Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (dixième chambre)

10 octobre 2013 *

«Renvoi préjudiciel — Marchés publics — Directive 2004/18/CE — Principe d'égalité de traitement — Procédure restreinte — Avis de marché — Demande d'inclusion du dernier bilan publié dans le dossier de candidature — Absence de ce bilan dans le dossier de certains candidats — Faculté pour le pouvoir adjudicateur de demander à ces candidats de lui communiquer ledit bilan après l'expiration du délai fixé pour le dépôt des dossiers de candidature»

Dans l'affaire C-336/12,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par l'Østre Landsret (Danemark), par décision du 4 juillet 2012, parvenue à la Cour le 16 juillet 2012, dans la procédure

Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser

contre

Manova A/S,

LA COUR (dixième chambre),

composée de M. E. Juhász, président de la dixième chambre, faisant fonction de président de chambre, MM. A. Rosas et D. Šváby (rapporteur), juges,

avocat général: M. Y. Bot,

greffier: M. M. Aleksejev, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 6 juin 2013,

considérant les observations présentées:

— pour Manova A/S, par M[e] J. Munk Plum, advokat,

— pour le gouvernement danois, par M[me] V. Pasternak Jørgensen, en qualité d'agent, assistée de M[e] R. Holdgaard, advokat,

— pour le gouvernement italien, par M[me] G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M. S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

— pour le gouvernement néerlandais, par M[mes] B. Koopman et C. Wissels, en qualité d'agents,

* Langue de procédure: le danois.

— pour la Commission européenne, par MM. U. Nielsen et A. Tokár, en qualité d'agents,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation du principe d'égalité de traitement.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant le Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser (ministère de la Recherche, de l'Innovation et de l'Enseignement supérieur) à Manova A/S (ci-après «Manova») au sujet de la régularité d'une procédure de marché public organisée par l'Undervisningsministeriet (ministère de l'Éducation, ci-après le «ministère»).

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3 Aux termes du considérant 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 (JO L 134, p. 114):

«La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité [CE], notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. […]»

4 L'article 2 de cette directive, qui concerne les principes de passation des marchés, dispose:

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

5 Conformément à l'article 21 de ladite directive, la passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B de celle-ci est seulement soumise à ses articles 23, relatif aux spécifications techniques, et 35, paragraphe 4, relatif à l'avis concernant les résultats de la procédure de passation. La catégorie 24 de cette annexe vise les services d'éducation et de formation professionnelle.

6 Aux termes de l'article 51 de la directive 2004/18, «[l]e pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats et documents présentés en application des articles 45 à 50».

Le droit danois

7 La directive 2004/18 a été transposée dans le droit danois par l'arrêté n° 937 du 16 septembre 2004 (ci-après l'«arrêté n° 937/2004»), qui était en vigueur à la date à laquelle fut organisée la procédure de marché public en cause au principal. Aux termes de l'article 1er, paragraphe 1, de l'arrêté n° 937/2004, le pouvoir adjudicateur devait respecter les dispositions de cette directive, dont le texte était repris en annexe.

8 Le titre II de la loi relative aux appels d'offres pour certains contrats de marchés publics ou sur fonds publics (lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentlig støttede kontrakter), publiée par l'arrêté n° 1410 du 7 décembre 2007, est consacré aux marchés de fournitures et de services. Conformément à l'article 15a, paragraphe 1, de cette loi, ce titre est applicable aux marchés portant sur des services visés à l'annexe II B de la directive 2004/18 et dont la valeur excède 500 000 couronnes danoises (DKK), tel le marché en cause au principal.

9 Aux termes de l'article 15d, paragraphe 1, de ladite loi, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce que, lors de la procédure et de l'attribution du marché, «?…? le choix du soumissionnaire retenu se [fasse] sur des bases objectives, justifiées et non discriminatoires, et il ne doit pas y avoir de différence de traitement entre les soumissionnaires».

Le litige au principal et la question préjudicielle

10 Par un avis publié le 12 septembre 2008, le ministère a lancé un appel d'offres relatif aux services requis pour l'exploitation de sept centres d'orientation et de conseil professionnel (ci-après les «centres d'orientation») à partir du 1er août 2009. La valeur de ce marché excédait le seuil d'application de la directive 2004/18 fixé à l'article 7 de celle-ci.

11 Les services en question, qui consistent essentiellement dans l'orientation de personnes souhaitant suivre une formation dans le choix d'études supérieures et d'un métier, relèvent de la catégorie 24 de l'annexe II B de la directive 2004/18.

12 Le ministère ayant estimé que le marché en cause au principal portait sur des prestations complexes requérant des négociations, la procédure a comporté une première phase de présélection.

13 La rubrique «Critères qualitatifs de sélection» de l'avis de marché contenait la disposition suivante:

«Pour qu'une offre puisse être évaluée, le soumissionnaire devra justifier de ses qualifications techniques et financières en communiquant les informations suivantes et devra satisfaire aux conditions de base ci-après:

[…]

2°) Communication du dernier bilan si le soumissionnaire est soumis à l'obligation de production d'un tel bilan.

3) Liste de références […]

4) Informations sur les qualifications professionnelles et techniques du soumissionnaire. […]

Si le [ministère] reçoit plus de trois offres pour chacun des sept lots, qui satisfont à l'ensemble des conditions précitées, la sélection des candidats invités à présenter une offre et à participer à la procédure de négociation se fera parmi ceux qui ont établi les meilleures expériences les plus pertinentes en rapport avec les services objet de la présente procédure. Les références (3) sont donc plus importantes que les renseignements sur les qualifications professionnelles et techniques (4)».

14 À l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature, à savoir le 14 octobre 2008, dix entreprises ou institutions avaient déposé un dossier de présélection, parmi lesquelles la Syddansk Universitet (université du Danemark du Sud, ci-après l'«UDS»), la Københavns Universitet (université de Copenhague, ci-après l'«UC») et Manova.

15 Les dossiers de candidature de l'UDS ainsi que de l'UC ne comportaient pas leur bilan. L'UC renvoyait à cet égard à son site Internet.

16 Le 29 octobre 2008, le ministère a adressé un courrier électronique à chacune de ces deux universités leur demandant de lui communiquer leur bilan, ce que l'UC fit le jour même et l'UDS le lendemain.

17 Le 4 novembre 2008, neuf candidats, parmi lesquels Manova, l'UDS et l'UC, ont été présélectionnés, trois candidats étant invités à présenter une offre pour chaque centre d'orientation. Pour deux de ces centres, Manova se trouvait ainsi mise en concurrence soit avec l'UDS, soit avec l'UC.

18 Le 1er mai 2009, au terme de la procédure d'évaluation des offres relatives à ces deux centres d'orientation, le ministère a considéré que les offres respectives de l'UDS et de l'UC étaient financièrement plus avantageuses que celles de Manova, seule autre candidate à avoir finalement présenté une offre concurrente pour lesdits centres, et a conclu avec ces deux universités les contrats relatifs à ceux-ci, qui sont toujours en vigueur.

19 Manova ayant saisi la Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) d'un recours contre la décision d'attribuer ces lots auxdites universités, cette commission a, par décision du 10 mars 2010, constaté que le ministère avait méconnu le principe d'égalité de traitement en n'écartant pas les actes de candidature de l'UDS et de l'UC au motif que leur dernier bilan n'avait pas été fourni en même temps que leur demande de présélection et, partant, a annulé lesdits contrats.

20 Le 29 avril 2010, le ministère a introduit un recours contre cette décision. L'affaire a été renvoyée devant l'Østre Landsret (cour régionale de l'Est).

21 Cette juridiction indique que la jurisprudence de la Klagenævnet for Udbud est fixée en ce sens que l'article 51 de la directive 2004/18 et, de façon plus générale, le principe d'égalité de traitement s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat ou à un soumissionnaire la communication d'informations qui était requise comme condition de présentation des candidatures ou des offres sous peine de rejet, mais que ce dernier a omis de fournir.

22 La juridiction de renvoi mentionne également que l'arrêté nº 712 du 15 juin 2011, qui a remplacé l'arrêté nº 937/2004 depuis le 1er juillet 2011, comporte un article 12 qui permet, en principe, au pouvoir adjudicateur qui a reçu des offres ou candidatures non conformes aux exigences formelles énoncées dans les documents du marché, par exemple en raison de pièces ou d'informations manquantes, de ne pas les écarter, pour autant qu'il respecte le principe d'égalité de traitement.

23 Cette juridiction estime que des doutes existent quant au comportement que peut adopter un pouvoir adjudicateur lorsque des documents qu'elle qualifie d'«historiques» n'ont pas été joints au dossier présenté par un candidat et quant aux implications du principe d'égalité de traitement dans une telle situation.

24 Dans ces conditions, l'Østre Landsret a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Le principe d'égalité de traitement consacré en droit de l'Union signifie-t-il que, après l'expiration du délai pour faire acte de candidature à un marché public, un pouvoir adjudicateur ne peut pas demander la communication du dernier bilan d'un candidat, qui était exigée dans l'avis de présélection, lorsque ce candidat a omis de joindre cette pièce à son dossier?»

Sur la question préjudicielle

25 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si le principe d'égalité de traitement doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'avis de marché demandait la communication, mais qui n'étaient pas joints au dossier de candidature déposé par ce candidat.

26 À titre liminaire, il convient de rappeler que, si, conformément à l'article 21 de la directive 2004/18, la passation des marchés portant sur des services visés à l'annexe II B de cette directive n'est soumise qu'aux articles 23 et 35, paragraphe 4, de celle-ci, les règles fondamentales du traité et les principes généraux du droit de l'Union sont applicables à de tels marchés lorsqu'ils présentent un intérêt transfrontalier certain. En effet, la Cour a constaté que le régime instauré par le législateur de l'Union pour les marchés relatifs aux services relevant de cette annexe ne saurait être interprété comme faisant obstacle à l'application des principes découlant des articles 43 CE et 49 CE, auxquels correspondent actuellement, respectivement, les articles 49 TFUE et 56 TFUE (voir en ce sens, notamment, arrêt du 18 novembre 2010, Commission/Irlande, C-226/09, Rec. p. I-11807, points 29 et 31).

27 Il semble résulter des observations soumises à la Cour que tel est le cas dans l'affaire au principal, du point de vue du pouvoir adjudicateur lui-même, puisqu'il était demandé dans l'avis de marché, notamment, que les candidats déclarent sur l'honneur être en règle en ce qui concerne les cotisations sociales et les contributions fiscales non seulement au Danemark, mais également, le cas échéant, dans leur État membre d'établissement. C'est toutefois à la juridiction de renvoi qu'il appartient de porter les appréciations requises à cet égard.

28 Parmi les objectifs principaux des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics figure celui d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres. Pour la poursuite de ce double objectif, le droit de l'Union applique notamment le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ou des candidats et l'obligation de transparence qui en découle.

29 L'application du principe d'égalité de traitement dans les procédures de passation de marchés publics ne constitue donc pas une fin en soi, mais doit être appréhendée dans la perspective des objectifs qu'il poursuit.

30 Selon une jurisprudence constante, ce principe exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (voir arrêt du 3 mars 2005, Fabricom, C-21/03 et C-34/03, Rec. p. I-1559, point 27 et jurisprudence citée).

31 Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'opposent à toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics, ce qui implique que, en principe, une offre ne peut pas être modifiée après son dépôt, que ce soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou du soumissionnaire. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander des éclaircissements à un soumissionnaire dont il estime l'offre imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges (voir, en ce sens, arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, points 36 et 37).

32 La Cour a toutefois précisé que l'article 2 de la directive 2004/18 ne s'oppose pas à ce que les données relatives à l'offre puissent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes (arrêt SAG ELV Slovensko e.a., précité, point 40).

33 La Cour a dégagé dans cet arrêt certaines exigences qui encadrent cette faculté de demander par écrit aux soumissionnaires une clarification de leur offre.

34 Tout d'abord, une demande de clarification d'une offre, qui ne peut intervenir qu'après que le pouvoir adjudicateur a pris connaissance de l'ensemble des offres, doit, en principe, être adressée de manière équivalente à tous les soumissionnaires qui se trouvent dans la même situation (voir, en ce sens, arrêt SAG ELV Slovensko e.a., précité, points 42 et 43).

35 Ensuite, la demande doit porter sur tous les points de l'offre qui requièrent une clarification (voir, en ce sens, arrêt SAG ELV Slovensko e.a., précité, point 44).

36 En outre, cette demande ne peut pas aboutir à la présentation, par un soumissionnaire concerné, de ce qui apparaîtrait en réalité comme une nouvelle offre (voir, en ce sens, arrêt SAG ELV Slovensko e.a., précité, point 40).

37 Enfin, et de façon générale, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont il dispose en ce qui concerne la faculté de demander aux candidats de clarifier leur offre, le pouvoir adjudicateur doit traiter les candidats de manière égale et loyale, de telle sorte qu'une demande de clarification ne puisse pas apparaître, à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci, comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande (arrêt SAG ELV Slovensko e.a., précité, point 41).

38 Cet enseignement, qui concerne les offres présentées par des soumissionnaires, est transposable aux dossiers de candidature déposés dans le cadre de la phase de présélection des candidats d'une procédure restreinte.

39 Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut demander que les données figurant dans un tel dossier soient ponctuellement corrigées ou complétées, pour autant qu'une telle demande porte sur des éléments ou des données, tel le bilan publié, dont l'antériorité par rapport au terme du délai fixé pour faire acte de candidature soit objectivement vérifiable.

40 Toutefois, il y a lieu de préciser qu'il en irait autrement si les documents du marché imposaient la communication de la pièce ou de l'information manquante sous peine d'exclusion. En effet, il incombe à un pouvoir adjudicateur d'observer strictement les critères qu'il a lui-même fixés (voir, en ce sens, arrêt du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, point 115).

41 En l'occurrence, il semble que les conditions mentionnées aux points 39 à 40 du présent arrêt aient été respectées. C'est toutefois à la juridiction de renvoi qu'il incombe de porter les appréciations requises à cet égard.

42 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que le principe d'égalité de traitement doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents dudit marché n'aient pas imposé explicitement leur communication sous peine d'exclusion de la candidature. Une telle demande ne doit pas indûment favoriser ou défavoriser le ou les candidats auxquels ladite demande a été adressée.

Sur les dépens

43 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (dixième chambre) dit pour droit:

Le principe d'égalité de traitement doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents dudit marché n'aient pas imposé explicitement leur communication sous peine d'exclusion de la candidature. Une telle demande ne doit pas indûment favoriser ou défavoriser le ou les candidats auxquels ladite demande a été adressée.

Signatures