l'attribution) intervienne après que les informations nécessaires à la défense effective du droit de l'intéressé ont été fournies [32].

27 Arrêt du 5 avril 2017, Marina del Mediterráneo e.a., C-391/15, EU:C:2017:268, point 31.

28 Arrêt du 5 avril 2017, Marina del Mediterráneo e.a., C-391/15, EU:C:2017:268, point 32 : « [e]n l'absence de réglementation de l'Union fixant le moment à partir duquel la possibilité de recours doit être ouverte, il appartient, conformément à une jurisprudence constante, au droit national de régler les modalités de la procédure juridictionnelle destinée à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union », avec les limitations inhérentes aux principes d'effectivité et d'équivalence.

29 L'article 2, paragraphe 9, prévoit la possibilité que les organes responsables des procédures de recours ne soient pas des juridictions et il prévoit la création d'« instances indépendantes » dont les membres ont un statut similaire, à certains égards, à celui des juges.

30 Arrêt du 5 avril 2017, Marina del Mediterráneo e.a., C-391/15, EU:C:2017:268 point 31.

31 Arrêt du 5 avril 2017, Marina del Mediterráneo e.a., C-391/15, EU:C:2017:268 point 34.

32 Ecoservice a demandé d'accéder aux informations le 4 décembre 2018 pour préparer sa réclamation contre la décision d'attribution du marché.

79. Il pourrait être objecté que les recours autonomes risquent de retarder l'achèvement de la procédure de sélection de l'entrepreneur. Pour la Cour, une telle constatation peut être contrebalancée en ce qu'elle concerne « [...] la justification des délais raisonnables de forclusion des recours contre les décisions susceptibles d'être attaquées et non pas l'exclusion d'un recours autonome » [33].

80. En principe, le recours autonome étant dès lors conforme à la directive 89/665, rien ne s'oppose à ce qu'une norme nationale l'admette.

81. Si, en revanche, le droit national exigeait que la décision relative à la confidentialité soit attaquée conjointement avec celle de l'attribution du marché, le juge devrait apprécier si cette exigence préserve dans une même mesure l'effet utile de la directive 89/665 quant à la rapidité et à l'efficacité d'un tel mécanisme de recours.

82. L'autonomie procédurale des États membres s'étend également à l'instauration, optionnelle, d'un recours préalable devant le pouvoir adjudicateur. L'article 1er, paragraphe 5, de la directive 89/665 ne s'oppose pas à ce qu'une réglementation nationale prescrive « que la personne concernée introduise en premier lieu un recours auprès du pouvoir adjudicateur ».

83. L'article 2 de la directive 89/665 définit les exigences des voies de recours visées à l'article 1er, qu'il s'agisse de celles qui s'ouvrent, initialement, devant le pouvoir adjudicateur, ou de celles qui s'adressent, ultérieurement, à un organe de contrôle (en l'occurrence juridictionnel).

84. À la lumière de ces considérations, j'estime que la directive 89/665 ne s'oppose pas à ce que :

– soit attaquée séparément, devant les juridictions, la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas divulguer les informations confidentielles fournies dans l'offre d'un participant à la procédure d'appel d'offres ;

– la législation nationale impose à la personne concernée de former tout d'abord, devant le pouvoir adjudicateur, une réclamation contre la décision de ce dernier qui va à l'encontre de sa demande d'accès aux informations confidentielles ;

– la personne concernée n'exerce une action en justice qu'en ce qui concerne le refus de lui fournir les informations demandées.

E. Huitième et neuvième questions préjudicielles

85. Ces questions portent sur l'interprétation de l'article 9, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2016/943. Je considère toutefois, ainsi que je l'ai exposé ci-dessus, que cette directive n'est pas directement applicable en l'espèce.

86. La directive 89/665 permet toutefois d'apporter une réponse utile à la juridiction de renvoi.

[33] Arrêt du 5 avril 2017, Marina del Mediterráneo e.a., C-391/15, EU:C:2017:268, point 35.

87. Les deux questions concernent le comportement que doit adopter la juridiction saisie du litige en ce qui concerne : a) la prise en compte du comportement antérieur du pouvoir adjudicateur (huitième question) ; et b) l'examen d'office des données dont la divulgation est demandée (neuvième question) [34].

88. Le pouvoir adjudicateur doit décider s'il y a lieu de divulguer les informations confidentielles transmises par un soumissionnaire dans son offre. Cette décision (ou la décision ultérieure par laquelle il confirme lui-même la précédente, en statuant sur un recours prévu par le droit interne) est susceptible de faire l'objet d'un recours au sens de l'article 2 de la directive 89/665.

89. Si, comme c'est le cas en l'espèce, le contrôle relève d'une juridiction, celle-ci doit être en mesure de contrôler pleinement les décisions du pouvoir adjudicateur. Elle pourra donc les annuler, en tout ou en partie, si elle estime qu'elles ne sont pas conformes à la loi.

90. Lorsque l'une de ces décisions du pouvoir adjudicateur, qui fait l'objet d'un contrôle juridictionnel, porte refus de divulguer certaines informations qui accompagnent une offre, la juridiction saisie du recours peut déclarer qu'un tel refus est justifié ou non.

91. Avant de rendre sa décision, dans l'un des sens possibles, cette juridiction devra tenir compte « du comportement du pouvoir adjudicateur pendant la procédure de passation de marché ou la procédure de recours », pour reprendre les termes de la décision de renvoi.

92. Logiquement, cela ne signifie pas que la juridiction saisie se trouve liée par le comportement du pouvoir adjudicateur dont la légalité est mise en cause. Refuser à la juridiction nationale le pouvoir de modifier et, le cas échéant, d'annuler les décisions du pouvoir adjudicateur impliquerait que des actes purement administratifs de celui-ci bénéficieraient d'une autorité équivalant à celle de la chose jugée, en méconnaissance du droit à la protection juridictionnelle et du régime des garanties prévues par la directive 89/665.

93. Le refus de fournir les informations demandées, au motif que celles-ci ne pourraient pas être divulguées, ne fait cependant pas obstacle à ce que le juge saisi du recours apprécie « l'importance des informations dont la divulgation est demandée ».

94. Cette analyse lui permettra d'avoir accès à la totalité du dossier, y compris aux informations confidentielles. La Cour a déjà jugé, en ce sens, que l'« instance responsable des recours doit nécessairement pouvoir disposer des informations requises pour être à même de se prononcer en toute connaissance de cause, y compris les informations confidentielles et les secrets d'affaires » [35].

95. La question de savoir si cette analyse est possible d'office ou seulement à la demande d'une partie est, à nouveau, un point qui dépendra des pouvoirs conférés par la législation interne, à chacune des instances compétentes, dans le cadre des procédures de contrôle juridictionnel.

[34] La juridiction de renvoi reconnaît que, en cassation, elle « ne devrait statuer, en principe, que sur les questions soulevées dans le pourvoi en cassation par le pouvoir adjudicateur, à savoir le respect, par le fournisseur B, des conditions de capacité technique ». Toutefois, elle « décide d'office (de droit) d'outrepasser les limites du pourvoi en cassation et de se prononcer sur d'autres aspects du litige. [...] Cette position de la juridiction de céans est justifiée non seulement par l'intérêt public en général, mais aussi par la situation particulière qui se présente en l'espèce, dans laquelle, en substance, le fournisseur A n'a pas obtenu l'accès à toutes les informations qu'il avait demandées lors de la procédure précontentieuse et devant le juge » (points 36 et 37 de la décision de renvoi).

[35] Arrêt Varec, point 53.

V. Conclusion

96. Eu égard à ce qui précède, je propose à la Cour de répondre aux quatrième à neuvième questions préjudicielles posées par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême, Lituanie) dans les termes suivants :

1) Les articles 21, 50 et 55 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur les marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, n'exigent pas forcément que le pouvoir adjudicateur fournisse à un participant à la procédure de passation de marché, qui conteste devant lui l'appréciation des offres, *toutes* les données de l'offre présentée par le soumissionnaire retenu.

   Lorsqu'il statue sur le recours dirigé contre la décision d'appréciation des offres, le pouvoir adjudicateur doit motiver sa réponse en exprimant les motifs de sa décision, afin de permettre de l'attaquer devant un organe de contrôle de manière effective. L'obligation de motivation ne lui impose pas, à elle seule, de divulguer les informations confidentielles qui lui sont confiées, lorsqu'il estime qu'une telle divulgation n'est pas appropriée.

2) Les articles 1er et 2 de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'interdisent pas :

   – d'attaquer séparément, devant les juridictions, la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas divulguer les informations confidentielles fournies dans l'offre d'un participant à la procédure d'appel d'offres ;

   – que le droit national impose à la personne concernée de former en premier lieu, devant le pouvoir adjudicateur, une réclamation contre la décision de ce dernier qui va à l'encontre de la demande d'accès aux informations confidentielles ;

   – que la personne concernée n'exerce une action en justice qu'en ce qui concerne le refus de lui fournir les informations demandées.

3) Les articles 1er et 2 de la directive 89/665 doivent être interprétés en ce sens que l'instance compétente pour contrôler les décisions du pouvoir adjudicateur :

   – doit être habilitée à annuler les décisions que le pouvoir adjudicateur a prises en ce qui concerne la divulgation des informations confidentielles mises à sa disposition et à en ordonner, le cas échéant, la communication au requérant ;

   – peut, si le droit national l'autorise, apprécier d'office la légalité des actes du pouvoir adjudicateur, en tenant compte des informations confidentielles mises à sa disposition.