Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 28 mai 2020[1]

Affaire C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
contre
Ministrstvo za notranje zadeve,
en présence de
LEXPERA d.o.o.

[demande de décision préjudicielle formée par la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics, Slovénie)]

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics de services – Directive 2014/24/UE – Article 2, paragraphe 1, point 5 – Qualification de "marché public" – Notion de "contrat à titre onéreux" – Offre d'un soumissionnaire d'un montant de zéro euro – Appréciation du caractère onéreux de l'opération – Absence de contrepartie pécuniaire à la charge du pouvoir adjudicateur – Rejet de l'offre – Base juridique – Article 69 – Offre anormalement basse »

I. Introduction

1. Zéro est-il (un nombre) anormalement bas ?

2. Laissant de côté les débats passionnants que la nature du nombre zéro a pu susciter dans le champ des mathématiques[2], il est probable qu'une telle question posée sous l'angle juridique à un profane pousse celui-ci à jeter aux juristes ces regards pleins de stupéfaction auxquels ces derniers sont si habitués lorsqu'ils tentent d'expliquer leur métier. Le profane leur fera même alors peut-être remarquer, non sans sarcasme, que seuls les juristes sont capables de disserter de rien (littéralement) sur des pages et des pages.

3. Il n'en demeure pas moins que, en matière de marchés publics comme en mathématiques, zéro semble être un nombre singulier, difficile à placer dans les grilles d'analyse existantes. Un soumissionnaire proposant des biens ou des services au prix nominal de zéro euro fait-il une offre anormalement basse ? Ou bien ce soumissionnaire s'exclut-il automatiquement du champ du droit des marchés publics en inscrivant le chiffre magique « 0 » dans son offre plutôt qu'une autre somme nominale fortement inférieure aux coûts réels du marché (tels que, par exemple, 1,5 ou 101 euros), le raisonnement étant que, à la différence de tous les autres nombres naturels, « 0 » ne peut pas figurer dans un contrat de marché public ?

1 Langue originale : le français.

2 Pour une introduction accessible (mince en calculs et riche en histoire culturelle), voir, par exemple, Kaplan, R., *The Nothing that Is : A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

4. Tel est, en bref, le problème qui se pose dans la présente affaire. Dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public de services engagée par le Ministrstvo za notranje zadeve (ministère de l'Intérieur, Slovénie), l'entreprise Tax-Fin-Lex d.o.o. a formulé une offre d'un montant de zéro euro aux fins de la prestation de l'un des services visés. Le ministère de l'Intérieur a rejeté cette offre au motif que celle-ci ne permettait pas de conclure un « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24/UE [3] ni de relever, par conséquent, des règles de passation des marchés publics. En revanche, Tax-Fin-Lex d.o.o. soutient que l'opération par laquelle elle s'engage à prester le service pour un montant de zéro euro serait effectuée « à titre onéreux » au sens de cette disposition. En effet, selon elle, l'exécution du marché lui permettrait de bénéficier d'un avantage économique, en raison des références dont elle pourrait se prévaloir par la suite aux fins de l'attribution de nouveaux marchés publics.

II. Le cadre juridique

5. La directive 2014/24 établit des règles permettant de coordonner les procédures nationales de passation des marchés publics supérieurs à un certain montant afin que celles-ci soient conformes aux principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la proportionnalité et la transparence. Elle vise également à garantir une mise en concurrence effective de la passation de marchés publics.

6. En particulier, les considérants 4 et 103 de la directive 2014/24 énoncent :

« (4) Les formes de plus en plus diverses que prend l'action publique ont rendu nécessaire de définir plus clairement la notion même de marché public. Cette clarification ne devrait toutefois pas élargir le champ d'application de la présente directive par rapport à celui de la directive 2004/18/CE [4]. Les règles de l'Union relatives à la passation des marchés publics ne sont pas destinées à couvrir toutes les formes de dépenses de fonds publics, mais uniquement celles qui visent l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services à titre onéreux au moyen d'un marché public. Il convient de préciser que ces acquisitions de travaux, de fournitures ou de services devraient relever de la présente directive, qu'elles soient réalisées au moyen d'un achat, d'un crédit-bail ou d'autres formes contractuelles.

La notion d'acquisition devrait être entendue au sens large, en tant qu'obtention de la jouissance des travaux, fournitures ou services en question [...]

[...]

(103) Les offres qui paraissent anormalement basses par rapport aux travaux, fournitures ou services concernés pourraient reposer sur des hypothèses ou des pratiques techniquement, économiquement ou juridiquement contestables. Si le soumissionnaire ne peut pas fournir d'explication satisfaisante, le pouvoir adjudicateur devrait être autorisé à rejeter son offre. Ce rejet devrait être obligatoire dans les cas où le pouvoir adjudicateur constate que ce prix ou ces coûts anormalement bas sont dus à des manquements aux obligations découlant du droit de l'Union ou du droit national compatible avec celle-ci en matière de droit social et du travail ou de droit environnemental, ou de dispositions internationales en matière de droit du travail. »

3 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), telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2017/2365 de la Commission, du 18 décembre 2017 (JO 2017, L 337, p. 19) (ci-après la « directive 2014/24 »).

4 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, et rectificatif JO 2004, L 351, p. 44).

7. Dans le cadre du titre I de la directive 2014/24, intitulé « Champ d'application, définitions et principes généraux », l'article 1er, paragraphes 1 et 2, dispose :

« 1. La présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne les marchés publics, ainsi que les concours, dont la valeur estimée atteint ou dépasse les seuils établis à l'article 4.

2. Au sens de la présente directive, la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché public [...] de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces [...] services aient ou non une finalité publique. »

8. L'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 définit les « marchés publics » comme « 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 ».

9. L'article 18 de cette directive détermine les « [p]rincipes de la passation de marchés ». Il précise ce qui suit :

« 1. Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.

Un marché ne peut être conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques.

2. Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X. »

10. L'article 69 de la directive 2014/24 est, quant à lui, consacré aux « [o]ffres anormalement basses ». Il est inséré dans le titre II, chapitre III, section 3, de cette directive, laquelle est intitulée « Choix des participants et attribution des marchés ». Cet article dispose :

« 1. Les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

2. Les explications visées au paragraphe 1 peuvent concerner notamment :

a) l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation des services ou du procédé de construction ;

b) les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;

c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;

d) le respect des obligations visées à l'article 18, paragraphe 2 ;

e) le respect des obligations visées à l'article 71 ;

f) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

3. Le pouvoir adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire. Il ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, compte tenu des éléments visés au paragraphe 2.

Les pouvoirs adjudicateurs rejettent l'offre s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2.

[...] »

III. Le litige au principal, les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

11. Le 7 juin 2018, le ministère de l'Intérieur (le pouvoir adjudicateur) a engagé une procédure de passation d'un marché public de services portant sur l'accès à un système d'information juridique pour une période de 24 mois. Ce marché est composé de deux lots. Le ministère de l'Intérieur a estimé la valeur de ce marché à 39 959,01 euros.

12. Concernant le premier lot, portant sur l'accès à un système d'information juridique, seuls deux opérateurs économiques établis à Ljubljana (Slovénie) et spécialisés dans le domaine de l'information juridique ont déposé des offres dans les délais fixés : Tax-Fin-Lex d.o.o. (la requérante) et LEXPERA d.o.o. (l'intervenante).

13. La requérante a proposé d'offrir ce service pour un montant de zéro euro.

14. Par une décision du 11 janvier 2019, le ministère de l'Intérieur a attribué le marché public composé du premier lot à l'intervenante et a rejeté l'offre soumise par la requérante au motif que cette offre était contraire aux règles de passation des marchés publics.

15. La requérante a introduit une demande de révision de cette décision. Dans le cadre de la procédure précédant la révision, le ministère de l'Intérieur a rejeté cette demande le 5 février 2019. Le 11 février 2019, celui-ci a saisi la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics, Slovénie), la juridiction de renvoi dans la présente affaire, afin qu'elle se prononce sur la légalité de ladite décision.

16. La requérante soutient qu'une offre telle que celle en cause est recevable. Elle fait valoir que, dans le cadre de la passation d'un marché public, le soumissionnaire a le droit de déterminer librement le prix proposé et, par conséquent, d'offrir un service gratuitement. Cela ne signifierait pas pour autant que la requérante serait privée d'une contrepartie pour l'exécution du marché public en cause. En effet, elle estime que la conclusion du contrat lui procurerait un avantage qui consisterait à accéder à un nouveau marché et à de nouveaux utilisateurs.

17. Le ministère de l'Intérieur soutient, en revanche, que la notion de « marché public » visée à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 ne peut recouvrir un contrat par lequel l'opérateur économique a proposé de fournir le service gratuitement au pouvoir adjudicateur. Il considère que l'avantage que retire l'opérateur économique de l'obtention du marché, à savoir l'accès potentiel à un nouveau marché et des références, ne constitue pas une contrepartie pour l'exécution d'un marché public. Il soutient, en effet, qu'un tel avantage représente une valeur ajoutée pour tous les opérateurs économiques, qu'il n'est cependant pas possible d'exprimer par une valeur monétaire et, donc, de facturer au pouvoir adjudicateur. Par conséquent, le ministère de l'Intérieur considère qu'une opération dans laquelle le service serait fourni à titre gratuit ne pourrait aboutir à la conclusion d'un contrat à titre onéreux.

18. Dans sa demande de décision préjudicielle, la juridiction de renvoi indique que le ministère de l'Intérieur aurait examiné cette offre au regard des dispositions relatives aux offres anormalement basses. Néanmoins, il aurait rejeté cette offre non pas au motif que celle-ci aurait été anormalement basse ou contraire aux principes gouvernant la passation des marchés publics, mais au seul motif que celle-ci était d'un montant de zéro euro.

19. La juridiction de renvoi exprime ses doutes quant à l'interprétation de la notion de « contrat à titre onéreux » visée dans le cadre de la définition des « marchés publics » à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24. Elle relève, tout d'abord, que l'un des éléments essentiels de la notion de « marchés publics » visée à cette disposition est le caractère onéreux du contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique. Elle précise, à cet égard, que la notion de « marché public » est pertinente non seulement avant la conclusion d'un contrat, puisqu'elle impose au pouvoir adjudicateur le respect des règles définies dans le cadre de la directive 2014/24, mais également après la conclusion de celui-ci afin d'apprécier si le contrat a effectivement été conclu dans le respect desdites règles.

20. La juridiction de renvoi se demande, ensuite, si et, le cas échéant, dans quelle mesure un contrat par lequel l'opérateur économique s'engage à fournir gratuitement au pouvoir adjudicateur le service visé dans l'avis de marché sans autre avantage que celui d'accéder à un nouveau marché et d'obtenir des références peut être qualifié de « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24. Cette juridiction admet que l'obtention d'un marché public et l'octroi de références peuvent représenter, en eux-mêmes, un avantage pour ledit opérateur. Cet avantage ne serait pas quantifiable, d'un point de vue économique, au moment de l'attribution du marché ; néanmoins, il serait susceptible de constituer un avantage économique futur lié à l'exécution du contrat.

21. Toutefois, la juridiction de renvoi reconnaît également que, dans une situation où le pouvoir adjudicateur ne rémunère pas l'opérateur économique pour la fourniture du service, il est possible que le contrat conclu ne soit pas un contrat d'exécution d'un marché public, puisqu'il s'agirait d'un contrat conclu à titre gratuit, prenant, par exemple, la forme d'un don. Enfin, elle se demande, dans ces circonstances, si l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 peut constituer le fondement juridique d'une décision portant rejet de l'offre soumise par l'opérateur économique.

22. Dans ces conditions, la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Y a-t-il un "contrat à titre onéreux", en tant qu'élément d'un marché public au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, lorsque le pouvoir adjudicateur n'est tenu de fournir aucune contrepartie, mais que, en exécutant le marché public, l'opérateur économique obtient l'accès à un nouveau marché et des références ?

2) Est-il possible ou convient-il d'interpréter l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 en ce sens qu'il constitue une base légale de rejet d'une offre à un prix de zéro euro ? »

23. La requérante, le ministère de l'Intérieur, le gouvernement autrichien ainsi que la Commission européenne ont déposé des observations écrites.

IV. Analyse

24. Les présentes conclusions sont structurées comme suit. Je commencerai par la recevabilité du présent renvoi (A). Ensuite, j'examinerai la portée de la notion de « contrat à titre onéreux » visée à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 et, surtout, la notion connexe de « contrepartie » (B). Enfin, j'aborderai la question de savoir si une offre à un montant de zéro euro peut être toujours qualifiée d'« offre anormalement basse » pour être examinée et, le cas échéant, rejetée sous l'angle des dispositions prévues à l'article 69 de cette directive (C).

A. Sur la recevabilité

25. La recevabilité de la demande de décision préjudicielle ne soulève, à mon sens, aucune difficulté.

26. S'agissant, en premier lieu, de la compétence de la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics) pour introduire une demande de décision préjudicielle, je rappelle que la Cour a jugé, dans l'arrêt du 8 juin 2017, Medisanus [5], que celle-ci remplit les critères pour être considérée comme une « juridiction nationale » au sens de l'article 267 TFUE [6].

27. S'agissant, en second lieu, du montant du marché en cause au principal, il est vrai que celui-ci est inférieur au seuil de 144 000 euros, prévu à l'article 4, sous b), de la directive 2014/24, applicable pour les marchés publics de services passés par des autorités publiques centrales.

28. Toutefois, la juridiction de renvoi indique que, lors de la transposition des dispositions de cette directive en droit national, le législateur slovène a décidé que la notion de « marché public » visée à l'article 2, paragraphe 1, point 1, du Zakon o javnem naročanju (loi portant sur la passation des marchés publics) [7], du 30 mai 2015, s'appliquait d'une manière directe et inconditionnelle à des marchés dont la valeur est inférieure au seuil défini à l'article 4 de la directive 2014/24, exclus, en principe, du champ d'application de cette dernière.

29. Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, dite Dzodzi, l'interprétation des dispositions d'un acte de l'Union dans des situations ne relevant pas du champ d'application de celui-ci se justifie afin d'assurer un traitement identique aux situations relevant du droit national et à celles régies par le droit de l'Union, lorsque ces dispositions ont été rendues applicables à de telles situations par le droit national de manière directe et inconditionnelle [8].

30. En l'espèce, les indications fournies par la juridiction de renvoi, qui ne sont contestées par aucune des parties ayant déposé des observations, confirment que le législateur national a décidé d'étendre le champ d'application des règles de l'Union en matière de marchés publics aux marchés publics de faible valeur afin de garantir, précisément, que les situations relevant du droit national et celles régies par le droit de l'Union soient soumises aux mêmes règles. Aussi, la logique sous-jacente à l'arrêt Dzodzi apparaît pleinement applicable dans la présente affaire.

31. Dans ces circonstances, la Cour peut répondre aux questions préjudicielles qui lui sont adressées.

5 C-296/15, EU:C:2017:431.

6 Voir point 38 de cet arrêt.

7 Uradni list RS, n° 91/15.

8 Voir arrêts du 18 octobre 1990, Dzodzi (C-297/88 et C-197/89, EU:C:1990:360, ci-après l'« arrêt Dzodzi », points 36 à 42), ainsi que, plus récemment, du 14 février 2019, CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, non publié, EU:C:2019:116, point 22 et jurisprudence citée), et du 24 octobre 2019, Belgische Staat (C-469/18 et C-470/18, EU:C:2019:895, points 22 et 23 ainsi que jurisprudence citée).

B. Contrat « à titre onéreux » ?

32. La juridiction de renvoi invite, en substance, la Cour à préciser le champ d'application matériel de la directive 2014/24. La Cour est appelée à déterminer si et, le cas échéant, dans quelle mesure une opération par laquelle un soumissionnaire s'engage à prester le service pour un montant de zéro euro est susceptible d'aboutir à la conclusion d'un contrat « à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive et ainsi d'être qualifiée de « marché public de services ». À cet égard, il convient de rappeler que, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, « seul un contrat conclu à titre onéreux peut constituer un marché public relevant de la directive 2004/18 »[9].

33. Pour répondre à la première question préjudicielle, il convient de déterminer si la notion de « contrat à titre onéreux » est susceptible de recouvrir une opération par laquelle un soumissionnaire formule une offre d'un montant de zéro euro, suivant une interprétation littérale, systématique et téléologique. Il convient également d'examiner si la jurisprudence de la Cour permet, à cet égard, d'éclairer le débat en précisant les caractéristiques essentielles d'un tel contrat.

1. Le « contrat à titre onéreux » au sens des dispositions de la directive 2014/24

34. La teneur littérale de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 ne suffit pas pour offrir une interprétation claire de la notion de « contrat à titre onéreux ». Le niveau textuel met plutôt d'ores et déjà en évidence la multiplicité des lectures et significations possibles de « à titre onéreux ».

35. D'un côté, certaines versions linguistiques renvoient à la condition d'onérosité[10]. Le raisonnement sous-jacent serait simplement que quelque chose doit être donné en échange. D'un autre côté, d'autres versions linguistiques apparaissent plus restrictives : ce quelque chose qui devrait être donné en échange par le pouvoir adjudicateur semble revêtir une nature spécifiquement pécuniaire[11], c'est-à-dire en argent. D'autres versions linguistiques encore semblent, pour leur part, occuper une position médiane[12].

36. Toutefois, il conviendrait peut-être de ne pas attacher trop d'importance ici à la lettre de la directive 2014/24 dans la mesure où certaines versions linguistiques de cette directive utilisent même des termes différents pour traduire la notion de « contrat à titre onéreux », selon que celle-ci figure aux considérants 4 et 70 ou bien à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de ladite directive.

37. Malheureusement, les *arguments intrasystémiques* (au regard de la directive 2014/24) ne sont pas non plus d'un grand secours. À l'article 1er, paragraphe 2, de cette directive, le législateur de l'Union a précisé que « la passation d'un marché est *l'acquisition*, au moyen d'un marché public [...] de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces [...] services aient ou non une finalité publique »[13].

9 Voir arrêts du 25 mars 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, point 47), et du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, point 43). Je rappelle que la directive 2014/24 a abrogé la directive 2004/18.

10 Notamment, les versions en langues espagnole (« oneroso »), française (« à titre onéreux »), italienne (« a titolo oneroso »), portugaise (« a título oneroso ») et roumaine (« cu titlu oneros »).

11 Notamment, les versions en langues anglaise (« for pecuniary interest ») et croate (« financijski interes »).

12 Comme les versions en langues tchèque et slovaque (où la notion de « úplatné smlouvy » ou les termes « odplatné zmluvy » signifient avant tout paiement en tant que contrepartie, mais peuvent aussi être interprétés comme incluant des contreparties non pécuniaires) ou encore la version en langue suédoise qui utilise l'expression « kontrakt med ekonomiska villkor », renvoyant à la valeur économique du contrat.

13 Italique ajouté par mes soins.

38. Cette disposition doit être lue à la lumière du considérant 4 de la directive 2014/24, dans lequel le législateur de l'Union a indiqué que « [l]es règles de l'Union relatives à la passation des marchés publics ne sont pas destinées à couvrir toutes les formes de dépenses de fonds publics, mais uniquement celles qui visent l'*acquisition* de [...] services à titre onéreux au moyen d'un marché public »[14]. Ce législateur a, par ailleurs, ajouté que « ces acquisitions de [...] services devraient relever de [cette] directive, qu'elles soient réalisées au moyen d'un achat, d'un crédit-bail ou d'autres formes contractuelles ». Il est essentiel de relever ici que la notion d'« acquisition » doit, selon le législateur de l'Union, « être entendue au sens large, en tant qu'obtention de la jouissance des [...] services en question ».

39. Si l'*objectif* principal du droit des marchés publics devait être de réglementer l'acquisition des biens ou des services par les autorités publiques, l'économie et la finalité de la directive 2014/24 ne permettent alors pas réellement de déterminer les caractéristiques de la condition d'onérosité à laquelle l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive fait référence. La notion d'« acquisition » est suffisamment large pour être agnostique quant aux modalités de cette acquisition, l'essentiel étant que les biens ou services soient en définitive obtenus par les pouvoirs adjudicateurs. Or, les biens et les services peuvent être légalement acquis de diverses manières.

40. Ainsi, une simple lecture littérale et systémique ne suffit pas à appréhender la signification de « contrat à titre onéreux » et notamment la notion clé de « contrepartie » qui se dissimule derrière le concept même de contrat : quelle est concrètement la nature de la contrepartie qui doit être fournie par le pouvoir adjudicateur afin que le marché public puisse être considéré comme valide ?

2. L'interprétation jurisprudentielle de la notion de « contrat à titre onéreux »

41. La Cour juge que, conformément au sens juridique habituel de la notion de « contrat à titre onéreux » employée aux fins de la définition des marchés publics, ces termes désignent un contrat par lequel chacune des parties s'engage à réaliser une prestation en contrepartie d'une autre[15]. L'existence d'une « contrepartie » ou d'une « contre-prestation » à la charge du pouvoir adjudicateur et donc d'un rapport synallagmatique constituent pour la Cour des éléments déterminants afin d'apprécier l'existence d'un contrat conclu à titre onéreux[16].

42. Cette jurisprudence s'inscrit dans la ligne défendue par la Cour dans d'autres domaines du droit, notamment en matière d'opération imposable à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Ainsi, dans l'arrêt du 18 janvier 2017, SAWP[17], la Cour a rappelé qu'une prestation de services n'est effectuée à titre onéreux, au sens de la directive 2006/112/CE[18], que s'il existe entre le prestataire et le bénéficiaire un rapport juridique au cours duquel des prestations réciproques sont échangées, la rétribution perçue par le prestataire constituant la contre-valeur effective du service fourni au bénéficiaire[19]. La Cour a jugé que « tel est le cas s'il existe un lien direct entre le service rendu et la contre-valeur reçue, les sommes versées constituant une contrepartie effective d'un service individualisable fourni dans le cadre d'un tel rapport juridique »[20].

14 Italique ajouté par mes soins.

15 Voir, notamment, arrêts du 18 janvier 2007, Auroux e.a. (C-220/05, EU:C:2007:31, point 45), et du 18 octobre 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, point 28).

16 Voir, à cet effet, arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, point 43 et jurisprudence citée), à propos de l'interprétation de la notion de « marché public » visée à l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18.

17 C-37/16, EU:C:2017:22.

18 Directive du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (JO 2006, L 347, p. 1).

19 Voir arrêt du 18 janvier 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, point 25 et jurisprudence citée).

20 Arrêt du 18 janvier 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, point 26 et jurisprudence citée).

43. Néanmoins, il faut reconnaître que deux lignes jurisprudentielles coexistent quant à la nature de la contrepartie exigée afin de satisfaire à la condition d'onérosité. Ces deux lignes reflètent, dans une certaine mesure, les divergences littérales de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 [21].

44. La première ligne privilégie une interprétation stricte du critère onéreux du contrat, exigeant le versement d'une rémunération ou d'un prix en argent par le pouvoir adjudicateur.

45. Ainsi, dans l'arrêt du 13 juillet 2017, Malpensa Logistica Europa [22], la Cour a écarté la qualification de « marché de services » au sens de l'article 1er, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/17 et l'application des règles y afférentes à un contrat par lequel l'entité gestionnaire de l'aéroport de Milan Malpensa (Italie) n'avait pas acquis le service fourni par le prestataire contre rémunération [23]. Dans cet arrêt, la Cour s'est expressément référée à l'approche défendue par la Commission, selon laquelle le caractère onéreux du rapport contractuel né d'un marché de services signifiait clairement que ce dernier devait comporter une rémunération versée directement par le pouvoir adjudicateur afin d'« acquérir » un service directement auprès d'un prestataire.

46. La seconde ligne jurisprudentielle tend, en revanche, à défendre une interprétation plus large de la condition d'onérosité au sens de « contrepartie » [24] ou de « contre-prestation » [25]. Il s'agit du courant majoritaire, également partagé par la Commission dans son livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, du 30 avril 2004 [26].

47. Selon cette ligne jurisprudentielle, la notion d'« onérosité » n'implique pas nécessairement le versement d'une somme d'argent par le pouvoir adjudicateur. La Cour considère ainsi que peuvent être conclus à titre onéreux et relever de la qualification de « marchés publics » les contrats dans lesquels la prestation est rétribuée par d'autres formes de contreparties, telles que le remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu ou bien encore l'exonération de charges. C'est également le cas, même lorsque les contreparties versées ne permettent pas de compenser les coûts supportés par le soumissionnaire [27].

48. Deux arrêts sont, à cet égard, particulièrement illustratifs.

49. Ainsi, dans l'arrêt du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti e.a. [28], la Cour a jugé que l'appréciation des éléments composant la définition de la notion de « marchés publics de travaux » au sens de la directive 93/37/CEE [29] devait être effectuée de façon à garantir l'effet utile de ce texte et, en particulier, à promouvoir une concurrence effective par la publicité des avis de marchés [30]. Elle a ainsi admis le caractère onéreux du contrat et la qualification de « marché public de travaux » dans une situation dans laquelle l'opérateur économique, titulaire du permis de construire, réalise l'ouvrage moyennant

21 Voir point 35 des présentes conclusions.

22 C-701/15, EU:C:2017:545. Cet arrêt concerne l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO 2004, L 134, p. 1). En vertu de cet article, les « marchés de fournitures, de travaux et de services » sont « des contrats à titre onéreux conclus par écrit ».

23 Voir point 29 de cet arrêt.

24 Voir, à cet égard, arrêts du 25 mars 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, points 47 à 52), ainsi que du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, point 43).

25 Arrêt du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti e.a. (C-399/98, EU:C:2001:401, points 77 à 86).

26 COM(2004) 327 final. Au point 10 de ce livre vert, la Commission indique que « le caractère onéreux du contrat en cause n'implique pas obligatoirement le versement direct d'un prix par le partenaire public, mais peut découler de toute autre forme de contre-prestation économique reçue par le partenaire privé ».

27 Voir considérations exposées par la Cour dans l'arrêt du 25 mars 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), aux termes desquelles un contrat de vente de terrain peut constituer un marché public de travaux, alors même que, hormis la cession dudit terrain, le pouvoir adjudicateur ne fournit aucune contrepartie au cocontractant.

28 C-399/98, EU:C:2001:401.

29 Directive du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO 1993, L 199, p. 54).

30 Point 52 de cet arrêt.

l'exonération de la contribution aux charges d'équipement que lui impose la législation nationale. En l'occurrence, la Cour a jugé que l'élément tenant au caractère onéreux du contrat devait être considéré comme étant satisfait dans la mesure où, en réalisant les travaux en cause, l'opérateur économique s'acquittait d'une dette de même valeur, qui naissait au profit de la commune [31].

50. Dans l'arrêt du 18 octobre 2018, IBA Molecular Italy [32], la Cour a également jugé qu'« un contrat prévoyant un échange de prestations relève de la notion de marché public même lorsque la rémunération prévue est limitée au *remboursement partiel des frais encourus pour fournir le service convenu*» [33]. Dans cet arrêt, la Cour a souligné qu'un contrat par lequel un opérateur économique s'engage à fabriquer et à fournir un produit à différentes administrations en contrepartie d'un financement intégralement affecté à la réalisation de cet objectif, relevait de la notion de « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18, et ce « *quand bien même les coûts de fabrication et de distribution dudit produit ne seraient pas entièrement compensés* par cette même subvention ou par les frais de livraison susceptibles d'être facturés auxdites administrations » [34].

51. Il est à noter que c'est cette même approche qui a été défendue par l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans ses conclusions dans l'affaire Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [35]. En effet, cette affaire pose, notamment, la question de savoir si la mise à disposition d'un logiciel convenue par écrit entre deux pouvoirs adjudicateurs a un caractère onéreux au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, lorsque l'entité recevant le logiciel ne doit pas payer de prix ni compenser les coûts de celui-ci, mais est tenue, en principe, de mettre gratuitement à la disposition de l'autre les développements et les adaptations successifs de ce logiciel.

52. Dans ces conclusions, l'avocat général a estimé que la condition d'onérosité est satisfaite. D'une part, il a relevé que la contrepartie, à savoir les adaptations et les développements futurs du logiciel, a une valeur économique. D'autre part, il a considéré que cette contrepartie constitue un engagement exigible, puisqu'elle est indispensable à la fourniture du service public incombant auxdites entités [36].

3. La notion extensive de « contrepartie » et ses limites

53. Ce que je comprends comme étant le courant dominant de la jurisprudence (courant auquel j'adhère pleinement) peut être résumé ainsi.

54. Premièrement, la nature de la contrepartie, inhérente à la condition d'onérosité, qui est octroyée par le pouvoir adjudicateur peut emprunter des formes autres qu'un prix payé en argent. Il n'y a donc pas nécessairement besoin d'un transfert d'une somme d'argent. D'autres types de paiements, y compris de nature non monétaire, sont envisageables.

55. Deuxièmement, la contrepartie doit présenter une certaine valeur économique sans devoir toutefois exactement correspondre à la valeur des biens ou services fournis. Dès lors, le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire peuvent se mettre d'accord sur la possibilité d'effectuer le paiement sous différentes formes, à condition que celles-ci aient une valeur économique claire.

31 Il est à noter que la Cour n'a pas suivi l'approche défendue par l'avocat général Léger dans ses conclusions dans l'affaire Ordine degli Architetti e.a. (C-399/98, EU:C:2000:671), celui-ci estimant que le critère d'onérosité n'était pas satisfait.

32 C-606/17, EU:C:2018:843.

33 Point 29 de cet arrêt et jurisprudence citée. Italique ajouté par mes soins. Voir, également, arrêts du 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, EU:C:2012:817, point 29) ; du 13 juin 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, point 31), et du 11 décembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e.a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, point 37).

34 Point 31 dudit arrêt. Italique ajouté par mes soins.

35 C-796/18, EU:C:2020:47.

36 Voir, à cet égard, développements figurant aux points 52 à 63 de ces conclusions.

56. Troisièmement, la nature et le contenu de la contrepartie dont doit s'acquitter le pouvoir adjudicateur doivent ressortir du contrat en tant qu'obligation juridique directe et exécutoire découlant de ce contrat. C'est dans ce cadre-là que je comprends la référence de la Cour ainsi que celle de l'avocat général Mengozzi à la *nature synallagmatique* du marché public se traduisant dans la *création d'obligations juridiquement contraignantes* pour les deux parties au contrat [37].

57. Aussi, afin de déterminer si le contrat comporte une contrepartie (et, par la suite, si la condition d'onérosité prévue à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 est satisfaite), je suis d'avis que le point focal de l'analyse n'est pas la somme exacte d'argent inscrite au contrat. Il s'agit plutôt de savoir si, sur la base de ce contrat, les deux parties contractantes se trouvent enfermées dans un rapport d'obligations juridiques réciproques que chacune peut faire exécuter à l'égard de l'autre et dans le cadre desquelles le pouvoir adjudicateur fournit au moins une contrepartie claire et précise de nature économique.

58. Une telle approche déplace, à dessein, les termes du débat de la nature exacte de la « contrepartie » requise à la question plus large de la définition du contenu précis des obligations réciproques à la charge de chacune des parties. Alors qu'il est possible que la notion de « contrepartie » soit très fluctuante d'un pays à l'autre en Europe [38], il semble y avoir un large consensus quant au fait que la formation du contrat exige que les parties se mettent d'accord de manière suffisamment précise quant aux termes du contrat, ce qui présuppose la clarté des droits et obligations mutuels de chacun afin que le contrat puisse être exécuté [39]. Sous un certain angle, cette discussion ramène au droit romain des origines et à la distinction de base, toujours en vigueur dans les systèmes juridiques de droit civil, entre rapports juridiques synallagmatiques (par exemple, les contrats) et unilatéraux (par exemple, les dons et libéralités).

59. Un contrat à titre onéreux est donc, avant tout, un contrat synallagmatique qui implique que les parties s'engagent l'une envers l'autre à effectuer des prestations qui soient précises et réciproques. La nature de ces prestations doit être déterminée dès la formation du contrat. Lesdites prestations doivent être exécutoires sur la base de ce contrat. En revanche, la contrepartie exigible est plus flexible. Elle ne doit pas nécessairement consister en une compensation de nature monétaire. Ce qui compte est que cette contrepartie soit claire, précise et exécutoire sur la base du contrat souscrit.

4. Application au cas d'espèce

60. Contrairement aux affaires visées dans la jurisprudence précitée dans les présentes conclusions, il doit être noté, à titre liminaire, qu'il n'existe, en l'espèce, pas de contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire, puisque l'affaire a été portée devant le juge national au stade où l'offre formulée par ce dernier a été rejetée. À ce stade de la procédure, il n'existe donc pas de disposition contractuelle témoignant éventuellement de l'existence d'une contrepartie à la charge du pouvoir adjudicateur, sous quelque forme que ce soit.

37 Voir arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, point 43), qui a lui-même suivi les conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, point 36). Voir note en bas de page 16 des présentes conclusions.

38 Montrant que les régimes juridiques des contrats se révèlent caractérisés par une diversité considérable, voir, notamment, Kötz, H., « Comparative Contract Law » dans Reimann, M., et Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2de éd., Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 902 à 932, en particulier p. 910 à 912, ou Chloros, A. G., « The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract : A Comparative Analysis », *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 1968, vol. 17, nº 1, p. 137 à 166.

39 Voir, notamment, articles 2 :101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) et 2 :103 (Sufficient Agreement) des « Principles of European Contract Law » (Principes du droit européen du contrat) (voir Lando, O., et Beale, H., *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, La Haye, 2000) ; ou articles II.–I :101(I) (définition du contrat) et III.–I :102(4) (sur le caractère réciproque des obligations) du *Draft Common Frame of Reference* (projet de cadre commun de référence) (voir von Bar, C., e.a., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference : outline edition*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009). Voir, en ce sens également, *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, collection « Droit comparé et européen », Paris, 2008, vol. 6, p. 25, réalisé par l'Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française et la Société de législation comparée.

61. La question à laquelle la Cour doit répondre est donc celle de savoir si, dans une situation dans laquelle l'offre du soumissionnaire implique l'absence de toute rémunération directe du service par le pouvoir adjudicateur, l'avantage que le soumissionnaire peut escompter en raison de l'attribution du marché même peut constituer une « contrepartie » susceptible de permettre la conclusion d'un contrat à titre onéreux au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24.

62. Au regard des circonstances factuelles de la présente affaire, telles qu'elles ont été présentées par la juridiction de renvoi, je ne vois pas en quoi une telle contrepartie pourrait bien consister, même en adoptant l'acception très ouverte de cette notion telle que retenue dans la section précédente. Trois avantages potentiels pourraient entrer en ligne de compte dans le contexte de la présente affaire : d'abord, développer une expérience pertinente ; ensuite, obtenir des références pour de futurs marchés ; enfin, établir une renommée pour de futurs appels d'offres susceptibles d'être lancés par le même pouvoir adjudicateur pour d'autres lots.

63. Premièrement, engranger une expérience pertinente est certainement d'importance pour les nouveaux entrants ou les petites et moyennes entreprises désireuses de se développer. Il ne s'agit cependant clairement pas d'une contrepartie que le pouvoir adjudicateur fournit en échange. C'est un simple fait juridique qui découle de l'attribution du marché.

64. Deuxièmement, il est indéniable également que l'obtention de références peut constituer un avantage. Ces références peuvent jouer un rôle stratégique dans l'attribution future de marchés publics. Cependant, force est de constater que l'octroi de références ne suffit pas pour établir le caractère synallagmatique du contrat envisagé. Il ne constitue, en effet, pas une obligation à la charge du pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il ne constitue pas une contrepartie exigible à l'égard de ce dernier. Cet avantage est une condition dont la réalisation est aléatoire et incertaine puisque les références dont l'entreprise pourra se prévaloir à l'avenir dépendent en réalité de circonstances factuelles liées à la bonne exécution du marché. Il n'y a donc aucune garantie quant aux références dont le soumissionnaire pourra se prévaloir. Il s'agit d'une simple spéculation sur le contrat.

65. Troisièmement, la décision de renvoi indique que, dans le cas d'espèce, le marché était composé de deux lots[40]. L'appel d'offres ici en cause ne concernait que le premier lot. Aucune information supplémentaire n'a été apportée quant au rapport éventuel entre le premier et le second lot. Toutefois, il ne serait guère envisageable qu'une telle situation joue un rôle dans la définition de la contrepartie au sens de l'obligation juridique que le pouvoir adjudicateur aurait à l'égard du soumissionnaire vis-à-vis des deux lots. Il n'est certainement souhaitable ni d'accepter ni de promouvoir une politique, explicite ou implicite, par laquelle une entreprise déposerait une offre largement inférieure aux coûts, ce incluse la somme de zéro euro, dans le cadre d'un lot tout en espérant répercuter ultérieurement ces coûts lors de l'attribution d'un second lot composant le marché.

66. En résumé, aucun des trois scénarios correspondant aux « avantages » potentiels susceptibles d'être mis en avant au titre de la contrepartie reçue par un soumissionnaire proposant de fournir certains services gratuitement ne relève de la notion de « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24. Dans aucune de ces hypothèses il n'y a de contrepartie dont l'exécution pourrait être légalement exigée du pouvoir adjudicateur dans le cadre du contrat. Le dénominateur commun à ces avantages se résume à ce qu'ils sont tous un pari sur le futur.

40 Voir point 11 des présentes conclusions.

67. En conclusion, on pourrait ajouter que ce dernier élément factuel permet de clairement distinguer la présente affaire de l'approche encore plus flexible de la contrepartie et de l'onérosité qui a été retenue, par exemple, par l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans ses conclusions dans l'affaire Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [41]. En effet, particulièrement dans un secteur plutôt dynamique comme celui du développement de logiciels, il est possible de concevoir un certain nombre de contreparties assez atypiques. Ainsi, le premier logiciel pourrait être fourni gratuitement, à l'inverse de ses développements futurs ; le pouvoir adjudicateur peut opérer un paiement en nature en transmettant ses propres données en échange, afin que le programmeur puisse les utiliser dans des applications ultérieures ; le pouvoir adjudicateur peut promettre de donner un retour d'informations à intervalles réguliers, permettant ainsi au développeur de perfectionner son produit et d'en accroître la commercialisation, etc. L'ensemble de ces situations pourraient donner lieu à la conclusion de contrats à titre onéreux, dès lors que ces obligations ressortent nettement de l'accord conclu avec le pouvoir adjudicateur et définissent une contrepartie juridiquement exécutoire, quand bien même il n'est, en effet, pas toujours aisé de mettre un prix sur chaque contrepartie concrète.

68. En revanche, dans la présente affaire, aucune contrepartie distincte incombant au pouvoir adjudicateur ne résulte d'une obligation claire et exécutoire ressortant du contrat dont la conclusion est envisagée. Le premier « avantage » est simplement un fait juridique automatique. Le deuxième est purement spéculatif et incertain. Quant au troisième, s'il devait même être envisagé, il serait hautement problématique. Dès lors, en l'absence de contrepartie à la charge du pouvoir adjudicateur, le contrat à venir ne peut être qualifié de « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24.

C. Une offre d'un montant de zéro euro est-elle une offre anormalement basse ?

69. La seconde question préjudicielle nécessite, quant à elle, de déterminer la base juridique sur laquelle fonder le rejet d'une offre, telle que celle en cause, d'un montant de zéro euro.

70. Si la juridiction de renvoi concentre sa question sur les dispositions prévues à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, je rappelle néanmoins que, d'après les indications qu'elle fournit, le ministère de l'Intérieur aurait examiné l'offre en cause au regard des dispositions consacrées aux « offres anormalement basses », prévues à l'article 69 de cette directive. Celui-ci aurait toutefois rejeté l'offre de la requérante non pas parce qu'elle était anormalement basse ou qu'elle ne permettait pas de répondre aux exigences et aux obligations énoncées dans l'avis de marché, mais parce que celle-ci était d'un montant de zéro euro.

71. Ainsi, la seconde question posée par la juridiction de renvoi est de nature procédurale : si un pouvoir adjudicateur reçoit une offre proposant zéro euro dans la case « prix », (i) le pouvoir adjudicateur doit-il automatiquement exclure l'offre directement sur la base de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 dans la mesure où aucune offre de ce type ne saurait jamais conduire à la conclusion d'un marché public valide ; ou bien (ii) une telle offre doit-elle être aussi examinée conformément à la procédure relative aux offres anormalement basses prévue à l'article 69 de la directive 2014/24 ?

72. Compte tenu de la réponse proposée à la première question de la juridiction de renvoi (la contrepartie exigible dans le cadre d'un marché public n'implique pas nécessairement un transfert direct d'argent, mais peut être une contrepartie en nature dès lors qu'elle présente au moins une certaine valeur économique), la réponse logique à la seconde question préjudicielle est celle suggérée par (ii) : une offre proposant un prix nominal de zéro euro doit aussi être traitée comme une offre anormalement basse.

41 C-796/18, EU:C:2020:47. Voir points 51 et 52 des présentes conclusions.

73. En premier lieu, la procédure de l'article 69 de la directive 2014/24 concerne les étapes de l'offre et de la négociation. À cet article, le législateur de l'Union exige, en effet, que le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité d'expliquer le montant de son offre et de justifier le sérieux de celle-ci. Il exige, ensuite, que le pouvoir adjudicateur tienne compte non seulement des justifications fournies, notamment celles faisant référence à l'économie de la prestation, aux solutions techniques adoptées ou bien encore aux conditions exceptionnellement favorables dont ce dernier dispose pour fournir le service convenu [42], mais également de tous les éléments pertinents au regard de la prestation en cause et des obligations associées à sa réalisation [43].

74. Ainsi, à moins que la nature du marché ou l'offre elle-même n'indiquent sans ambiguïté qu'il ne peut pas y avoir d'autre contrepartie concevable et qu'il est, par la suite, inutile de permettre au soumissionnaire de fournir des explications sur son offre, il ne peut être exclu que le contrat à venir puisse, en définitive, être un contrat « à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24.

75. Tout ceci n'est pas sans rappeler le paradoxe du chat de Schrödinger. Tant que la boîte n'est pas ouverte et son contenu examiné, on ne peut exclure que le chat se trouvant à l'intérieur soit vivant. De la même façon, tant que le pouvoir adjudicateur n'offre pas au soumissionnaire, sur le fondement de l'article 69 de la directive 2014/24, l'opportunité d'expliquer la logique et la structure des coûts régissant son offre, il ne peut être exclu que l'offre en question puisse donner lieu à la conclusion d'un marché public, sans préjudice, au bout du compte, d'un rejet de l'offre par le pouvoir adjudicateur. Toutefois, un tel rejet ne saurait être purement et simplement fondé sur le fait qu'une offre nominale de zéro euro ne remplit pas la condition d'onérosité prévue à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive.

76. En second lieu, force est de constater que la directive 2014/24 ne définit pas la notion d'« offre anormalement basse » ni ne précise le montant numérique que celle-ci recouvre [44]. Les termes employés par le législateur de l'Union sont généraux, la Cour employant également les termes « modicité du prix proposé dans [l']offre » [45].

77. Il ressort, toutefois, de la jurisprudence de la Cour que celle-ci s'oppose à l'instauration d'un critère d'exclusion mathématique. La Cour tend à favoriser une concurrence effective conformément aux objectifs des règles de passation des marchés publics. Dans l'arrêt du 22 juin 1989, Costanzo [46], la Cour a jugé qu'un critère d'exclusion mathématique privait les soumissionnaires qui avaient présenté des offres particulièrement basses de la possibilité de prouver que ces offres étaient sérieuses et était, par conséquent, contraire à l'objectif de la directive 71/305/CEE [47], qui était de favoriser le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics.

78. Compte tenu de ces éléments, il apparaît ainsi que rien ne s'oppose à ce que la notion d'« offre anormalement basse » puisse inclure une offre d'un montant de zéro euro. Certes, un montant de « zéro euro » s'apparente à une sorte de barrière psychologique. Néanmoins, en termes économiques, rien ne justifie qu'on la distingue d'une offre d'un montant de 10 euros ou de 100 euros, à partir du moment où toutes ces offres sont au-dessous des coûts du marché.

42 Ces justifications sont énoncées à l'article 69, paragraphe 2, de la directive 2014/24.

43 Voir arrêt du 16 mai 2019, Transtec/Commission (T-228/18, EU:T:2019:336, point 69 et jurisprudence visée).

44 Dans l'arrêt du 18 décembre 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), la Cour a ainsi rappelé qu'il appartient aux États membres et, notamment, aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer le mode de calcul d'un seuil d'anomalie constitutif d'une « offre anormalement basse » (point 49 et jurisprudence citée).

45 Voir, à cet égard, arrêt du 18 décembre 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, point 46).

46 103/88, EU:C:1989:256, point 18.

47 Directive du Conseil du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO 1971, L 185, p. 5).

79. En troisième et dernier lieu, il ne fait aucun doute qu'un certain nombre d'arguments supplémentaires pourraient plaider en faveur d'un refus d'examiner des offres à zéro euro. Permettre de telles offres pourrait, en effet, aller à l'encontre de l'objectif de *transparence* en matière de deniers publics et de lutte contre la corruption : les coûts réels et les paiements ultérieurs seraient simplement déplacés et dissimulés dans d'autres transactions parallèles. De même, alors qu'une telle démarche semblerait, à première vue, bénéfique pour les *budgets publics*, un marché public conclu pour un prix nominal de zéro euro pourrait, en définitive, se révéler plutôt dispendieux et difficile à exécuter pour le pouvoir adjudicateur et, ainsi, conduire à augmenter les coûts plutôt qu'à payer purement et simplement le prix approprié dès le début. En outre, une pratique sponsorisée par les pouvoirs adjudicateurs de prix prédateurs pourrait provoquer quelques inquiétudes du côté du *droit de la concurrence*.

80. En tout état de cause, quelle que soit la légitimité de ces préoccupations, les mêmes arguments pourraient être utilisés dans le sens opposé, c'est-à-dire en faveur de l'examen de telles offres [48]. Néanmoins, surtout, tous ces arguments pourraient être utilisés à l'encontre même de tout examen des offres anormalement basses. Les mêmes considérations que celles esquissées au point précédent des présentes conclusions s'appliqueraient indistinctement à toute offre anormalement basse : ce serait le cas, par exemple, pour un marché évalué à 150 000 euros, d'une offre de 1 000 euros, de 101 euros ou de 1 euro symbolique. Quand bien même toutes ces offres seraient bien inférieures aux coûts réels, le pouvoir adjudicateur ne pourrait pas les rejeter automatiquement. Il doit les examiner en suivant la procédure spécifiquement prévue à cet effet à l'article 69 de la directive 2014/24.

81. Si un tel choix législatif a été opéré par le législateur de l'Union dans le contexte du droit des marchés publics après avoir pesé tous les avantages et inconvénients inhérents aux offres anormalement basses, je ne trouve pas d'argument logique permettant d'exclure les offres de zéro euro d'un tel schéma. Celles-ci doivent donc être traitées de la même manière. Ainsi, si la Cour devait accepter ma proposition à l'égard de la première question (un « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 n'exige pas nécessairement le paiement d'une somme d'argent, mais peut impliquer une contrepartie en nature à la charge du pouvoir adjudicateur), alors le montant de la somme nominale indiqué sur l'offre de contrat n'est pas déterminant.

82. Par conséquent, j'estime que c'est bien à travers le prisme des conditions énoncées à l'article 69 de la directive 2014/24 que le pouvoir adjudicateur doit examiner une offre d'un montant de zéro euro afin, le cas échéant, de rejeter celle-ci au motif, notamment, qu'elle ne peut aboutir à la conclusion d'un contrat à titre onéreux au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive, en raison du fait qu'aucune contrepartie de nature économique ne serait fournie par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres.

V. Conclusion

83. Je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics, Slovénie) :

1) La notion de « contrat à titre onéreux » visée à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2017/2365 de la Commission, du 18 décembre 2017, doit être interprétée en ce sens qu'elle

48 Notamment, en ce qui concerne la concurrence, il pourrait être avancé que ces règles sont en réalité favorables à la concurrence : il est probable que les petites et moyennes entreprises ainsi que les start-up aient des coûts fixes moins élevés et puissent intégrer des marges nulles pour un certain contrat. Dans de telles circonstances, des offres à zéro euro peuvent se révéler concurrentielles en permettant à ces petites entreprises d'entrer sur le marché.

ne permet pas de qualifier de « marché public de services » une opération par laquelle le soumissionnaire propose au pouvoir adjudicateur de prester le service pour un montant de zéro euro, dans la mesure où les parties au contrat ne conviennent pas d'une contrepartie de valeur économique à la charge du pouvoir adjudicateur.

2) Une offre à un prix de zéro euro doit être examinée conformément aux dispositions prévues à l'article 69 de la directive 2014/24, telle que modifiée par le règlement délégué 2017/2365, relatif aux offres anormalement basses, le cas échéant après avoir obtenu du soumissionnaire des informations supplémentaires quant à la nature exacte de la contrepartie de valeur économique à la charge du pouvoir adjudicateur. Une telle offre doit être rejetée dans l'hypothèse où elle ne permettrait pas d'aboutir, dans le cadre spécifique d'une procédure d'appel d'offres, à la conclusion d'un « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive.