

ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

4 juin 2009 (*)

«Manquement d'État – Directive 93/38/CEE – Marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications – Passation de marché sans mise en concurrence préalable – Conditions – Communication des motifs de rejet d'une offre – Délai»

Dans l'affaire C-250/07,

ayant pour objet un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, introduit le 24 mai 2007,

Commission des Communautés européennes, représentée par M^{me} M. Patakia et M. D. Kukovec, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

République hellénique, représentée par M^{me} D. Tsagkaraki, en qualité d'agent, assistée de M^e V. Christianos, dikigoros, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

LA COUR (première chambre),

composée de M. P. Jann, président de chambre, MM. M. Ilešič, A. Tizzano, A. Borg Barthet et J.-J. Kasel (rapporteur), juges

avocat général: M. M. Poiares Maduro,

greffier: M^{me} L. Hewlett, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 14 octobre 2008,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 17 décembre 2008,

rend le présent

Arrêt

1 Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, en s'abstenant de publier un avis de mise en concurrence préalable de marché et en tardant, sans justification, à répondre à la demande de précisions d'un soumissionnaire au sujet des motifs de rejet de sa candidature, la République hellénique a manqué, d'une part, à l'obligation de mise en concurrence préalable à l'engagement de la procédure d'appel d'offres qui lui incombe en vertu de l'article 20, paragraphe 2, 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),

telle que modifiée par la directive 2001/78/CE de la Commission, du 13 septembre 2001 (JO L 285, p. 1, ci-après la «directive 93/38»), et, d'autre part, à l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 41, paragraphe 4, de ladite directive.

Le cadre juridique

2 L'article 2 de la directive 93/38 prévoit:

«1. La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices:

a) qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2;

b) qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs publics ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées au paragraphe 2, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre.

2. Les activités relevant du champ d'application de la présente directive sont les suivantes:

a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution:

[...]

ii) d'électricité

[...]»

3 Aux termes de l'article 20 de la directive 93/38:

«1. Les entités adjudicatrices peuvent choisir l'une des procédures définies à l'article 1^{er} point 7, pour autant que, sous réserve du paragraphe 2, une mise en concurrence ait été effectuée en vertu de l'article 21.

2. Les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants:

a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure avec mise en concurrence préalable, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;

[...]

d) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les entités adjudicatrices ne permet pas de respecter les délais exigés par les procédures ouvertes ou restreintes;

[...]»

4 L'article 41, paragraphe 4, de la directive 93/38 est libellé comme suit:

«Les entités adjudicatrices [...] communiquent, dans les meilleurs délais à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat ou soumissionnaire écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, et à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire.

[...]»

Les antécédents du litige et la procédure précontentieuse

5 Le 2 juillet 2003, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (compagnie publique d'électricité, ci-après «DEI») a lancé un appel d'offres pour l'étude, la fourniture, le transport, l'installation et la mise en fonctionnement de deux unités thermoélectriques similaires et de leur équipement auxiliaire pour la centrale thermoélectrique d'Atherinolakkos située sur l'île de Crète (Grèce).

6 Ce premier appel d'offres ayant été retiré à la suite de la constatation, par le conseil d'administration de DEI, que les offres reçues ne remplissaient pas certains critères, DEI a émis, le 26 mai 2004, un nouvel appel d'offres présentant certaines différences par rapport au premier. Les offres des cinq sociétés et groupements d'entreprises qui avaient participé à cette procédure ont toutes été rejetées par le comité d'évaluation au motif qu'elles étaient «inappropriées», en ce sens qu'elles n'étaient pas conformes à différentes valeurs minimales ou maximales de certains paramètres techniques requis par le marché.

7 Par une lettre du 14 décembre 2004 (ci-après la «lettre du 14 décembre»), les cinq soumissionnaires ayant participé à la deuxième procédure d'adjudication ont été informés du retrait de celle-ci et ont été invités à soumettre, dans les quinze jours suivant la réception de ladite lettre, une «offre financière finale».

8 Dans la lettre du 14 décembre, DEI a motivé sa décision de recourir à cette nouvelle procédure en faisant référence à «l'historique de toute l'affaire ainsi que:

- [au] moment de l'intégration des unités,
- [à] la nécessité de répondre en temps utile aux besoins croissants et urgents en électricité du système de la Crète à partir de 2007,
- [au] temps nécessaire à l'installation des deux nouvelles unités, qui est respectivement de 29 et 31 mois,
- [au] retard imprévisible de l'attribution du projet faute de résultats des appels d'offres précités».

9 Pour cette nouvelle procédure, il a été demandé aux cinq soumissionnaires concernés de corriger les écarts techniques ayant conduit au rejet des offres dans le cadre de la deuxième procédure. Pour les autres écarts soulignés par DEI, les soumissionnaires devaient indiquer les coûts des corrections qui devaient être apportées. Il ressort des observations des parties que lesdits soumissionnaires ont tous participé à cette nouvelle procédure.

10 Par une lettre du 7 février 2005, DEI a informé l'un des soumissionnaires que son offre avait été rejetée. Cette lettre ne contenait, toutefois, aucune indication quant aux motifs de ce rejet.

11 Il ressort des observations des parties que, après plusieurs demandes de sa part, le soumissionnaire en question a reçu, le 4 avril 2005, un acte lui communiquant les motifs détaillés de ce rejet. Le recours judiciaire introduit par ce soumissionnaire à l'encontre de cet acte ayant été rejeté par un jugement du 7 juillet 2005, DEI a procédé à l'adjudication du marché le 15 septembre 2005.

12 Saisie par ledit soumissionnaire et estimant qu'il existait une infraction aux dispositions communautaires en matière de marchés publics, la Commission a, le 12 octobre 2005, adressé une lettre de mise en demeure à la République hellénique, qui a répondu à cette dernière par une lettre du 22 décembre 2005.

13 N'étant pas convaincue par cette réponse, la Commission a adressé, le 4 juillet 2006, un avis motivé à cet État membre l'invitant à s'y conformer dans un délai de deux mois à compter de sa notification.

14 La réponse de la République hellénique audit avis motivé n'ayant pas satisfait la Commission, cette dernière a décidé d'introduire le présent recours.

Sur le recours

15 À l'appui de son recours, la Commission invoque deux griefs tirés, respectivement, de la violation des articles 20, paragraphe 2, sous a) et d), ainsi que 41, paragraphe 4, de la directive 93/38.

Sur le premier grief

Argumentation des parties

16 Par son premier grief, la Commission reproche à la République hellénique d'avoir manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 20, paragraphe 2, sous a) et d), de la directive 93/38.

17 Selon la Commission, les dispositions de l'article 20, paragraphe 2, de la directive 93/38 constituent, ainsi qu'il ressortirait de l'arrêt du 16 juin 2005, Strabag et Kostmann (C-462/03 et C-463/03, Rec. p. I-5397), des dispositions dérogatoires qui doivent, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, faire l'objet d'une interprétation stricte. Par ailleurs, il ressortirait de la jurisprudence de la Cour que la charge de la preuve de l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant de faire appel à une telle disposition dérogatoire incombe à la partie qui souhaite s'en prévaloir (voir, notamment, arrêt du 2 juin 2005, Commission/Grèce, C-394/02, Rec. p. I-4713, point 33).

18 S'agissant, en premier lieu, de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38, la Commission relève que deux des conditions d'application de cette disposition, à savoir qu'aucune offre n'ait été déposée ou que les offres déposées soient inappropriées et que les conditions initiales du marché n'aient pas été substantiellement modifiées, ne sont pas remplies en l'espèce.

19 En effet, d'une part, l'entité adjudicatrice aurait, à tort, qualifié les offres d'«inappropriées» alors qu'elles n'auraient été qu'«irrégulières». L'interprétation du terme «inapproprié» préconisée par la République hellénique serait beaucoup trop large et remettrait en cause l'effet utile de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38. La comparaison du libellé de cette disposition avec celui des dispositions similaires contenues dans les autres directives relatives aux marchés publics, notamment la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54), serait de nature à prouver que le terme «inapproprié» a le même contenu dans toutes ces directives. Ne saurait être qualifiée d'«inappropriée» que l'offre dont l'objet serait totalement différent de celui décrit dans l'avis de marché. Selon la Commission, il existe un lien entre l'absence d'offre et l'offre inappropriée dans la mesure où chacune de ces situations remplacerait l'autre en tant que motif d'adjudication directe. Lesdites situations seraient équivalentes non seulement quant à l'effet qu'elles produisent, mais également quant aux difficultés qu'elles créent pour l'entité adjudicatrice, les besoins liés à l'exécution du projet en question n'étant, dans les deux cas, pas satisfaits.

20 Il conviendrait, par ailleurs, de ne pas surestimer l'importance du principe de flexibilité lors de l'interprétation de la directive 93/38. Ce principe, qui aurait certes eu une influence sur le contenu des dispositions de la directive 93/38, ne saurait être invoqué à l'appui d'une interprétation de ces dispositions qui soit contraire au traité CE et aux principes généraux d'égalité de traitement et de transparence.

21 D'autre part, lors de la troisième procédure d'adjudication, l'entité adjudicatrice aurait substantiellement modifié les conditions du marché, ce qui aurait eu pour conséquence de rendre certaines offres «irrégulières». Il ressortirait de la formulation du deuxième avis de marché que, si les écarts commerciaux et économiques par rapport à l'avis de marché n'étaient pas autorisés, les écarts techniques dus à des particularités de construction ou à des particularités techniques de l'équipement fourni étaient, sous certaines conditions, susceptibles d'être acceptés sans que leur correction entraîne un préjudice financier pour le soumissionnaire. En revanche, il ressortirait de la lettre du 14 décembre que, lors de la troisième procédure d'adjudication, les participants étaient tenus de corriger tous les écarts et de supporter le coût de cette correction. En vue d'assurer le respect de cette exigence, les participants devaient d'ailleurs signer une déclaration sur l'honneur relative à la correction des écarts techniques contenus dans leurs offres. Ce changement des conditions du marché aurait rendu les offres de certains soumissionnaires irrégulières au regard de cette troisième procédure alors qu'elles auraient été valables lors de la deuxième.

22 À cet égard, la Commission précise qu'elle ne conteste aucunement les motifs ayant conduit à l'exclusion du plaignant des différentes procédures d'appels d'offres, mais qu'elle se borne à mettre en cause la légalité de la décision par laquelle l'entité adjudicatrice a considéré les offres déposées comme «inappropriées».

23 En ce qui concerne, en second lieu, l'article 20, paragraphe 2, sous d), de la directive 93/38, disposition sur laquelle l'entité adjudicatrice se serait, selon la Commission, fondée pour justifier son recours à la procédure d'attribution sans mise en concurrence préalable, la Commission rappelle que l'application de cette disposition est soumise à l'existence d'une «urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les entités adjudicatrices». Or, en l'espèce, ni l'existence d'une urgence impérieuse ni celle d'événements imprévisibles ne seraient démontrées par l'entité adjudicatrice. À cet égard, la Commission relève, notamment, que le moment de l'intégration et de l'installation des unités était connu

antérieurement à la publication du premier appel d'offres, que l'augmentation des besoins en électricité sur l'île de Crète n'était pas inattendue et que le fait que deux procédures aient été retirées ne saurait être considéré comme constituant, pour l'entité adjudicatrice, un événement imprévisible.

24 La Commission ajoute que les explications fournies par la République hellénique dans le cadre de la procédure en manquement ne sauraient modifier la motivation avancée par l'entité adjudicatrice dans la lettre du 14 décembre pour justifier le rejet des offres des soumissionnaires.

25 À titre liminaire, la République hellénique fait valoir, d'une part, que le caractère spécial des dispositions de la directive 93/38, par rapport aux directives générales en matière de marchés publics, découle du caractère sensible des «secteurs exclus» et se manifeste au travers du principe de flexibilité énoncé au quarante-cinquième considérant de la directive 93/38 qui prévoit que les règles à appliquer par les entités concernées doivent créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité. Les entités adjudicatrices disposeraient ainsi, dans le cadre de la directive 93/38, d'un pouvoir d'appréciation plus large que celui dont elles bénéficient dans le cadre des directives générales. Ce serait à la lumière de ce principe de flexibilité qu'il y aurait lieu d'apprécier si une procédure de passation de marché est adaptée aux dispositions de la directive 93/38.

26 Dans le cadre de la directive 93/38, les trois procédures mentionnées à l'article 1^{er}, paragraphe 7, de cette dernière se situeraient, en application du principe de flexibilité et du large pouvoir d'appréciation reconnu à l'entité adjudicatrice, exactement au même niveau. Ainsi, l'article 20, paragraphe 1, de la directive 93/38 permettrait aux entités adjudicatrices de choisir librement l'une de ces trois procédures pour autant qu'une mise en concurrence a eu lieu. La directive 93/38 se distinguant donc également sur ce point des autres directives invoquées par la Commission, la jurisprudence de la Cour concernant ces dernières ne saurait être transposée par analogie à la directive 93/38.

27 S'agissant, en premier lieu, de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38 et des conditions d'application de cette disposition, la République hellénique soutient que, en l'espèce, celles-ci sont remplies.

28 D'une part, lors du deuxième appel d'offres avec mise en concurrence, des offres auraient certes été déposées, mais aucune d'entre elles n'aurait été considérée comme «appropriée». Contrairement à ce que soutient la Commission, il existerait une différence importante entre une offre «inappropriée» et une offre «irrecevable ou irrégulière», la première de ces notions se référant à la conformité de l'offre aux spécifications techniques fixées par l'entité adjudicatrice et la seconde se rapportant à l'absence de motif formel de participation à l'appel d'offres. D'ailleurs, l'interprétation par analogie proposée par la Commission ne saurait être retenue eu égard aux différences substantielles qui existeraient entre les libellés des différentes dispositions invoquées, la Cour ayant jugé, dans l'arrêt du 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99, Rec. p. I-7213, points 90 et 91), que seules des dispositions relevant du même domaine du droit communautaire et libellées de manière substantiellement identiques pouvaient être interprétées de manière identique.

29 Les arguments invoqués par la Commission à l'encontre d'une prise en compte du principe de flexibilité lors de l'interprétation de la directive 93/38 seraient d'ailleurs vagues, dénués de pertinence et non démontrés. De surcroît, la Cour aurait déjà reconnu que, dans le

cadre des procédures visées par la directive 93/38, les entités adjudicatrices disposent d'un très large pouvoir d'appréciation lorsqu'elle a jugé, au point 34 de l'arrêt Strabag et Kostmann, précité, que les règles énoncées par la directive 93/38 «autorisent un recours plus large à la procédure négociée».

30 D'autre part, les conditions du marché n'auraient pas été modifiées et, en tout état de cause, aucune modification «substantielle» ne serait intervenue. En effet, il ressortirait de la comparaison des deuxième et troisième appels d'offres que, contrairement à ce que soutient la Commission, ceux-ci sont identiques pour ce qui est de la lettre de garantie relative à la participation, de l'évaluation des offres financières et du mode de paiement. De surcroît, un examen circonstancié des exigences relatives aux écarts techniques, aux coûts de la correction de ces écarts et à la déclaration sur l'honneur demandée aux soumissionnaires permettrait de constater que ces éléments n'ont pas non plus connu de modification entre la deuxième et la troisième procédure d'attribution du marché.

31 S'agissant, en second lieu, de l'article 20, paragraphe 2, sous d), de la directive 93/38, la République hellénique reproche à la Commission de faire une lecture erronée de la lettre du 14 décembre 2004. En effet, il ressortirait sans équivoque de cette lettre que l'entité adjudicatrice aurait décidé de choisir une procédure sans mise en compétition préalable en raison de «l'historique de toute l'affaire» et donc de la circonstance que les offres déposées lors des deux premières procédures étaient inappropriées. Les autres éléments explicatifs figurant dans ladite lettre n'auraient été mentionnés qu'à titre subsidiaire.

32 Il conviendrait, par ailleurs, de considérer que, si le retrait d'un appel d'offres ne constitue certes pas un événement imprévisible pour l'entité adjudicatrice, la circonstance que, lors de deux appels d'offres consécutifs, toutes les offres déposées sont inappropriées devrait néanmoins être considérée comme relevant de la notion d'«événement imprévisible».

33 En tout état de cause, la Commission n'aurait pas démontré à suffisance de droit que l'entité adjudicatrice a invoqué le caractère imprévisible de l'échec des deux appels d'offres précédents pour justifier le recours à une procédure sans mise en concurrence préalable. Il conviendrait de ne pas confondre recours en annulation et procédure en manquement, cette dernière donnant aux États membres la possibilité de fournir des explications, des précisions et, si nécessaire, les motifs qui justifient leurs décisions. En l'espèce, il s'agirait non pas d'apprécier la validité de la motivation mise en avant par l'entité adjudicatrice, mais d'apprécier s'il peut être reproché à l'État membre concerné une violation de la directive 93/38.

Appréciation de la Cour

34 D'emblée, il convient de rappeler que, en tant que dérogations aux règles relatives aux procédures de passation des marchés publics, les dispositions de l'article 20, paragraphe 2, sous c) et d), de la directive 93/38 doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et que la charge de la preuve incombe à la partie qui souhaite s'en prévaloir (arrêt Commission/Grèce, précité, point 33).

35 Dans la mesure où il ressort d'une lecture combinée des paragraphes 1 et 2 de l'article 20 de la directive 93/38 que le second de ces paragraphes constitue une dérogation par rapport au premier de ceux-ci, en tant qu'il prévoit les cas de figures dans lesquels une entité adjudicatrice peut recourir à une procédure de passation de marché sans mise en concurrence

préalable, il y a lieu de conclure que non seulement les dispositions de l'article 20, paragraphe 2, sous c) et d), de ladite directive sont d'interprétation stricte, mais que toutes les autres dispositions de cet article 20, paragraphe 2, le sont également.

36 Cette conclusion n'est pas remise en cause par les arguments de la République hellénique selon lesquels la directive 93/38, conformément à son quarante-cinquième considérant, doit permettre un «maximum de flexibilité» et autorise un recours plus large à la procédure négociée que ne le permet, par exemple, la directive 93/37.

37 En effet, d'une part, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 15 de ses conclusions, ledit quarante-cinquième considérant donne une indication quant à l'objectif poursuivi par le législateur communautaire à travers l'adoption de la directive 93/38, à savoir la reconnaissance d'une plus grande flexibilité dans le cadre des marchés publics concernés par ladite directive, et permet, par conséquent, d'expliquer les raisons pour lesquelles cette dernière autorise, à la différence d'autres directives en matière de marchés publics, les entités adjudicatrices à recourir plus largement à la procédure négociée.

38 D'autre part, en précisant au quarante-sixième considérant de la directive 93/38 que, en contrepartie de cette flexibilité et pour promouvoir la confiance mutuelle, il y a lieu de garantir la transparence des procédures de passation des marchés publics et en prévoyant, ainsi qu'il ressort de l'article 20, paragraphe 1, de cette directive, que le recours à l'une des trois procédures d'attribution prévues à l'article 1^{er}, point 7, de ladite directive doit être précédé d'une mise en concurrence, le législateur communautaire n'a pas laissé de doute quant à son intention de considérer la possibilité de procéder à l'attribution d'un marché public sans mise en concurrence préalable, dans les conditions prévues à l'article 20, paragraphe 2, de la directive 93/38, comme constituant une dérogation au principe selon lequel l'attribution d'un tel marché doit être précédée d'une mise en concurrence.

39 Il s'ensuit que l'argument de la République hellénique selon lequel la notion d'offre «inappropriée» au sens de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38 doit être interprétée de manière large ne saurait être retenu.

40 C'est à la lumière de ces considérations qu'il y a lieu de déterminer si, en l'espèce, la République hellénique a valablement rapporté la preuve que les offres soumises dans le cadre de la deuxième procédure d'attribution de marché ont à juste titre été qualifiées d'«inappropriées» au sens dudit article 20, paragraphe 2, sous a).

41 À cet égard, la République hellénique a fait valoir que, dans la mesure où les offres déposées n'étaient pas, en ce qui concerne les volumes garantis, conformes aux spécifications techniques fixées par l'entité adjudicatrice eu égard aux prescriptions réglementaires en matière de protection de l'environnement, de telle sorte que la centrale thermoélectrique en cause n'aurait pas pu être légalement mise en service, lesdites offres devaient être considérées comme «inappropriées», au sens de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38.

42 Force est de constater que des spécifications techniques telles que celles en cause en l'espèce, qui découlent de prescriptions réglementaires nationales et communautaires en matière de protection de l'environnement, doivent être considérées comme des éléments indispensables pour que les installations, dont la fourniture et la mise en fonctionnement font l'objet du marché, permettent à l'entité adjudicatrice d'atteindre les objectifs qui lui sont imposés par voie législative ou réglementaire.

43 Dès lors que la non-conformité des offres présentées à de telles spécifications empêche l'entité adjudicatrice de réaliser valablement le projet pour lequel la procédure d'appel d'offres a été lancée, cette non-conformité ne constitue pas qu'une simple imprécision ou qu'un simple détail, mais doit au contraire être considérée comme ne permettant pas auxdites offres de satisfaire les besoins de l'entité adjudicatrice.

44 Or, de telles offres doivent, ainsi que la Commission l'a elle-même admis devant la Cour, être qualifiées d'«inappropriées» au sens de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38.

45 Il convient d'ajouter que, en l'espèce, la crainte émise par la Commission, de voir les entités adjudicatrices contourner l'obligation de mise en concurrence imposée par la directive 93/38 en fixant des conditions excessivement strictes ou impossibles à respecter, afin de pouvoir qualifier d'«inappropriées» toutes les offres présentées avant d'attribuer le marché sans mise en concurrence préalable, n'est pas justifiée.

46 En effet, tout d'abord, l'entité adjudicatrice a, après avoir considéré que les offres déposées au cours de la première procédure de mise en concurrence ne répondaient pas aux spécifications techniques fixées, lancé une deuxième procédure d'appel d'offres et n'a donc pas immédiatement eu recours à la procédure prévue par l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38.

47 Ensuite, dans le cadre de la procédure négociée qu'elle a lancée en application de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38, l'entité adjudicatrice a invité tous les candidats ayant participé à la deuxième procédure de mise en concurrence de soumettre leurs offres, alors que les dispositions de ladite directive relatives à la procédure négociée, plus particulièrement l'article 1^{er}, paragraphe 7, sous c), de celle-ci ne l'y obligeaient pas.

48 Enfin, il est ni prouvé ni même allégué que les spécifications techniques fixées par l'entité adjudicatrice et qui ont conduit cette dernière à considérer les offres qu'elle avait reçues comme inappropriées étaient excessivement strictes, voire impossibles à respecter.

49 Au contraire, ainsi que la République hellénique l'a soutenu sans être contredite sur ce point par la Commission, les exigences relatives aux volumes garantis, dont les soumissionnaires ne pouvaient s'écarter ont finalement été respectées par certains des candidats à l'attribution du marché.

50 Eu égard à ces considérations, il y a lieu de constater que l'entité adjudicatrice a pu valablement qualifier les offres en cause d'«inappropriées», au sens de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38.

51 Dans ces conditions, il convient encore de vérifier si, ainsi que la Commission le soutient, l'entité adjudicatrice a, contrairement à ce que prévoit l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38, substantiellement modifié les conditions initiales du marché lors de la procédure négociée sans mise en concurrence préalable.

52 À cet égard, il convient de relever que, par analogie avec ce que la Cour a jugé au sujet de la renégociation de marchés déjà attribués (voir arrêt du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401, point 35), la modification d'une condition initiale d'un marché peut être considérée comme substantielle au sens de l'article 20,

paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38, notamment lorsque la condition modifiée, si elle avait figuré dans la procédure de passation initiale, aurait permis aux offres soumises dans le cadre de la procédure avec mise en concurrence préalable d'être considérées comme appropriées ou aurait permis à des soumissionnaires autres que ceux ayant participé à la procédure initiale de soumettre des offres.

53 Dans la mesure où, ainsi qu'il ressort des observations de la Commission, celle-ci considère que les faits en cause relèvent manifestement du premier de ces deux cas de figures, il y a lieu d'examiner si les conditions initiales du marché initial, dont le non-respect a conduit l'entité adjudicatrice à qualifier les offres déposées d'inappropriées, ont été substantiellement modifiées lors de la procédure négociée.

54 S'agissant de ces conditions, la République hellénique soutient, sans être contredite sur ce point par la Commission, que les offres déposées lors de la deuxième procédure avec mise en concurrence ont toutes été déclarées inappropriées en raison du fait qu'elles n'étaient pas conformes aux exigences relatives aux volumes d'émissions de déchets garantis.

55 Or, force est de constater que les prescriptions relatives auxdits volumes n'ont pas été modifiées dans le cadre de la troisième procédure et que, tout comme lors des deux premières procédures, le respect desdites prescriptions s'imposait à l'entité adjudicatrice. D'ailleurs, c'est précisément en raison du fait qu'aucun écart par rapport à ces prescriptions n'était admis que les candidats devaient présenter une déclaration sur l'honneur par laquelle ils s'engageaient à mettre leurs offres en conformité avec les exigences de l'avis concernant ces volumes garantis.

56 Concernant les autres spécifications techniques, il y a lieu de préciser que, si certains écarts par rapport à ces spécifications étaient susceptibles d'être acceptés dans le cadre de la deuxième procédure avec mise en concurrence, les coûts résultant de la correction de ces écarts pouvaient, ainsi que la République hellénique l'a fait valoir sans être contredite par la Commission, être laissés à charge des soumissionnaires. La circonstance que, dans le cadre de la troisième procédure, les soumissionnaires devaient eux-mêmes supporter les coûts des corrections des écarts techniques ne saurait donc être considérée comme constituant une obligation nouvelle.

57 Au cours de cette troisième procédure, les soumissionnaires n'étaient d'ailleurs pas tenus de procéder aux corrections en question, mais devaient uniquement fournir une estimation du coût total desdites corrections et soumettre une offre financière finale. Cette troisième procédure offrait ainsi à tous les soumissionnaires ayant participé à la deuxième procédure la possibilité de revoir certaines de leurs propositions dans le cadre d'une offre financière finale et d'évaluer une nouvelle fois les écarts par rapport aux spécifications techniques prévues dans l'appel d'offres.

58 Il s'ensuit que l'entité adjudicatrice n'a pas substantiellement modifié les conditions initiales du marché, au sens de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38, lors de la procédure négociée sans mise en concurrence préalable.

59 Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que la Commission n'a pas rapporté la preuve de la violation, par la République hellénique, de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38. Par conséquent, la première branche de son premier grief doit être rejetée.

60 En ce qui concerne la violation alléguée de l'article 20, paragraphe 2, sous d), de la directive 93/38, il convient de rappeler que, ainsi qu'il ressort du point 34 du présent arrêt, cet article 20, paragraphe 2, sous d), constitue une disposition dérogatoire et que la charge de la preuve que les conditions de son application sont remplies incombe à la partie qui souhaite s'en prévaloir.

61 À cet égard, il suffit de relever, ainsi que M. l'avocat général l'a fait au point 25 de ses conclusions, que la République hellénique n'a pas invoqué cette disposition à l'appui de la décision par laquelle DEI a procédé à l'attribution du marché en cause sans mise en concurrence préalable, mais qu'elle s'est bornée à indiquer que cette décision avait été adoptée sur le fondement de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38.

62 La Commission ne saurait ainsi valablement reprocher à la République hellénique la violation d'une disposition dont cet État membre ne s'est effectivement pas prévalu, de sorte que la seconde branche du premier grief doit également être écartée.

63 Dans ces conditions, il y a lieu de rejeter, dans son ensemble, le premier grief invoqué par la Commission comme non fondé.

Sur le second grief

Argumentation des parties

64 Par son second grief, la Commission reproche à la République hellénique d'avoir manqué à l'obligation qui lui incombait en vertu de l'article 41, paragraphe 4, de la directive 93/38, à savoir de «communiquer[r], dans les meilleurs délais à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat ou soumissionnaire écarté les motifs du rejet de sa demande ou de son offre».

65 En l'espèce, un délai de deux mois se serait écoulé entre la demande du soumissionnaire écarté et la réponse de l'entité adjudicatrice. Or, un tel délai ne pourrait en aucun cas être considéré comme constituant une réponse formulée «dans les meilleurs délais». En ce qui concerne l'interprétation de ces termes, la Commission renvoie aux dispositions analogues des directives 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), 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1), 93/37 et 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 L 134, p 1), qui prévoient un délai de quinze jours.

66 La République hellénique reconnaît que la communication des motifs justifiant le rejet de l'offre de l'un des soumissionnaires a été effectuée avec un certain retard. Toutefois, ce retard n'aurait pas porté atteinte à l'effet utile de la directive 93/38 et n'aurait pas empêché le soumissionnaire concerné de pouvoir valablement faire valoir ses droits en justice. Le contrat n'aurait d'ailleurs été signé qu'une fois le recours juridictionnel dudit soumissionnaire rejeté. La République hellénique ajoute que les délais prévus par les différentes directives invoquées par la Commission ne sont pas transposables en l'espèce, dès lors que, d'une part, la directive 93/38 ne prévoit pas de délai précis et que, d'autre part, la directive 2004/17 n'était pas encore applicable à la date des faits à l'origine de la présente affaire.

Appréciation de la Cour

67 S'agissant de ce grief, il y a lieu de relever que, dans la mesure où la directive 93/38, à la différence des autres directives invoquées à cet égard par la Commission, ne prescrit pas de délai précis dans lequel le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été rejetée doit être informé des motifs du rejet, mais se borne à prévoir, à son article 41, paragraphe 4, que cette information doit se faire dans les «meilleurs délais», il ne saurait, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 27 de ses conclusions, être adoptée une interprétation de cette disposition qui reviendrait à considérer que l'entité adjudicatrice doit donner ladite information dans les quinze jours suivant la réception de la demande écrite du soumissionnaire.

68 Il importe toutefois de préciser que, en exigeant que l'entité adjudicatrice transmette l'information requise dans les «meilleurs délais», le législateur communautaire a mis à charge de celle-ci une obligation de diligence qui s'analyse davantage comme une obligation de moyens que comme une obligation de résultat. Ainsi, il convient d'examiner au cas par cas ainsi qu'en fonction des caractéristiques concrètes du marché en cause et, notamment, de la complexité de celui-ci si l'entité adjudicatrice concernée a ou non communiqué ladite information avec la diligence requise. La circonstance que cette communication intervienne avant que le délai ouvert pour contester la décision de rejet de la candidature ou de l'offre soit expiré, ce qui signifie que le soumissionnaire a donc été en mesure d'utiliser les voies de recours qui lui sont ouvertes afin de faire contrôler la légalité de la décision par une juridiction, ne constitue qu'un élément d'un faisceau d'indices dont il y a lieu de tenir compte pour établir si l'entité adjudicatrice a respecté l'obligation de diligence qui lui incombe en application de l'article 41, paragraphe 4, de la directive 93/38 et ne constitue pas, à elle seule, une preuve suffisante à cet égard.

69 Dès lors que, en l'espèce, la République hellénique admet l'existence d'un retard dans la communication, au soumissionnaire dont l'offre a été rejetée, des motifs de ce rejet, tout en affirmant que cette communication est intervenue en conformité avec les dispositions de l'article 41, paragraphe 4, de la directive 93/38, il appartient à cet État membre d'apporter la preuve de l'existence d'éléments objectifs de nature à justifier le retard apporté à ladite communication et susceptibles de rendre plausible le délai qui s'est écoulé entre la réception de la demande du soumissionnaire et la réponse de l'entité adjudicatrice.

70 Or, force est de constater que, hormis l'argument selon lequel le délai écoulé n'a pas empêché le soumissionnaire concerné de faire valablement valoir ses droits en justice, la République hellénique n'avance pas d'éléments concrets susceptibles de justifier le retard dans la communication des motifs du rejet de l'offre ou d'exposer les raisons pour lesquelles, en l'espèce, un délai de deux mois devrait être considéré comme constituant le «meilleur délai», au sens de l'article 41, paragraphe 4, de la directive 93/38.

71 Dès lors, il y a lieu de considérer le second grief invoqué par la Commission comme fondé.

72 Par conséquent, il convient de constater que, en tardant sans justification à répondre à la demande de précisions d'un soumissionnaire au sujet des motifs de rejet de son offre, la République hellénique a manqué à l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 41, paragraphe 4, de la directive 93/38.

Sur les dépens

73 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Toutefois, en vertu de l'article 69, paragraphe 3, premier alinéa, du même règlement, la Cour peut répartir les dépens ou décider que chaque partie supporte ses propres dépens si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs. La République hellénique et la Commission ayant partiellement succombé en leurs moyens, il convient de décider que chaque partie supporte ses propres dépens.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) déclare et arrête:

- 1) **En tardant sans justification à répondre à la demande de précisions d'un soumissionnaire au sujet des motifs de rejet de son offre, la République hellénique a manqué à l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 41, paragraphe 4, 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, telle que modifiée par la directive 2001/78/CE de la Commission, du 13 septembre 2001.**
- 2) **Le recours est rejeté pour le surplus.**
- 3) **La République hellénique et la Commission des Communautés européennes supportent leurs propres dépens.**

Signatures