Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 6 février 2025 [1]

Affaire C-82/24

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.
contre
Veolia Water Technologies sp. z o.o.,
Krüger A/S,
OTV France,
Haarslev Industries GmbH,
Warbud S.A.

[demande de décision préjudicielle formée par le Sąd Okręgowy w Warszawie (tribunal régional de Varsovie, Pologne)]

« Renvoi préjudiciel – Passation de marchés publics – Directive 2004/18/CE – Article 2 – Principes d'égalité de traitement et de transparence – Obligation non expressément prévue dans les documents d'appel d'offres ou dans le contrat – Application supplétive du droit civil au moyen d'un renvoi opéré par les clauses contractuelles – Prolongation de la garantie découlant de l'interprétation de dispositions légales applicables par analogie – Soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent »

1. Le litige à l'origine du présent renvoi préjudiciel porte sur la période de garantie convenue entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire d'un marché public ayant pour objet l'extension et la modernisation d'une station d'épuration des eaux usées.

2. Le différend concerne la prolongation éventuelle de la période de garantie au-delà de ce qui a été explicitement convenu dans le contrat. La juridiction de renvoi doute qu'une telle prolongation, en ce qu'elle est imposée unilatéralement par le pouvoir adjudicateur, soit compatible avec les principes énoncés à l'article 2 de la directive 2004/18/CE [2], applicable ratione temporis.

[1] Langue originale : l'espagnol.

[2] Directive 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 (JO 2004, L 134, p. 114).

I. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La directive 2004/18

3. L'article 2 de la directive 2004/18, intitulé « Principes de passation des marchés », se lit comme suit :

« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. »

4. L'article 12 de cette directive, intitulé « Marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux », dispose ce qui suit :

« La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics qui, dans le cadre de la directive 2004/17/CE [du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO 2004, L 134, p. 1)], sont passés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 de ladite directive et sont passés pour ces activités, ni aux marchés publics exclus du champ d'application de ladite directive en vertu de son article 5, paragraphe 2, et de ses articles 19, 26 et 30.

Toutefois, la présente directive continue à s'appliquer aux marchés publics qui sont passés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées à l'article 6 de la directive [2004/17] et qui sont passés pour ces activités, aussi longtemps que l'État membre concerné se prévaut de la faculté visée à l'article 71 de ladite directive pour en différer l'application. »

5. L'article 26 de la directive 2004/18, intitulé « Conditions d'exécution du marché », a la teneur suivante :

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales. »

2. La directive 2004/17

6. Aux termes de l'article 4 de la directive 2004/17 [3], intitulé « Eau » :

« 1. La présente directive s'applique aux activités suivantes :

a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, ou

[3] Note sans pertinence dans la version en langue française des présentes conclusions.

b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

2. La présente directive s'applique également aux marchés ou concours qui sont passés ou organisés par les entités exerçant une activité visée au paragraphe 1 et qui :

a) sont liés à des projets de génie hydraulique, à l'irrigation ou au drainage pour autant que le volume d'eau destiné à l'approvisionnement en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou ces installations d'irrigation ou de drainage, ou

b) sont liés à l'évacuation ou au traitement des eaux usées.

[...] »

7. L'article 10 de cette directive, intitulé « Principes de passation des marchés », prévoit :

« Les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. »

8. L'article 38 de ladite directive, intitulé « Conditions d'exécution du marché », dispose :

« Les entités adjudicatrices peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant que ces conditions soient compatibles avec le droit communautaire et soient indiquées dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales. »

B. Le droit polonais

1. (Ancienne) loi sur les marchés publics, du 29 janvier 2004

9. Selon l'article 29, paragraphe 1, de l'ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych [l'(ancienne) loi sur les marchés publics], du 29 janvier 2004[4], le cahier des charges décrit l'objet du marché de manière non équivoque et exhaustive en termes suffisamment précis et intelligibles, en tenant compte de toutes les exigences et circonstances susceptibles d'influer sur l'élaboration de l'offre.

10. L'article 36, paragraphe 1, point 16, de cette loi prévoit que le cahier des charges contient au moins les clauses essentielles pour les parties, les conditions générales du contrat ou le modèle de contrat, si le pouvoir adjudicateur exige du contractant qu'il conclue avec lui un marché public à ces conditions.

[4] Dz. U. de 2007, nº 223, position 1655, telle que modifiée.

2. Le code civil

11. Aux termes de l'article 353[1] de l'ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (code civil), du 23 avril 1964[5] :

« Les parties au contrat sont libres de déterminer leur rapport juridique pourvu que son contenu et son objectif n'aillent pas à l'encontre de la spécificité (nature) du rapport, des lois ni des règles de vie en société. »

12. L'article 581, paragraphe 1, du code civil, qui figure dans le titre consacré au contrat de vente, énonce :

« Si, dans l'exécution de ses obligations, le garant a livré au garanti, au lieu de la chose défectueuse, une chose exempte de défaut ou a effectué des réparations importantes à la chose couverte par la garantie, le délai de garantie court à nouveau à partir de la livraison de la chose exempte de défaut ou de la restitution de la chose. Si le garant a remplacé une partie de la chose, la disposition ci-dessus s'applique mutatis mutandis à la partie en question. »

II. Les faits, les litiges au principal et la question préjudicielle

13. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.[6] (ci-après le « pouvoir adjudicateur ») a publié un avis d'appel d'offres ouvert en vue d'attribuer le marché n° 8/JRP/R/2008, « Modernisation et extension de la station d'épuration de Czajka (traitement thermique des boues d'épuration) ».

14. Un consortium d'entreprises ayant pour chef de file Veolia Water Technologies sp. z o.o. (ci-après « Veolia »), établie à Varsovie (Pologne)[7], a participé à la procédure et s'est vu attribuer le marché.

15. Le contrat entre Veolia et le pouvoir adjudicateur a été signé le 1er août 2008.

16. Ce contrat portait sur la construction d'une station de traitement thermique des boues d'épuration, dans laquelle devaient être installés deux récupérateurs, chacun sur deux lignes indépendantes d'incinération des déchets.

17. Ledit contrat contenait également une clause (« charte de garantie ») fixant une période de garantie de 36 mois commençant à courir à la date de délivrance de l'attestation de bonne exécution des travaux.

18. La sous-clause 6.1 du contrat stipulait que « [l]es dispositions pertinentes du droit polonais, en particulier du code civil, s'appliquent [...] aux questions qui ne sont pas régies par la présente charte de garantie ».

5 Dz. U. de 1964, n° 16, position 93, telle que modifiée.

6 Il s'agit de la société chargée de l'approvisionnement en eau potable et de l'assainissement des eaux usées de la ville de Varsovie (Pologne).

7 Faisaient partie du consortium, outre Veolia, Krüger A/S, établie à Søborg (Danemark) ; OTV France, établie à Saint-Maurice (France) ; Haarslev Industries GmbH, établie à Bruchsal (Allemagne), et Warbud S.A., établie à Varsovie. Je considérerai dans la suite des présentes conclusions que Veolia agit au nom du consortium.

19. Les travaux faisant l'objet du contrat auraient dû être achevés avant le 30 octobre 2010. Ce délai a toutefois été prorogé jusqu'au 30 novembre 2012. L'attestation de bonne exécution des travaux a été délivrée le 21 mars 2013.

20. Le 26 septembre 2014 et le 3 mars 2015 respectivement, le pouvoir adjudicateur a informé Veolia que les récupérateurs de la ligne 2 et de la ligne 1 étaient en panne.

21. Conformément à la charte de garantie, Veolia a remplacé les récupérateurs défectueux. La mise en service des nouveaux récupérateurs a eu lieu les 22 février et 28 avril 2016.

22. Le 27 novembre 2018, le pouvoir adjudicateur a notifié à Veolia une (nouvelle) panne des deux récupérateurs de remplacement et a demandé leur réparation ou leur échange au titre de la garantie.

23. Veolia a refusé de faire droit à cette demande au motif que la période de garantie avait expiré.

24. Le désaccord entre les parties au contrat a donné lieu à deux litiges devant le Sąd Okręgowy w Warszawie (tribunal régional de Varsovie, Pologne), que cette juridiction a joints aux fins de leur examen commun :

– d'une part, le pouvoir adjudicateur réclame à Veolia le paiement de 5 661 772,39 euros au titre de pénalités contractuelles, prétention accompagnée d'une demande subsidiaire, et de 11 351 601,62 zlotys polonais à titre d'indemnisation pour mauvaise exécution du contrat ; à titre subsidiaire, il demande le paiement d'un montant de 2 533 839,65 euros ;

– d'autre part, Veolia réclame au pouvoir adjudicateur le paiement d'un montant de 3 766 666,36 euros, correspondant aux sommes perçues par ce dernier grâce aux garanties bancaires fournies.

25. C'est dans ce contexte que la juridiction appelée à trancher ces litiges a décidé de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Les principes de transparence, d'égalité de traitement et de concurrence loyale, visés à l'article 2 de la directive [2004/18] [...], doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une interprétation du droit national qui permet de déterminer les stipulations d'un contrat de marché public conclu avec un consortium composé d'entités de différents États membres de l'Union européenne en tenant compte, dans ce contrat, d'une obligation susceptible d'affecter indirectement la détermination du prix dans l'offre soumise par ce contractant, [obligation] qui n'est pas expressément prévue dans le contrat ni dans le dossier d'appel d'offres, mais qui découle d'une disposition du droit national non directement applicable à ce contrat, ayant toutefois fait l'objet d'une application par voie d'analogie ? »

III. La procédure devant la Cour

26. La demande de décision préjudicielle a été enregistrée au greffe de la Cour le 1er février 2024.

27. Des observations écrites ont été déposées par Veolia, le pouvoir adjudicateur, le gouvernement polonais ainsi que par la Commission européenne.

28. La Cour n'a pas jugé indispensable de tenir une audience.

IV. Analyse

A. Observations liminaires

1. La directive applicable

29. La Commission examine tout d'abord si, dans la présente affaire, c'est la directive 2004/18 qui est applicable ou si c'est au contraire la directive 2004/17 [8].

30. La directive 2004/17 régit spécifiquement les marchés ou concours qui sont passés ou organisés par les entités exerçant l'activité d'alimentation en eau potable au moyen de réseaux fixes de distribution et qui sont liés, entre autres, à l'évacuation ou au traitement des eaux usées (article 4, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/17).

31. Ainsi que le souligne la Commission [9], à l'appréciation de laquelle je souscris, tout semble indiquer que c'est la directive 2004/17 qui doit être prise en compte, car :

– le pouvoir adjudicateur fournit de l'eau potable aux habitants de l'agglomération de Varsovie et exploite les réseaux fixes d'alimentation en eau et d'assainissement à Varsovie ;

– le marché a pour objet l'extension et la modernisation d'une station d'épuration, ce qui comprend l'évacuation ou le traitement des eaux usées, activités expressément visées à l'article 4, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/17.

32. Il appartient à la juridiction de renvoi, qui dispose de toutes les informations relatives au marché et à l'activité du pouvoir adjudicateur, de vérifier les éléments de fait sur la base desquels elle devra déterminer laquelle des deux directives trouve à s'appliquer.

33. Il s'agit en réalité d'une question qui revêt une faible importance pratique, étant donné que les dispositions régissant les principes de la passation de marchés dans la directive 2004/18 (article 2) et dans la directive 2004/17 (article 10) sont en substance les mêmes.

34. En tout état de cause, je concentrerai mon analyse sur l'interprétation de la directive 2004/18, qui est la directive mentionnée dans la décision de renvoi et sur laquelle les intervenants se sont penchés tout au long de la procédure préjudicielle.

2. La directive 2004/18 et l'exécution du marché

35. La question de savoir si l'article 2 de la directive 2004/18 s'applique à un incident survenu au stade de l'exécution du marché, plusieurs années après que celui-ci a été attribué et conclu, est plus difficile à résoudre.

[8] En vertu de l'article 12 de la directive 2004/18, celle-ci ne s'applique pas aux marchés publics passés dans le cadre de la directive 2004/17.

[9] Point 35 de ses observations écrites, où est indiqué le site web du pouvoir adjudicateur (https://www.mpwik.com.pl/view/dane-spolki).

36. La difficulté tient au fait que la directive 2004/18 avait pour finalité la coordination des *procédures de passation* de certains marchés publics. Son article 2 énonçait plus particulièrement trois principes auxquels la « passation des marchés » devait être soumise.

37. La directive 2004/18 traitait longuement de la *passation* et contenait des références isolées à l'*exécution* des marchés. Au contraire, la directive 2014/24/UE [10], postérieure, consacre un chapitre spécifique à l'*exécution* des marchés publics [11].

38. Cette différence de régime doit toutefois être relativisée : des matières que la directive 2014/24 regroupe dans le chapitre consacré à l'exécution des marchés sont traitées dans la directive 2004/18 selon une systématique différente, dans le titre consacré au cahier des charges et aux documents du marché.

39. Tel est le cas, par exemple, des dispositions relatives aux conditions d'exécution du marché (article 70 de la directive 2014/24 et article 26 de la directive 2004/18) ou à la sous-traitance (article 71 de la directive 2014/24 et article 25 de la directive 2004/18).

40. S'agissant de la modification des contrats pendant leur période de validité, bien que la directive 2004/18 ne comporte pas de disposition au contenu équivalent à celui de l'article 72 de la directive 2014/24, la Cour avait déjà interprété l'article 2 de la directive 2004/18 en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché [12].

41. Dans ce paysage réglementaire, l'application de la directive 2004/18 au présent cas d'espèce pourrait se fonder sur trois hypothèses selon lesquelles : a) en réalité, une modification contractuelle se produit lorsque le contenu d'une clause du cahier des charges est interprété en ce sens que celle-ci implique des obligations qui ne découlent pas expressément des stipulations convenues [13] ; b) le cahier des charges ou les documents du marché, en incluant la charte de garantie dans les termes où elle y figurait, n'étaient pas compatibles avec les principes de l'article 2 de la directive 2004/18, et ce dès le stade de l'adjudication, et c) la charte de garantie constituait, en soi, une condition d'exécution du marché.

42. Parmi les trois hypothèses susmentionnées, j'exclus qu'une *modification* contractuelle se soit produite, ce en quoi je partage l'avis du gouvernement polonais. La thèse de la modification se heurte au fait que la clause litigieuse figurait d'emblée dans le contrat. En outre, cette clause a été appliquée de manière effective et sans contestation, Veolia ayant remplacé les récupérateurs défectueux la première fois où cela lui a été demandé.

43. Veolia a nié l'existence d'une obligation, découlant de la garantie, de remplacer les « deuxièmes » récupérateurs non pas parce qu'une modification avait été introduite, mais parce que, selon elle, cette obligation contractuelle était éteinte du fait de l'expiration du délai convenu.

[10] 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).

[11] Chapitre IV du titre II, articles 70 à 73, de la directive 2014/24.

[12] Arrêt du 7 septembre 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, dispositif). La modification était intervenue au stade de l'exécution du marché.

[13] Point 29 des observations écrites du gouvernement polonais.

44. Si l'on considère la charte de garantie sous l'angle de l'*attribution du marché*, je ne vois pas de raison de contester, en principe, sa validité et, encore moins, celle du contrat dans son ensemble. Des motifs de sécurité juridique et l'économie même de la directive 89/665/CEE sur les recours [14] empêcheraient de rouvrir le débat sur la légalité d'une décision d'attribution acceptée et non contestée à l'époque [15].

45. De fait, il ressort de la décision de renvoi que le contractant ne cherche pas à faire annuler l'attribution au motif que le contrat contient une clause de garantie qui, si elle avait eu la portée temporelle que lui prête aujourd'hui le pouvoir adjudicateur, l'aurait conduit à ne pas présenter son offre (ou à proposer un prix supérieur). Il demande simplement que cette clause soit interprétée en ce sens qu'elle n'implique pas l'obligation de remplacer, une deuxième fois, les récupérateurs défectueux.

46. Dans la mesure où, pour produire ses effets lors de la phase d'exécution du marché, l'interprétation préconisée par le pouvoir adjudicateur entraînerait une dénaturation des clauses contractuelles convenues (dans le sens indiqué par la Cour dans l'arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta [16]), la discussion s'étendrait, indirectement, aux conditions mêmes de l'attribution.

47. Enfin, la charte de garantie pourrait être comprise comme étant une condition particulière concernant l'*exécution du marché*, soumise à l'article 26 de la directive 2004/18. En vertu de cette disposition, les pouvoirs adjudicateurs pourraient exiger une telle condition, pour autant qu'elle soit compatible avec le droit de l'Union et qu'elle soit indiquée dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges [17].

48. Dans la mesure où la charte de garantie affecte l'exécution des obligations contractuelles, une fois le contrat conclu, il n'y aurait pas d'obstacle insurmontable à ce qu'elle soit qualifiée, en dernier ressort, de « condition d'exécution du marché ». Une fois qu'il aurait été établi qu'elle figurait dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges [18], il conviendrait de déterminer si elle est conforme au droit de l'Union, en particulier aux principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence.

[14] 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).

[15] Je renvoie à mes conclusions dans l'affaire Fastned Deutschland (C-452/23, EU:C:2024:894).

[16] Arrêt du 29 avril 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236, point 120).

[17] Dans mes conclusions dans l'affaire Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:79, point 79), j'ai indiqué que « [l]a jurisprudence a prêté attention à ces conditions particulières lorsqu'elles sont imposées en raison de "considérations sociales" et s'est ainsi concentrée sur certaines des conditions relevant de la formulation ouverte retenue à la dernière phrase de l'article 26 de la directive 2004/18 [...]. Rien n'empêche que ces conditions s'étendent à d'autres domaines, puisque les "considérations sociales et environnementales" ne sont citées qu'à titre d'exemple ("notamment") ».

[18] La lecture de la décision de renvoi laisse à penser que la clause litigieuse figurait dans l'avis de marché et que seule l'applicabilité de l'article 581, paragraphe 1, du code civil est en cause, étant donné que, selon Veolia, ni le contrat ni l'avis de marché « n'ont indiqué que cette disposition s'appliquerait à la garantie fournie par les contractants ».

49. La Cour admet la possibilité de rattacher les principes de la passation des marchés publics à la phase d'exécution d'un marché [19] : « les pouvoirs adjudicateurs doivent, *tout au long de la procédure*, respecter les principes de passation des marchés énoncés à l'article 18 de la directive 2014/24, au nombre desquels figurent, notamment, les principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité » [20].

50. La référence à l'égalité de traitement, à la non-discrimination et à la transparence étant réitérée dans plusieurs considérants de la directive 2014/24, il est logique d'interpréter l'article 18, paragraphe 1, de cette directive, qui énonce ces principes directeurs des marchés publics, en ce sens qu'ils ne se limitent pas à la phase d'attribution des marchés.

51. Certes, la jurisprudence susmentionnée a été élaborée à l'égard des directives sur les marchés publics de l'année 2014, qui sont ici inapplicables ratione temporis. Toutefois, je ne vois pas d'obstacles insurmontables à ce qu'elle soit étendue, malgré les différences existantes, aux marchés régis par la directive 2004/18, dont les principes de passation des marchés (article 2) doivent être respectés à tous les stades de la vie du marché.

52. Si tel n'était pas le cas, il se produirait un effet indésirable, auquel la Cour a fait référence dans l'arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta : « si le pouvoir adjudicateur était autorisé à modifier à son gré, *lors de la phase d'exécution du marché*, les conditions mêmes de l'adjudication, en l'absence d'habilitation expresse en ce sens figurant dans les dispositions pertinentes applicables, les termes régissant l'attribution du marché, tels que stipulés initialement, seraient dénaturés » [21].

53. Je ne vois donc pas d'obstacle à ce que la Cour fournisse à la juridiction de renvoi une interprétation de l'article 2 de la directive 2004/18 en l'espèce.

B. Réponse à la question préjudicielle

54. Il me semble utile d'exposer d'emblée les termes du débat entre les parties sur la clause de garantie convenue et la délimitation de sa durée de validité :

– aux termes du contrat, une période de garantie était établie, laquelle commençait à courir à la date de délivrance de l'attestation de bonne exécution des travaux et expirait 36 mois après (soit au plus tard le 30 avril 2015). La garantie était donc en vigueur lorsque le pouvoir adjudicateur a informé Veolia des « premières pannes », ce que cette dernière a admis sans réserve ;

– en revanche, lorsque le pouvoir adjudicateur a porté à la connaissance de Veolia les « deuxièmes pannes » (le 27 novembre 2018), ce délai de 36 mois avait déjà expiré. La question se pose de savoir si, malgré cette expiration, le délai avait recommencé à courir à compter de la livraison, par Veolia, des récupérateurs de remplacement destinés à remédier aux premières pannes (le 22 février 2016 pour le récupérateur de la ligne 2 et le 28 avril 2016 pour le récupérateur de la ligne 1) ;

[19] Le lien entre l'article 18, paragraphe 1, et l'article 70 de la directive 2014/24 peut être constaté dans les arrêts du 8 juillet 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, point 63 et point 2 du dispositif), ainsi que du 7 septembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, point 90).

[20] Arrêt du 26 septembre 2019, Vitali (C-63/18, EU:C:2019:787, point 39). Mise en italique par mes soins. Il s'agissait d'une affaire liée à la sous-traitance, qui, comme je l'ai déjà souligné dans les présentes conclusions et à l'instar des conditions d'exécution, est régie par la directive 2014/24 dans le chapitre consacré à l'exécution du marché.

[21] Arrêt du 29 avril 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236, point 120). Mise en italique par mes soins.

– selon le pouvoir adjudicateur, la prolongation du délai pour une durée supplémentaire de 36 mois découle de l'application des règles générales du droit polonais, auxquelles la charte de garantie faisait référence. Conformément à la sous-clause 6.1 de cette charte, les dispositions pertinentes du droit polonais, en particulier du code civil, s'appliquent aux questions qui ne sont pas régies par ladite charte. En vertu de l'article 581, paragraphe 1, de ce code, relatif au contrat de vente, le délai de garantie court à nouveau à partir de la livraison d'une chose exempte de défaut ou de la restitution de la chose réparée ;

– Veolia soutient au contraire que le contrat, en régissant la charte de garantie, déterminait de manière complète et précise les dispositions relatives à la garantie. Il ressort de son libellé qu'il n'était pas dans l'intention des parties au contrat d'appliquer la prolongation de la garantie au-delà de ce qui avait été convenu ;

– Veolia ajoute que l'article 581, paragraphe 1, du code civil, disposition qui concerne le contrat de vente, n'était pas applicable. Ni les parties dans le contrat ni le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché n'ont indiqué que cette disposition s'étendait à la garantie donnée. Son application par analogie serait contraire aux principes de transparence, d'égalité de traitement et de concurrence loyale énoncés dans la directive 2004/18, car elle impliquerait un renvoi à des conditions qui ne ressortent pas clairement du dossier d'appel d'offres ou des dispositions du droit national en vigueur, mais uniquement de l'interprétation de ces dernières.

55. La juridiction de renvoi énonce, comme motifs du renvoi préjudiciel, ceux qui se rapportent au droit national (points 34 à 42 de la décision de renvoi) et d'autres au droit de l'Union (points 44 à 53 de cette décision).

56. J'estime que cette systématique de l'approche peut aider à mieux comprendre la question préjudicielle. Avant d'aborder la question de la conformité d'une clause contractuelle, ou de son interprétation, avec la directive 2004/18, il convient de clarifier la *lecture* qui en est faite par la juridiction de renvoi.

57. Il appartient en principe non pas à la Cour, mais à la juridiction de renvoi d'interpréter les clauses des contrats faisant l'objet de différends entre les parties, et ce à la lumière de leur libellé, de l'intention des contractants et des dispositions de droit interne qui régissent ces contrats.

58. Sur la base de cette prémisse, la juridiction de renvoi devra déterminer si, au regard du droit interne, la charte de garantie : a) réglait de manière exhaustive la période pendant laquelle elle produirait ses effets, à savoir 36 mois après la délivrance de l'attestation de bonne exécution des travaux, sans que sa prolongation soit imposée ; ou b) conduisait, par l'intermédiaire de la sous-clause 6.1, à la prolongation de cette période lorsque les dispositions supplétives du droit polonais, en particulier du code civil, étaient applicables.

59. Si la juridiction de renvoi adoptait la première de ces options, le litige serait tranché et il est probable qu'elle n'aurait pas sollicité une décision préjudicielle de la Cour.

60. Tout semble cependant indiquer que la juridiction de renvoi n'exclut pas que les dispositions du code civil s'appliquent au litige au principal (conformément à la seconde des options que je viens de décrire).

61. De fait, elle affirme dans la décision de renvoi qu'« il convient d'appliquer par voie d'analogie, à la garantie prévue pour l'objet du contrat de travaux, les dispositions du code civil relatives aux garanties en matière de vente, dans la mesure où la garantie n'est pas réglée dans les clauses contractuelles » [22]. Selon elle, « la législation polonaise en matière de marchés publics [...] n'exclut pas l'application par voie d'analogie de dispositions du droit polonais auxquelles il n'est pas fait explicitement référence dans les clauses contractuelles, dans le dossier d'appel d'offres ou dans les dispositions juridiques régissant le type de contrat auquel l'appel d'offres se réfère » [23].

62. Les réflexions que j'exposerai dans la suite des présentes conclusions doivent se fonder sur l'interprétation que la juridiction de renvoi donne du contrat litigieux. Je me pencherai sur l'application du principe de transparence, étroitement lié à celui de l'égalité de traitement.

63. Selon la Cour, « l'obligation de transparence, qui est un corollaire du principe d'égalité, a essentiellement pour but d'assurer que tout opérateur intéressé puisse décider de soumissionner à des appels d'offres sur le fondement de l'ensemble des informations pertinentes et de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur » [24].

64. L'obligation de transparence présente un double aspect :

– premièrement, elle « exige de la part du pouvoir adjudicateur un degré de publicité adéquate, permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution » [25] ;

– deuxièmement, elle « implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, de façon [...] à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière [...] » [26].

65. C'est cette dernière approche qui est pertinente en l'espèce. Comme je l'ai déjà exposé dans les présentes conclusions, le cœur du litige consiste à déterminer si, compte tenu des termes dans lesquels le contrat a été rédigé, Veolia était en mesure de savoir à quoi elle s'engageait réellement en le signant.

66. La juridiction de renvoi se concentre, en particulier, sur l'éventuelle application de l'arrêt Pizzo [27] au litige qu'elle est appelée à trancher, tout en reconnaissant que cette affaire concernait l'exclusion d'un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, alors que le présent cas d'espèce porte sur un incident survenu lors de la phase d'exécution du marché.

22 Décision de renvoi, point 39.

23 Décision de renvoi, point 41.

24 Arrêt du 22 juin 2017, Unibet International (C-49/16, EU:C:2017:491, point 46).

25 Arrêt du 4 avril 2019, Allianz Vorsorgekasse (C-699/17, EU:C:2019:290, point 61).

26 Arrêt du 4 avril 2019, Allianz Vorsorgekasse (C-699/17, EU:C:2019:290, point 62).

27 Arrêt du 2 juin 2016 (C-27/15, ci-après l'« arrêt Pizzo », EU:C:2016:404).

67. Dans la décision de renvoi, après avoir cité le point 51 de l'arrêt Pizzo [28], la juridiction nationale :

– préconise « une application plus large » de la jurisprudence énoncée dans l'arrêt Pizzo. Ainsi, il serait « inadmissible de déduire, uniquement à partir d'une interprétation d'une loi nationale, des obligations [...] qui ne découlent pas directement de la loi nationale applicable et du dossier d'appel d'offres » [29] ;

– doute que les soumissionnaires raisonnablement bien informés et diligents soient en mesure de calculer le prix qu'ils présentent dans leurs offres, si la portée de leurs obligations, en matière de garantie, est déterminée en appliquant par analogie des dispositions (pensées pour une autre catégorie de contrats) dont l'interprétation résulte de la pratique des autorités nationales qui, au demeurant, n'est pas uniforme [30].

68. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Pizzo, le débat portait sur l'exclusion d'un soumissionnaire au motif qu'il ne remplissait pas l'une des conditions d'admissibilité pour participer à la procédure de passation de marché. La condition déterminante de l'exclusion ne figurait pas expressément dans l'avis de marché ni dans le cahier des charges, mais pouvait être déduite de dispositions nationales de portée générale.

69. La Cour a refusé de considérer que le principe de l'égalité de traitement et l'obligation de transparence avaient été respectés dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Pizzo. Selon elle, et pour le formuler de manière très synthétique, une interprétation des termes du cahier des charges que les participants à la procédure de passation de marché (en particulier s'il s'agissait d'opérateurs étrangers) ne pouvaient pas raisonnablement prévoir n'était pas admissible.

70. Certes, l'arrêt Pizzo a interprété le principe de l'égalité de traitement et l'obligation de transparence dans le cadre d'une procédure de passation de marché. Toutefois, si l'on admettait, comme je l'ai défendu [31], que l'article 2 de la directive 2004/18 peut également être invoqué, mutatis mutandis, dans des circonstances telles que celles du litige au principal, il n'y aurait pas d'inconvénient à étendre à ce dernier les constatations de la Cour dans cet arrêt.

71. Cette prémisse étant posée, c'est à la juridiction de renvoi qu'il incombe d'apprécier dans quelle mesure une interprétation de la charte de garantie (en ce compris la sous-clause 6.1) qui permettrait au pouvoir adjudicateur d'exiger la prolongation de la période convenue était ou non raisonnablement prévisible pour un opérateur diligent.

72. Deux approches peuvent être suivies pour parvenir à cette interprétation, selon que l'on s'attache uniquement aux termes stricts et littéraux de la charte de garantie, plutôt qu'aux caractéristiques subjectives de l'opérateur et au contexte contractuel et réglementaire, ou, au contraire, que l'on accorde plus d'attention à ces derniers facteurs.

[28] « [L]e principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à l'exclusion d'un opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public à la suite du non-respect, par celui-ci, d'une obligation qui résulte non pas expressément des documents afférents à cette procédure ou de la loi nationale en vigueur, mais d'une interprétation de cette loi et de ces documents ainsi que du comblement des lacunes, de la part des autorités ou des juridictions administratives nationales, présentées par lesdits documents. »

[29] Décision de renvoi, point 53.

[30] Décision de renvoi, point 53, in fine.

[31] Points 35 à 53 des présentes conclusions.

73. Quelle que soit l'approche adoptée, la clé est, à mon sens, la prévisibilité (raisonnable) de la solution retenue. Cette prévisibilité est, à son tour, liée à la connaissance du droit national et au degré de sécurité juridique que celui-ci doit apporter aux opérateurs économiques dans le cadre des marchés publics.

74. À cet égard, comme la juridiction de renvoi le souligne à juste titre, la durée de la période de garantie est un élément pertinent qui permet aux opérateurs économiques de fixer correctement les prix de leurs offres. Ces périodes devraient ressortir clairement des cahiers des charges et des autres documents du marché.

75. En outre, les opérateurs économiques d'autres États membres pourraient subir une distorsion de concurrence si, s'étant fiés au libellé de la clause de garantie, ils étaient confrontés, en définitive, à une interprétation de son contenu qu'ils ne pouvaient pas raisonnablement prévoir.

76. Les clauses contractuelles doivent permettre, par elles-mêmes, à tous les intéressés de comprendre leur contenu et leur portée. C'est là le seul moyen de garantir la transparence et la sécurité juridique nécessaires.

77. Dans mes conclusions dans l'affaire Pizzo, j'ai indiqué qu'« il serait [...] illogique d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à également spécifier les conditions imposées par des dispositions réglementaires à portée générale qu'un soumissionnaire "raisonnablement informé et normalement diligent" ne saurait ignorer »[32].

78. Je réitère à présent l'affirmation susmentionnée, mais il ne peut en être déduit que je consens à admettre des obligations contractuelles dont la prévisibilité ne ressort pas raisonnablement de la lecture du contrat lui-même, y compris combinée avec les dispositions réglementaires à caractère général incontestablement applicables.

79. La juridiction de renvoi devra donc examiner si, en l'espèce, une interprétation de la charte de garantie qui, allant au-delà du libellé de cette dernière, permettait l'application supplétive de dispositions du code civil polonais relatives à la prolongation des périodes de garantie dans les contrats de vente était admissible.

80. Afin de faciliter cet examen, la Cour pourrait fournir les indications suivantes à la juridiction de renvoi :

– si les parties au contrat fixent expressément une période spécifique de garantie, en en délimitant la durée et les dates de début et de fin, sans prévoir sa prolongation, ce régime pourrait être considéré comme complet et fermé en soi. Il ne serait donc pas nécessaire de recourir à des dispositions générales de droit interne, puisque la volonté contractuelle, dont la licéité ne ferait aucun doute, se serait clairement exprimée ;

– le contenu de la sous-clause 6.1 ne s'étend qu'aux « questions qui ne sont pas régies par la présente charte de garantie ». Comme ce qui touche à la période de garantie était une *question régie* dans cette charte, les dispositions de la sous-clause 6.1 ne trouveraient pas à s'appliquer ;

[32] C-27/15, EU:C:2016:48, point 52. Je rappelle que, dans cette affaire, les documents d'appel à la concurrence ne comportaient aucune référence à la condition qui déterminait l'exclusion des soumissionnaires (l'absence de versement d'une contribution prévue par la loi). En l'espèce, la charte de garantie signée par Veolia est régie par le contrat et, pour les questions qui n'y sont pas réglementées, opère un renvoi exprès aux « dispositions pertinentes du droit polonais, en particulier du code civil ».

– si l'on admettait l'application des règles du code civil (à titre supplétif plutôt que par analogie), l'interprétation des dispositions de l'article 581, paragraphe 1, de ce code devrait s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisserait place à aucun doute pour un opérateur diligent et raisonnablement informé [33] ;

– il ne semble pas ressortir de la décision de renvoi qu'une interprétation de l'article 581, paragraphe 1, du code civil qui étendrait les règles applicables au contrat de vente aux contrats d'exécution de travaux soit unanimement partagée par la doctrine ou par l'ensemble des juridictions nationales [34]. Il existe au contraire des doutes quant à la viabilité juridique d'une telle interprétation ;

– en l'absence d'un renvoi explicite à la garantie exigible dans le cas des contrats de vente (normalement inspirée par l'objectif de protection des consommateurs), la logique inhérente à la garantie fournie dans les contrats de travaux qui sont conclus entre professionnels apparaît, du point de vue économique, différente [35] ;

– pour déterminer si, malgré tout, le consortium dont Veolia faisait partie était en mesure de connaître raisonnablement, dès le départ, l'interprétation de la charte de garantie que le pouvoir adjudicateur a ensuite défendue, il pourrait être tenu compte de facteurs tels que l'implantation en Pologne de la société chef de file et d'un autre membre du consortium ou leur expérience dans le secteur des travaux de construction auquel se rattache l'objet du marché ;

– dans le même ordre d'idées, il pourrait être pertinent que l'interprétation du contenu de la charte de garantie donnée par le pouvoir adjudicateur soit suffisamment connue dans le secteur, de sorte que Veolia ou d'autres membres du consortium puissent aisément y avoir accès, après avoir pris conseil, le cas échéant, sur la portée temporelle de la garantie à la lumière des dispositions du code civil polonais.

81. En somme, je considère que les principes énoncés à l'article 2 de la directive 2004/18 ne s'opposent pas, de façon générale, à l'insertion, dans un contrat de marché public de travaux, d'une clause qui renvoie, pour définir la portée temporelle de l'obligation de garantie du contractant et pour les questions non régies par cette clause, aux dispositions du code civil national. Ces principes ne sont toutefois pas compatibles avec une interprétation de cette clause qui, prolongeant la période de garantie au-delà de ce qui avait été convenu par les parties, est imprévisible pour un contractant raisonnablement informé et normalement diligent, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer.

[33] Le gouvernement polonais admet qu'une interprétation du contrat dont il résulterait une obligation non expressément prévue par celui-ci, mais qui découlerait des dispositions nationales auxquelles il renvoie, serait possible pour autant qu'un contractant raisonnablement informé et normalement diligent ne puisse pas ignorer ces dispositions (point 47 de ses observations écrites).

[34] Point 39 de la décision de renvoi : « [...] l'application par analogie, à un contrat de construction, des dispositions relatives à la garantie dans un contrat de vente suscite des débats tant dans la jurisprudence des tribunaux polonais que dans la doctrine ». Le point 36 de cette décision indique que « le 25 décembre 2014, une modification de l'article 638 du code civil, qui régit le contrat d'entreprise, est entrée en vigueur, introduisant un paragraphe 2, aux termes duquel, si l'acheteur s'est vu accorder une garantie pour l'ouvrage achevé, les dispositions relatives à la garantie en cas de vente s'appliquent mutatis mutandis, mais cette réglementation ne s'applique pas au présent litige ».

[35] Veolia évoque cette question dans la note en bas de page 3 de ses observations écrites, en soulignant que la réparation ou le remplacement des éléments d'une installation représente des coûts et un risque très différents de ceux inhérents à la vente de biens de consommation au public (dont la production entraîne un coût marginal minime). La garantie fournie dans ces différents contrats n'est donc pas comparable.

V. Conclusion

82. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre au Sąd Okręgowy w Warszawie (tribunal régional de Varsovie, Pologne) dans les termes suivants :

L'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services,

doit être interprété en ce sens que :

il ne s'oppose pas à l'insertion, dans un contrat de marché public de travaux, d'une clause qui renvoie, pour définir la portée temporelle de l'obligation de garantie du contractant et pour les questions non régies par cette clause, aux dispositions du code civil national.

Les principes d'égalité de traitement et de transparence consacrés à l'article 2 de la directive 2004/18 ne sont toutefois pas compatibles avec une interprétation de cette clause qui, prolongeant la période de garantie au-delà de ce qui avait été convenu par les parties, est imprévisible pour un contractant raisonnablement informé et normalement diligent, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer.