CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 17 novembre 1994 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Par le présent recours, la Commission vous demande de constater que le royaume des Pays-Bas a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures [1] (ci-après la « directive 'fournitures' »), telle que modifiée successivement par les directives 80/767/CEE, du 22 juillet 1980 [2], et 88/295/CEE, du 22 mars 1988 [3], ainsi qu'en vertu de l'article 30 du traité CEE.

Plus précisément, la Commission considère comme non conforme aux dispositions communautaires l'avis de marché publié par le Nederlands Inkoopcentrum NV (ci-après le « NIC ») dans le *Journal officiel des Communautés européennes* du 10.12.1991 et concernant la fourniture et la maintenance d'un poste de travail météorologique [4]. Les griefs formulés par la Commission sont au nombre de deux: l'avis n'indique pas les personnes admises à assister à l'ouverture des offres ni le jour, l'heure et le lieu de cette ouverture; le cahier des charges comporte une spécification technique définie par référence à un produit d'une marque déterminée, à savoir le système informatique UNIX, mis au point par la firme Bell Laboratories, appartenant au groupe ITT, sans mentionner la possibilité pour le fournisseur d'utiliser un système équivalent.

Il y a lieu de rappeler que la Commission a notifié ces remarques aux Pays-Bas et au pouvoir adjudicateur, conformément à la procédure prévue à l'article 3, paragraphes 1 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 [5]. La notification précisait qu'elle valait mise en demeure au titre de l'article 169 du traité CEE et que la communication ultérieurement transmise par le gouvernement néerlandais serait considérée comme équivalente aux observations prévues par ledit article du traité.

* Langue originale: l'italien.

1 — JO 1977, L 13, p. 1.

2 — JO L 215, p. 1.

3 — JO L 127, p. 1.

4 — L'avis en question, portant le numéro 91/S233-37730/NL, a été publié au JO S 233 du 10.12.1991, p. 25.

5 — JO L 395, p. 33.

2. Pour comprendre de façon précise la portée des griefs soulevés et des moyens de défense invoqués par le défendeur, il est utile de rappeler les dispositions pertinentes des directives en question.

L'article 9, paragraphe 5, de la directive « fournitures » impose aux administrations adjudicatrices de respecter, lors de la rédaction des avis de marché, les modèles figurant à l'annexe III. Or, dans le cas où, comme en l'espèce, la procédure suivie pour l'adjudication est la procédure « ouverte », l'avis doit contenir, en particulier, les indications suivantes (point 7 de l'annexe):

« a) Personnes admises à assister à l'ouverture des offres.

b) Date, heure et lieu de cette ouverture. »

L'article 7, paragraphe 6, inséré dans le titre II de la même directive, consacré aux « règles communes dans le domaine technique », dispose, en outre, que:

« A moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché, les États membres interdisent l'introduction, dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé, de spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers ayant pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits. Est notamment interdite l'indication de marques, brevets ou types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée; toutefois, une telle indication accompagnée de la mention 'ou équivalent' est autorisée lorsque l'objet du marché ne peut pas être décrit autrement au moyen de spécifications suffisamment précises et parfaitement intelligibles pour tous les intéressés. »

En ce qui concerne, enfin, l'article 3 de la directive 89/665, il prévoit un moyen d'intervention « rapide » auprès des autorités compétentes des États membres et des pouvoirs adjudicateurs, auquel la Commission peut recourir, avant la conclusion d'un contrat, si elle considère qu'« une violation claire et manifeste des dispositions communautaires en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de passation de marché ». Dans cette hypothèse, donc, la Commission notifie aux autorités et pouvoirs susdits les violations observées et en demande la correction; à partir de ce moment, l'État membre dispose de vingt-et-un jours pour communiquer à la Commission la correction apportée à la violation dénoncée, ou les motifs de l'absence de correction, ou encore la suspension de la procédure de passation de marché.

3. Avant de passer au fond du litige, il est nécessaire d'examiner l'exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement néerlandais d'un double point de vue.

Celui-ci fait valoir, tout d'abord, que le comportement de la Commission n'aurait pas été conforme aux exigences de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 89/665. Comme nous l'avons déjà indiqué, la procédure qui y est prévue vise à informer en temps opportun, en tout cas avant l'adjudication, l'État membre et l'administration adjudicatrice intéressés qu'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires a été commise. Or, les griefs de la Commission ont été notifiés aux Pays-Bas six mois après la publication de l'avis en question, à la veille de la signature du contrat. Le pouvoir adjudicateur, de son côté, n'a reçu la notification que quelques jours plus tard, comme le reconnaît la Commission [6], alors que l'adjudication avait déjà eu lieu. Selon le défendeur, il en résulterait une violation de l'obligation de coopération entre États membres et institutions communautaires découlant de l'article 5 du traité CEE, dans la mesure où on ne pourrait raisonnablement exiger qu'on suspende, dans le délai d'un seul jour ouvrable, une procédure d'adjudication engagée plusieurs mois auparavant, compte tenu, en plus, du retard avec lequel la demande la concernant avait été transmise à l'administration adjudicatrice.

Le second moyen d'irrecevabilité invoqué par le gouvernement néerlandais se fonde sur la circonstance que la Commission, elle aussi, a fait référence à la même spécification technique, c'est-à-dire au système informatique UNIX, dans un avis de marché publié postérieurement à celui faisant l'objet de la présente procédure [7]2. Cette remarque prouverait donc que le NIC était parfaitement fondé à estimer que l'usage de la spécification susdite ne se serait heurté à aucune objection sur le plan du droit communautaire, du moment que la Commission elle-même considérait le système UNIX comme une prescription technique d'usage courant et généralement acceptée.

4. Les critiques formulées par le gouvernement néerlandais à l'égard du comportement de la Commission sont compréhensibles. Cependant, puisqu'il nous semble que c'est uniquement sur le plan juridique que le fondement doit en être vérifié, il n'est pas douteux qu'elles ne sont pas de nature à justifier une décision d'irrecevabilité. Du moins, nous n'envisageons pas de suggérer à la Cour de statuer dans ce sens.

Il y a lieu d'observer, en premier lieu, que le fait d'avoir engagé tardivement la procédure spéciale prévue à l'article 3 de la directive 89/665 pour la correction des violations des dispositions communautaires en matière de

6 — Dans son mémoire en réplique, la Commission reconnaît que la lettre recommandée contenant les griefs avait été envoyée le 25 juin 1992 au gouvernement néerlandais, mais pas au NIC; ce dernier en avait donc reçu une télécopie, expédiée par les services compétents de la Commission seulement le 29 juin suivant.

7 — Il s'agit de l'avis de marché portant le numéro 92/S116-223439/FR, publié au JO S 116 du 17.6.1992, p. 77.

marchés publics ne peut certainement pas empêcher la Commission d'agir à l'encontre de l'État membre intéressé sur la base de l'article 169 du traité pour faire constater une telle violation. On sait que cette action n'est soumise à aucun délai, dans la mesure où elle correspond à une modalité d'exercice de la fonction permanente de contrôle assignée à la Commission par l'article 155 du traité CEE en vue d'assurer le respect du droit communautaire [8]; par conséquent, d'évidentes considérations relatives à la hiérarchie des normes suffisent à lever tout doute sur ce point.

D'autre part, si le but déclaré de la procédure prévue à l'article 3 de la directive 89/665 est, ainsi qu'il résulte d'une lecture des considérants de la directive [9], d'instituer un mécanisme permettant à la Commission d'intervenir rapidement auprès des autorités compétentes des États membres concernés avant la passation d'un marché public, afin de prévenir les dommages irréparables pouvant résulter de l'attribution illégitime de ce marché, l'instrument mis en place n'ajoute ni ne retranche, en réalité, quoi que ce soit aux pouvoirs dont dispose la Commission sur la base de l'article 169 du traité. C'est à la procédure qui y est prévue qu'elle doit, en tout cas, recourir lorsque l'État membre intéressé n'a pas répondu ou n'a pas répondu de manière satisfaisante à la notification effectuée conformément à l'article 3 de la directive 89/665, si elle veut faire constater que cet État membre a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions communautaires en matière de marchés publics.

5. Compte tenu des considérations qui précèdent, l'engagement simultané des procédures visées par la disposition précitée de la directive 89/665 et par l'article 169 du traité répond à des exigences d'économie de procédure auxquelles il nous semble qu'on peut parfaitement se rallier. Le retard avec lequel la Commission a agi — et, de ce point de vue, nous ne pouvons que souscrire aux critiques qui lui sont adressées — a pour seule conséquence de risquer de priver son action de l'efficacité que la procédure spéciale en question visait à garantir.

D'autre part, après l'élimination, dans le texte final de la directive adopté par le Conseil, des pouvoirs d'intervention énergiques initialement conférés à la Commission [10], l'accélération de la procédure fondée sur l'article 169 du traité, par le biais de la fixation d'un délai maximal de vingt-et-un jours pour la réponse à la notification de la Commission, est, en substance, le seul élément qui réponde à un des objectifs visés par cet acte, à savoir le renforcement, au niveau communautaire également, de l'efficacité des

8 — Voir, sur ce point, l'arrêt du 10 avril 1984, Commission/Belgique, (324/82, Rec. p. 1861, points 11 et 12).

9 — Voir, en particulier, les considérants 2, 7 et 8.

10 — En particulier, la possibilité de suspendre, en cas d'urgence, le cours de la procédure d'adjudication d'un marché en présence de certaines violations spécialement graves de la réglementation communautaire: voir les articles 4 et 5 de la proposition de directive (JO C 15 du 19.1.1989, p. 8).

mécanismes permettant de contrôler l'application des règles relatives aux marchés publics.

L'article en question se borne, en effet, à préciser quel est, en cette matière, le délai à considérer comme « raisonnable », dans le cadre de la procédure prévue à l'article 169 du traité, pour permettre à l'État membre intéressé de répondre à la notification et éventuellement de préparer utilement sa défense contre les griefs formulés à son égard [11]. Il est, par contre, absolument exclu que cet article ait eu pour but d'assigner un délai de déchéance à l'action de la Commission.

6. Le second moyen d'irrecevabilité invoqué par le défendeur se fonde sur la nécessité de protéger la confiance légitime, quant à la conformité à la réglementation communautaire de la spécification technique faisant l'objet du litige, suscitée, chez les autorités néerlandaises du fait de l'usage, par la Commission elle-même, de cette spécification dans un avis d'appel d'offres public.

A cet égard, nous nous bornons à indiquer qu'il existe deux possibilités. La première est que l'utilisation de la spécification en question ne soit pas contraire à la réglementation en matière de marchés publics et que, donc, tant les institutions communautaires que les autorités nationales aient pu et puissent légitimement en faire usage dans la description de l'objet d'un marché. Dans ce cas, le recours introduit par la Commission doit être rejeté sur le fond, au moins sur ce point.

Si, au contraire, il y a incompatibilité, nous ne voyons vraiment pas comment la circonstance que la Commission elle-même a violé les règles de la directive « fournitures » peut justifier l'éventuelle violation commise par les autorités néerlandaises. Même les institutions communautaires sont tenues de respecter la réglementation en matière de marchés publics; si elles ne la respectent pas, aucun principe juridique n'autorise les États membres à faire de même. Ce n'est pas non plus parce que l'institution s'est rendue coupable d'une violation de la même nature qu'il lui est interdit d'agir en vue de faire constater l'infraction commise par un État membre.

Il y donc lieu de rejeter aussi ce moyen d'irrecevabilité.

7. Étant donné qu'il n'est pas contesté que la directive « fournitures » soit applicable en

11 — Voir, sur ce point, l'arrêt du 2 février 1988, Commission/Belgique (293/85, Rec. p. 305, points 13 et 14).

l'espèce [12], nous passons donc à l'examen du fond des griefs invoqués à l'encontre du défendeur.

Comme nous l'avons dit, la Commission reproche, tout d'abord, à l'administration adjudicatrice d'avoir violé l'article 9, paragraphe 5, de la directive « fournitures » du fait que, lors de la rédaction de l'avis de marché, elle ne s'est pas conformée aux prescriptions contenues dans l'annexe III à la même directive, à laquelle renvoie la disposition susdite et qui impose, au point 7, d'indiquer les personnes admises à assister à l'ouverture des offres, ainsi que le jour, l'heure et le lieu de cette ouverture. Le gouvernement néerlandais partage la thèse de la Commission quant à l'existence d'une obligation, pour les administrations adjudicatrices, de rédiger les avis de marché conformément au modèle figurant dans l'annexe susdite et quant au caractère inconditionnel de la prescription formulée au point 7 de cette même annexe. Il objecte toutefois que les indications en question ne sont nécessaires que si l'administration adjudicatrice envisage de limiter la possibilité d'assister à l'ouverture des offres, en la réservant, par exemple, aux fournisseurs qui les ont présentées. Si, comme en l'espèce, l'ouverture est publique et que toute personne intéressée peut intervenir, cette indication est, par contre, inutile.

D'autre part, les offres présentées étant habituellement si complexes et volumineuses qu'il est impossible de les lire intégralement au moment de l'ouverture, la possibilité pour les fournisseurs de contrôler, à ce stade de la procédure, le comportement de l'administration adjudicatrice et d'agir, éventuellement, en temps opportun, pour défendre leurs droits est parfaitement illusoire.

8. Nous ne sommes pas enclin à nous rallier non plus, sur ce point, aux arguments développés par le gouvernement néerlandais. En premier lieu, ils ne trouvent aucun appui dans la lettre de la directive. En effet, lorsqu'elle précise les mentions que doit contenir l'avis de marché en cas de recours à la procédure ouverte, l'annexe III à cette directive distingue clairement entre mentions obligatoires et mentions facultatives. Relèvent de la seconde catégorie celles relatives au délai de livraison des produits à fournir (point 4), au montant et aux modalités de paiement de la somme qui doit éventuellement être versée pour obtenir de l'administration concernée un exemplaire de la documentation relative au marché [point 5, sous c)] ou encore à la forme juridique que devra revêtir le groupement de fournisseurs attributaire du marché (point 10).

Les prescriptions figurant au point 7, par contre, ne bénéficient d'aucune possibilité de dérogation, en particulier en fonction de la procédure suivie au moment de l'ouverture des offres. Cela est parfaitement conforme à l'esprit de la réglementation en question, qui

12 — Sur ce point, en effet, le gouvernement néerlandais, tout en contestant que le NIC puisse être considéré comme une administration adjudicatrice au sens de la directive « fournitures », reconnaît que cette directive s'applique à la procédure d'adjudication en cause, dans la mesure où, en l'espèce, le NIC a agi au nom et pour le compte du Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut (Institut météorologique royal néerlandais), qui, quant à lui, doit être considéré comme une administration adjudicatrice sur la base de la directive susdite.

considère la transparence de toutes les opérations et procédures permettant l'approvisionnement des administrations adjudicatrices comme l'un des instruments les plus efficaces pour ouvrir l'accès aux marchés publics de fournitures. Il y a lieu de tenir compte aussi du fait que l'application effective de la réglementation communautaire ne peut, dans bien des cas, être garantie que si les violations de celle-ci suscitent une réaction en temps utile. Par conséquent, on peut comprendre l'intérêt qu'il peut y avoir, pour les fournisseurs participant à une procédure d'adjudication, à être présents lors de l'ouverture des offres, ne serait-ce, comme le remarque la Commission, que pour connaître l'identité de leurs concurrents et pouvoir vérifier, déjà à ce stade, s'ils répondent aux critères de sélection qualitative énumérés aux articles 20 et suivants de la directive « fournitures ». Il est donc évident que cette possibilité de contrôle deviendrait parfaitement vaine si les modalités pratiques de l'ouverture des offres (même publique) n'étaient pas connues.

9. Quant à la prétendue violation de l'article 7, paragraphe 6, de la directive « fournitures » et de l'article 30 du traité, à la suite de l'introduction dans le cahier des charges litigieux d'une spécification technique faisant mention d'un produit déterminé, le gouvernement néerlandais objecte que, en réalité, le cahier des charges fait référence à une famille de produits, dans la mesure où le système UNIX doit être considéré, dans le secteur des technologies de l'information, comme une prescription technique généralement reconnue par les opérateurs. Donc, le fait d'avoir délibérément omis la mention « ou équivalent » après la désignation d'UNIX aurait précisément eu pour but de faire comprendre aux fournisseurs intéressés que le NIC entendait se référer non à un produit déterminé mais à un produit possédant des caractéristiques bien définies. A l'appui de sa thèse, le gouvernement néerlandais invoque le fait que le marché a été finalement attribué à un fournisseur qui n'utilisait pas le système UNIX, mais un système similaire.

Sur ce point, nous observons que le défendeur admet que le système UNIX n'est pas un système normalisé, c'est-à-dire une spécification technique approuvée par un organisme international de normalisation reconnu dans le secteur des technologies de l'information. Il a, en effet, été élaboré au sein d'un des organismes non officiels créés par les producteurs et les consommateurs, en vue de contribuer à l'accélération du processus de normalisation, et précisément X/OPEN qui procède à la normalisation des systèmes d'exploitation basés sur le système UNIX d'AT & T[13]. Or, ce n'est qu'au moment où les instances officielles font leurs les résultats des travaux effectués par ces organismes que les spécifications techniques ainsi élaborées deviennent des normes. Par conséquent, il nous paraît difficile de soutenir, comme le fait le gouvernement néerlandais, que le comportement de l'administration adjudicatrice est conforme à la décision 87/95/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, relative à la normalisation dans le domaine des technologies de l'information et

13 — Voir, sur ce point, ce qui ressort du document intitulé « Standardization — Fact Sheet 4 », qui a été élaboré en octobre 1990 par la direction générale XIII de la Commission et auquel se réfèrent les deux parties en cause.

des télécommunications [14], qui impose aux États membres de se référer aux normes européennes et internationales dans les marchés publics relatifs à ces technologies, dans la mesure où, comme le défendeur lui-même le reconnaît, le système UNIX ne rentre pas dans ces catégories.

Puisque, donc, UNIX est la marque d'un produit déterminé, l'insertion dans un avis de marché d'une clause faisant référence à ce système, sans que cette indication soit accompagnée de la mention « ou équivalent », constitue une violation de l'article 7, paragraphe 6, de la directive « fournitures ». En outre, comme cette clause, du moins dans un premier temps, réserve le marché aux seuls fournisseurs se proposant d'utiliser le système spécifiquement indiqué, elle finit par entraver les courants d'importation dans le commerce intracommunautaire et viole l'article 30 du traité [15].

10. Il ne nous semble pas que cette conclusion puisse être modifiée par la circonstance que le marché en question a été ensuite attribué à un fournisseur utilisant un système équivalent à celui spécifiquement indiqué dans l'avis, dans la mesure où l'insertion dans le dossier d'appel d'offres d'une clause telle que celle dont il s'agit peut, de toute façon, avoir pour conséquence que les opérateurs économiques utilisant des systèmes analogues à celui demandé s'abstiennent de soumissionner à l'appel d'offres, précisément en raison de cette clause.

A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de:

— constater que, en omettant de préciser dans l'avis de marché en cause les personnes admises à assister à l'ouverture des offres, ainsi que le jour, l'heure et le

14 — JO 1987, L 36, p. 31.

15 — Voir, sur ce point, l'arrêt du 22 septembre 1988, Commission/Irlande (45/87, Rec. p. 4929, en particulier points 12-27).

lieu de cette ouverture, et en introduisant dans le cahier des charges une spécification technique définie par référence à un produit d'une marque déterminée, le royaume des Pays-Bas a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 77/62/CEE du Conseil, telle que modifiée par les directives 80/767/CEE et 88/295/CEE, et de l'article 30 du traité;

— condamner le royaume des Pays-Bas aux dépens.