

ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

24 novembre 2005 (*)

«Marchés publics de services – Directives 92/50/CEE et 93/38/CEE – Critères d’attribution – Offre économiquement la plus avantageuse – Respect des critères d’attribution établis dans le cahier des charges ou dans l’avis de marché – Établissement de sous-critères pour l’un des critères d’attribution dans le cahier des charges ou dans l’avis de marché – Décision prévoyant une pondération – Principes d’égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence»

Dans l’affaire C-331/04,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 234 CE, introduite par le Consiglio di Stato (Italie), par décision du 6 avril 2004, parvenue à la Cour le 29 juillet 2004, dans la procédure

ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc,

EAC Srl,

Viaggi di Maio Snc

contre

ACTV Venezia SpA,

Provincia di Venezia,

Comune di Venezia,

en présence de:

ATI La Linea SpA-CSSA,

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M. C. W. A. Timmermans, président de chambre, MM. C. Gulmann (rapporteur), R. Schintgen, G. Arestis et J. Klučka, juges,

avocat général: M. D. Ruiz-Jarabo Colomer,

greffier: Mme M. Ferreira, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 7 juillet 2005,

considérant les observations présentées:

– pour l’ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl et Viaggi di Maio Snc, par Me L. Visone, avvocato,

– pour ACTV Venezia SpA, par Mes A. Bianchini et E. Romanelli, avvocati,

– pour l’ATI La Linea SpA-CSSA, par Mes P. Zanardi et G. Fiore, avvocati,

- pour le gouvernement néerlandais, par Mmes H. G. Sevenster et C. M. Wissels ainsi que M. D. J. M. de Grave, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d’agent,
- pour la Commission des Communautés européennes, par Mme D. Recchia et M. X. Lewis, en qualité d’agents,

ayant entendu l’avocat général en ses conclusions à l’audience du 8 septembre 2005,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l’interprétation des articles 36 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), et 34 de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d’un litige opposant l’ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc et ces deux dernières sociétés à ACTV Venezia SpA (ci-après «ACTV»), à la Provincia di Venezia et au Comune di Venezia au sujet de l’attribution d’un marché de services publics de transport de personnes.

Le cadre juridique

3 L’article 36 de la directive 92/50, intitulé «Critères d’attribution du marché», dispose:

«1. [...] les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur se fonde pour attribuer les marchés peuvent être:

a) soit, lorsque l’attribution se fait à l’offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables selon le marché en question: par exemple, la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, le service après-vente et l’assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d’exécution, le prix;

b) [...]

2. Lorsque le marché doit être attribué à l’offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur indique, dans le cahier des charges ou dans l’avis de marché, les critères d’attribution dont il prévoit l’application, si possible dans l’ordre décroissant de l’importance qui leur est attribuée.»

4 L’article 34 de la directive 93/38 dispose:

«1. [...] les critères sur lesquels les entités adjudicatrices se fondent pour attribuer les marchés sont:

a) soit, lorsque l’attribution se fait à l’offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question: par exemple, le délai de livraison ou d’exécution, le coût d’utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l’assistance technique, l’engagement en matière de pièces de rechange, la sécurité d’approvisionnement et le prix;

b) [...]

2. Dans le cas prévu au paragraphe 1 point a), les entités adjudicatrices mentionnent, dans les cahiers des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont elles prévoient l'application, si possible dans l'ordre décroissant d'importance.»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

5 Le 6 avril 2002, ACTV a fait publier au Journal officiel des Communautés européennes un avis concernant un marché public de transport de personnes comportant trois lots. Le litige au principal concerne le lot n° 1, relatif au service urbain de la ville de Mestre pour la période du 16 juin 2002 au 31 décembre 2003.

6 Dans cet avis de marché, il était indiqué sous l'intitulé «Critères d'attribution» qu'ACTV avait choisi d'attribuer le marché au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse.

7 Les requérantes au principal ont demandé à participer à la procédure d'adjudication. Par lettre du 7 mai 2002, ACTV les a invitées à soumissionner pour le lot n° 1. Les conditions de participation («disciplinare di gara», ci-après le «cahier des charges»), qui étaient jointes à cette invitation, prévoyaient les quatre critères d'attribution suivants, sur la base desquels l'offre économiquement la plus avantageuse devait être déterminée:

«1) Prix au kilomètre des services indiqués dans les annexes A, B et C du cahier des charges:

– 60 points au maximum attribués sur la base du ratio [...]

2) Prix au kilomètre des services complétant ceux indiqués dans les annexes A, B et C du cahier des charges:

– 10 points au maximum attribués sur la base du ratio [...]

3) Modalités d'organisation et structures d'appui pour l'exécution du service, telles qu'elles découlent du document visé au point 3.10 n° 6 du présent cahier des charges:

– 25 points au maximum attribués par ACTV à son entière discrétion.

4) Possession d'un certificat de conformité [...]: 5 points.»

8 En ce qui concerne le troisième de ces quatre critères d'attribution du marché, le cahier des charges prévoyait à son point 3.10 n° 6 que l'offre devait inclure un rapport descriptif de l'organisation et des structures logistiques et d'appui qui seraient utilisées, en cas d'adjudication, dans la gestion des services faisant l'objet du contrat; ce rapport devait contenir obligatoirement au moins les indications suivantes:

– «dépôts et/ou zones de stationnement des autobus dont l'entreprise dispose ou dont elle est propriétaire sur le territoire de la Provincia di Venezia [...];

– modalités de contrôle du service assuré et nombre de personnes affectées auxdits contrôles;

– nombre de chauffeurs de bus et type de permis possédé;

– nombre d'établissements (autres que les dépôts) dont l'entreprise dispose ou dont elle est propriétaire sur le territoire de la Provincia di Venezia [...];

– nombre de personnes affectées à l'organisation des tours du personnel de conduite.»

9 Par la suite, le 29 mai 2002, soit après l'expiration du délai de présentation des offres et avant l'ouverture des enveloppes, alors qu'elle disposait déjà d'une liste indiquant les noms des trois entreprises ayant soumissionné pour le lot en cause au principal, la commission d'adjudication a, dans son procès-verbal n° 1, pondéré les 25 points susceptibles d'être attribués pour ce troisième critère en les répartissant entre cinq sous-critères correspondant à chacune des indications devant être mentionnées dans le rapport inclus dans l'offre présentée par les soumissionnaires. Le nombre de points susceptible d'être attribué au titre de chacun de ces sous-critères a été ventilé comme suit: 8, 7 et 6 points pour, respectivement, les premier, deuxième et troisième sous-critères et 2 points pour chacun des quatrième et cinquième sous-critères.

10 Le 30 mai 2002, après avoir exclu l'une des trois offres présentées, la commission d'adjudication a procédé à l'évaluation de celles émanant des requérantes au principal et de l'ATI La Linea SpA-CSSA (ci-après «La Linea»). Cette dernière a emporté le marché avec 86,53 points, les requérantes au principal ayant obtenu 83,50 points.

11 Estimant que La Linea n'avait pu devenir adjudicataire que grâce à la pondération a posteriori du nombre de points susceptibles d'être attribués au titre du troisième critère, les requérantes au principal ont attaqué les mesures et décisions prises par la commission d'adjudication devant le Tribunale amministrativo regionale sur le fondement, entre autres, de moyens tirés d'une violation de l'article 36, paragraphe 2, de la directive 92/50.

12 Le Tribunale amministrativo regionale a rejeté le recours ainsi présenté en constatant, notamment, que les critères d'attribution et les éléments à prendre en compte aux fins de l'attribution du marché en cause au principal étaient indiqués dans le cahier des charges.

13 Les requérantes au principal ont interjeté appel de ce jugement devant le Consiglio di Stato qui a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Ces dispositions [l'article 36 de la directive 92/50 et l'article 34 de la directive 93/38] peuvent-elles être interprétées avec souplesse, comme permettant à une entité adjudicatrice, en cas d'adjudication suivant la méthode de l'offre économiquement la plus avantageuse, de fixer les critères sur un plan général dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges en laissant à la commission d'adjudication le soin de spécifier et/ou de compléter ces critères, si nécessaire, à condition qu'elle le fasse avant l'ouverture des plis contenant les offres et sans innover par rapport aux critères prédéterminés dans l'avis de marché, ou, au contraire, cette norme revêt-elle un caractère rigide, en ce sens qu'elle impose à l'entité adjudicatrice de déterminer analytiquement les critères d'adjudication dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, avant la préqualification ou l'invitation, sans que la commission d'adjudication puisse intervenir par la suite, sous quelque forme que ce soit, pour spécifier et/ou compléter ces critères ou établir des sous-rubriques ou des notes partielles, puisque toute indication relative aux critères d'adjudication doit, pour des raisons de transparence, figurer dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges?

Enfin, faut-il considérer comme conforme au droit communautaire l'interprétation traditionnellement suivie dans la jurisprudence du Consiglio di Stato, qui tend à admettre l'intervention de la commission d'adjudication avant l'ouverture des plis contenant des offres pour compléter les critères?

2) Dans le cadre d'une interprétation flexible de la norme, justifiée par l'expression «si possible», l'entité adjudicatrice peut-elle adopter un cahier des charges qui, pour un critère d'adjudication (en l'espèce, les modalités d'organisation et d'appui), prévoit – par rapport à une série complexe d'éléments d'appréciation, sur lesquels l'avis de marché reste indéterminé, dans la mesure où il ne prévoit pas l'attribution de notes – une attribution de points à la discrétion de l'entité adjudicatrice ou la norme en question exige-t-elle en tout état de cause que la formulation des critères présente un caractère contraignant de principe, qui est incompatible avec l'absence de notation de ces critères dans

l'avis de marché, et, en cas de validité de la mesure précitée en raison de la flexibilité présumée de la norme en cause et de l'absence d'obligation de noter tous les éléments, la commission d'adjudication a-t-elle le droit – que l'avis de marché ne lui confère pas expressément – d'intervenir pour compléter ou spécifier les critères (en attribuant simplement une importance autonome et un poids spécifique à tous les éléments isolés que l'avis de marché prévoyait d'évaluer par l'attribution forfaitaire de 25 points au maximum) ou faut-il au contraire appliquer le cahier des charges de façon littérale en attribuant les points sur la base d'une évaluation globale des éléments divers et complexes pris en considération par la *lex specialis*?

3) En tout état de cause, est-il possible, à la lumière de cette disposition, et indépendamment de la formulation de l'avis de marché, de reconnaître sur un plan général à une commission d'adjudication, chargée d'évaluer les offres dans une procédure d'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir – uniquement eu égard à la complexité des éléments à évaluer – de limiter sa propre action sur un plan général, en précisant les paramètres d'application des critères fixés a priori dans l'avis de marché et ce pouvoir peut-il être exercé en établissant – bien entendu toujours avant l'ouverture des plis – des sous-rubriques, des notes partielles, ou simplement en fixant des critères plus spécifiques en vue de l'application des critères généraux indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges?»

Sur la demande de réouverture de la procédure orale

14 Par acte déposé au greffe de la Cour le 19 septembre 2005, ACTV a demandé à la Cour d'ordonner la réouverture de la procédure orale, en application de l'article 61 du règlement de procédure.

15 À l'appui de sa demande, ACTV a essentiellement fait valoir que, dans ses conclusions, M. l'avocat général n'avait pas répondu aux principales questions posées par la juridiction de renvoi. Pour cette raison et en vue d'une bonne compréhension des questions préjudicielles au regard de la spécificité du litige au principal, elle désiret formuler de nouvelles observations.

16 À cet égard, il convient de rappeler que la Cour peut, d'office ou sur proposition de l'avocat général, ou encore à la demande des parties, ordonner la réouverture de la procédure orale, conformément à l'article 61 de son règlement de procédure, si elle considère qu'elle est insuffisamment éclairée ou que l'affaire doit être tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les parties (voir ordonnance du 4 février 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98, Rec. p. I-665, point 18, et arrêt du 30 mars 2004, *Alabaster*, C-147/02, Rec. p. I-3101, point 35).

17 En l'espèce, la Cour, l'avocat général entendu, considère qu'elle dispose de tous les éléments nécessaires pour répondre aux questions posées et que ces éléments ont fait l'objet des débats menés devant elle. Par conséquent, la demande de réouverture de la procédure orale doit être rejetée.

Sur les questions préjudicielles

18 À titre liminaire, il convient de relever, ainsi que l'a fait la juridiction de renvoi, que, par la décision en cause au principal, la commission d'adjudication a simplement déterminé la manière dont les 25 points prévus au titre du troisième critère d'attribution devaient être repartis entre les cinq sous-critères déjà définis dans le cahier des charges.

19 Dans ces conditions, les questions préjudicielles doivent se comprendre comme portant, en substance, sur le point de savoir si les articles 36 de la directive 92/50 et 34 de la directive 93/38 doivent être interprétés en ce sens que le droit communautaire s'oppose à ce qu'une commission d'adjudication accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance, en procédant à une ventilation, entre ces derniers, des points prévus au titre de ce critère par le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement du cahier des charges ou de l'avis de marché.

20 Il y a lieu, tout d'abord, de relever, ainsi que l'a fait observer à juste titre le gouvernement autrichien, que les dispositions des articles 36 de la directive 92/50 et 34 de la directive 93/38 ne peuvent être appliquées simultanément aux mêmes faits. Cependant, les dispositions visées par les questions préjudicielles sont libellées de manière substantiellement identique et doivent être interprétées de la même manière (voir arrêt du 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, point 91). En conséquence, la Cour peut donner une réponse utile à la question telle que reformulée sans qu'il soit nécessaire qu'elle se prononce sur la question de savoir laquelle de ces deux directives est applicable dans l'affaire au principal.

21 Ensuite, il convient de rappeler que les critères d'attribution définis par un pouvoir adjudicateur doivent être liés à l'objet du marché, ne doivent pas conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, doivent être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et doivent respecter, notamment, les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence (voir, en ce sens, arrêt *Concordia Bus Finland*, précité, point 64).

22 Dans le contexte de la présente affaire, il importe plus particulièrement de relever que le devoir de respecter le principe d'égalité de traitement correspond à l'essence même des directives dans le domaine des marchés publics (voir arrêt *Concordia Bus Finland*, précité, point 81) et que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées (voir arrêt du 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, point 34).

23 Il convient également de rappeler que, conformément aux articles 36 de la directive 92/50 et 34 de la directive 93/38, tous les critères retenus doivent être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée, afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance de leur existence et de leur portée (voir arrêt *Concordia Bus Finland*, précité, point 62).

24 De même, afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et, si possible, leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres (voir, en ce sens, arrêts du 25 avril 1996, *Commission/Belgique*, C-87/94, Rec. p. I-2043, point 88, et du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, Rec. p. I-11617, point 98).

25 Enfin, c'est à la juridiction nationale qu'il appartient d'apprécier, au vu de ces règles et principes, si, dans l'affaire au principal, la commission d'adjudication a enfreint le droit communautaire en prévoyant une pondération des différents sous-éléments du troisième critère d'attribution du marché.

26 À cet égard, il y a lieu, premièrement, de vérifier si, compte tenu de tous les éléments pertinents de l'affaire au principal, la décision prévoyant cette pondération modifie les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché.

27 Si tel devait être le cas, cette décision serait contraire au droit communautaire.

28 Deuxièmement, il convient d'apprécier si ladite décision contient des éléments qui, s'ils avaient été connus au moment de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation.

29 Si tel devait être le cas, cette même décision serait contraire au droit communautaire.

30 Troisièmement, il y a lieu de vérifier si la commission d'adjudication a adopté la décision prévoyant une pondération en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

31 Si tel devait être le cas, cette décision serait contraire au droit communautaire.

32 Dès lors, il y a lieu de répondre aux questions préjudicielles que les articles 36 de la directive 92/50 et 34 de la directive 93/38 doivent être interprétés en ce sens que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une commission d'adjudication accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance, en procédant à une ventilation, entre ces derniers, du nombre de points prévus au titre de ce critère par le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement du cahier des charges ou de l'avis de marché, à condition qu'une telle décision:

- ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché;
- ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation;
- n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

Sur les dépens

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

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

Les articles 36 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, et 34 de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, doivent être interprétés en ce sens que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une commission d'adjudication accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance, en procédant à une ventilation, entre ces derniers, du nombre de points prévus au titre de ce critère par le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement du cahier des charges ou de l'avis de marché, à condition qu'une telle décision:

- ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché;
- ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation;
- n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.