

**Affaire C-6/20**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

7 janvier 2020

**Juridiction de renvoi :**

Tallinna Ringkonnakohus (Estonie)

**Date de la décision de renvoi :**

19 décembre 2019

**Partie demanderesse :**

Sotsiaalministeerium

**Partie défenderesse :**

Innove SA

---

**ORDONNANCE**

**Juridiction**

Tallinna Ringkonnakohus (cour d'appel de Tallinn, Estonie)

[omissis]

**Affaire administrative :**

Recours du Sotsiaalministeerium (ministère des affaires sociales, Estonie) en vue de l'annulation de la décision de correction financière n° 3-3.1/468 du 30 octobre 2018 et de la décision sur recours gracieux n° 3-3.1/14086-2 du 25 janvier 2019 de SA Innove (fondation Innove, Estonie)

**Parties à la procédure :**  
[omissis]

Partie requérante – Sotsiaalministeerium (ministère des affaires sociales) [omissis]

Partie défenderesse – SA Innove [omissis]

Autorité administrative appelée en  
intervention – Rahandusministeerium  
(ministère des finances, Estonie) [omissis]

## DISPOSITIF

### 1. Les questions préjudicielles suivantes sont déférées à la Cour :

« 1. Convient-il d'interpréter les dispositions combinées des articles 2 et 46 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, en ce sens qu'elles s'opposent aux dispositions d'une législation nationale – comme celles de l'article 41, paragraphe 3, de l'ancienne version de la riigihangete seadus (loi relative aux marchés publics) (RHS v.r) – en vertu desquelles le pouvoir adjudicateur devait, lorsque la législation prévoit des exigences spécifiques pour une activité devant être effectuée en vertu d'un marché public, indiquer dans l'avis de marché les enregistrements ou les autorisations d'exploitation nécessaires pour la qualification du soumissionnaire, exiger dans l'avis de marché, afin de pouvoir vérifier que les exigences spécifiques prévues par les dispositions légales sont remplies, que le soumissionnaire produise la preuve qu'il dispose d'une autorisation d'exploitation ou d'un enregistrement et disqualifier le soumissionnaire si celui-ci ne dispose pas de l'autorisation d'exploitation ou de l'enregistrement en question ?

2. Convient-il d'interpréter les dispositions combinées des articles 2 et 46 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, en ce sens qu'elles s'opposent à ce que le pouvoir adjudicateur prévoie, dans le cadre d'une procédure de passation de marché public en matière d'aide alimentaire dont la valeur dépasse le seuil imposant un appel d'offres international, une condition en matière de qualification des soumissionnaires, en vertu de laquelle tous les soumissionnaires doivent, indépendamment du lieu dans lequel ils ont exercé leur activité jusqu'alors, [Or. 2] disposer, déjà au moment de la soumission de l'offre, d'une autorisation d'exploitation ou d'un enregistrement dans l'État dans lequel l'aide alimentaire doit être délivrée, même si le soumissionnaire n'a pas exercé d'activité précédemment dans cet État membre ?

### 3. En cas de réponse affirmative à la question qui précède :

3.1. convient-il de considérer que les articles 2 et 46 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et

de services, sont des dispositions tellement concrètes qu'elles excluent, en tout état de cause, la possibilité d'opposer à ces dispositions le principe de la protection de la confiance légitime et

**3.2. convient-il d'interpréter les articles 2 et 46 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, en ce sens que, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur a exigé que, dans le cadre d'une procédure de passation de marché public en matière d'aide alimentaire, les soumissionnaires disposent, déjà au moment de la soumission de l'offre, d'une autorisation d'exploitation délivrée conformément à la toiduseadus (loi relative aux denrées alimentaires), on est en présence d'une violation manifeste de la réglementation en vigueur, d'une négligence ou d'un abus, qui exclut la possibilité d'invoquer le principe de protection de la confiance légitime ? »**

[omissis] [sursis à statuer]

[omissis] [procédure d'appel]

## **FAITS ET PROCÉDURE**

1. En 2015 et en 2017, le Sotsiaalministeerium (ministère des affaires sociales) a effectué les procédures ouvertes de marchés publics dont la valeur dépassait le seuil imposant des appels d'offres internationaux, à savoir, respectivement, les marchés n° 157505 et n° 189564 « Enim puudust kannatavatele isikutele toiduabi ostmine » (Achat de l'aide alimentaire en faveur des personnes les plus démunies) (dans les deux cas la valeur estimée est de 4 millions d'euros). Le marché public n° 157505 prévoyait, dans la partie III, point 2.3, sous 2, l'exigence, pour le soumissionnaire, de disposer de l'agrément du Veterinaar- ja Toiduamet (office alimentaire et vétérinaire, Estonie, ci-après « VTA »), nécessaire à l'exécution du marché, et de présenter une attestation relative à l'agrément ainsi que le numéro de celui-ci. Au cours de la procédure de passation de marché, le dossier d'appel d'offres relatif au marché public 157505 a été modifié, prévoyant ce qui suit : « Le soumissionnaire doit avoir rempli les obligations en matière d'information et d'autorisation prévues par la toiduseadus (loi relative aux denrées alimentaires, ci-après également "ToiduS"), nécessaires à l'exécution du marché. Le soumissionnaire doit présenter une attestation concernant la satisfaction aux obligations précitées sur le formulaire V prévu à l'annexe 2. » À la suite de cette modification, le soumissionnaire n'était plus tenu de présenter une attestation relative à l'agrément du VTA ni le numéro de l'agrément, mais il suffisait qu'il présente une attestation relative à la satisfaction aux obligations en matière d'information et d'autorisation. La même exigence était également prévue pour le marché public n° 189564. Pour les deux marchés publics, des accords-cadres ont été signés avec les trois soumissionnaires retenus.

**2. Par la décision de correction financière n° 3-3.1/468, SA Innove a rejeté les demandes de paiement n° 1 à 7 pour un montant de 463 291,55 euros, introduites dans le cadre du projet « Achat et transport des denrées alimentaires jusqu’au lieu de stockage », prévu par les conditions d’allocation d’une aide figurant dans les « Conditions de l’achat et de la distribution de l’aide alimentaire en faveur des personnes les plus démunies » [omissis] du Sotsiaalministeerium (ministère des affaires sociales), au motif que celui-ci n’avait pas rempli l’obligation de respecter la riigihangete seadus (loi relative aux marchés publics) en vigueur jusqu’au 31 août 2017 (dite ancienne version [varasem redaktsioon] de la RHS, ci-après « RHS v.r »), qui lui incombait en vertu de la perioodi 2014–2020 struktuuritoetuse seadus (loi relative à l’aide structurelle pour la période 2014-2020, ci-après « STS »).**

SA Innove a estimé que les deux marchés prévoyaient des conditions de qualification qui ont restreint de manière injustifiée l’éventail des soumissionnaires, et surtout celui des soumissionnaires étrangers. La restriction injustifiée consistait dans l’exigence faite aux soumissionnaires de disposer d’un agrément d’une autorité estonienne ou de remplir des obligations en matière d’information et d’autorisation en Estonie. Le fait qu’un soumissionnaire peut remplir la condition fixée [Or. 3] en s’appuyant sur les moyens d’une autre personne ou en présentant une offre commune conjointement avec une personne qui remplit la condition n’a pas pour effet de rendre cette condition légale, c’est-à-dire qu’il n’a pas pour effet de supprimer le caractère injustifié de la restriction de l’éventail des soumissionnaires. Les soumissionnaires qui n’avaient pas la possibilité de s’appuyer sur les moyens d’une autre personne ou de soumettre une offre commune risquaient de renoncer à participer au marché, parce qu’ils ne réussissaient pas à remplir la condition exigée pour la date limite fixée pour la soumission d’une offre. Le Sotsiaalministeerium (ministère des affaires sociales) a violé les dispositions de l’article 3 et de l’article 39, paragraphe 1, de la RHS v.r.

La décision trouve son origine dans l’audit [omissis] du Rahandusministeerium (ministère des finances), dans le cadre duquel est intervenu l’audit des marchés publics n° 157505 et n° 189564. Dans le rapport final de l’audit du 10 septembre 2018, il est indiqué à l’observation n° 4.1 que les conditions de qualification prévues dans les avis de marché relatifs aux marchés publics n° 157505 et n° 189564 ont un caractère restrictif injustifié pour les soumissionnaires étrangers.

[omissis] **SA Innove a, par décision [omissis] du 25 janvier 2019, rejeté le recours gracieux du Sotsiaalministeerium (ministère des affaires sociales), en considérant que l’exigence relative aux obligations en matière d’information et d’autorisation, prévue dans les avis de marchés, discrimine les soumissionnaires en fonction de leur origine et qu’il s’agit d’une restriction disproportionnée qui rendait possible une inégalité de traitement des soumissionnaires.**

**3. Le Sotsiaalministeerium (ministère des affaires sociales)** a introduit un **recours** devant le Tallinna Halduskohus (tribunal administratif de Tallinn, Estonie) en vue de l'annulation de la décision de correction financière n° 3-3.1/468 de SA Innove du 30 octobre 2018.

Les marchés ont été attribués de manière légale. Le requérant n'avait pas de pouvoir d'appréciation lors de la décision relative au stade de la procédure pour lequel l'exigence d'une autorisation d'exploitation devait être formulée. Aux termes de l'article 41, paragraphe 3, de la RHS v.r, lorsque la législation nationale prévoit des exigences spécifiques pour une activité devant être effectuée en vertu du marché public, le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché les exigences spécifiques devant être remplies ainsi que les enregistrements et les autorisations d'exploitation nécessaires pour la qualification du soumissionnaire ou du candidat. S'agissant des marchés publics n° 157505 et n° 189564, les exigences spécifiques prévues par la législation pour l'activité devant être effectuée correspondaient aux obligations en matière d'information et d'autorisation prévues aux articles 7 et 8 de la toiduseadus (loi relative aux denrées alimentaires, ci-après « ToiduS ») et à l'article 6, paragraphe 3, du règlement n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil. Dans la décision attaquée, il a été considéré de manière erronée que, dans la mesure où l'objet du marché est l'achat de denrées alimentaires (biens) définies dans le registre des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne devrait, en vertu de l'article 46 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 des travaux, de fournitures et de services, pas exiger d'autorisation d'exploitation. Selon l'article 46, première phrase, de la directive 2004/18, tout opérateur économique peut être invité à prouver la conformité aux exigences de son activité professionnelle. La deuxième phrase de l'article 46 apporte uniquement des précisions en matière de services pour la première phrase de l'article, qui vise à la fois les biens et les services. L'exigence relative aux obligations en matière d'information et d'autorisation est prévue à l'article 6, paragraphe 3, du règlement n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil. En vertu de cette disposition, le soumissionnaire qui exécute le marché doit veiller à ce que son établissement soit agréé par les autorités compétentes (obligations en matière d'information et d'autorisation prévues par la ToiduS) à la suite d'au moins une inspection sur place, étant donné que les opérations relatives aux denrées alimentaires sont effectuées en Estonie. Lorsqu'il s'agit d'intervenir physiquement sur des denrées alimentaires sur place en Estonie, celui qui exécute le marché ou l'entrepôt qu'il utilise en vertu d'un contrat ou d'un contrat de sous-traitance doit disposer d'une autorisation d'exploitation du VTA et, en matière d'autorisations d'exploitation dans le secteur alimentaire, il n'y a pas de reconnaissance mutuelle entre les États membres. Le pouvoir adjudicateur n'avait pas la possibilité de qualifier un soumissionnaire en vertu d'une autorisation de l'État dans lequel celui-ci était établi. Il n'est pas possible d'exécuter le marché sans utiliser un entrepôt intermédiaire ou un moyen de transport qui se trouve en Estonie. Comme le soumissionnaire ne peut pas exécuter le marché sans stocker des denrées alimentaires, le soumissionnaire devient un exploitant du secteur alimentaire. Un

exploitant du secteur alimentaire doit remplir les obligations en matière d'information et d'autorisation en Estonie et le pouvoir adjudicateur n'a pas la possibilité d'accepter une autorisation d'exploitation de l'État dans lequel le soumissionnaire est établi.

La fixation de conditions de qualification liées aux exigences spécifiques a permis au pouvoir adjudicateur de réduire de manière légale les risques liés à une bonne exécution du marché. Si la loi qui régit l'activité d'exploitant du secteur alimentaire prévoit l'exigence selon laquelle une telle activité n'est autorisée que si les obligations en matière d'information et d'autorisation sont remplies, on ne saurait invoquer la RHS [v.r.] pour exiger du pouvoir adjudicateur qu'il viole des obligations que lui imposent d'autres dispositions légales. Pour remplir cette exigence, il suffisait que le soumissionnaire étranger informe par lettre le VTA [Or. 4] du fait qu'il allait commencer une activité. Il n'était pas nécessaire d'obtenir une réponse du VTA. Après l'information du VTA ou en même temps que celle-ci, le soumissionnaire avait la possibilité d'engager, si besoin, une procédure d'autorisation (article 8 de la ToiduS). Compte tenu du délai prévu pour la soumission des offres dans le cas d'un appel d'offres international (au moins 40 jours) et du délai de la procédure d'autorisation prévue par la ToiduS (30 jours), le soumissionnaire disposait également de suffisamment de temps pour les démarches liées à la procédure d'autorisation.

Il n'y a pas de preuve de la survenance d'un dommage. Le prix moyen du panier alimentaire proposé dans le marché-cadre était environ 30 % inférieur au prix du marché approximatif d'un panier alimentaire similaire. Le prix moyen du panier alimentaire proposé dans le cadre du mini-concours organisé en 2016 était environ 55 % inférieur au prix du marché d'un panier alimentaire similaire. Le panier alimentaire du soumissionnaire retenu après le mini-concours était environ 65 % inférieur au prix du marché. Il ne serait pas fondé de considérer que, dans l'hypothèse de la participation d'un nombre de soumissionnaires plus important, et notamment de soumissionnaires étrangers, le prix du panier alimentaire aurait été plus de 65 % inférieur au prix du marché.

Le marché public n° 157505 avait précédemment été évalué deux fois par les auditeurs du Rahandusministeerium (ministère des finances). Dans les audits du 16 mars 2016 [omissis] et du 17 mars 2017 [omissis], il a été constaté que les conditions (et notamment celles relatives à l'autorisation d'exploitation) sont conformes à la RHS v.r. On ne comprend pas comment il a pu résulter, de manière inattendue, du troisième audit effectué par les mêmes auditeurs que le marché est contraire aux exigences de la RHS v.r. Le changement rétroactif d'une interprétation n'est pas conforme au principe de bonne administration. La correction financière est, de par sa nature, une sanction. Si la loi et les directives en matière de marchés publics et leur interprétation sont modifiées, ces modifications peuvent uniquement être appliquées pour l'avenir aux procédures de passation de marchés publics effectuées sur le fondement de la riigihangete seadus (loi relative aux marchés publics, ci-après « RHS ») entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2017.

#### 4. SA Innove a demandé le rejet du recours.

Il n'est indiqué ni dans l'avis de marché ni dans le dossier d'appel d'offres qu'une procédure d'autorisation ou de notification en cours aurait également été acceptée, raison pour laquelle des soumissionnaires potentiels n'ont pas pu tenir compte de cette possibilité. S'agissant de la qualification des soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur doit contrôler que les soumissionnaires remplissent les conditions prévues par l'avis de marché, même si le dossier d'appel d'offres contient des conditions différentes. Même si, selon l'interprétation littérale de l'article 41, paragraphe 3, de la RHS v.r, il semble que le pouvoir adjudicateur puisse exiger que le soumissionnaire, en vue de prouver la conformité à une exigence spécifique, produise une preuve relative à l'autorisation d'exploitation ou à l'enregistrement exigé par la législation estonienne ou relative à une autre exigence spécifique, il convient d'interpréter l'exigence en question conjointement avec la législation pertinente de l'Union (en particulier avec la directive 2004/18) et avec la jurisprudence.

On ne saurait interpréter l'article 46 de la directive 2004/18 en ce sens qu'il serait permis de demander la satisfaction à l'exigence d'une obligation d'autorisation dans tous les cas, indépendamment du type de marché public. Il n'est pas non plus possible d'interpréter l'article 46, deuxième phrase, de la directive en ce sens que, comme le marché public de fournitures comportait également des services, il était autorisé d'exiger des soumissionnaires qu'ils disposent des autorisations nécessaires pour pouvoir fournir ces services. En matière de qualification, l'article 46 permet seulement d'exiger du soumissionnaire qu'il produise la preuve qu'il dispose d'une autorisation de fournir des services délivrée par l'État dans lequel le soumissionnaire (et non pas le pouvoir adjudicateur) est établi ou une preuve relative à son appartenance à une organisation spécifique dans l'État dans lequel il est établi. Compte tenu de la directive 2004/18 et du fait qu'il s'agissait d'un marché public de fournitures, le pouvoir adjudicateur pouvait inviter le soumissionnaire ou le candidat à justifier de son inscription au registre de la profession ou au registre de commerce conformément à la législation de l'État membre dans lequel il est établi, mais pas à justifier de la détention d'une autorisation d'exploitation.

Il convient de considérer comme déraisonnable d'exiger que le soumissionnaire ait déjà procédé à des actes au moment de la soumission de l'offre, même si ces actes concernent, de par leur nature, la prestation de services (l'exécution du marché), raison pour laquelle il serait pertinent de n'exiger ces actes que de la part d'un soumissionnaire qui a été retenu. La condition en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur a exigé des soumissionnaires qu'ils aient déjà rempli les exigences spécifiques résultant du droit estonien au moment de la soumission de l'offre n'est pas conforme au principe d'égalité de traitement prévu à l'article 3, point 3, de la RHS v.r [Or. 5]. Il convient de noter l'absence de pertinence de l'argument du pouvoir adjudicateur, selon lequel il n'avait pas la possibilité d'accepter une autorisation d'exploitation émanant de l'État dans lequel le soumissionnaire est

établi, étant donné que seule est illégale l'exigence que le soumissionnaire doit disposer de l'autorisation nécessaire au moment de la soumission de l'offre.

Selon la jurisprudence de la Cour, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires s'oppose à la fixation de conditions pour la participation à la procédure de passation d'un marché public, dont la bonne compréhension nécessite la connaissance de la pratique existant dans l'État du pouvoir adjudicateur (voir par exemple arrêts du 14 décembre 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, point 42, et du 2 juin 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, points 45, 46 et 51). Comme les soumissionnaires étaient supposés avoir acquis de l'expérience, il n'est pas pertinent d'apprécier l'effet de la condition sur des soumissionnaires qui viennent seulement de commencer leur activité d'exploitant du secteur alimentaire, raison pour laquelle on ne saurait pas non plus prétendre que les soumissionnaires étrangers se trouvaient dans la même situation que les soumissionnaires estoniens qui venaient seulement de commencer leur activité d'exploitant du secteur alimentaire. Concernant la passation des marchés publics en question, il convenait de déterminer si l'imposition de la condition litigieuse a mis les soumissionnaires qui, auparavant, avaient effectué des prestations de services dans un autre État membre dans la même situation que les soumissionnaires qui, auparavant, avaient exercé une activité d'exploitant du secteur alimentaire en Estonie en conformité avec les exigences en la matière prévues par la législation estonienne. On ne saurait considérer comme vraisemblable l'argument selon lequel toutes les exigences nécessaires pour exercer une activité dans un domaine donné, incluant également la procédure de mise en conformité avec une exigence dans son ensemble, sont uniformes sur le plan européen, de sorte que la fixation des conditions litigieuses pour la soumission des offres n'aurait eu aucune conséquence pour les soumissionnaires. Même en supposant que les exigences pour l'exercice d'une activité dans un domaine donné soient uniformes et qu'il n'y ait pas non plus de différence en fonction des États membres au niveau de la procédure de mise en conformité avec une exigence, on ne comprend pas pourquoi, par ailleurs, le fait que le soumissionnaire avait rempli les exigences nécessaires dans l'État dans lequel il était établi ne suffisait pas pour constater la capacité du soumissionnaire au stade de la réalisation de la procédure de passation du marché public.

L'objectif de la correction financière n'est pas de sanctionner le bénéficiaire d'une aide, mais de réduire les dépenses prévisibles non éligibles des dépenses éligibles du projet, et donc du montant de l'aide. Les critères de l'éligibilité des dépenses sont prévus à l'article 2, paragraphe 2, du Vabariigi Valitsuse 01.09.2014. a määrus nr 143 « Periodi 2014–2020 struktuuritoetusest hüvitatavate kulude abikõlblikuks lugemise, toetuse maksmise ning finantskorrektsioonide tegemise tingimused ja kord » (règlement n° 143 du gouvernement de la République du 1<sup>er</sup> septembre 2014 « Conditions et modalités de la déclaration d'éligibilité de dépenses au remboursement au titre de l'aide structurelle pour la période 2014-2020, du paiement de l'aide et de la réalisation des corrections financières », ci-après : le « règlement n° 143 »), selon lequel il convient de considérer comme éligibles les dépenses qui sont, notamment, justifiées, c'est-à-dire adéquates,

efficaces et nécessaires. Comme le bénéficiaire de l'aide a, lors de la passation des marchés publics, fixé des conditions qui restreignent de manière injustifiée la participation des personnes intéressées à l'appel d'offres, on ne saurait supposer que les offres retenues dans le cadre de la passation de ces marchés étaient les plus avantageuses du point de vue économique, raison pour laquelle on ne saurait pas non plus prétendre que les dépenses liées aux marchés sont pleinement justifiées, de sorte qu'il n'est pas non plus possible d'accepter que ces dépenses soient pleinement remboursées à partir des moyens structurels. Lorsqu'elle a pris la décision relative à la correction financière, la défenderesse a tenu compte du fait que, dans le cadre de la passation des marchés publics, une certaine concurrence et la comparaison des différentes offres étaient garanties. De plus, il a été tenu compte du fait qu'un des soumissionnaires retenus est une succursale d'un groupe étranger, qui exerce son activité en Estonie.

Le principe de la protection de la confiance légitime n'a pas été violé. Il convient de confronter la confiance légitime du bénéficiaire de l'aide dans le maintien de celle-ci au droit des tiers à participer à des procédures de passation de marchés publics fondées sur la concurrence et sans conditions restrictives illégales, ainsi qu'à l'intérêt public, et notamment à l'intérêt de l'Union à garantir le bon fonctionnement du marché unique par le biais d'une procédure de passation de marché public fondée sur la concurrence et l'utilisation transparente des ressources financières de la Communauté. En l'espèce, les droits des tiers et les intérêts de la Communauté doivent, dans leur ensemble, être considérés comme relevant d'un intérêt public supérieur qui l'emporte sur l'éventuelle confiance légitime du bénéficiaire de l'aide dans la non-adoption de la décision attaquée.

**5. Le Rahandusministeerium (ministère des finances)** a demandé le rejet du recours

Le requérant n'a pas qualité pour agir. Les conditions pour qu'un organe administratif de l'État ait qualité pour agir ne sont pas remplies. Le Sotsiaalministeerium (ministère des affaires sociales) peut effectuer un contrôle sur les décisions de correction financière de la défenderesse. Pour la solution du litige, une procédure différente est prévue aux articles 3 et 4 de la STS et à l'article 101 de la Vabariigi Valitsuse seadus (loi relative au gouvernement de la République). Les montants déclarés non éligibles en vertu de la décision de correction financière [Or. 6] ne reviennent pas à SA Innove. Les différentes administrations publiques (par exemple le Sotsiaalministeerium – ministère des affaires sociales) n'ont pas de droit de propriété à l'égard des moyens du budget de l'État ou du Fonds européen d'aide. Même si le recours est examiné et s'il est fait droit à celui-ci, la conséquence directe la plus vraisemblable pourrait être l'intervention d'une modification au niveau de la répartition des moyens du budget de l'État entre les différentes autorités de l'État et, dans ce contexte, la participation financière de l'État constituait une partie importante (presqu'un sixième) des montants déclarés non éligibles par la décision de correction financière. Il ne s'agit pas non plus d'un recours introduit en vue de la protection d'un droit découlant d'un contrat administratif, au sens de l'article 44,

paragraphe 4, du *halduskohtumenetluse seadustik* (code de procédure administrative, ci-après « HKMS »), étant donné qu'aucun droit, pour le *Sotsiaalministeerium* (ministère des affaires sociales), d'obtenir le montant litigieux ne résulte du contrat administratif [omissis] entre le *Sotsiaalministeerium* (ministère des affaires sociales) et SA Innove.

Les conditions de qualification prévues dans les avis de marché n<sup>os</sup> 157505 et 189564 ont un caractère restrictif injustifié. Les avis de marché exigent expressément de satisfaire à des obligations en matière d'information et d'autorisation. Ainsi, un soumissionnaire ne pouvait remplir la condition prévue en matière de qualification que s'il avait rempli ses obligations en matière d'information et obtenu, avant la soumission de l'offre, une attestation de la part du VTA. Le pouvoir adjudicateur ne saurait supposer que tous les soumissionnaires étrangers potentiels ont connaissance du marché public dès le premier jour de la publication de l'avis de marché et qu'ils disposent immédiatement des bons documents, nécessaires pour demander une autorisation du VTA. Il résulte du rapport d'audit que, comme il est exigé des soumissionnaires étrangers qu'ils aient rempli les exigences et les conditions applicables en Estonie pour pouvoir participer à une procédure de passation de marché public déjà au moment de la soumission de l'offre (dans le cas des obligations en matière d'information et d'autorisation prévues par le VTA, il s'agit, en substance, de telles exigences et conditions), sans même tenir compte de la possibilité prévue à la deuxième phrase de l'article 41, paragraphe 3, de la RHS v.r, d'apporter la preuve de l'appartenance à l'organisation pertinente conformément à la législation de l'État dans lequel le soumissionnaire en question est établi, les soumissionnaires étrangers subissent une inégalité de traitement dans la mesure où ils sont privés de la possibilité de remplir la condition de qualification dans le cadre de la procédure de passation de marché public.

Les exigences prévues à l'article 7, paragraphe 1, et à l'article 8, paragraphe 1, de la *ToiduS* s'appliquent aux opérateurs économiques qui ont leur lieu d'activité en Estonie. Il est certain que les opérateurs économiques estoniens qui participent à un tel marché sont tenus de remplir les conditions indiquées, mais les soumissionnaires étrangers dont le lieu d'activité ne se situe pas en Estonie (c'est-à-dire qu'ils n'ont pas de société enregistrée en Estonie ou qu'ils n'ont pas de lieu d'activité fixe en Estonie, c'est-à-dire qu'ils ne disposent pas d'établissement en Estonie où ils exerceraient leur activité d'exploitant du secteur alimentaire) doivent remplir les exigences prévues dans le pays dans lequel ils sont établis et se soumettre au contrôle de l'autorité compétente de leur État d'activité. L'Estonie ne peut pas donner d'appréciation s'agissant de l'autorisation d'exploitation d'un soumissionnaire étranger en vue de l'exercice de l'activité d'exploitant du secteur alimentaire, dans la mesure où l'Estonie n'a pas la possibilité de contrôler l'activité d'une entreprise étrangère. Concernant l'exigence relative aux obligations en matière d'information et d'autorisation, il s'agit d'une obligation relevant du droit de l'Union qui est applicable de manière uniforme dans l'Union. En vue de garantir le caractère proportionné de la restriction imposée aux soumissionnaires étrangers et de permettre au pouvoir

adjudicateur de s'assurer qu'il ne s'agit pas d'exploitants ne remplissant pas les conditions légales, le pouvoir adjudicateur aurait dû prévoir, dans les conditions de qualification, la possibilité de produire une preuve ou une autorisation équivalente établie par l'État d'établissement du soumissionnaire étranger ou par une autre autorité compétente et ce n'est qu'au moment de l'exécution du marché qu'il aurait dû exiger que le soumissionnaire étranger remplisse l'exigence prévue par la législation estonienne, nécessaire pour l'exécution du marché.

Il est impossible d'évaluer quel aurait été l'éventail des soumissionnaires et le montant des offres si les soumissionnaires étrangers avaient bénéficié d'une égalité au niveau des conditions de participation aux marchés. Par conséquent, il n'est pas possible d'évaluer l'importance du préjudice causé. Comme la concurrence était maintenue, avec la participation de la succursale estonienne d'un seul groupe étranger à l'appel d'offres, les auditeurs ont estimé que l'on pouvait appliquer une correction financière de 10 %. C'est ce que la défenderesse a fait.

Le principe de la protection de la confiance légitime ne s'applique pas aux organismes du pouvoir exécutif de l'État. Selon la RHS v.r, il n'était pas autorisé de prévoir des conditions de qualification restrictives dans le cadre d'une procédure de passation de marché public et, à cette époque également, une correction financière était prévue en cas d'infraction. Dans sa jurisprudence, la Cour a abouti à la conclusion que le bénéficiaire d'une aide ne saurait invoquer le principe de protection de la confiance légitime s'il a de manière significative omis de remplir une obligation incombant au bénéficiaire d'une aide. [Or. 7]

**6. Par décision du 22 mai 2019, le Tallinna Halduskohus (tribunal administratif de Tallinn) a rejeté le recours, condamné le requérant à verser 102,30 euros à la défenderesse et décidé par ailleurs que chaque partie devait supporter ses propres dépens.**

Le requérant a qualité pour agir conformément à l'article 44, paragraphe 4, du HKMS. Étant donné que, du fait de la décision attaquée, la République d'Estonie a perdu le droit à des fonds devant être versés par les Fonds structurels de l'Union et qu'elle devra, pour la partie en question, trouver des moyens dans le budget de l'État estonien ou résilier les accords-cadres qui avaient été conclus (ce qui peut entraîner des frais supplémentaires), la décision attaquée a porté atteinte aux droits de la République d'Estonie, et notamment au droit de propriété.

Concernant la première procédure de passation de marché public litigieuse, il y a eu une modification du dossier d'appel d'offres, mais pas de modification de l'avis de marché. En cas de différences entre l'avis de marché et le dossier d'appel d'offres, ce sont les indications figurant dans l'avis de marché qui priment. Or, c'est précisément dans l'avis de marché que doivent figurer les conditions de qualification. L'avis de marché est le premier document, accessible à tous par le biais du registre des marchés publics, relatif à la procédure de passation de marché public envisagée et c'est à partir de ce document que le soumissionnaire ou le candidat doit pouvoir constater si sa compétence et ses moyens sont suffisants

pour pouvoir participer à la procédure de passation de marché public. Selon l'appel d'offres, le soumissionnaire devait disposer de l'agrément du VTA nécessaire pour l'exécution du marché public. Le soumissionnaire devait fournir une attestation relative à l'agrément du VTA et le numéro de l'agrément.

Selon le pouvoir adjudicateur, l'objectif de cette condition était de garantir que le soumissionnaire ait la capacité de commercer immédiatement l'exécution du marché. À l'audience, les représentants de la requérante ont expliqué que l'objectif de l'exigence fixée était de s'assurer que le soumissionnaire ait bien préparé son activité, c'est-à-dire l'origine et la destination de la marchandise, et que le soumissionnaire ou son partenaire disposent d'un entrepôt intermédiaire conforme aux exigences. L'exigence imposée ne permet pas d'atteindre cet objectif. L'attestation en question n'oblige pas le soumissionnaire à disposer d'un entrepôt correspondant aux exigences au moment de la conclusion du marché.

La défenderesse et l'autorité administrative appelée en intervention estiment à juste titre que cette exigence a entraîné une inégalité de traitement des soumissionnaires étrangers. Au moment de la soumission de l'offre, les soumissionnaires étrangers qui n'avaient pas exercé d'activité précédemment en Estonie ne pouvaient pas avoir rempli les obligations en matière d'information et d'autorisation exigées. Même si le soumissionnaire a la possibilité de remplir la condition imposée en s'appuyant sur les moyens d'une autre personne ou en soumettant une offre commune avec une personne qui remplit la condition fixée, il ne s'agit pas d'une obligation pour le soumissionnaire, mais d'une possibilité. Comme les soumissionnaires sont supposés avoir acquis de l'expérience, il n'est pas pertinent d'apprécier l'effet d'une condition sur des soumissionnaires qui commencent seulement leur activité d'exploitant du secteur alimentaire, raison pour laquelle on ne saurait prétendre que les soumissionnaires étrangers étaient dans la même situation que les soumissionnaires estoniens qui commençaient seulement leur activité d'exploitant du secteur alimentaire. Les soumissionnaires estoniens qui avaient acquis de l'expérience dans leur activité en Estonie se trouvaient dans une meilleure situation que les opérateurs économiques ayant acquis une expérience similaire dans un autre État membre.

Dans son document intitulé « Guide d'orientation à destination des praticiens : comment éviter les erreurs les plus fréquentes commises dans le cadre des marchés publics de projets financés par les Fonds structurels et d'investissement européens », la Commission européenne a, dans la rubrique relative aux « erreurs fréquentes entraînant des corrections financières au stade de l'invitation à soumissionner », indiqué que, par exemple, l'obligation d'avoir déjà fait reconnaître la qualification/licence professionnelle par un organisme du pays du pouvoir adjudicateur lors de la soumission de l'offre serait discriminatoire, car elle représenterait une difficulté supplémentaire pour les soumissionnaires étrangers [omissis].

L'exigence relative aux obligations en matière d'autorisation et d'information prévue par l'avis de marché n'est pas une exigence spécifique au sens de la

directive 2014/18. L'article 46 de la directive 2004/18 vise des exigences (spécifiques) en matière de qualification prévues pour les soumissionnaires, et non pas des exigences prévues pour des autorisations d'exploitation (c'est-à-dire des activités soumises à autorisation). Il pourrait s'agir d'une exigence spécifique au sens de la directive 2014/18 si l'activité d'exploitant du secteur alimentaire était par exemple soumise à l'inscription des exploitants du secteur alimentaire dans un registre spécifique ou à la détention d'une licence spéciale qui est la condition pour l'introduction de la demande d'une autorisation d'exploitation. L'idée de l'article 46 de la directive ressort mieux de la version anglaise de la directive, qui utilise l'expression « particular authorisation » (« autorisation spécifique »). Le choix de ces termes fait justement référence [Or. 8] aux exigences spécifiques prévues pour les soumissionnaires. La directive 2004/18 ne vise pas les activités (normales) soumises à autorisation, par exemple les activités des exploitants du secteur alimentaire. Pour celles-ci, il s'agit, en outre, d'exigences qui ont été harmonisées au niveau de l'Union, raison pour laquelle il ne saurait être question d'« exigences spécifiques ».

L'exigence en vertu de laquelle le [soumissionnaire] devrait, parallèlement à la préparation de l'offre, commencer à demander une autorisation pour l'exercice d'une activité d'exploitant du secteur alimentaire est disproportionnée. Il est difficile de remplir des obligations en matière d'information s'il n'y a pas d'activités à communiquer, et il en va de même pour les données nécessaires. La demande de l'autorisation prévue par la ToiduS suppose elle aussi la communication d'une activité concrète soumise à autorisation, les capacités, etc. Au moment de la soumission de l'offre, ces informations ne sont pas encore disponibles, étant donné que le soumissionnaire ne sait pas encore si son offre sera retenue ni quels sont les volumes dont il doit tenir compte. L'objectif de la ToiduS n'est pas de demander une autorisation pour des activités hypothétiques. Il se peut également qu'il ne soit pas possible de demander une autorisation pour des raisons de délai. L'article 41, paragraphe 3, de la RHS v.r doit être interprété en accord avec le droit de l'Union. Le pouvoir adjudicateur n'aurait pas dû accepter une autorisation d'exploitation correspondante du pays d'origine des soumissionnaires des autres États membres, mais il aurait dû permettre l'obtention de cette autorisation en Estonie. Les références de la défenderesse aux arrêts de la Cour du 27 octobre 2005, Contse e.a. (C-234/03, EU:C:2005:644), du 26 septembre 2004, Commission/France (C-225/98, EU:C:2000:494) et du 7 juillet 2016, Ambisig (C-46/15, EU:C:2016:530) ne sont pas pertinentes, étant donné que, dans la présente espèce, les restrictions résultent d'un acte de droit interne (ToiduS) auquel fait référence le dossier de l'appel d'offres. La qualification prévue pour le marché est régie par les dispositions de la ToiduS au niveau national (sous le contrôle du VTA).

On ne saurait exiger de la défenderesse qu'elle démontre le préjudice concret causé par la violation des règles de passation de marché public par le bénéficiaire de l'aide. En vertu de l'article 22, paragraphe 11, point 6, du règlement n° 143, l'aide accordée aux marchés publics est réduite de 25 % si les conditions de qualification prévues pour le marché public ne sont pas conformes et

proportionnées à l'objet du marché. L'article 22, paragraphe 12, du règlement n° 143 prévoit que, dans les cas visés au paragraphe 11, points 3 à 16 et 19, on peut appliquer une correction financière de 5 à 10 % en fonction de la gravité de la violation. Comme la défenderesse a fait usage de son pouvoir d'appréciation et qu'elle a motivé sa décision lorsqu'elle a significativement réduit le taux de la correction normalement prévu par la législation, elle n'a pas commis d'erreur d'appréciation.

Le principe de protection de la confiance légitime est un principe du droit de l'Union sur lequel le requérant pouvait se fonder. On ne saurait avoir de certitude juridique, à partir d'audits antérieurs, quant à l'absence de constatation de violations à l'avenir. Les audits du Rahandusministeerium (ministère des finances) ne sont pas juridiquement contraignants. En vertu de la jurisprudence de la Cour, le principe de protection de la confiance légitime ne peut être invoqué à l'encontre d'une disposition précise d'un texte de droit de l'Union et le comportement d'une autorité nationale chargée d'appliquer le droit de l'Union, qui est en contradiction avec ce dernier, ne saurait fonder, à l'égard d'un opérateur économique, une confiance légitime à bénéficier d'un traitement contraire au droit de l'Union (arrêt du 5 mars 2019, *Eesti Pagar*, [C-349/17](#) (EU:C:2019:172, point 104, et la jurisprudence citée).

La mesure de correction financière n'a pas la nature d'une sanction. L'État n'a pas un droit subjectif au bénéfice d'aides structurelles. Par conséquent, l'interdiction de l'effet rétroactif n'est pas applicable.

[omissis] [condamnation au dépens]

## **ARGUMENTS DES PARTIES DEVANT LE TALLINNA RINGKONNAKOHUS (COUR D'APPEL DE TALLINN)**

**7. Par son appel, le Sotsiaalministeerium (ministère des affaires sociales) demande l'annulation de la décision du Tallinna Halduskohus (tribunal administratif de Tallinn) du 22 mai 2019 et qu'il soit fait droit à sa demande par la nouvelle décision.**

L'exigence d'une autorisation d'exploitation ne saurait être mise sur un pied d'égalité avec la qualification ou la licence professionnelle de l'État d'établissement. Afin de garantir que les denrées alimentaires soient sans danger et conformes aux exigences, il convient de contrôler chaque chaîne d'exploitation de denrées alimentaires. Aux termes de l'article 10 de la ToiduS, l'autorisation d'exploitation est délivrée à l'opérateur économique si celui-ci s'est conformé aux exigences prévues par les règlements n° 852/2004 et n° 853/2004 du Parlement européen et du Conseil et par d'autres dispositions pertinentes en matière de denrées alimentaires. La délivrance de l'autorisation d'exploitation ne suppose pas une activité antérieure en Estonie. **[Or. 9]**

Le tribunal administratif a considéré à tort que, au lieu d'être liée à la condition de qualification, l'exigence aurait dû s'appliquer à la phase d'exécution du marché.

L'article 39, paragraphe 1, et l'article 41, paragraphe 3, de la RHS [v.r] exigeait (à la différence de l'article 99, paragraphe 1, de la RHS en vigueur) que le pouvoir adjudicateur prévoie à titre de condition de qualification l'exigence que, lors de l'adjudication d'un service nécessitant une autorisation d'exploitation, l'exigence de cette autorisation d'exploitation soit fixée en tant que condition de qualification. Le pouvoir adjudicateur n'avait aucun pouvoir d'appréciation à cet égard (voir D. Minumets, Erinõuetele vastamise tingimuste kehtestamine riigihangetes, [Fixation des conditions de conformité aux exigences spécifiques des marchés publics], Juridica 4/2018; D. Minumets et P. Kulm, Riigihangete õigus [le droit des marchés publics], édition Juura 2014). L'existence de cette obligation à la charge du pouvoir adjudicateur est également confirmée par la jurisprudence administrative (voir décision du Tallinna Halduskohus [tribunal administratif de Tallinn] n° 3-12-2349 du 21 février 2013). Si le soumissionnaire retenu ne remplit pas les exigences du marché public, le marché n'atteint pas son objectif et il convient d'organiser un nouvel appel d'offres. Le contrôle de la qualification du soumissionnaire après l'achèvement de la procédure de passation de marché public n'est pas conforme aux principes généraux de l'organisation de procédures de passation de marchés publics. Les autres soumissionnaires n'ont pas la possibilité de protéger leurs droits dans la phase d'exécution du marché, si le soumissionnaire retenu ne remplit pas les exigences. Le principe de l'utilisation des moyens financiers de façon économe et conforme à l'objectif visé s'oppose à la réalisation d'une procédure de passation de marché public gourmande en ressources (tant au niveau du temps que des dépenses) aboutissant à la conclusion d'un marché, alors qu'il n'y a pas de certitude quant à la capacité du soumissionnaire d'exécuter le marché.

Il n'y avait aucune circonstance exceptionnelle susceptible de justifier que le pouvoir adjudicateur s'écarte du droit national et applique la directive de l'Union. Il n'y a pas de contradiction entre l'article 46 de la directive 2004/18 et l'article 41, paragraphe 3, de la RHS [v.r]. La directive ne précise pas à quel moment on peut exiger du soumissionnaire qu'il dispose d'une autorisation d'exploitation. Le tribunal administratif a considéré à tort que l'article 41, paragraphe 3, de la RHS [v.r] donne le droit au pouvoir adjudicateur d'interpréter l'exigence relative aux autorisations d'exploitation prévues par la législation en ce sens que, en vue de remplir cette exigence, il est toujours permis de produire l'autorisation d'exploitation du lieu d'établissement du soumissionnaire. La réglementation du domaine des denrées alimentaires est une loi spéciale pour les normes des marchés publics, mais le tribunal administratif a omis d'examiner les particularités de celle-ci.

Les renvois aux arrêts de la Cour rendus dans les affaires C-234/03, C-225/98 et C-46/15 ne sont pas pertinents. Les exigences litigieuses dans ces affaires (existence d'un bureau dans l'État dans lequel le service est fourni, l'exigence, pour les concepteurs, de faire partie d'une organisation professionnelle dans l'État membre du pouvoir adjudicateur et l'exigence de la signature authentifiée sur la déclaration de l'acheteur) se distinguent substantiellement de l'exigence en cause dans la présente espèce. L'objectif de l'exigence de l'autorisation d'exploitation

est de garantir le respect des exigences sanitaires et la distribution, aux bénéficiaires de l'aide alimentaire, de denrées alimentaires ne présentant pas de danger. De plus, le délai de la demande de l'autorisation d'exploitation est de 30 jours pour tous les opérateurs économiques indépendamment du lieu de leur établissement. Compte tenu du délai de soumission des offres dans le cadre d'appels d'offres internationaux (au moins 40 jours) et du délai de la procédure d'autorisation prévu par la toiduseadus (loi relative aux denrées alimentaires) (30 jours), le soumissionnaire avait également suffisamment de temps pour mettre en œuvre la procédure d'autorisation.

On peut difficilement croire que c'est en raison de l'exigence d'une autorisation d'exploitation que le soumissionnaire potentiel a renoncé à soumettre une offre. Il pouvait y avoir renonciation en raison de l'insuffisance du bénéfice potentiel compte tenu du volume du marché. Pour remplir les exigences, les soumissionnaires devaient disposer de compétences élémentaires en matière d'utilisation d'Internet. Les soumissionnaires étrangers avaient la possibilité de s'appuyer sur les moyens d'une autre personne, par le biais de la soumission d'une offre commune, s'ils ne souhaitaient ou ne pouvaient pas remplir l'exigence de l'autorisation d'exploitation. La soumission d'offres communes est également une pratique habituelle parmi les soumissionnaires nationaux, car les soumissionnaires ne sont pas en mesure de remplir à eux seuls toutes les exigences.

Le marché public n° 157505 avait déjà fait l'objet d'une appréciation de la part des auditeurs du Rahandusministeerium (ministère des finances) à deux reprises. Dans les audits du 16 mars 2016 [omissis] et du 17 mars 2017 [omissis], il a été considéré que les conditions (et notamment celles relatives à l'autorisation d'exploitation) sont conformes à la RHS [v.r]. Les auditeurs avaient précédemment recommandé aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger l'autorisation d'exploitation dans l'avis de marché, et cela notamment dans le cas qui fait l'objet du litige dans l'affaire administrative n° 3-12-2349. Le comportement de la défenderesse est contraire aux principes de protection de la confiance légitime et de bonne administration. Le principe de protection de la confiance légitime ne vaut pas en cas de violation manifeste de la réglementation en vigueur, en présence d'une négligence ou d'un abus (voir arrêt du 13 mars 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening, C-383/06 à C-385/06, EU:C:2008:165, points 52 et 56). En l'espèce, il ne s'agit pas d'une violation manifeste [Or. 10] de la réglementation en matière de marchés publics, en présence d'une négligence ou d'un abus, mais d'un changement de pratique au niveau de l'interprétation. La modification de la pratique est le résultat des nouvelles lignes directrices de la Commission européenne pour les auditeurs.

L'arrêt du 5 mars 2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172), auquel le tribunal administratif a fait référence, n'est pas pertinent, étant donné qu'il concerne la récupération d'une aide d'État, à laquelle le droit de l'Union est directement applicable.

**8. SA Innove** demande le rejet de l'appel, elle maintient les positions adoptées précédemment et elle est d'accord avec les motifs de la décision du tribunal administratif.

Il n'était pas permis d'exiger dans l'avis de marché que les soumissionnaires remplissent les obligations en matière d'autorisation et d'information prévues par la législation estonienne déjà au moment de la soumission d'une offre. C'est à tort qu'il a été fait référence à la décision rendue le 21 février 2013 par le Tallinna Halduskohus (tribunal administratif de Tallinn) dans l'affaire administrative n° 3-12-2349, étant donné que les circonstances du litige étaient fondamentalement différentes. Le tribunal administratif ne devait pas évaluer la législation nationale dans le domaine des denrées alimentaires, étant donné que, pour la solution du litige, il est essentiel de savoir à quel moment les soumissionnaires devaient être conformes aux conditions fixées.

Lors de l'application des orientations C(2013)9527 de la Commission européenne du 19 décembre 2013 pour la détermination des corrections financières à appliquer par la Commission aux dépenses financées par l'Union dans le cadre de la gestion partagée en cas de non-respect des règles en matière de marchés publics, en vigueur au moment de l'adoption de la décision de correction financière, il convenait de considérer que, en présence de circonstances comme celles décrites dans les orientations, l'existence d'un risque réel est prouvée et, lors de la réalisation de la correction financière, il ne faut pas procéder à des appréciations supplémentaires, sauf pour ce qui concerne la détermination du degré de la violation (importance du taux de la correction financière) dans des circonstances où cela est permis en vertu de la législation.

Le tribunal administratif a expliqué à juste titre que l'existence d'audits antérieurs n'ayant constaté aucune violation des règles n'est pas de nature à créer, pour l'autorité d'audit, une certitude, au niveau juridique, qu'aucune violation ne sera découverte à l'avenir. De plus, le tribunal administratif a, de manière pertinente, renvoyé à l'arrêt du 5 mars 2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172). Indépendamment du fait que, dans la décision visée, il ne s'agissait pas de questions relevant du domaine des marchés publics, les conclusions de la Cour tirées du principe de protection de la confiance légitime s'appliquent dans tous les domaines.

**9. Le Rahandusministeerium (ministère des finances)** demande le rejet de l'appel.

Le tribunal administratif n'est pas compétent pour connaître du litige et le requérant n'a pas qualité pour agir. SA Innove a des missions d'organisme de mise en œuvre et son activité fait l'objet d'une surveillance de l'État par le biais du Riigi Tugiteenuste Keskus (centre des services d'aide de l'État). Lorsque le Sotsiaalministeerium (ministère des affaires sociales) a des doutes quant à la légalité de l'activité de SA Innove, il doit s'adresser au Riigi Tugiteenuste Keskus

(centre des services d'aide de l'État), qui peut donner un avis sur la légalité de l'activité en sa qualité de représentant de l'État.

On ne saurait comprendre l'article 41, paragraphe 3, de la RHS [v.r] en ce sens que le pouvoir adjudicateur peut seulement imposer l'exigence d'une autorisation d'exploitation nationale. Dans le cas de marchés publics dont la valeur dépasse le seuil imposant des appels d'offres internationaux, il faut également permettre la participation de soumissionnaires d'autres pays, qui doivent être traités de manière non discriminatoire, conformément à l'article 3 et à l'article 15, paragraphe 2, de la RHS [v.r]. L'interprétation de l'article 41, paragraphe 3, de la RHS [v.r], proposée par la partie appelante, est trop étroite.

Il est possible de généraliser la jurisprudence de la Cour et les principes consacrés par celle-ci s'appliquent également à la question de l'activité des exploitants du secteur alimentaire. Il résulte clairement des arrêts de la Cour que, en cas de mise en place de l'exigence d'une autorisation locale, il est possible qu'un soumissionnaire étranger renonce à la participation à l'appel d'offres, en raison de l'effet dissuasif de cette exigence. Le soumissionnaire qui a la capacité de fournir le service doit également pouvoir soumettre une offre en présentant une autorisation existante équivalente, délivrée dans un autre État. Le soumissionnaire n'est pas obligé de trouver un partenaire qui dispose déjà de l'autorisation d'exploitation exigée.

L'audit ne garantit pas l'absence, à l'avenir, d'une violation du droit, raison pour laquelle il ne crée aucune confiance légitime. [Or. 11]

## **DISPOSITIONS PERTINENTES**

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 2004, L 134, p.114)

### **Article 2**

#### **Principes de passation des marchés**

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

### **Article 46**

#### **Habilitation à exercer l'activité professionnelle**

Tout opérateur économique désireux de participer à un marché public peut être invité à justifier de son inscription au registre de la profession ou au registre du commerce ou à fournir une déclaration sous serment ou un certificat, tels que précisés à l'annexe IX A pour les marchés publics de travaux, à l'annexe IX B pour les marchés publics de fournitures et à l'annexe IX C pour les marchés

publics de services, et conformément aux conditions prévues dans l'État où il est établi.

Dans les procédures de passation des marchés publics de services, lorsque les candidats ou les soumissionnaires ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation.

Riigihangete seadus (loi relative aux marchés publics, telle qu'en vigueur jusqu'au 31 août 2017, intégralité du texte Riigi Teataja – Journal officiel de la République d'Estonie, ci-après « RT » – I, 25 octobre 2016, 20)

### **Article 3. Principes généraux régissant la passation des marchés publics**

Lors de la passation des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit respecter les principes suivants :

- 1) le pouvoir adjudicateur doit utiliser les moyens financiers de manière économe et conforme au but visé et réaliser l'objectif du marché public en question à un prix raisonnable, en garantissant, en cas de concurrence, le meilleur prix et la meilleure qualité possibles par le biais d'une comparaison des différentes offres ;
- 2) le pouvoir adjudicateur doit garantir la transparence du marché public et la possibilité de le contrôler ;
- 3) toutes les personnes qui ont leur domicile ou leur siège en Estonie, dans un autre État membre de l'Union européenne, dans un autre État membre de l'Espace économique européen ou dans un État ayant adhéré à l'accord de l'Organisation Mondiale du Commerce en matière de marchés publics (AMP) doivent être traitées de la même manière et sans discrimination par le pouvoir adjudicateur et celui-ci doit veiller à ce que toutes les limitations et tous les critères imposés aux personnes soient proportionnés, pertinents et fondés au regard de l'objectif du marché public ;
- 4) lors de la passation de marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit assurer l'usage effectif de la concurrence existante et, dans ce contexte, la participation d'une personne morale de droit public ou d'une personne de droit privé utilisant des moyens publics à la procédure de passation du marché public ne doit pas fausser la concurrence du fait de l'utilisation de moyens publics ;
- 5) le pouvoir adjudicateur doit éviter les conflits d'intérêts portant atteinte à la concurrence ; **[Or. 12]**
- 6) le pouvoir adjudicateur doit, si possible, donner la priorité aux solutions respectueuses de l'environnement.

### **Article 39. Vérification de la qualification du soumissionnaire ou du candidat**

(1) Le pouvoir adjudicateur doit vérifier si la situation économique et financière et la compétence technique et professionnelle du soumissionnaire ou du candidat sont conformes aux conditions prévues par l'avis de marché en matière de qualification. Les conditions en matière de qualification doivent être suffisantes pour prouver l'aptitude du soumissionnaire ou du candidat à exécuter le marché public, tout en étant pertinentes et proportionnées au regard de la nature, de la quantité et de l'objectif des biens, des services ou des travaux qui constituent l'objet du marché public.

### **Article 41. Compétence technique et professionnelle des soumissionnaires ou des candidats**

(3) Lorsque le législateur prévoit des exigences spécifiques pour une activité devant être effectuée en vertu du marché public, le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché, les exigences spécifiques devant être remplies, ainsi que les enregistrements et les autorisations d'exploitation nécessaires pour la qualification du soumissionnaire ou du candidat. Afin de pouvoir vérifier que les exigences spécifiques prévues par les dispositions légales sont remplies, le pouvoir adjudicateur exige, dans l'avis de marché, que le soumissionnaire ou le candidat produise la preuve qu'il dispose d'une autorisation d'exploitation ou d'un enregistrement ou qu'il remplit une autre exigence spécifique, ou la preuve qu'il est membre d'une organisation pertinente au sens de la législation de l'État dans lequel il est établi, à moins que le pouvoir adjudicateur puisse, sans frais majeurs, obtenir ces preuves en se reportant aux données publiques d'une base de données. Si le soumissionnaire ou le candidat ne dispose pas de l'autorisation d'exploitation ou de l'enregistrement en cause, ou s'il n'est pas membre de l'organisation pertinente au sens de la législation de l'État dans lequel il est établi, le pouvoir adjudicateur disqualifie le soumissionnaire ou le candidat.

Toiduseadus (loi relative aux denrées alimentaires, RT I 1999, 30, 415 avec les modifications ultérieures)

### **Article 8. Obligation de détenir une autorisation**

(1) L'opérateur économique doit être titulaire d'une autorisation d'exploitation pour une activité dans le secteur alimentaire dans les établissements suivants :

1) un établissement au sens de l'article 6, paragraphe 3, sous b) et c) du règlement (CE) n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil ;

2) un établissement dans lequel les opérations relatives aux produits primaires d'origine animale n'impliquent aucune modification de la forme ou des caractéristiques initiales de ceux-ci, sauf s'il s'agit d'un établissement ayant pour objet la production primaire de ces produits, et dans lequel le producteur effectue des opérations connexes au sens du règlement (CE) n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil, ou qui a pour objet le transport de denrées alimentaires ;

3) un établissement où les opérations relatives aux produits primaires d'origine non animale impliquent la modification de la forme et des caractéristiques initiales de ceux-ci, sauf s'il s'agit d'un établissement visé à l'annexe II, chapitre III, du règlement (CE) n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil ;

4) un établissement où il est procédé à la transformation des denrées alimentaires, notamment à la préparation ou au conditionnement de celles-ci, sauf s'il s'agit du conditionnement de produits primaires d'origine non animale ou s'il s'agit d'un établissement visé à l'annexe II, chapitre III, du règlement (CE) n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil ;

5) un établissement dont les opérations portent sur des denrées alimentaires d'origine animale, qui distribue celles-ci à un autre opérateur et qui est visé à l'annexe II, chapitre III, du règlement (CE) n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil ;

6) un établissement où sont entreposées des denrées alimentaires qui, en vue de la garantie de la sécurité alimentaire, doivent être entreposées à une température différente de la température ambiante ;

7) un établissement qui est un commerce de détail portant notamment sur des denrées alimentaires qui, en vue de la garantie de la sécurité alimentaire, doivent être entreposées à une température différente de la température ambiante, sauf s'il s'agit d'un établissement visé à l'annexe II, chapitre III, du règlement (CE) n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil ;

8) un établissement qui approvisionne un navire effectuant des transports internationaux en dehors des eaux territoriales de l'Union européenne en denrées alimentaires d'origine animale, qui ne sont pas conformes aux exigences de la législation de l'Union (ci-après *denrées alimentaires d'origine animale non conformes*) ; [Or. 13]

9) un établissement qui stocke des denrées alimentaires d'origine animale non conformes en zone franche ou en entrepôt douanier.

(2) L'autorisation d'exploitation accorde le droit à l'opérateur économique de commencer et d'exercer une activité économique dans l'établissement ou dans la partie de l'établissement figurant dans l'autorisation d'exploitation.

(3) Le ministre responsable en la matière établit, par voie réglementaire, une liste détaillée des domaines d'exploitation et des catégories de denrées alimentaires pour lesquels l'opérateur doit détenir une autorisation d'exploitation.

#### **Article 10. Objet du contrôle de l'autorisation d'exploitation**

L'autorisation d'exploitation est délivrée à l'opérateur économique si son établissement ou l'établissement qu'il utilise pour son activité d'exploitant du secteur alimentaire est conforme aux exigences prévues par les règlements (CE)

nos 852/2004 et 853/2004 du Parlement européen et du Conseil et par d'autres dispositions pertinentes en matière de denrées alimentaires.

## **MOTIFS DE LA COUR D'APPEL**

**10.** Le litige porte, pour l'essentiel, sur la question de savoir si, lors de l'achat de l'aide alimentaire, il était possible d'imposer, à titre de condition pour la participation à la procédure de passation d'un marché public dont la valeur dépasse le seuil exigeant un appel d'offres international, l'exigence que le soumissionnaire dispose, au moment de la soumission de son offre, d'un agrément délivré par une autorité estonienne conformément à la *toiduseadus* (loi relative aux denrées alimentaires) ou qu'il ait rempli ses obligations en matière d'information et d'autorisation en Estonie, et, dans l'hypothèse où une telle exigence est considérée comme une restriction injustifiée pour les soumissionnaires étrangers, si, dans un cas de figure où le marché a, au niveau national, fait l'objet, par le passé, d'un audit par une autorité compétente, il était autorisé d'adopter une décision de correction financière par le biais d'une modification de l'interprétation de la loi et de la directive.

**11.** L'article 46, deuxième alinéa, de la directive 2004/18 prévoit la possibilité d'exiger des soumissionnaires qu'ils démontrent leur habilitation à exercer l'activité professionnelle par l'autorisation d'exploiter un tel établissement, délivrée par l'autorité compétente de l'État membre dans lequel ils sont établis. Dans la présente espèce, le pouvoir adjudicateur (requérant) a cependant exigé qu'ils disposent de l'autorisation d'exploitation et qu'ils remplissent l'obligation en matière d'information conformément à l'article 41, paragraphe 3, de la RHS [v.r]. L'exécution du marché suppose l'existence d'une telle autorisation et le respect de l'obligation en matière d'information et les parties sont d'accord sur ce point. En vue de la garantie de la sécurité alimentaire, l'exigence d'une telle autorisation est autorisée par le règlement n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil, relatif à l'hygiène des denrées alimentaires. Les conditions de l'attestation (agrément) de l'autorité compétente ne sont cependant pas totalement harmonisées (voir article 6, paragraphe 3, de la directive) et, pour commencer à exercer leur activité dans un autre État membre, l'opérateur économique doit obtenir la délivrance, par l'État membre du lieu de l'activité, de l'agrément exigé, c'est-à-dire qu'il ne peut pas s'appuyer sur l'agrément délivré par son État d'origine.

**12.** Le fait de qualifier un soumissionnaire au regard de la seule promesse de celui-ci de demander l'autorisation d'exploitation ou l'enregistrement exigés par la *toiduseadus* (loi relative aux denrées alimentaires) est de nature à remettre en question la possibilité d'exécution du marché si le soumissionnaire ne remplit pas cette obligation ou s'il n'est pas en mesure d'effectuer son activité conformément aux conditions d'obtention de l'autorisation ou de l'enregistrement. Dans ce cas, les objectifs du marché public ne sont pas réalisés et le pouvoir adjudicateur doit procéder à une nouvelle procédure de passation de marché public.

**13.** La cour d'appel estime que le tribunal administratif a considéré à juste titre que, dans la mesure où il était demandé aux soumissionnaires d'avoir acquis de l'expérience, il n'est pas pertinent d'apprécier l'effet de la condition sur les soumissionnaires qui commencent seulement leur activité d'exploitant du secteur alimentaire, raison pour laquelle on ne saurait pas non plus affirmer que les soumissionnaires étrangers se trouvaient dans la même situation que les soumissionnaires estoniens qui commençaient seulement leur activité d'exploitant du secteur alimentaire. Les soumissionnaires estoniens qui avaient acquis de l'expérience par leur activité en Estonie se trouvaient dans une meilleure situation que les opérateurs économiques d'autres États membres ayant acquis une expérience similaire. **[Or. 14]**

**14.** Par conséquent, il est essentiel, pour la solution du litige, de déterminer si la garantie de la sécurité alimentaire et les besoins de la réalisation des objectifs des marchés publics justifient l'imposition d'une restriction aux soumissionnaires, qui, de fait, entraîne une situation plus difficile pour les soumissionnaires étrangers, à savoir qu'ils doivent, avant la soumission d'une offre, ou bien demander et obtenir l'autorisation ou l'enregistrement nécessaires ou bien présenter une offre commune avec une société disposant déjà d'une telle autorisation d'exploitation ou d'un enregistrement, c'est-à-dire avec une société exerçant son activité en Estonie. Selon la cour d'appel, il est disproportionné d'imposer une telle exigence aux soumissionnaires lors de la passation d'un marché dont la valeur dépasse le seuil exigeant un appel d'offres international.

**15.** On ne saurait considérer que l'article 46, de la directive 2004/18 est suffisamment clair. Jusqu'à présent, la Cour n'a pas encore traité cette question. Selon la jurisprudence de la Cour, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires s'oppose à la fixation de conditions pour la participation à la procédure de passation d'un marché public, dont la bonne compréhension nécessite la connaissance de la pratique existant dans l'État du pouvoir adjudicateur (voir par exemple arrêts du 14 décembre 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, point 42, et du 2 juin 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, points 45, 46 et 51). Comparées aux cas dont il s'agissait dans ces affaires, les lois estoniennes sont claires. Les critères de la demande d'une autorisation ou d'un enregistrement résultent de la *toiduseadus* (loi relative aux denrées alimentaires) et le VTA a également expliqué la demande d'autorisation sur sa page Internet; aucun soumissionnaire n'a affirmé qu'il ne comprenait pas ces conditions ni demandé une explication des conditions. La condition de qualification litigieuse est elle aussi claire et ne comporte aucun risque d'ambiguïté.

Les arrêts du 26 septembre 2000/*Commission/France* (C-225/98, EU:C:2000:494) et du 27 octobre 2005, *Contse e.a.* (C-234/03, EU:C:2005:644) ne portaient pas sur l'appréciation de l'admissibilité de conditions liées à des intérêts publics touchant toute l'Union européenne. L'exigence de l'ouverture d'un bureau dans l'État membre du [pouvoir adjudicateur] ou l'appartenance, dans l'État membre du [pouvoir adjudicateur], à une organisation regroupant les personnes exerçant

leur activité dans le même domaine professionnel ne sont pas des préoccupations relevant des intérêts publics qui protègent les habitants et les consommateurs de manière uniforme dans tous les États membres. La cour d'appel estime que, contrairement à ce qui était le cas dans les affaires précitées, les exigences fixées dans la présente espèce dans l'intérêt de la sécurité alimentaire sont justifiées à titre de condition pour l'exécution du marché public et le litige ne peut porter que sur la question du moment – celui de la soumission de l'offre ou celui de l'exécution du marché – auquel le soumissionnaire devait satisfaire aux conditions. En vertu de la marge de décision laissée aux États membres, pour partie, par l'article 6, paragraphe 3, points b) et c), du règlement (CE) n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil, relatif à l'hygiène des denrées alimentaires, et, pour partie, par le paragraphe 3, sous a), du même article, l'article 8, paragraphe 1, points 2 à 9, de la ToiduS exige la détention d'une autorisation d'exploitation pour l'exercice d'une activité d'exploitant du secteur alimentaire. C'est pourquoi une certaine inégalité entre les soumissionnaires peut, dans la présente espèce, également se justifier par la nécessité de garantir l'efficacité de la procédure de passation de marché public (l'exécution ultérieure du marché).

**16.** C'est pourquoi la cour d'appel ne sait pas s'il convient d'interpréter les dispositions combinées des articles 2 et 46 de la directive 2004/18 en ce sens qu'elles s'opposent à ce que le pouvoir adjudicateur prévoie, dans le cadre d'une procédure de passation de marché public en matière d'aide alimentaire dont la valeur dépasse le seuil imposant un appel d'offres international, une condition en matière de qualification des soumissionnaires, en vertu de laquelle tous les soumissionnaires doivent, indépendamment du lieu dans lequel ils ont exercé leur activité jusqu'alors, disposer, au moment de la soumission de l'offre, d'une autorisation d'exploitation ou d'un enregistrement dans l'État dans lequel l'aide alimentaire doit être délivrée. En vue d'obtenir une interprétation explicative, il est essentiel de tenir également compte de la particularité du domaine de l'activité d'exploitant du secteur alimentaire, où la fourniture d'un service suppose une opération portant sur des denrées alimentaires dans l'État du pouvoir adjudicateur et, en vertu de la marge de décision laissée aux États membres, pour partie, par l'article 6, paragraphe 3, points b) et c), du règlement (CE) n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil, relatif à l'hygiène des denrées alimentaires, et, pour partie, par le paragraphe 3, sous a), du même article, l'article 8, paragraphe 1, sous 2 à 9, de la ToiduS exige la détention d'une autorisation d'exploitation pour l'exercice d'une activité d'exploitant du secteur alimentaire.

**17.** Si, en réponse à la question qui précède, il est constaté que des dispositions nationales comme celles de l'article 41, paragraphe 3, de la RHS v.r sont contraires aux dispositions précitées de la directive n° 2004/18, il est également essentiel, pour la solution du litige, de déterminer s'il convient de considérer que les articles 2 et 46 de la directive 2004/18 sont tellement concrets que l'on ne saurait leur opposer le principe de protection de la confiance légitime (voir arrêt du 5 mars 2019, Eesti Pagar, [C-349/17](#), EU:C:2019:172, point 104) et s'il convient d'interpréter ces dispositions en ce sens que le comportement d'un pouvoir adjudicateur, qui, comme dans la présente espèce, consiste à exiger de

tous les soumissionnaires qu'ils disposent d'une autorisation d'exploitation au titre de la toiduseadus (loi relative aux denrées alimentaires) déjà au moment de la soumission de l'offre, constituait une violation manifeste de la réglementation en vigueur, une négligence ou un abus [**Or. 15**], concernant lesquels on ne saurait invoquer le principe de protection de la confiance légitime (voir arrêt du 13 mars 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a., C-383/06 à C-385/06, (EU:C:2008:165), points 52 et 56).

**18.** Compte tenu de ce qui précède, la cour d'appel demande à la Cour de se prononcer à titre préjudiciel en vue de clarifier les articles 2 et 46 de la directive 2004/18. [omissis]

[omissis] [signatures]

DOCUMENT DE TRAVAIL