Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 13 décembre 2017 [1]

Affaire C-9/17

Maria Tirkkonen
contre
Maaseutuvirasto

[demande de décision préjudicielle formée par le Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême, Finlande)]

« Renvoi préjudiciel – Directive 2004/18/CE – Procédure de passation de marchés publics de services de conseil agricole – Existence ou non d'un marché public – Système d'acquisition de services par le biais de contrats régis par un accord-cadre et ouvert à tout opérateur économique satisfaisant aux conditions préalablement fixées – Système non ouvert par la suite à d'autres opérateurs économiques »

1. Les aides au développement rural financées par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) comprennent celles qui sont destinées à fournir des services de conseil aux agriculteurs. Les autorités nationales sélectionnent les conseillers qui sont chargés de dispenser leurs conseils professionnels à ces agriculteurs par le biais de procédures ouvertes, en principe, à tous ceux qui satisfont aux exigences requises pour remplir cette mission.

2. Dans le cadre de l'une de ces procédures de sélection, Mme Maria Tirkkonen a présenté une demande pour faire partie des conseillers agricoles et a rempli le formulaire obligatoire. Cependant, elle a omis de remplir le point dans lequel il convenait d'indiquer si elle acceptait les « modalités du projet d'accord-cadre de l'appel d'offres », ce qui a entraîné le rejet de sa candidature par le pouvoir adjudicateur.

3. Comme cela résulte de la décision de renvoi, cette omission serait régularisable si la loi nationale régissant les relations entre l'administration et les administrés était applicable. Toutefois, si cette omission relevait de la loi nationale sur les marchés publics, la non-conformité serait irréversible. C'est tout au moins ce qu'ont déclaré l'administration finlandaise et le tribunal de première instance, qui a confirmé sa décision.

4. Dans ce contexte, le Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême, Finlande) souhaite savoir, en définitive, si la méthode de sélection des conseillers ruraux litigieuse constitue un « marché public », au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE [2].

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).

5. Pour répondre à ses doutes, il conviendra de tenir compte de la jurisprudence de la Cour issue de l'affaire Falk Pharma [3] concernant cette notion, qui fournit, à mon avis, des indications suffisantes pour trancher le litige.

I. Cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La directive 2004/18

6. Conformément à l'article 1er (« Définitions ») de la directive 2004/18 :

« […]

2.

a) Les "marchés publics" sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive.

[…]

5. Un "accord-cadre" est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

[…] »

7. L'article 32 (« Accords-cadres ») de la directive 2004/18 énonce :

« […]

2. Aux fins de la conclusion d'un accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles de procédure visées par la présente directive dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre. Le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des critères d'attribution établis conformément à l'article 53.

Les marchés fondés sur un accord-cadre sont passés selon les procédures prévues aux paragraphes 3 et 4. Ces procédures ne sont applicables qu'entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques originairement parties à l'accord-cadre.

Lors de la passation des marchés fondés sur l'accord-cadre, les parties ne peuvent en aucun cas apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans cet accord-cadre, notamment dans le cas visé au paragraphe 3.[…]

3 Arrêt du 2 juin 2016, Falk Pharma (C-410/14, EU:C:2016:399) (ci-après l'« arrêt Falk Pharma »).

4. Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le nombre de ceux-ci doit être au moins égal à trois, dans la mesure où il y a un nombre suffisant d'opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et/ou d'offres recevables répondant aux critères d'attribution.L'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres conclus avec plusieurs opérateurs économiques peut se faire :

– soit par application des termes fixés dans l'accord-cadre, sans remise en concurrence,

– soit, lorsque tous les termes ne sont pas fixés dans l'accord-cadre, après avoir remis en concurrence les parties sur la base des mêmes termes, si nécessaire en les précisant, et, le cas échéant, d'autres termes indiqués dans le cahier des charges de l'accord-cadre, selon la procédure suivante :

  a) pour chaque marché à passer, les pouvoirs adjudicateurs consultent par écrit les opérateurs économiques qui sont capables de réaliser l'objet du marché ;

  b) les pouvoirs adjudicateurs fixent un délai suffisant pour présenter les offres relatives à chaque marché spécifique en tenant compte d'éléments tels que la complexité de l'objet du marché et le temps nécessaire pour la transmission des offres ;

  c) les offres sont soumises par écrit et leur contenu doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai de réponse prévu ;

  d) les pouvoirs adjudicateurs attribuent chaque marché au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges de l'accord-cadre. »

8. L'article 53 (« Critères d'attribution des marchés ») de la directive 2004/18 dispose :

«1. 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 ;

  b) soit uniquement le prix le plus bas.

2. Sans préjudice des dispositions du troisième alinéa, dans le cas prévu au paragraphe 1, point a), le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié.

Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché ou le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, l'ordre décroissant d'importance des critères. »

2. Règlement nº 1305/2013

9. L'article 15, paragraphe 3, du règlement (UE) nº 1305/2013 [4] prévoit :

« Les autorités ou organismes retenus pour fournir des services de conseil disposent des ressources suffisantes sous la forme d'un personnel qualifié et formé régulièrement ainsi que d'une expérience dans l'activité de conseil et font preuve de fiabilité en ce qui concerne les domaines dans lesquels ils fournissent des conseils. Les bénéficiaires au titre de la présente mesure sont choisis au moyen d'appels d'offres. La procédure de sélection est régie par la législation en matière de marchés publics et est ouverte aux organismes tant publics que privés. Elle est objective et exclut les candidats concernés par un conflit d'intérêt.

[…] »

3. Règlement d'exécution nº 808/2014

10. L'article 7 du règlement d'exécution (UE) nº 808/2014 [5] énonce :

« Les appels d'offres visés à l'article 15, paragraphe 3, du règlement (UE) nº 1305/2013 sont régis par les règles de l'Union et les règles nationales en matière de passation de marchés publics. Ils tiennent dûment compte du degré de respect par les candidats des qualifications visées dans cet article. »

B. Le droit finlandais

11. La directive 2004/18 a été mise en œuvre en Finlande par la loi sur les marchés publics (loi nº 348/2007).

12. Conformément à l'article 45, paragraphe 1, de la loi relative à la mise en œuvre des aides agricoles (loi nº 192/2003 telle que modifiée par la loi nº 501/2014), les conseillers sont sélectionnés conformément aux dispositions de la loi sur les marchés publics et pour une période déterminée qui se termine à l'expiration du programme de développement rural de la Finlande continentale 2014-2020.

13. Selon les termes du paragraphe 2 de ce même article, le conseiller, pour être sélectionné et agréé, doit avoir une compétence suffisante au regard du contenu et de l'étendue de la prestation de conseil. Le conseiller doit en outre satisfaire aux conditions d'aptitude requises.

II. Les faits

14. Le 16 septembre 2014, le Maaseutuvirasto (Agence finlandaise pour les affaires rurales, ci-après l'« Agence ») a lancé un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte sous la forme d'un accord-cadre, portant sur des services de conseil aux exploitations agricoles pour la période 2015-2020.

4 Règlement du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) et abrogeant le règlement (CE) nº 1698/2005 du Conseil (JO 2013, L 347, p. 487).

5 Règlement d'exécution de la Commission du 17 juillet 2014 portant modalités d'application du règlement (UE) nº 1305/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) (JO 2014, L 227, p. 18).

15. L'avis de marché indiquait que la procédure était ouverte aux conseillers publics et privés et qu'elle avait pour but de trouver des prestataires de services satisfaisant aux exigences prévues à l'article 15, paragraphe 3, du règlement nº 1305/2013 et à l'article 13, paragraphe 1, du règlement (UE) nº 1306/2013 [6], en plus d'avoir une expérience en matière de conseil.

16. Le système de sélection était basé sur un accord-cadre, conformément à la loi sur les marchés publics, de sorte que les prestataires de services étaient admis à y adhérer selon la procédure ouverte prévue à l'article 65 de cette loi.

17. L'accord-cadre fixait les principales conditions de la prestation de service. Les contrats subséquents seraient conclus sans procédure d'adjudication spécifique, de façon à ce qu'un agriculteur/exploitant agricole qui en fait la demande puisse s'attacher les services du conseiller qu'il estime le mieux à même de répondre à ses besoins. En principe, il aurait recours aux services de conseil proposés à proximité, étant précisé que le recours à d'autres conseillers serait possible pour des motifs justifiés.

18. Les conseillers seraient rétribués moyennant une rémunération horaire à la charge de l'Agence (sauf la taxe sur la valeur ajoutée dont le paiement incomberait à l'agriculteur conseillé).

19. Compte tenu de la demande existante en matière de conseil, tous les conseillers satisfaisant aux exigences d'aptitude et aux conditions minimales figurant dans les annexes de l'accord-cadre seraient acceptés. En outre, les candidats devaient réussir un examen spécifique faisant partie de la procédure de sélection.

20. Par sa décision du 18 décembre 2014, l'Agence a rejeté la demande de Mme Tirkkonen au motif qu'elle n'avait pas rempli le point 7 du formulaire « Conformité aux exigences formelles de l'appel d'offres » (annexe 2 de l'appel d'offres), dans lequel elle devait indiquer, en cochant la case « oui » ou « non », si « elle acceptait les modalités du projet d'accord-cadre de l'appel d'offres ».

21. Mme Tirkkonen a contesté la décision de l'Agence devant le Markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques, Finlande) au motif qu'il ne s'agissait pas de l'attribution d'un marché public. Par conséquent, ce n'était pas la loi sur les marchés publics qui était applicable, mais la loi administrative, ce qui obligeait l'Agence à lui demander de compléter son dossier d'appel d'offres.

22. À la suite du rejet de son recours, le 7 septembre 2015, par le Markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques), Mme Tirkkonen a formé un pourvoi devant le Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), qui a donné lieu à la demande de décision préjudicielle.

23. Selon les termes de la décision de renvoi, il convient de préciser si « le système [de l'Agence] relatif à un service de conseil est un marché public qui relève du champ d'application de la directive 2004/18/CE et, partant, de la loi nationale sur les marchés publics » [7].

6 Règlement du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune et abrogeant les règlements (CEE) nº 352/78, (CE) nº 165/94, (CE) nº 2799/98, (CE) nº 814/2000, (CE) nº 1290/2005 et nº 485/2008 du Conseil (JO 2013, L 347, p. 549).

7 La juridiction de renvoi souligne que la question de savoir si l'Agence « a agi conformément à la législation sur les marchés publics » ne fait pas l'objet du renvoi (point 8 de la décision de renvoi). En tout état de cause, il n'est pas inutile de préciser que, si la directive 2004/18 était applicable, il en découlerait que le pouvoir adjudicateur peut admettre, dans le cadre des marchés publics, la rectification d'irrégularités formelles qui n'implique pas de présenter une nouvelle offre ni de modifier de manière significative les termes de la première. Je renvoie, sur ce point, à mes conclusions dans l'affaire M.A.T.I. SUD et DUEMMESGR (C-523/16 et C-536/16, EU:C:2017:868).

III. La question préjudicielle

24. La question préjudicielle est libellée comme suit :

« L'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE doit-il être interprété comme signifiant que la définition d'un "marché public" au sens de cette directive englobe un système

– par lequel un organisme public a l'intention d'acheter des services sur le marché pendant une période limitée au préalable en concluant des contrats, soumis aux conditions d'un accord-cadre annexé à l'appel d'offres, avec tous les opérateurs économiques qui satisfont aux exigences spécifiées dans le dossier d'appel d'offres concernant l'aptitude des prestataires et le service fourni, et réussissent un examen décrit plus précisément dans l'appel d'offres, et

– auquel il n'est plus possible d'adhérer au cours de la durée de validité du contrat ? »

IV. La procédure devant la Cour et la position des parties

25. La demande de décision préjudicielle a été enregistrée au greffe de la Cour le 9 janvier 2017. Mme Tirkkonen, le gouvernement finlandais et la Commission ont présenté des observations écrites. La tenue d'une audience n'a pas été jugée nécessaire.

26. Mme Tirkkonen soutient que, sur les trois étapes que compte tout appel d'offres (vérification de l'aptitude des soumissionnaires ; évaluation de la conformité des offres à l'appel d'offres ; sélection d'une offre en fonction du critère du prix le plus bas ou du rapport coût/efficacité), la troisième a été omise dans cette procédure, puisque les offres n'ont pas été comparées les unes par rapport aux autres et que la sélection du prestataire de services incombait à l'agriculteur. En particulier, elle souligne que les 140 conseillers initialement retenus ont présenté l'examen et que 138 d'entre eux l'ont réussi, sans que cet examen permette réellement de les classer par ordre de mérite. Le défaut de sélection entre les offres reçues exclurait l'existence d'un marché public.

27. Le gouvernement finlandais note la pertinence de la jurisprudence issue de l'arrêt Falk Pharma en précisant toutefois qu'en l'espèce, le système n'est pas ouvert de manière permanente aux nouveaux soumissionnaires. Selon lui, si l'entité adjudicatrice « imposait elle-même aux prestataires de nombreuses exigences précises non fondées sur la législation »[8], le système se rapprocherait de la notion de marché public. L'application de la législation relative aux marchés publics serait justifiée par la nécessité d'assurer que les critères de sélection ne sont pas fixés de manière discriminatoire.

28. Le gouvernement finlandais ajoute que, sur les 163 offres reçues, seules 140 ont été admises sous condition et que 138 ont été finalement acceptées. Cette donnée attesterait le caractère sélectif de la procédure et la volonté du pouvoir adjudicateur de ne retenir que les meilleures offres, ainsi que le caractère dissuasif des conditions imposées aux soumissionnaires.

29. Enfin, le gouvernement finlandais est d'avis que la durée de six ans de la période de validité fait obstacle à l'admission de nouveaux conseillers pendant cette période, ce qui distinguerait la procédure litigieuse d'un simple régime d'autorisation.

30. La Commission considère que les exigences spécifiées dans l'appel d'offres concernant l'aptitude du soumissionnaire et le service, telles qu'exposées par la juridiction de renvoi, ne constituent pas un critère d'attribution, mais un simple critère de sélection.

8 Point 22 des observations.

31. Selon la Commission la procédure ne contenait pas de critères d'attribution, et l'Agence ne serait pas en mesure d'exclure ou de rejeter un conseil compétent choisi par un agriculteur. En définitive, dans la présente affaire, seuls des critères de sélection auraient été utilisés.

32. Dans ces circonstances, la Commission assure que l'affaire est similaire à celle ayant donné lieu à l'arrêt Falk Pharma, dont la jurisprudence est corroborée par la directive 2014/24/UE [9]. Selon elle, il importe peu que le système ne soit pas ouvert de manière permanente aux intéressés, puisque l'absence de sélection constituerait un motif suffisant pour écarter la qualification de marché public.

V. Appréciation

33. Selon la juridiction de renvoi, l'administration finlandaise a mis en œuvre un programme fondé sur le règlement nº 1305/2013, dont l'article 15, paragraphe 3, indique que la procédure de sélection des prestataires de services de conseil est régie par la législation en matière de marchés publics. Par conséquent, la réponse à la question préjudicielle doit être fondée sur cette législation.

34. Je pense que cette référence à la législation en matière de marchés publics doit être interprétée en ce sens que la procédure de sélection des conseillers ruraux doit respecter les principes (de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence) régissant ce volet de l'ordre juridique. Il ne s'agit pas, à mon avis, d'une exigence imposant d'appliquer chacune des dispositions des directives de l'Union sur les marchés publics.

35. La juridiction de renvoi souhaite savoir en particulier si un système tel que celui de l'espèce « relève du champ d'application de la directive 2004/18/CE ». Je rappelle que celui-ci vise à trouver un nombre indéterminé de personnes chargées de fournir des services de conseil agricole aux agriculteurs, en les sélectionnant par le biais d'une procédure, soumise aux conditions figurant dans l'accord-cadre, à laquelle toute personne satisfaisant aux exigences fixées dans le cahier des charges et réussissant un examen peut participer. Le système a une durée de validité limitée, pendant laquelle il n'est pas ouvert à l'adhésion de nouveaux conseillers.

36. Comme la Commission le souligne, il résulte des informations fournies par la juridiction de renvoi [10] que les éléments caractérisant les contrats définis à l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18 sembleraient, a priori, réunis. En effet, il s'agit d'un contrat régi par un accord-cadre, qui est conclu par écrit entre un opérateur économique (le conseiller) et un pouvoir adjudicateur (l'Agence), dont l'objet est la prestation de services à titre onéreux. Ce dernier point, en particulier, est avéré selon la juridiction de renvoi [11], dans la mesure où les services de conseil bénéficient certes à l'agriculteur qui les reçoit, mais également à l'Agence qui les rémunère et au nom de laquelle ils sont fournis, dans le cadre de ses compétences administratives.

37. Toutefois, il ne faut pas oublier que, pour la Cour, « le choix d'une offre, et donc d'un adjudicataire, apparaît ainsi comme un élément intrinsèquement lié à l'encadrement des marchés publics par [la] directive [2004/18] et, par conséquent, à la notion de "marché public" au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de celle-ci » [12].

9 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).

10 Points 27 et 28 des observations de la Commission.

11 Point 56 de la décision de renvoi : « Nous pouvons ainsi considérer que l'exécution de cette prestation de services est directement dans l'intérêt économique de l'Agence ».

12 Arrêt Falk Pharma, point 38.

38. Il ne me semble pas que cette approche retenue dans l'arrêt Falk Pharma soit excessivement réductrice. Elle revient à dire qu'il doit exister, en définitive, dans les marchés publics soumis à la directive 2004/18, un adjudicataire final qui a la préférence sur les autres concurrents compte tenu des qualités de son offre. Il s'agit d'un élément essentiel qui vaut « pour tout marché, tout accord-cadre et toute mise en place d'un système d'acquisition dynamique », concernant lesquels « les pouvoirs adjudicateurs établissent un procès-verbal contenant *le nom de l'adjudicataire et la justification du choix de son offre* » [article 43, paragraphe 1, sous e), de la directive 2004/18, surlignement ajouté] [13].

39. À mon avis, dans le système en cause, on ne peut pas identifier l'existence de *critères d'attribution ou d'adjudication* de marchés de services de conseil, mais uniquement l'existence de *critères de sélection* d'opérateurs économiques qualifiés pour offrir ces services.

40. Comme l'avocat général Wathelet l'a rappelé dans les conclusions présentées dans l'affaire Ambisig [14], la Cour doit distinguer deux types de critères. « [L]a vérification de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter les marchés à adjuger », d'une part, et « l'attribution de ces marchés » en tant que telle, d'autre part, sont deux opérations distinctes. « Alors que la sélection d'un soumissionnaire concerne sa situation personnelle et son aptitude à poursuivre l'activité professionnelle en cause, le marché est attribué au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur [article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18] ou qui propose le prix le plus bas [paragraphe 1, sous b), du même article] ».

41. En d'autres termes, si les critères de *sélection* visent à évaluer les *soumissionnaires* en fonction de leurs aptitudes, les critères d'*attribution* visent à identifier et choisir l'*offre* la plus avantageuse parmi celles qui ont été présentées par les divers soumissionnaires. L'objectif étant « une mise en concurrence effective des marchés publics » [15], les opérateurs économiques doivent entrer en concurrence en tant que rivaux pour remporter le marché portant sur la prestation du service.

42. Je considère que, de ce point de vue, l'affirmation de la juridiction de renvoi est essentielle, à savoir que « [l]'appel d'offres ne définit pas les critères d'attribution sur la base desquels les offres pouvaient être comparées les unes par rapport aux autres, et l'[Agence] n'a ni noté ni comparé les offres », mais que « tous les soumissionnaires satisfaisant aux exigences de l'appel d'offres en matière, notamment, de formation et d'expérience professionnelle ont été admis à adhérer à l'accord-cadre, à condition qu'ils aient réussi l'examen décrit de manière plus détaillée dans l'appel d'offres » [16].

43. Le gouvernement finlandais soutient que les critères d'admission conféraient un caractère réellement sélectif à la procédure. D'un côté, le fait de les rendre publics à l'avance a pu dissuader les personnes intéressées pensant ne pas les remplir de présenter une offre. D'un autre côté, les conditions étaient tellement strictes que tous n'étaient pas en mesure de les remplir, de sorte que le marché serait en réalité limité uniquement à un « groupe sélectionné » [17]. Ainsi le caractère sélectif de la procédure impliquerait-il, selon le gouvernement finlandais, que les critères conférant cette qualité soient fixés de manière non discriminatoire, ce qui entraînerait l'application de la réglementation en matière de marchés publics.

13 Arrêt Falk Pharma, point 39.

14 Affaire C-601/13, EU:C:2014:2474, points 17 et 19.

15 Considérant 2 de la directive 2004/18.

16 Point 59 de la décision de renvoi.

17 Point 38 des observations du gouvernement finlandais. Il y précise que, sur un total de 163 offres, 140 ont été admises de manière provisoire, et 138 de manière définitive, ce qui représentait 85 % des candidatures.

44. Il ne fait aucun doute que le fait d'exiger certaines conditions de qualification et de mérite pour adhérer au système contesté implique la mise en œuvre d'un dispositif de sélection. Or, l'élément déterminant en ce qui concerne les marchés soumis à la directive 2004/18 ne réside pas dans la constatation de la capacité des soumissionnaires à fournir le service de conseil (critère de sélection), mais dans les différences entre les offres de ces soumissionnaires, une fois leur capacité établie, en vue de choisir in fine à qui cette prestation sera attribuée (critère d'attribution).

45. Les conditions d'accès au système de conseil agricole fondées sur la capacité technique (parmi lesquelles figure la réussite à un examen) permettent, il est vrai, de sélectionner les candidats par référence à un seuil prédéterminé. Toutefois, la sélection qui importe, au sens de la notion de marché public de la directive 2004/18, est celle qui résulte du contraste entre les capacités respectives et les mérites des offres des différents candidats. Plus précisément, l'élément déterminant est l'*attribution* finale, issue de la comparaison ou de la mise en balance, à la meilleure offre, et non la *sélection* initiale par rapport à un seuil dont le dépassement n'implique pas une mise en concurrence des candidats.

46. La juridiction de renvoi fait référence à l'affaire Ambisig [18], dans laquelle la Cour a affirmé que les compétences et l'expérience des membres d'une équipe qui cherche à exécuter un marché dont l'objet portait sur la prestation de services de formation et de conseil « sont déterminantes pour apprécier la qualité professionnelle de cette équipe », et que « [c]ette qualité peut être une caractéristique intrinsèque de l'offre et liée à l'objet du marché, au sens de l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 » [19], de sorte que « ladite qualité peut figurer comme critère d'attribution dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges concernés » [20].

47. Cependant, la Cour a formulé cette affirmation dans un contexte où le pouvoir adjudicateur avait choisi l'un des cosoumissionnaires et en avait exclu un autre, en utilisant justement, comme critère, la qualité de leurs équipes respectives.

48. En l'espèce, la juridiction de renvoi assure au contraire que l'Agence n'a pas limité, *ab initio*, le nombre de prestataires possibles [21], ni réalisé la comparaison des offres entre elles, ni procédé au choix final d'une ou plusieurs d'entre elles en se basant sur une évaluation comparative de leur contenu respectif, à l'exclusion des autres [22].

49. Par conséquent, nous sommes confrontés à un cas dans lequel la jurisprudence issue de l'affaire Falk Pharma est applicable, à savoir que « lorsqu'une entité publique cherche à conclure des contrats de fourniture avec tous les opérateurs économiques désireux de procurer les produits concernés aux conditions indiquées par cette entité, l'absence de désignation d'un opérateur économique auquel l'exclusivité d'un marché serait accordée a pour conséquence qu'il n'existe pas de nécessité d'encadrer par les règles précises de la directive 2004/18 l'action de ce pouvoir adjudicateur de façon à empêcher que celui-ci attribue un marché en favorisant les opérateurs nationaux » [23].

18 Arrêt du 26 mars 2015 (C-601/13, EU:C:2015:204).

19 Arrêt du 26 mars 2015, Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, point 33).

20 Arrêt du 26 mars 2015, Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, point 34).

21 Selon la juridiction de renvoi, l'Agence a déclaré que « [l]es prestataires de services doivent […] constituer un groupe aussi important que possible pour que les utilisateurs des services puissent être sûrs d'obtenir le service dont ils ont besoin » (point 50 de la décision de renvoi).

22 En outre, le choix *final* du prestataire, dans chaque cas, n'appartient d'ailleurs pas à l'Agence, mais aux agriculteurs qui recourent au système de conseil. Ces derniers peuvent choisir le conseiller qui correspond le mieux à leur besoins, même si le choix se porte d'abord sur les conseillers situés à proximité, puisqu'il est toujours possible, pour des motifs justifiés, de s'adresser à d'autres conseillers. Voir, à cet égard, le point 14 de la décision de renvoi.

23 Comme la Cour l'a rappelé au point 35 de ce même arrêt, « l'objectif de la directive 2004/18 est d'exclure le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou aux candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs ». Elle a ajouté (point 36) que ce risque « est intimement lié à la sélection que le pouvoir adjudicateur entend opérer parmi les offres recevables et à l'exclusivité qui va découler de l'attribution du marché considéré à l'opérateur dont l'offre aura été retenue, ou aux opérateurs économiques dont les offres auront été retenues dans le cas d'un accord-cadre, ce qui constitue la finalité d'une procédure de passation de marché public ».

50. Tant le gouvernement finlandais [24] que la juridiction de renvoi sont d'accord sur la pertinence de la jurisprudence que je viens de citer au regard de la présente affaire. Leur seul doute, qui, dans le cas du Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), semble être celui qui l'a incité à présenter la demande de décisionpréjudicielle [25], découle du fait que, contrairement à la situation ayant donné lieu à l'arrêt Falk Pharma, le système conçu par l'Agence n'est pas ouvert de manière permanente à tous les opérateurs économiques intéressés tout au long de sa durée de validité.

51. Il est vrai qu'à proprement parler, en limitant le système de passation de marché pendant sa période de validité aux opérateurs économiques initialement acceptés par l'Agence (ce qui empêche l'adhésion ultérieure d'autres conseillers), on impose une certaine restriction quantitative. Toutefois, cela tient uniquement à la simple et stricte limitation dans le temps du système d'aides même en faveur des services de conseil, qui est parallèle à celle du programme de développement rural de la Finlande continentale pour la période 2014-2020.

52. Par ailleurs, la référence de la Cour dans l'arrêt Falk Pharma à l'ouverture permanente du système de passation de marché à de nouveaux soumissionnaires n'a pas été, à mon avis, la *ratio decidendi* de cet arrêt, mais une affirmation formulée à titre surabondant. L'élément déterminant résidait à l'époque dans le fait que le pouvoir adjudicateur n'avait pas attribué, en exclusivité, le contrat à l'un des soumissionnaires [26].

53. En l'espèce, comme dans l'affaire Falk Pharma, il n'y a pas eu non plus d'élément de réelle concurrence entre les candidats permettant d'évaluer laquelle de leurs offres était la meilleure tout en écartant les autres.

54. Par ailleurs, comme la Cour l'a rappelé dans ce même arrêt [27], cet élément essentiel est désormais expressément énoncé dans la notion de « passation d'un marché » de la directive 2014/24, dont l'inapplicabilité *ratione temporis* à l'espèce n'empêche pas de la citer, ne serait-ce que parce qu'elle reflète la volonté du législateur d'expliciter une caractéristique des marchés publics qui, de l'avis de la Cour, est inhérente à sa nature [28].

55. La pertinence, positive et négative, de cet élément est illustrée au considérant 4 de la directive 2014/24, où il est expliqué que les cas dans lesquels tous les opérateurs remplissant certaines conditions sont autorisés à exécuter une tâche donnée sans aucune sélectivité, « ne devraient pas être considérés comme des marchés publics ».

VI. Conclusion

56. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre au Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême, Finlande) dans les termes suivants :

L'article 1er, paragraphe 2, 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, doit être interprété en ce sens qu'un système de sélection de prestataires

24 Selon le gouvernement finlandais, cette caractéristique distinguerait cette procédure d'un régime de simple autorisation et la rapprocherait du statut de « marché public » au sens de la directive 2004/18.

25 Pour la juridiction de renvoi, le doute réside dans la question de savoir « s'il découle du fait que le système […] n'est pas ouvert à d'autres opérateurs économiques qu'il peut s'agir d'un marché public au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE » (point 63 de la décision de renvoi).

26 Arrêt Falk Pharma, point 38.

27 Arrêt Falk Pharma, point 40.

28 Conformément à l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 2014/24, « la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques *choisis* par lesdits pouvoirs, que ces travaux, fournitures ou services aient ou non une finalité publique ». Surlignement ajouté.

de services de conseil rural tel que celui en cause dans l'affaire au principal, au moyen duquel une entité publique accepte tous les opérateurs économiques qui satisfont aux exigences d'aptitude et qui réussissent un examen, sans attribuer la prestation de service, en exclusivité, à l'un ou plusieurs de ces conseillers dans des conditions de concurrence, ne constitue pas un marché public au sens de ladite directive. À cet égard, le fait que le système ait une durée de validité limitée, pendant laquelle l'adhésion de nouveaux opérateurs n'est pas acceptée, est dénué de pertinence.