

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

5 décembre 2013 (*)

«Marchés publics – Procédure négociée avec publication d’un avis de marché – Possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de négocier des offres non conformes aux exigences impératives des spécifications techniques énoncées dans le cahier des charges relatif au marché»

Dans l’affaire C-561/12,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par la Riigikohus (Estonie), par décision du 23 novembre 2012, parvenue à la Cour le 5 décembre 2012, dans la procédure

Nordecon AS,

Ramboll Eesti AS

contre

Rahandusministeerium,

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. L. Bay Larsen (rapporteur), président de chambre, MM. M. Safjan, J. Malenovský, M^{me} A. Prechal et M. S. Rodin, juges,

avocat général: M. N. Wahl,

greffier: M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées:

- pour Nordecon AS, par M. A. Ots,
- pour le gouvernement estonien, par M^{mes} M. Linntam et N. Grünberg, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement tchèque, par MM. M. Smolek et T. Müller, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement espagnol, par M. A. Rubio González, en qualité d’agent,
- pour la Commission européenne, par M. A. Tokár et M^{me} L. Naaber-Kivisoo, en qualité d’agents,

vu la décision prise, l’avocat général entendu, de juger l’affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Nordecon AS, venant aux droits de Nordecon Infra AS (ci-après «Nordecon»), et Ramboll Eesti AS (ci-après «Ramboll Eesti») au Rahandusministeerium (ministère des Finances), au sujet de l'annulation d'une procédure négociée d'attribution d'un marché public avec publication d'un avis de marché.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3 L'article 1^{er}, paragraphe 11, sous d), de la directive 2004/18 dispose:

«Les 'procédures négociées' sont les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.»

4 L'article 2 de cette directive, intitulé «Principes de passation des marchés», prévoit:

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

5 L'article 23 de ladite directive, intitulé «Spécifications techniques», énonce à ses paragraphes 1 et 2:

«1. Les spécifications techniques telles que définies au point 1 de l'annexe VI figurent dans les documents du marché, tels que les avis de marché, le cahier des charges ou les documents complémentaires. [...]

2. Les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.»

6 L'article 24 de la même directive, intitulé «Variantes», dispose à ses paragraphes 1 à 4:

«1. Lorsque le critère d'attribution est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes.

2. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché s'ils autorisent ou non les variantes; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées.

3. Les pouvoirs adjudicateurs qui autorisent les variantes mentionnent dans le cahier des charges les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur soumission.

4. Ils ne prennent en considération que les variantes répondant aux exigences minimales qu'ils ont requises.

[...]»

7 L'article 30 de la directive 2004/18, intitulé «Cas justifiant le recours à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché», prévoit à ses paragraphes 1 à 3:

«1. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée après avoir publié un avis de marché dans les cas suivants:

a) en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables au regard des dispositions nationales compatibles avec les prescriptions des articles 4, 24, 25, 27 et celles du chapitre VII, soumises en réponse à une procédure ouverte ou restreinte ou à un dialogue compétitif, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

[...]

b) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;

c) dans le domaine des services, notamment au sens de la catégorie 6 de l'annexe II A, et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte;

[...]

2. Dans les cas visés au paragraphe 1, les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément à l'article 53, paragraphe 1.

3. Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.»

Le droit estonien

8 L'article 27, paragraphe 1, de la loi relative aux marchés publics (riigihangete seadus, ci-après la «RHS») prévoit:

«On entend par procédure négociée avec publication d'un avis de marché une procédure de passation de marché au cours de laquelle tout intéressé peut présenter une demande de participation à la procédure et le pouvoir adjudicateur fait une proposition de soumission d'offre à trois demandeurs au moins, sélectionnés par lui selon des critères objectifs et non discriminatoires, et négocie les offres avec eux, afin d'adapter leurs offres aux exigences prévues par le cahier des charges et de sélectionner l'offre à retenir.»

9 L'article 31, paragraphe 5, de la RHS dispose:

«Lorsque le pouvoir adjudicateur attribue le marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse et que l'avis de marché prévoit la possibilité de présenter, outre les solutions correspondant à toutes les conditions prévues par l'avis de marché et par le cahier des charges, également des solutions alternatives, il indique, dans le cahier des charges, les conditions relatives aux solutions alternatives et les conditions de la présentation de celles-ci.»

10 L'article 52, paragraphe 1, de la RHS prévoit:

«Le pouvoir adjudicateur évalue les solutions alternatives lorsqu'il attribue le marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse et que, dans l'avis de marché, il a autorisé la présentation de solutions alternatives.»

11 L'article 67, paragraphe 1, de la RHS prescrit:

«Le pouvoir adjudicateur ouvre toutes les offres, sauf dans les cas prévus à l'article 65, paragraphe 4, de la présente loi, et négocie avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter, au besoin, aux exigences figurant dans l'avis de marché et dans le cahier des charges et de choisir l'offre à retenir.»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

12 Le 25 septembre 2008, le Maanteeamet (Office des routes) a lancé une procédure négociée avec publication d'un avis de marché intitulé «Conception et construction du tronçon routier Aruvalla-Kose de l'E263».

13 Il était prévu aux points 4.3.1 et 4.7.1 de l'annexe III du cahier des charges relatif au marché en cause au principal que le terre-plein central de ce tronçon routier devait avoir une largeur de 13,5 m du kilomètre 26,6 au kilomètre 32 et une largeur de 6 m du kilomètre 32 au kilomètre 40.

14 Le 20 janvier 2010, le Maanteeamet a déclaré que les quatre offres soumises, à savoir celles des groupes Lemminkäinen et Merko, l'offre commune d'Ehitusfirma Rand ja Tuulberg AS, de Binders SIA et d'Insenerbuve SIA, ainsi que celle du groupe Nordecon, composé de Nordecon Infra AS et de Ramboll Eesti, étaient recevables, malgré le fait que l'offre de ce dernier groupe prévoyait un terre-plein central d'une largeur de 6 m sur toute la longueur dudit tronçon routier.

15 Au cours des négociations qui ont suivi la présentation de ces offres, le Maanteeamet a, par une lettre du 26 avril 2010, proposé aux soumissionnaires autres que le groupe Nordecon de modifier la largeur du terre-plein central figurant dans les offres initiales et de la fixer à 6 m sur toute la longueur du tronçon routier concerné, comme l'avait proposé le groupe Nordecon. Après des négociations avec l'ensemble des soumissionnaires, ces derniers ont, pour le 27 mai 2010, date fixée par le pouvoir adjudicateur, soumis leurs offres, après avoir corrigé les prix en raison de la modification demandée.

16 Par deux décisions du 10 juin 2010, le Maanteeamet a, respectivement, déclaré que toutes les offres étaient recevables et retenu l'offre commune du groupe Lemminkäinen, qui était celle dont le prix était le plus bas.

17 Le 21 juillet 2010, à la suite d'une contestation de Nordecon Infra AS, ces deux décisions ont été annulées par la Commission des contestations du Rahandusministeerium, qui a estimé que, dans une procédure négociée avec publication d'un avis de marché, la négociation engagée par le pouvoir adjudicateur ne pouvait porter sur des éléments répondant aux exigences prévues de façon claire et précise dans les documents de base du marché, telles que celles relatives à la largeur du terre-plein central. Le 27 septembre 2010, le directeur général du Maanteeamet a rejeté l'offre commune du groupe Lemminkäinen et a retenu celle du groupe Nordecon, cette offre proposant le prix le plus bas, après celle du premier de ces groupes.

18 À la suite d'une demande d'annulation introduite par le groupe Merko, le Rahandusministeerium a, par une décision du 26 octobre 2010, annulé la procédure d'attribution du marché en cause au principal au motif, notamment, que le pouvoir adjudicateur avait illégalement déclaré recevable l'offre du groupe Nordecon et avait retenu celle-ci, laquelle comportait une solution alternative qui n'était pas permise par l'avis de marché, et que la

négociation engagée par le pouvoir adjudicateur ne pouvait porter sur des éléments qui correspondaient aux exigences formulées de façon claire et non équivoque dans les documents de base, telles que celles relatives à la largeur du terre-plein central du tronçon routier concerné.

- 19 Nordecon, qui, entre-temps est venu aux droits de Nordecon Infra AS, et Ramboll Eesti ont formé un recours contre cette décision devant le Tallinna Halduskohus (tribunal administratif de Tallinn), lequel a, par un jugement du 2 mars 2011, rejeté ce recours. Selon cette juridiction, l'offre des requérantes au principal aurait dû être déclarée irrecevable, dès lors que, en violation des articles 31, paragraphe 5, et 52 de la RHS, l'avis de marché concerné avait prévu non pas la possibilité de soumettre des solutions alternatives et l'attribution du marché au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse, mais la prise en compte du prix le plus bas. Par ailleurs, dans le cadre d'une procédure négociée avec publication d'un avis de marché, les négociations ne pourraient porter que sur des aspects qui ne sont pas définis au moment de la soumission de l'offre ou qui ne figurent pas dans les documents du marché.
- 20 Ces deux sociétés ont interjeté appel du jugement rendu en première instance, devant la Tallinna Ringkonnakohus (cour d'appel de Tallinn). Par un arrêt du 21 décembre 2011, cette dernière juridiction a confirmé ce jugement.
- 21 S'agissant du point 8.1 du cahier des charges relatif au marché en cause au principal, par lequel le Maanteeamet avait autorisé des solutions alternatives, sauf pour la construction de la chaussée d'une route principale (notamment des rampes), la Tallinna Ringkonnakohus a constaté que l'avis de marché n'avait prévu ni la possibilité de soumettre des solutions alternatives ni l'attribution du marché au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse. Le Maanteeamet aurait donc autorisé, en violation des articles 31, paragraphe 5, et 52, paragraphe 1, de la RHS, la présentation de solutions alternatives. Aussi, l'offre initiale des requérantes au principal aurait-elle dû être rejetée.
- 22 Nordecon et Ramboll Eesti ont formé un pourvoi en cassation devant la Riigikohus (Cour suprême), en demandant l'annulation de l'arrêt de la Tallinna Ringkonnakohus, l'adoption d'une nouvelle décision et la constatation de l'illégalité de la décision du Rahandusministeerium du 26 octobre 2010.
- 23 Selon la juridiction de renvoi, il n'est pas contesté que la présentation de solutions alternatives n'était pas autorisée par l'avis de marché et que l'appréciation des offres ne reposait pas sur le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.
- 24 Tout en admettant que, dans le cadre d'une procédure négociée avec publication d'un avis de marché, peuvent être laissées ouvertes à la négociation, à tout le moins en partie, des questions relatives aux conditions auxquelles est soumise l'attribution du marché, sans qu'il y ait lieu d'envisager le recours à des solutions alternatives, la juridiction de renvoi se pose la question de savoir si le pouvoir adjudicateur peut également négocier en présence d'offres non conformes aux exigences impératives du cahier des charges et si les négociations engagées doivent, à tout le moins, aboutir à ce que l'offre retenue soit conforme à ces exigences impératives.
- 25 À cet égard, elle relève que l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 laisse ouverte la question de savoir si, lors de telles négociations, les offres peuvent également être adaptées aux exigences impératives des spécifications techniques. Si une telle adaptation est possible, elle se demande s'il est également possible d'engager une négociation sur la base d'offres qui, dans leur forme initiale ne répondent pas pleinement auxdites exigences impératives. Selon la juridiction de renvoi, cette directive ne répond pas non plus clairement à la question de savoir si l'adaptation faisant suite à une négociation doit aboutir à une conformité totale des offres aux spécifications techniques et si, afin de réaliser cette conformité, il peut également être procédé à une modification des spécifications techniques par le pouvoir adjudicateur.

26 C'est dans ces conditions que la Riigikohus a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- «1) Convient-il d'interpréter l'article 30, paragraphe 2, de la directive [2004/18] en ce sens qu'il autorise le pouvoir adjudicateur à négocier avec les soumissionnaires s'agissant d'offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques relatives au marché?
- 2) En cas de réponse affirmative à la [première question], convient-il d'interpréter l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 en ce sens qu'il autorise le pouvoir adjudicateur à modifier les exigences impératives des spécifications techniques au cours des négociations, après l'ouverture des offres, à condition de ne pas modifier l'objet du marché public et de garantir l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires?
- 3) En cas de réponse affirmative à la [deuxième question], convient-il d'interpréter l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation qui, après l'ouverture des offres, empêche la modification des exigences impératives des spécifications techniques au cours de négociations?
- 4) En cas de réponse affirmative à la [première question], convient-il d'interpréter l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 en ce sens qu'il interdit au pouvoir adjudicateur de considérer comme meilleure offre une offre qui, à l'issue des négociations, n'est pas conforme aux exigences impératives des spécifications techniques?»

Sur la recevabilité de la demande de décision préjudicielle

27 Nordecon, sans soulever d'exception d'irrecevabilité, conteste la pertinence des questions préjudicielles en faisant valoir que la solution du litige au principal ne dépend pas des réponses éventuelles données à ces questions. En particulier, elle soutient que la question principale posée par la Riigikohus, à savoir la première, à laquelle sont liées toutes les autres questions, n'est pas pertinente, dès lors que les négociations n'ont pas été engagées avec des soumissionnaires ayant présenté des offres irrégulières. Ainsi, ces questions se fonderaient sur des présomptions erronées.

28 À cet égard, il est de jurisprudence constante que, dans le cadre d'une procédure visée à l'article 267 TFUE, la Cour est uniquement habilitée à se prononcer sur l'interprétation ou la validité d'un texte de l'Union à partir des faits qui lui sont indiqués par la juridiction nationale (voir arrêts du 16 mars 1978, *Oehlschläger*, 104/77, Rec. p. 791, point 4; du 11 septembre 2008, *Eckelkamp e.a.*, C-11/07, Rec. p. I-6845, point 52, ainsi que ordonnance du 8 novembre 2012, *SKP*, C-433/11, point 24).

29 Dans le cadre de cette procédure, fondée sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, toute appréciation des faits de la cause relève de la compétence du juge national. Il appartient de même au seul juge national, qui est saisi du litige et doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer au fond (voir, en ce sens, arrêt *Eckelkamp e.a.*, précité, point 27).

30 Le refus de statuer au fond sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n'est possible que lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit de

l'Union sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (arrêt *Eckelkamp e.a.*, précité, point 28).

- 31 En l'occurrence, la juridiction de renvoi part du constat que le pouvoir adjudicateur a négocié des offres non conformes aux exigences impératives du cahier des charges, ce qu'il n'appartient pas à la Cour de remettre en cause. Par ailleurs, aucune des hypothèses rappelées au point 30 du présent arrêt et rendant possible le refus de statuer sur une question préjudicielle n'est, en l'espèce, avérée.
- 32 Dès lors, la demande de décision préjudicielle doit être considérée comme recevable.

Sur les questions préjudicielles

- 33 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande si l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 autorise le pouvoir adjudicateur à négocier avec les soumissionnaires des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché.
- 34 À cet égard, il y a lieu de rappeler que l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 permet, dans des cas déterminés, le recours à la procédure négociée afin d'adapter les offres soumises par les soumissionnaires aux exigences indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre.
- 35 Selon l'article 2 de cette directive, les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.
- 36 La Cour a précisé que l'obligation de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur (arrêt du 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, point 25).
- 37 Ainsi, bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir de négociation dans le cadre d'une procédure négociée, il est toujours tenu de veiller à ce que les exigences du marché, auxquelles il a attribué un caractère impératif, soient respectées. Si tel n'était pas le cas, le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs agissent avec transparence serait méconnu et le but rappelé au point précédent du présent arrêt ne saurait être atteint.
- 38 Par ailleurs, le fait d'admettre la recevabilité d'une offre non conforme à des conditions impératives en vue de la négociation priverait de toute utilité la fixation de conditions impératives dans l'appel d'offres et ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires sur une base commune à ces derniers, constituée desdites conditions, et, partant, de traiter ceux-ci sur un pied d'égalité.
- 39 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 n'autorise pas le pouvoir adjudicateur à négocier avec les soumissionnaires des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché.
- 40 Eu égard à la réponse fournie à la première question, il n'y a pas lieu de répondre aux deuxième à quatrième questions.

Sur les dépens

- 41 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 (quatrième chambre) dit pour droit:

L'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, n'autorise pas le pouvoir adjudicateur à négocier avec les soumissionnaires des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché.

Signatures

* Langue de procédure: l'estonien.