Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)

12 mars 2015 *

«Renvoi préjudiciel — Marchés publics — Directives 89/665/CEE et 2004/18/CE — Principes d'égalité de traitement et de transparence — Lien du soumissionnaire retenu avec les experts du pouvoir adjudicateur — Obligation de prendre en compte ce lien — Charge de la preuve de la partialité d'un expert — Absence d'incidence d'une telle partialité sur le résultat final de l'évaluation — Délais de recours — Contestation des critères abstraits d'attribution — Clarification de ces critères après la communication des motifs exhaustifs d'attribution du marché — Degré de conformité des offres avec les spécifications techniques comme critère d'évaluation»

Dans l'affaire C-538/13,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituanie), par décision du 9 octobre 2013, parvenue à la Cour le 14 octobre 2013, dans la procédure

eVigilo Ltd

contre

Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos,

soutenu par:

«NT Service» UAB,

«HNIT-Baltic» UAB,

LA COUR (cinquième chambre),

composée de M. T. von Danwitz, président de chambre, MM. C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász (rapporteur) et D. Šváby, juges,

avocat général: M. N. Jääskinen,

greffier: M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées:

— pour eVigilo Ltd, par M[e] J. Puškorienė, advokatė,

* Langue de procédure: le lituanien.

— pour le Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, par M. R. Baniulis, en qualité d'agent,

— pour «NT Service» UAB et «HNIT-Baltic» UAB, par M^e^ D. Soloveičikas, advokatas,

— pour le gouvernement lituanien, par MM. D. Kriaučiūnas et K. Dieninis ainsi que par M^me^ V. Kazlauskaitė-Švenčionienė, en qualité d'agents,

— pour le gouvernement hellénique, par M^mes^ K. Paraskevopoulou et V. Stroumpouli, en qualité d'agents,

— pour la Commission européenne, par M^me^ A. Steiblytė et M. 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 de l'article 1^er^, paragraphe 1, troisième alinéa, 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 (JO L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO L 335, p. 31, ci-après la «directive 89/665»), ainsi que des articles 2, 44, paragraphe 1, et 53, paragraphe 1, sous a), 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).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant eVigilo Ltd (ci-après «eVigilo») au Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos (Département général d'incendie et de secours auprès du ministère de l'Intérieur, ci-après le «pouvoir adjudicateur») au sujet de l'évaluation des offres de soumissionnaires dans le cadre de la passation d'un marché public.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3 L'article 1^er^, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665 dispose:

«Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE, 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 communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.»

4 Les considérants 2 et 46 de la directive 2004/18 sont ainsi libellés:

«(2) 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, 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. Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, il est recommandé d'élaborer des dispositions en matière de coordination communautaire des procédures nationales de passation de ces marchés qui soient fondées sur ces principes de manière à garantir leurs effets ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés publics. Par conséquent, ces dispositions de coordination devraient être interprétées conformément aux règles et principes précités ainsi qu'aux autres règles du traité.

[...]

(46) L'attribution du marché devrait être effectuée sur la base de critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective. Par conséquent, il convient de n'admettre que l'application de deux critères d'attribution, à savoir celui du 'prix le plus bas' et celui de 'l'offre économiquement la plus avantageuse'.

Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés, il convient de prévoir l'obligation – consacrée par la jurisprudence – d'assurer la transparence nécessaire pour permettre à tout soumissionnaire d'être raisonnablement informé des critères et des modalités qui seront appliqués pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Il incombe dès lors aux pouvoirs adjudicateurs d'indiquer les critères d'attribution ainsi que la pondération relative donnée à chacun de ces critères, et ce en temps utile afin que les soumissionnaires en aient connaissance pour établir leurs offres. [...]

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs choisissent d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils évaluent les offres afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Pour ce faire, ils déterminent les critères économiques et qualitatifs qui, dans leur ensemble, doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur. La détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché dans la mesure où ceux-ci doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques, ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre.

[...]»

5 Aux termes de l'article 2 de la directive 2004/18:

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

6 L'article 44, paragraphe 1, de cette directive prévoit:

«L'attribution des marchés se fait sur la base des critères prévus aux articles 53 et 55, compte tenu de l'article 24, après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 45 et 46, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 47 à 52 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3.»

7 L'article 53, paragraphe 1, sous a), de ladite directive dispose:

«Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont:

a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question: par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution».

Le droit lituanien

8 L'article 2, paragraphe 17, de la loi n° VIII-1210, du 13 août 1996, sur les marchés publics (Žin., 1996, n° 84-2000), (ci-après la «loi sur les marchés publics»), prévoit:

«'Déclaration d'impartialité': une déclaration écrite d'un membre de la Commission des marchés publics ou d'un expert, attestant que ceux-ci sont impartiaux vis-à-vis des soumissionnaires.»

9 L'article 16, paragraphe 5, de cette loi dispose:

«Tout membre de la Commission des marchés publics et tout expert ne peuvent participer aux travaux de ladite Commission qu'après avoir signé une déclaration d'impartialité et un engagement de confidentialité.»

10 L'article 3 de ladite loi, intitulé «Principes fondamentaux de passation de marchés et leur respect», prévoit, à son paragraphe 1:

«Le pouvoir adjudicateur assure que, lors des procédures de passation de marchés et de l'attribution du marché, les principes d'égalité des armes, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence sont respectés.»

11 L'article 90 de cette même loi dispose:

«Sur la base des résultats de l'évaluation des offres réalisée conformément à la procédure visée à l'article 39, paragraphe 7, de la présente loi, les fournitures, les services ou les travaux sont achetés auprès du soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse ou a proposé le prix le moins élevé. Lors d'une passation de marchés de fournitures, de services ou de travaux, les offres présentées peuvent être évaluées sur la base du critère relatif à l'offre économiquement la plus avantageuse ou au prix le moins élevé, ou sur la base des critères relatifs à l'objet du marché qui sont établis dans la documentation de l'appel d'offres du pouvoir adjudicateur et qui ne peuvent pas limiter à tort et de manière partiale l'accès des soumissionnaires au marché ni accorder un accès privilégié à certains soumissionnaires, en violant ainsi les exigences fixées à l'article 3, paragraphe 1, de la présente loi.»

12 L'article 39, paragraphe 7, de la loi sur les marchés publics, dans sa version en vigueur entre le 1er septembre 2009 et le 2 mars 2010, dispose:

«En vue de prendre une décision relative à une offre retenue, le pouvoir adjudicateur doit:

1) conformément à la procédure et aux critères d'évaluation établis dans la documentation de l'appel d'offres, évaluer sans délai les offres des soumissionnaires présentées et établir leur classement préliminaire (sauf si un seul soumissionnaire est invité à présenter une offre, ou si un seul soumissionnaire présente une offre). Le classement préliminaire des offres est établi dans l'ordre décroissant de leur avantage économique ou dans l'ordre croissant de leur prix. Dans les cas où le critère d'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse s'applique et où les offres de plusieurs soumissionnaires présentent un avantage économique identique, lors du classement préliminaire des offres, la primauté est accordée au soumissionnaire dont l'enveloppe contenant les offres a été enregistrée première ou dont l'offre a été présentée, par voie électronique, le plus tôt. Dans les cas où le critère d'évaluation des offres est le prix le moins élevé proposé et où plusieurs offres contiennent des prix identiques, lors du classement préliminaire des offres, la primauté est accordée au soumissionnaire dont l'enveloppe contenant les offres a été enregistrée en premier lieu ou dont l'offre a été présentée, par voie électronique, le plus tôt;

2) notifier sans délai à tout soumissionnaire ayant fait une offre le classement préliminaire des offres et à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été inscrite audit classement, les motifs du rejet de son offre, y compris le rejet de l'offre en raison de la non-équivalence ou de la non-conformité aux exigences fonctionnelles ainsi qu'aux exigences relatives à la description des performances attendues, établies par le pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 25 de la présente loi;

3) ne confirmer le classement des offres et ne prendre une décision relative à l'offre retenue qu'après avoir examiné, conformément à la procédure visée à la présente loi, les demandes et les recours des soumissionnaires ayant fait des offres (dans le cas où lesdits recours et demandes ont été formés), mais au moins 10 jours après celui de l'envoi de la notification du classement préliminaire des offres aux soumissionnaires.»

13 L'article 39, paragraphe 7, de la loi sur les marchés publics, dans sa version en vigueur depuis le 2 mars 2010, est libellé comme suit:

«En vue de prendre une décision sur l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur doit, conformément à la procédure et aux critères d'évaluation établis dans la documentation de l'appel d'offres, évaluer sans délai les offres faites par les soumissionnaires, vérifier, dans le cas visé à l'article 32, paragraphe 8, de la présente loi, la conformité du soumissionnaire, dont l'offre peut être retenue sur la base des résultats de l'évaluation, aux exigences minimales de qualification, établir le classement des offres (sauf si un seul soumissionnaire est invité à présenter une offre, ou si un seul soumissionnaire présente une offre) et retenir une offre. Le classement des offres est établi dans l'ordre décroissant de leur avantage économique ou dans l'ordre croissant de leur prix. Dans les cas où le critère d'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse s'applique et que les offres de plusieurs soumissionnaires présentent un avantage économique identique ou dans les cas où le critère d'évaluation des offres est le prix le moins élevé proposé et que plusieurs offres contiennent des prix identiques, lors du classement des offres, la primauté est accordée au soumissionnaire dont l'enveloppe contenant les offres a été enregistrée en premier lieu ou dont l'offre a été présentée, par voie électronique, le plus tôt.»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

14 Le pouvoir adjudicateur a publié, le 22 janvier 2010, un appel d'offres ouvert, intitulé «Achat d'un système d'alerte et d'information de la population, utilisant les infrastructures des réseaux de services publics de téléphonie mobile des soumissionnaires», dans le cadre duquel eVigilo, conjointement avec «ERP» UAB et «Inta» UAB, ainsi qu'un autre consortium composé de «NT Service» UAB et «HNIT-Baltic» UAB ont présenté leurs offres.

15 Selon la juridiction de renvoi, la valeur du marché dans le litige pendant devant elle étant de 14 998 972,45 litas lituaniens (LTL) (soit environ 4 344 002 euros), l'appel d'offres en cause vise un achat qui relève du champ d'application des directives 2004/18 et 89/665.

16 Il ressort du dossier soumis à la Cour que, au point 67 des conditions de l'appel d'offres, figurent, en tant que critères d'évaluation, le prix global dudit système d'alerte, le nombre d'opérateurs participant au projet avec le soumissionnaire ainsi que des exigences générales et fonctionnelles. Ces dernières comprennent la justification de la solution technique et architecturale ainsi que le détail des éléments fonctionnels et leur conformité aux spécifications techniques et aux besoins du pouvoir adjudicateur, l'intégrité et la compatibilité du système proposé avec les infrastructures informatiques et techniques exploitées par le pouvoir adjudicateur, l'extension des possibilités fonctionnelles du système et la justification de celles-ci ainsi que la stratégie de mise en œuvre du projet, l'efficacité du plan de gestion, la description des mesures de contrôle de la qualité et la description de l'équipe du projet.

17 La commission d'appel d'offres du pouvoir adjudicateur, après avoir examiné l'évaluation des offres techniques effectuée par six experts, a confirmé les résultats de celle-ci. Le pouvoir adjudicateur a informé le 4 novembre 2010 les soumissionnaires des résultats de cette évaluation.

18 Le 2 novembre 2010, eVigilo a formé un premier recours relatif à la légalité des procédures de passation de ce marché public, en contestant notamment le manque de clarté des conditions de l'appel d'offres.

19 Ce recours a été précisé le 20 décembre 2010, en exposant les prétendus manquements de l'évaluation des experts et le caractère infondé des résultats de cette évaluation.

20 Le 31 janvier 2011, par un deuxième recours, eVigilo a contesté la légalité des actions du pouvoir adjudicateur, en alléguant que l'offre des tiers devait être rejetée, car son prix dépassait le niveau de financement attribué au projet en cause.

21 Le 8 mars 2011, le pouvoir adjudicateur ainsi que «NT Service» UAB et «HNIT-Baltic» UAB ont conclu le contrat, alors que les litiges opposant eVigilo au pouvoir adjudicateur étaient encore pendants.

22 Le 19 mars 2012, eVigilo a complété son premier recours relatif à la légalité de l'évaluation des offres, en précisant son argumentation relative au caractère erroné de la définition des critères d'évaluation d'un avantage économique figurant dans l'appel d'offres.

23 Le 10 avril 2012, eVigilo a de nouveau complété son premier recours et a invoqué des faits nouveaux, liés à la partialité des experts ayant évalué les offres, susceptibles de démontrer l'existence de relations professionnelles entre ces derniers et des spécialistes mentionnés dans l'offre des tiers.

24 Elle a fait valoir que les spécialistes mentionnés dans l'offre des attributaires du marché étaient, à l'Université technologique de Kaunas (Kauno technologijos universitetas), des collègues de trois des six experts du pouvoir adjudicateur ayant élaboré le cahier des charges et évalué les offres.

25 Les recours d'eVigilo ont été rejetés par les juridictions de première instance et d'appel.

26 Par son pourvoi en cassation formé devant le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, eVigilo indique que lesdites juridictions ont apprécié de manière erronée les liens entre les spécialistes mentionnés par les attributaires du marché et les experts désignés par le pouvoir adjudicateur. Elle soutient également que ces juridictions n'ont, de ce fait, pas tenu compte de la partialité des experts.

27 En outre, eVigilo fait valoir que le pouvoir adjudicateur a édicté des critères très abstraits d'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse, notamment celui de la «compatibilité avec les besoins du pouvoir adjudicateur», qui a eu une incidence sur les offres des soumissionnaires, ainsi que sur l'évaluation de celles-ci par le pouvoir adjudicateur. Elle soutient qu'elle n'a été en mesure de comprendre les critères d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse que lorsque le pouvoir adjudicateur lui a communiqué les motifs exhaustifs de refus de l'attribution du marché. Dès lors, ce n'est qu'à partir de cette communication que le délai de recours aurait dû commencer à courir.

28 Selon le pouvoir adjudicateur et les attributaires du marché, les juridictions de première instance et d'appel ont constaté à bon droit que eVigilo était tenue de démontrer non seulement des liens objectifs existant entre les spécialistes des attributaires du marché et les experts ayant évalué les offres, mais aussi de prouver un fait subjectif de partialité des experts. Ils soutiennent aussi que eVigilo a contesté tardivement la légalité des critères d'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse.

29 Le pouvoir adjudicateur et les attributaires du marché contestent également l'affirmation selon laquelle lesdits critères d'attribution du marché public ont été définis de manière inappropriée, étant donné que, jusqu'au terme du délai de présentation des offres, eVigilo ne les a pas contestés et n'a pas demandé à ce qu'ils soient expliqués.

30 Dans ces conditions, le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Est-ce que les dispositions du droit de l'Union en matière de marchés publics, à savoir l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive [89/665], qui prévoit les principes d'efficacité et de célérité en matière de défense des soumissionnaires à l'encontre de la violation de leurs droits, et l'article 2 de la directive [2004/18], qui prévoit les principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence, ainsi que les articles 44, paragraphe 1, et 53, paragraphe 1, sous a), de cette directive, qui prévoient les critères d'attribution du marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, combinées ou séparément (mais sans se limiter à ces dispositions) doivent être comprises et interprétées en ce sens que:

a) pour un soumissionnaire ayant eu connaissance d'un lien éventuel significatif d'un autre soumissionnaire avec des experts nommés par le pouvoir adjudicateur ayant évalué les offres et (ou) de la situation particulière éventuelle de cet autre soumissionnaire en raison de travaux préparatoires exécutés antérieurement liés à l'appel d'offres en cause, et lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas entrepris la moindre action eu égard à ces circonstances, ces seules informations suffisent à étayer une demande à l'autorité de contrôle visant à reconnaître l'illégalité des actions menées par le pouvoir adjudicateur sans s'être assuré de la transparence et de l'objectivité des procédures, sans exiger de plus du requérant qu'il prouve concrètement la partialité du comportement des experts;

b) lorsque l'autorité de contrôle, après avoir constaté le caractère fondé de la demande susmentionnée du requérant, se prononce sur les effets [d'une telle illégalité] sur les résultats de l'appel d'offres, n'est-elle pas tenue de prendre en compte la circonstance que les résultats de l'évaluation des offres des soumissionnaires seraient en substance les mêmes en l'absence d'évaluateurs partiaux parmi les experts ayant évalué des offres;

c) le soumissionnaire ne comprend [finalement] le contenu de la formulation des critères de l'offre économiquement la plus avantageuse, prévus de manière abstraite et formulés en fonction des paramètres qualitatifs figurant dans les conditions d'appel d'offres (par exemple l'intégrité ou la compatibilité avec les besoins du pouvoir adjudicateur), compte tenu desquels il pouvait essentiellement présenter une offre, que lorsque, en vertu de ceux-ci, le pouvoir adjudicateur a [déjà] évalué les offres des soumissionnaires et fourni aux personnes intéressées des informations exhaustives sur les motifs des décisions adoptées, et que ce n'est qu'à partir de ce moment que les délais de prescription de la procédure de révision prévus par le droit national peuvent s'appliquer à ce soumissionnaire?

2) L'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive [2004/18], qui s'applique dans le cadre des principes de passation des marchés prévus à l'article 2 de cette directive, doit-il être compris et interprété en ce sens qu'il est interdit aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir un régime d'évaluation des offres des soumissionnaires (et de l'appliquer) en vertu duquel les résultats de l'évaluation des offres dépendent de l'exhaustivité avec laquelle les soumissionnaires ont étayé la conformité de leurs offres aux exigences de la documentation de l'appel d'offres, c'est-à-dire que plus un soumissionnaire aura décrit de manière exhaustive (largement) la conformité de son offre aux conditions d'appel d'offres, plus celle-ci obtiendra de points?»

Sur les questions préjudicielles

Sur la première question, sous a) et b)

31 Par sa première question, sous a) et b), la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665 ainsi que les articles 2, 44, paragraphe 1, et 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que l'illégalité de l'évaluation des offres des soumissionnaires soit constatée par le seul fait que l'attributaire du marché a eu des liens significatifs avec des experts nommés par le pouvoir adjudicateur ayant évalué les offres, sans examiner d'autres éléments de la procédure y compris la circonstance que l'éventuelle partialité de ces experts n'a pas eu d'impact sur la décision d'attribution du marché et sans exiger du soumissionnaire évincé qu'il prouve concrètement la partialité du comportement de ces experts.

32 Selon l'article 2 de la directive 2004/18, intitulé «Principes de passation des marchés», «[l]es pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence».

33 Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs (voir, en ce sens, arrêts Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, point 110, et Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, point 44).

34 L'obligation de transparence, qui en constitue le corollaire, a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur à l'égard de certains soumissionnaires ou de certaines offres (voir, en ce sens, arrêts Commission/CAS Succhi di Frutta, EU:C:2004:236, point 111, et Cartiera dell'Adda, EU:C:2014:2345, point 44).

35 Un conflit d'intérêts comporte le risque que le pouvoir adjudicateur public se laisse guider par des considérations étrangères au marché en cause et qu'une préférence soit donnée à un soumissionnaire de ce seul fait. Un tel conflit d'intérêts est donc susceptible de constituer une violation de l'article 2 de la directive 2004/18.

36 À cet égard, le fait que le pouvoir adjudicateur ait nommé des experts agissant sur son mandat aux fins d'évaluer les offres soumises ne le décharge pas de sa responsabilité de respecter les exigences du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, point 23).

37 La constatation de la partialité d'un expert exige notamment l'appréciation des faits et des preuves qui relève de la compétence des pouvoirs adjudicateurs et des autorités de contrôle administratives ou juridictionnelles.

38 Il convient d'observer que ni la directive 89/665 ni la directive 2004/18 ne comportent de dispositions spécifiques à cet égard.

39 Conformément à une jurisprudence constante, en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, il appartient à chaque État membre de régler les modalités de la procédure administrative et celles de la procédure juridictionnelle destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. Ces modalités procédurales ne doivent, toutefois, pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires prévus pour la protection des droits tirés de l'ordre juridique interne (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) (voir arrêt Club Hotel Loutraki e.a., C-145/08 et C-149/08, EU:C:2010:247, point 74 ainsi que jurisprudence citée).

40 Notamment, les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits conférés par le droit de l'Union aux candidats et aux soumissionnaires lésés par des décisions de pouvoirs adjudicateurs ne doivent pas porter atteinte à l'effet utile de la directive 89/665 [voir arrêt Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, point 27 et jurisprudence citée].

41 Ces principes ne s'opposent pas en règle générale à ce que, dans les États membres, la partialité d'un expert puisse être établie sur la seule base d'une situation objective afin de prévenir tout risque que le pouvoir adjudicateur public se laisse guider par des considérations étrangères au marché en cause susceptibles, de ce seul fait, de donner préférence à un soumissionnaire.

42 S'agissant des règles de preuve à cet égard, il convient de relever que, conformément à l'article 2 de la directive 2004/18, les pouvoirs adjudicateurs doivent traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité de manière non discriminatoire et agir avec transparence. Il en découle qu'un rôle actif leur est attribué dans l'application de ces principes de passation des marchés publics.

43 Ce devoir correspondant à l'essence même des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics (voir arrêt Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, point 45), il en résulte que le pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier. Or, il serait incompatible avec ce rôle actif de faire peser sur la requérante la charge de prouver, dans le cadre de la procédure de recours, la partialité concrète des experts nommés par le pouvoir adjudicateur. Une telle solution serait également contraire au principe d'effectivité et à l'exigence d'un recours efficace posé par l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665, étant donné notamment qu'un soumissionnaire n'est, en règle générale, pas en mesure d'avoir accès à des informations et à des éléments de preuve lui permettant de démontrer une telle partialité.

44 Ainsi, si le soumissionnaire évincé présente des éléments objectifs mettant en doute l'impartialité d'un expert du pouvoir adjudicateur, il incombe à ce pouvoir adjudicateur d'examiner toutes les circonstances pertinentes ayant conduit à l'adoption de la décision relative à l'attribution du marché afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier, y compris, le cas échéant, en demandant aux parties de fournir certaines informations et éléments de preuve.

45 Les éléments tels que les allégations au principal concernant les liens entre les experts nommés par le pouvoir adjudicateur et les spécialistes des entreprises attributaires du marché, notamment la circonstance que ces personnes travaillent ensemble dans la même université, appartiennent au même groupe de recherches ou ont des liens de subordination au sein de cette université, s'ils sont avérés, constituent de tels éléments objectifs devant déclencher l'examen approfondi du pouvoir adjudicateur ou, le cas échéant, celui des autorités de contrôle administratives ou juridictionnelles.

46 Sous réserve du respect des obligations résultant du droit de l'Union, et spécifiquement de celles mentionnées au point 43 du présent arrêt, la notion de «partialité» et les critères de celle-ci sont à définir par le droit national. Il en va de même des règles relatives aux effets juridiques d'une éventuelle partialité. Ainsi, il appartient au droit national de déterminer si et dans quelle mesure les autorités administratives et juridictionnelles compétentes doivent tenir compte de la circonstance qu'une éventuelle partialité des experts n'a pas eu d'impact sur la décision d'attribution du marché.

47 Au regard des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question, sous a) et b), que l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665 ainsi que les articles 2, 44, paragraphe 1, et 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas en principe à ce que l'illégalité de l'évaluation des offres des soumissionnaires soit constatée par le seul fait que l'attributaire du marché a eu des liens significatifs avec des experts nommés par le pouvoir adjudicateur ayant évalué les offres. Le pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier. Dans le cadre de l'examen d'un recours visant l'annulation de la décision d'attribution du fait de la partialité des experts, il ne peut être exigé du soumissionnaire évincé qu'il prouve concrètement la partialité du comportement des experts. Il appartient, en principe, au droit national de déterminer si et dans quelle mesure les autorités administratives et juridictionnelles compétentes doivent tenir compte de la circonstance qu'une éventuelle partialité des experts a eu ou non un impact sur une décision d'attribution du marché.

Sur la première question, sous c)

48 Par sa première question, sous c), la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665 ainsi que les articles 2, 44, paragraphe 1, et 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils exigent qu'un droit de recours relatif à la légalité de l'appel d'offres soit accessible, après l'expiration du délai prévu par le droit national, à un soumissionnaire qui n'a pu comprendre les conditions de l'appel d'offres qu'au seul moment où le pouvoir adjudicateur, après avoir évalué les offres, a fourni des informations exhaustives sur les motifs de sa décision.

49 Cette question vise le délai de forclusion pour l'introduction d'un recours relatif à la légalité de l'appel d'offres prévu par le droit national. Ladite question part de la prémisse selon laquelle une voie de recours est accessible aux soumissionnaires intéressés, au stade de l'appel d'offres, permettant la contestation de la légalité de celui-ci. Elle porte sur le fait de savoir si un soumissionnaire intéressé se trouve empêché par forclusion de former un recours relatif à la légalité de l'appel d'offres qu'il a introduit avant d'être informé de l'attribution du marché en question.

50 À cet égard, il convient de constater que les dispositions de la directive 89/665, destinées à protéger les soumissionnaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur, visent à renforcer les mécanismes existants pour assurer l'application effective des règles de l'Union en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées (arrêt Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, point 34 et jurisprudence citée). L'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665 exige des recours efficaces «selon les modalités que les États membres peuvent déterminer» et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de ladite directive.

51 Conformément à la jurisprudence de la Cour, la fixation de délais de recours raisonnables à peine de forclusion satisfait, en principe, à l'exigence d'effectivité découlant de la directive 89/665, dans la mesure où elle constitue une application du principe fondamental de sécurité juridique. La réalisation complète de l'objectif poursuivi par la directive 89/665 serait compromise s'il était loisible aux candidats et aux soumissionnaires d'invoquer à tout moment de la procédure d'adjudication des infractions aux règles de passation des marchés, obligeant ainsi le pouvoir adjudicateur à reprendre la totalité de la procédure afin de corriger ces infractions (arrêts Universale-Bau e.a., C-470/99, EU:C:2002:746, points 75 et 76 et jurisprudence citée; Lämmerzahl, C-241/06, EU:C:2007:597, points 50 et 51, ainsi que Commission/Irlande, C-456/08, EU:C:2010:46, points 51 et 52).

52 Selon la jurisprudence de la Cour, l'objectif fixé à l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665 de garantir l'existence de recours efficaces contre les violations des dispositions applicables en matière de passation des marchés publics ne peut être atteint que si les délais imposés pour former des recours ne commencent à courir qu'à partir de la date où le requérant a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la violation alléguée desdites dispositions [voir arrêts Uniplex (UK), EU:C:2010:45, point 32, ainsi que Idrodinamica Spurgo Velox e.a., C-161/13, EU:C:2014:307, point 37].

53 Il convient de constater que les critères d'attribution des marchés doivent figurer dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges et le fait qu'ils sont incompréhensibles ou manquent de clarté peut constituer une violation de la directive 2004/18.

54 Au point 42 de son arrêt SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), la Cour a jugé que les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière.

55 Il en ressort qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si le soumissionnaire concerné était effectivement incapable de comprendre les critères d'attribution en cause ou s'il aurait dû les comprendre en appliquant le standard d'un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent.

56 Dans le cadre de cet examen, doit être pris en compte le fait que le soumissionnaire concerné et les autres soumissionnaires ont été capables de soumettre des offres et que le soumissionnaire concerné, avant la soumission de son offre, n'a pas demandé d'éclaircissements au pouvoir adjudicateur.

57 S'il résulte de cet examen que les conditions de l'appel d'offres étaient effectivement incompréhensibles pour le soumissionnaire et qu'il a été empêché d'introduire un recours dans le délai prévu par le droit national, il est recevable à introduire un recours jusqu'à l'expiration du délai prévu relatif à la décision d'attribution du marché.

58 Par conséquent, il convient de répondre à la première question, sous c), que l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665 ainsi que les articles 2, 44, paragraphe 1, et 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils exigent qu'un droit de recours relatif à la légalité de l'appel d'offres soit accessible, après l'expiration du délai prévu par le droit national, à un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent qui n'a pu

comprendre les conditions de l'appel d'offres qu'au seul moment où le pouvoir adjudicateur, après avoir évalué les offres, a fourni des informations exhaustives sur les motifs de sa décision. Un tel droit de recours peut être exercé jusqu'à l'expiration du délai de recours contre la décision d'attribution du marché.

Sur la seconde question

59 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 2 et 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils permettent à un pouvoir adjudicateur de retenir comme critère d'évaluation des offres déposées par les soumissionnaires à un marché public le degré de conformité de celles-ci avec les exigences figurant dans la documentation de l'appel d'offres.

60 Selon l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18, l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur s'apprécie selon divers critères liés à l'objet du marché public en question, par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

61 Selon la jurisprudence, cette énumération, ainsi qu'il résulte de l'emploi des termes «par exemple», n'est pas exhaustive (voir arrêt Commission/Pays-Bas, C-368/10, EU:C:2012:284, point 84).

62 Ainsi, le pouvoir adjudicateur a la faculté d'établir d'autres critères d'attribution, dans la mesure où ceux-ci sont liés à l'objet du marché et respectent les principes fixés à l'article 2 de la directive 2004/18.

63 Le pouvoir adjudicateur doit d'autant plus disposer d'une telle liberté que l'offre économiquement la plus avantageuse est à apprécier «du point de vue du pouvoir adjudicateur».

64 Sous réserve de la vérification par la juridiction de renvoi, il apparaît que, au principal, le degré de conformité de l'offre avec les exigences de la documentation de l'appel d'offres est lié à l'objet du marché et rien n'indique que ce critère d'évaluation ne respecterait pas les principes fixés à l'article 2 de la directive 2004/18.

65 Par conséquent, il convient de répondre à la seconde question que les articles 2 et 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils permettent, en principe, à un pouvoir adjudicateur de retenir comme critère d'évaluation des offres déposées par les soumissionnaires à un marché public le degré de conformité de celles-ci avec les exigences figurant dans la documentation de l'appel d'offres.

Sur les dépens

66 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 (cinquième chambre) dit pour droit:

1) **L'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, 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, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, ainsi que les articles 2, 44, paragraphe 1, et 53, paragraphe 1, sous a), 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, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas en principe à ce que l'illégalité de l'évaluation des offres des soumissionnaires soit constatée par le seul fait que l'attributaire du marché a eu des liens significatifs avec des experts nommés par le pouvoir adjudicateur ayant évalué les offres. Le pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier. Dans le cadre de l'examen d'un recours visant l'annulation de la décision d'attribution du fait de la partialité des experts, il ne peut être exigé du soumissionnaire évincé qu'il prouve concrètement la partialité du comportement des experts. Il appartient, en principe, au droit national de déterminer si et dans quelle mesure les autorités administratives et juridictionnelles compétentes doivent tenir compte de la circonstance qu'une éventuelle partialité des experts a eu ou non un impact sur une décision d'attribution du marché.

L'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665, telle que modifiée par la directive 2007/66, ainsi que les articles 2, 44, paragraphe 1, et 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils exigent qu'un droit de recours relatif à la légalité de l'appel d'offres soit accessible, après l'expiration du délai prévu par le droit national, à un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent qui n'a pu comprendre les conditions de l'appel d'offres qu'au seul moment où le pouvoir adjudicateur, après avoir évalué les offres, a fourni des informations exhaustives sur les motifs de sa décision. Un tel droit de recours peut être exercé jusqu'à l'expiration du délai de recours contre la décision d'attribution du marché.

2) **Les articles 2 et 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils permettent, en principe, à un pouvoir adjudicateur de retenir comme critère d'évaluation des offres déposées par les soumissionnaires à un marché public le degré de conformité de celles-ci avec les exigences figurant dans la documentation de l'appel d'offres.**

Signatures