

**Affaire C-295/20**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de réception :**

2 juillet 2020

**Juridiction de renvoi :**

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituanie)

**Date de la décision de renvoi :**

2 juillet 2020

**Partie requérante :**

UAB « Sanresa »

**Partie défenderesse :**

Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos

---

[omissis]

**LIETUVOS AUKŠČIAUSIASIS TEISMAS  
(COUR SUPRÊME DE LITUANIE)**

**ORDONNANCE**

[omissis]

2 juillet 2020

[omissis]

Le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie), section des affaires civiles, statuant en formation collégiale [omissis – composition], a examiné le pourvoi en cassation introduit par la **société UAB « Sanresa », partie requérante en première instance**, contre l'arrêt rendu le 18 décembre 2019 par le Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie), section des affaires civiles, statuant en formation collégiale, dans la procédure opposant la partie requérante à l'Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos (département de protection de l'environnement près le ministère de l'Environnement, Lituanie), partie défenderesse en première instance, et ayant

pour objet des recours tendant à l'annulation de décisions du pouvoir adjudicateur, les sociétés UAB « Toksika », UAB « Žalvaris », AB Palemono keramikos gamykla et UAB « Ekometrija » intervenant à la procédure, la Viešųjų pirkimų tarnyba (autorité des marchés publics, Lituanie) ayant été entendue.

Considérant ce qui suit :

- 1 La présente affaire porte sur l'interprétation et l'application des normes de droit matériel régissant la qualification des conditions tenant au droit des fournisseurs d'exercer l'activité concernée et l'appréciation du point de savoir si les fournisseurs satisfont à ces conditions.
- 2 Le présent litige relève, au niveau *national*, du champ d'application du Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (loi de la République de Lituanie sur les marchés publics, ci-après la « loi sur les marchés publics ») et, au niveau de l'*Union européenne*, de celui de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), ainsi que du règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2006, concernant les transferts de déchets (JO 2006, L 190, p. 1).
- 3 Il ressort du dossier que la valeur du marché public de services conclu le 7 octobre 2019 est de 1 167 500 euros hors TVA ; elle franchit donc le seuil de valeur des marchés internationaux et le litige relève sans aucun doute du champ d'application du droit de l'Union en matière de marchés publics. L'application du règlement n° 1013/2006 n'est pas liée à la valeur du transfert de déchets, mais dépend de l'objet (des déchets concernés) et d'un aspect territorial, le litige relève donc bien du champ d'application de cet acte de droit de l'Union directement applicable.
- 4 La juridiction de céans demande à la Cour de se prononcer, [e]n vertu de l'article 267 TFUE, à titre préjudiciel sur le contenu du droit de l'Union applicable au présent litige et sur l'interprétation de la jurisprudence y relative [**Or. 2**] [omissis – contenu dudit article].
- 5 Le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) statue en dernier ressort dans la présente affaire et la décision qu'il adoptera sera définitive et non susceptible de recours [omissis – renvoi au droit national].
- 6 La juridiction de cassation se voit dans la nécessité de saisir la Cour dans la présente affaire parce que le contenu de certaines dispositions du droit de l'Union pertinentes aux fins du litige n'est pas parfaitement clair, que l'on applique la théorie de l'acte clair ou celle de l'acte éclairé.
- 7 Étant donné que la juridiction de céans saisit la Cour par une ordonnance qui n'est pas définitive [omissis – renvoi au droit national], c'est-à-dire sans trancher le litige sur le fond, elle exposera les éléments juridiques et factuels de l'affaire [omissis – renvoi au droit national] uniquement dans la mesure où ces éléments

sont nécessaires à la procédure de décision préjudicielle [omissis – renvoi à la jurisprudence nationale].

- 8 Lorsqu'il statue en cassation, le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) ne sort d'ordinaire pas des limites du pourvoi [omissis – renvoi au droit national] ; pour des raisons de protection de l'intérêt public et dans les cas où il existe un motif d'intérêt général, il peut cependant trancher le litige en procédant à l'interprétation et l'application du droit non seulement en ce qui concerne les éléments visés dans les pièces de procédure, mais aussi concernant d'autres aspects, c'est-à-dire que, dans ce cas, il est autorisé à sortir des limites du pourvoi en cassation, après avoir informé les personnes participant à la procédure de son intention [omissis – renvoi au droit national].
- 9 Une telle situation se présente en l'espèce. [omissis – aspects procéduraux]
- 10 [omissis – exposé des droits dont jouissent les parties à la procédure au principal dans le cadre de la procédure préjudicielle]

### **I. La législation lituanienne pertinente pour trancher le litige**

- 11 L'article 35 de la loi sur les marchés publics (« Contenu des documents de marché ») dispose, entre autres :

*1. Dans les documents de marché, le pouvoir adjudicateur fournit toutes les informations relatives aux conditions du marché et au déroulement de la procédure.*

*2. Les documents de marché doivent préciser :*

- 1) les exigences concernant la formulation des offres ;*
- 2) les motifs d'exclusion de fournisseurs, conditions de capacité et, le cas échéant, les normes de gestion de la qualité et de gestion environnementale requises, ces exigences pouvant également s'appliquer aux membres, pris isolément, d'un groupe de fournisseurs ayant présenté une demande de participation ou une offre commune ;*
- 3) l'information que, dans l'hypothèse où la capacité du fournisseur tenant au droit d'exercer l'activité concernée n'a pas été vérifiée ou ne l'a pas été intégralement, le fournisseur s'engage envers le pouvoir adjudicateur à ce que seules des personnes ayant ce droit exécuteront le marché ;*

[...] **[Or. 3]**

- 5) la liste des documents attestant de l'absence de motifs d'exclusion des fournisseurs, de ce qu'ils satisfont aux conditions de capacité et, le cas échéant, se conforment à certaines normes de gestion de la qualité et de gestion environnementale, l'information que le fournisseur doit fournir le*

*document unique de marché européen (DUME) conformément à l'article 50 de la présente loi, ainsi que la précision, en cas procédure ouverte, s'il sera fait l'usage de la possibilité prévue à l'article 59, paragraphe 4, de la présente loi, d'évaluer d'abord l'offre présentée par un fournisseur et de vérifier à un stade ultérieur s'il satisfait aux conditions de capacité ;*

[...]

8) *la nature des biens, services ou travaux à fournir, leur quantité (étendue), la nature des services à fournir avec les biens, les délais de fourniture des biens, de prestation des services ou de réalisation des travaux ;*

[...]

13) *les conditions contractuelles proposées par le pouvoir adjudicateur et (ou) le projet de marché conformément à l'article 87 de la présente loi, s'il a déjà été rédigé. S'il est prévu de conclure un accord-cadre, les documents de marché doivent de même contenir les conditions de l'accord-cadre et (ou) le projet d'accord-cadre, s'il a déjà été rédigé ;*

[...]

19) *délai, lieu et mode de présentation des offres ;*

[...]

4. *Le pouvoir adjudicateur établit les documents de marché conformément aux dispositions de la présente loi. Les documents de marché doivent être précis, clairs, sans ambiguïté, de sorte à permettre aux fournisseurs de soumettre des offres et au pouvoir adjudicateur de se procurer ce dont il a besoin.*

12 L'article 40 de la loi sur les marchés publics (« Présentation des demandes de participation et offres ») énonce, entre autres :

1. *Le pouvoir adjudicateur doit fixer un délai d'une durée suffisante pour la présentation des demandes de participation et offres, de sorte à permettre aux fournisseurs de préparer et présenter leurs demandes de participation et offres de façon appropriée et en temps utile. Ce délai ne saurait être inférieur aux délais de présentation des demandes de participation et offres les plus courts prévus aux articles 60, 62, 65, 69 et 74 de la présente loi. Le pouvoir adjudicateur fixe ce délai en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire pour la formulation des demandes de participation et offres.*

[...]

3. *Lorsque des offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux de prestation des services ou de réalisation des travaux ou après avoir pris connaissance sur place des conditions fixées dans les documents de marché, le*

*pouvoir adjudicateur fixe un délai de présentation des offres supérieur à ceux prévus aux articles 60, 62, 95, 69 et 74 de la présente loi, afin que tous les fournisseurs intéressés aient la possibilité de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation de leurs offres.*

*4. Le pouvoir adjudicateur doit prolonger le délai de présentation des offres, afin que tous les fournisseurs souhaitant participer à la procédure aient la possibilité de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation de leurs offres, dans les cas suivants :*

*1) lorsque, pour quelque motif que ce soit, un complément d'informations, bien que demandé en temps utile par le fournisseur, est fourni moins de six jours avant l'expiration du délai fixé pour la présentation des offres, moins de quatre jours s'il s'agit d'une procédure simplifiée. Dans le cas d'une procédure ouverte, restreinte ou concurrentielle avec négociation accélérée, telle que visée à l'article 60, paragraphe 3, et à l'article 62, paragraphe 7, de la présente loi, ce délai est de quatre jours, dans le cadre d'une procédure simplifiée accélérée, de trois jours ; [Or. 4]*

*2) lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de marché.*

*5. Le pouvoir adjudicateur prolonge le délai de présentation des offres dans les cas prévus au paragraphe 4 du présent article en tenant compte de l'importance des informations ou de la modification apportée aux documents de marché. Lorsque le complément d'informations n'a pas été demandé en temps utile ou qu'il n'a pas une influence déterminante sur la préparation des offres, le pouvoir adjudicateur peut ne pas prolonger le délai.*

[...]

13 L'article 47 de la loi sur les marchés publics (« Contrôle des capacités du fournisseur ») prévoit, entre autres :

*1. Le pouvoir adjudicateur étant tenu de déterminer si le fournisseur présente la compétence, la fiabilité et les capacités requises pour respecter les conditions du marché, il peut, en conséquence, définir dans l'avis de marché ou dans d'autres documents de marché les capacités qui sont requises des candidats ou des soumissionnaires et les documents ou informations à présenter pour certifier qu'ils disposent de ces capacités. Les capacités requises des candidats ou des soumissionnaires par le pouvoir adjudicateur ne peuvent pas limiter artificiellement la concurrence, doivent être proportionnées, en rapport avec l'objet du marché et précises et claires. Pour vérifier les capacités des fournisseurs, le pouvoir adjudicateur prend en compte, au choix :*

*1) leur droit d'exercer l'activité concernée ;*

*2) leurs capacités financières et économiques ;*

3) *leurs capacités techniques et professionnelles.*

2. *Le pouvoir adjudicateur est en droit d'exiger, dans les documents de marché, que le fournisseur ait le droit d'exercer l'activité nécessaire à l'exécution du marché. S'agissant d'un marché de services, il peut exiger que les fournisseurs possèdent des autorisations spécifiques ou soient membres de certaines organisations si cela est obligatoire pour pouvoir fournir les services concernés dans leur pays d'origine.*

[...]

La juridiction de céans

a constaté ce qui suit :

## **II. Antécédents du litige au principal et déroulement de la procédure en justice**

14 Le 7 octobre 2018, la partie défenderesse en première instance, l'Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos (département de protection de l'environnement près le ministère de l'Environnement, ci-après la « partie défenderesse » ou le « pouvoir adjudicateur ») a publié un appel d'offres ouvert international portant sur un *marché de services de gestion de déchets dangereux* (ci-après l'« appel d'offres »).

15 Les conditions de l'appel d'offres prévoyaient, entre autres, ce qui suit :

*Estimant qu'il est nécessaire de liquider rapidement l'installation à haut risque et traiter rapidement les déchets dangereux pour prévenir une catastrophe environnementale, le pouvoir adjudicateur applique la procédure accélérée et écourte le délai de présentation des offres, comme le prévoit l'article 60, paragraphe 3, point 1, de la loi sur les marchés publics (point 9).*

*Objet du marché : services de gestion de déchets dangereux (dangereux pour l'environnement) stockés (dans des récipients qui se dégradent, posés à même le sol, empilés les uns sur les autres, soumis à des contraintes de poids et exposés aux précipitations, aux températures extérieures et à d'autres facteurs environnementaux, contenant des produits chimiques dangereux et accessibles à des personnes non autorisées) à l'air libre sur un terrain [omissis – adresse] de la société BUAB « ŪRUS » ir Ko. [Or. 5] Pour empêcher une catastrophe environnementale, cette installation à haut risque doit être liquidée rapidement (point 11).*

*Les fournisseurs participant à l'appel d'offres doivent satisfaire aux conditions de capacité énoncées au présent point. Le fournisseur doit avoir acquis les capacités requises à la date limite fixée pour la présentation des offres. Le pouvoir adjudicateur demandera au seul fournisseur dont l'offre, au vu des résultats de l'évaluation, pourra être déclarée avoir remporté le marché, de produire les*

*documents attestant des conditions de capacité, précisés dans le tableau figurant au présent point, (point 23).*

*Le fournisseur doit répondre à l'ensemble des conditions de capacité ci-après :*

*avoir le droit d'exercer l'activité nécessaire à l'exécution du marché, c'est-à-dire être en possession d'un extrait intégral du registre des personnes morales délivré par la société VĮ Registrų centras ou un autre document officiel délivré par une autorité compétente, attestant de son droit d'exercer l'activité nécessaire à l'exécution du marché, à savoir la gestion de déchets dangereux. Le fournisseur présente une copie d'un extrait intégral du registre des personnes morales délivré par la société VĮ Registrų centras ou d'un autre document délivré par une autorité compétente, attestant de son droit d'exercer l'activité nécessaire à l'exécution du marché, ou d'un document délivré par une autorité équivalente d'un pays étranger (certificat délivré par des organismes de gestion [des registres] professionnels ou d'activité, agréés par l'État, conformément à ce que prévoit l'État du siège du fournisseur) ou d'une déclaration sur l'honneur, attestant du droit d'exercer l'activité nécessaire à l'exécution du marché. Les documents, scannés, sont fournis sous forme électronique (point 1 du tableau figurant au point 23 des conditions de l'appel d'offres) (ci-après la « clause litigieuse »).*

*Le fournisseur doit être inscrit au registre national des gestionnaires de déchets pour l'activité de gestion des déchets indiquée dans la spécification technique et avoir le droit de gérer les déchets indiqués dans le tableau 1 de la spécification technique. Ces informations étant publiques, le pouvoir adjudicateur les vérifiera lui-même (point 2 du tableau figurant au point 23).*

*Le fournisseur doit avoir le droit de gérer les déchets dangereux indiqués dans la spécification technique. Il fournit une copie d'une licence de déchets dangereux en cours de validité. Les documents, scannés, sont fournis sous forme électronique (point 3 du tableau figurant au point 23).*

*Le fournisseur est titulaire d'une autorisation de prévention et réduction intégrées de la pollution ou d'un quota d'émission pour les types et quantité de déchets indiqués dans la spécification technique des conditions du marché ainsi que d'un contrat d'assurance de garantie ou d'une garantie bancaire en cours de validité, garantissant le financement des mesures prévues dans le plan de cessation de l'activité de valorisation ou élimination des déchets en cas de faillite de l'entreprise ou dans tout autre cas dans lequel l'entreprise serait contrainte de cesser l'activité de valorisation ou élimination des déchets et ne disposerait pas des fonds y nécessaires. Il fournit une copie de l'autorisation de prévention et réduction intégrées de la pollution ou du quota d'émission qui lui ont été accordés, ainsi que du contrat d'assurance de garantie ou de la garantie bancaire. Les documents, scannés, sont fournis sous forme électronique (point 4 du tableau figurant au point 23).*

*Dans l'hypothèse où la capacité du fournisseur tenant au droit d'exercer l'activité concernée n'a pas été vérifiée ou ne l'a pas été intégralement, le fournisseur s'engage envers le pouvoir adjudicateur à ce que seules des personnes ayant ce droit exécuteront le marché (point 23.1.2).*

*Le prestataire de services a la possibilité de visiter le terrain concerné avant de présenter son offre, sur rendez-vous à convenir avec le personnel du pouvoir adjudicateur.*

*Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de recourir aux services de gestion de déchets en fonction des besoins et ne s'oblige pas à faire appel à l'ensemble des services de gestion de déchets indiqués dans le tableau 1 de la spécification technique pendant la durée de validité du marché (point 78).*

*Pendant la prestation du service, les déchets dangereux seront pesés, étiquetés et transportés chez l'entreprise assurant l'élimination ou la valorisation des déchets. Si nécessaire, les déchets peuvent être reconditionnés (point 1.2 de la spécification technique).*

*[...] une description de l'étendue prévisionnelle des services de gestion des déchets ainsi que des déchets qui en feront l'objet figure dans le tableau 1. S'il était constaté que le tas de déchets ou les conteneurs contiennent des déchets dangereux d'un type non indiqué dans le tableau 1, ces déchets devront néanmoins être gérés (le code de ces déchets pourrait alors être 19 12 11\*). Les déchets non dangereux rencontrés au cours du nettoyage de la zone [Or. 6] devront être triés et laissés sur le terrain, à des emplacements convenus avec le pouvoir adjudicateur (point 4, quatrième alinéa, de la spécification technique).*

*La spécification technique comporte un tableau relatif à l'étendue prévisionnelle des services de gestion des déchets, indiquant : 1) les zones de dépôt des déchets (le dépôt de déchets est indiqué par ordre de priorité ; les déchets doivent être gérés par étapes, suivant le dépôt de déchets indiqué ; le schéma de dépôt des déchets figure en annexe 1) ; 2) le code de déchets [le code de déchets est indiqué au regard des résultats d'analyses effectuées en laboratoire (annexe 2) ; tous les déchets stockés n'ayant pas été analysés, une partie des déchets stockés pourront également se voir attribuer le code 19 12 11\*] ; 3) une description des déchets ; 4) la quantité prévisionnelle, exprimée en tonnes (« de ... à ... ») (la quantité effective de déchets est inconnue ; le poids prévisionnel des déchets a été évalué sur la base du nombre de containers et de leur niveau de remplissage ; en raison de l'impossibilité d'accéder à un grand nombre de containers et d'en déterminer le niveau de remplissage, le poids des déchets indiqué est susceptible d'évoluer au cours des opérations de gestion) ; 5) le numéro de l'échantillon de déchets ; 6) le numéro du rapport d'analyse de l'échantillon de déchets (les rapports des analyses effectuées figurent en annexe 2).*

- 16 Quatre fournisseurs ont présenté des offres : la société UAB « Sanresa », partie requérante en première instance (ci-après la « partie requérante »), qui coopérait

dans le cadre d'une activité commune \* avec les sociétés UAB « Ekometrija » et AB « Palemono keramikos gamykla » et avait désigné deux sous-traitants, les sociétés Fortum Waste Solution A/S (Danemark) et ALS Czech republik s.r.o. (République tchèque); la société UAB « Švykai »; un groupement de fournisseurs, composé des sociétés UAB « Žalvaris » et UAB « Toksika »; la société UAB « Eko Balt ».

- 17 Le 22 novembre 2018, le pouvoir adjudicateur a demandé à la partie requérante de lui fournir, dans les cinq jours ouvrables, des informations clarifiant son offre, relatives, entre autres à la répartition des différentes opérations de gestion des déchets entre ses partenaires et sous-traitants, ainsi qu'au point de savoir lequel de ses sous-traitants avait concrètement obtenu une autorisation de transfert international de déchets \*\*.
- 18 Le 7 décembre 2018, le pouvoir adjudicateur, après avoir pris connaissance des informations fournies par la partie requérante lui avait communiquées, lui a rappelé que le transfert international de déchets était régi par le règlement n° 1013/2006 ; que, en vertu de ce dernier, une autorisation était nécessaire pour effectuer un tel transfert et qu'aucun des opérateurs économiques désignés par la partie requérante n'en possédait ; au regard de la jurisprudence du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) (arrêt du 14 février 2017, procédure civile n° e3k-7-23-248/2017), le pouvoir adjudicateur a suggéré à la partie requérante de remédier, jusqu'au 17 décembre 2018 au plus tard, aux déficiences de son offre et présenter une nouvelle liste de sous-traitants, c'est-à-dire changer de sous-traitants.
- 19 Le 26 février 2019, le pouvoir adjudicateur a mis fin à la procédure d'appel d'offres, en raison du manque de clarté et des ambiguïtés entachant, d'après lui, les dispositions de l'appel d'offres, lesquelles étaient dès lors contraires aux principes régissant la passation des marchés publics ; la partie défenderesse a indiqué que la clause litigieuse n'énonçait pas d'exigences qui découlaient du règlement n° 1013/2016 ; la partie requérante a contesté cette décision par une réclamation le 7 mars 2019.
- 20 Le 18 mars 2019, le pouvoir adjudicateur a décidé de retirer sa décision du 26 février 2019 mettant fin à la procédure d'appel d'offres et de poursuivre ladite procédure.

\* Ndt : « *jungtinė veikla* », littéralement « activité unie » (partenariat), dépourvue de personnalité morale. Cette notion est proche de celle de « société simple » en droit belge ou de « société en participation » en droit français. L'« activité commune » ne poursuit pas nécessairement un but lucratif et ce contrat est, en pratique, fréquemment utilisé pour encadrer des coopérations entre entreprises ou entre entreprises et organismes publics.

\*\* Ndt : la version en langue lituanienne du règlement n° 1013/2006 utilise le terme « *leidimas* », littéralement « permis, autorisation » [« consentement » (des autorités compétentes) dans la version en langue française] ; nous le traduirons ci-après par « autorisation » lorsque ce sera nécessaire pour préserver la logique du raisonnement.

- 21 Le 19 mars 2019, le pouvoir adjudicateur a informé la partie requérante par écrit de ce qu'il lui fixait un délai de quarante jours pour fournir une autorisation de transfert international de déchets ou changer de sous-traitant.
- 22 Le 26 avril 2019, la partie requérante a demandé au pouvoir adjudicateur de prolonger ce délai en raison de perturbations du système d'information.
- 23 Le 21 mai 2019, le pouvoir adjudicateur a pris une décision rejetant l'offre de la partie requérante, a publié le classement des offres et le nom de l'adjudicataire (le groupement de fournisseurs composé des sociétés UAB « Žalvaris » et UAB « Toksika ») et a conclu avec ce dernier le marché public de services.

La partie défenderesse a fondé sa décision de rejeter l'offre de la partie requérante notamment sur la menace toujours croissante que les déchets non traités représentaient pour l'environnement ainsi que sur le point 1 du tableau des conditions de capacité figurant au point 23 des conditions de l'appel d'offres, selon lequel les fournisseurs devaient avoir le droit d'exercer l'activité concernée (point 15, sixième alinéa, de la présente ordonnance) ; elle a en substance motivé cette décision par le fait que la partie requérante devait avoir obtenu l'autorisation de l'Aplinkos apsaugos agentūra (agence de protection de l'environnement, Lituanie) pour effectuer des transferts internationaux de déchets, conformément au règlement n° 1013/2006, mais que, au cours du délai qui lui avait été accordé, elle s'était [Or. 7] uniquement concertée avec l'agence de protection de l'environnement au sujet du montant de la garantie, et que, bien que celui lui avait été suggéré, elle n'avait pas non plus désigné de nouveaux sous-traitants qui disposaient de cette autorisation ou qui n'en avaient pas besoin.

- 24 Le 30 mai 2019, la partie requérante a saisi la partie défenderesse d'une réclamation contre le rejet de son offre. La partie requérante a fait valoir qu'elle satisfaisait à la condition de capacité des fournisseurs telle qu'elle résultait de la clause litigieuse, puisque celle-ci n'exigeait pas que l'offre soit accompagnée du consentement au transfert international. Partant, le pouvoir adjudicateur lui avait imposé, après la soumission des offres, une exigence nouvelle, non prévue dans la version initiale des conditions de l'appel d'offres. La partie requérante a par ailleurs considéré que le consentement précité devait être analysé non pas comme constituant une condition de capacité, mais comme une condition d'exécution du marché. La partie requérante a en outre observé qu'il était en tout état de cause impossible d'obtenir le consentement au transfert des déchets, dès lors que les conditions de l'appel d'offres n'indiquaient pas la quantité et la composition précises de ces déchets. La partie requérante a, entre autres, déclaré que la décision de rejeter son offre compte tenu de ses relations avec un opérateur économique étranger (danois), devait être qualifiée de discriminatoire.
- 25 Le 10 juin 2019, la partie défenderesse a rejeté la réclamation de la partie défenderesse, par une décision dans laquelle elle réitérait en substance les motifs de ses précédentes décisions ainsi que les circonstances et le contenu de sa correspondance avec la partie requérante.

- 26 Le 20 juin 2019, la partie requérante a saisi le tribunal de première instance [le Vilniaus apygardos teismas (tribunal régional de Vilnius, Lituanie)] (le 12 juillet 2019, la partie requérante a introduit une autre action, contestant l'évaluation des capacités de l'adjudicataire) ; celui-ci a rejeté les actions introduites par la partie requérante le 2 octobre 2019 ; la partie requérante a interjeté appel le 16 octobre 2019, rejeté par arrêt de la juridiction d'appel [le Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie)] du 18 décembre 2018.

Le Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie) a constaté, en substance, que le pouvoir adjudicateur était en vertu de l'article 47 de la loi sur les marchés publics tenu de s'assurer des capacités des fournisseurs et pouvait par conséquent prévoir, dans la clause litigieuse, une condition tenant au droit d'exercer l'activité concernée ; il a qualifié la clause litigieuse de condition de capacité des fournisseurs et a déclaré bien fondés les arguments avancés par la partie défenderesse, selon lesquels la partie requérante était en vertu du règlement n° 1013/2006 tenue de fournir au pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure d'appel d'offres le consentement au transfert dès lors qu'elle avait décidé de transporter les déchets dans un autre État membre de l'Union ; il était à cet égard sans importance que ce document n'était pas visé dans la clause litigieuse, dès lors qu'il était exigé par une réglementation impérative de l'Union, son application n'emportait donc pas violation des principes régissant les marchés publics ; les circonstances de fait (correspondance, octroi d'un délai pour produire le consentement, etc.) étaient sans incidence sur la qualification de la clause litigieuse ; il n'était pas nécessaire de disposer physiquement des déchets pour pouvoir obtenir le consentement.

- 27 Le 17 janvier 2020, la partie requérante s'est pourvue en cassation.

La juridiction de céans

constate :

### **III. Motifs et position de la juridiction de céans dans le cadre de la procédure préjudicielle**

- 28 Dans la présente affaire, les parties s'opposent sur la légalité de l'évaluation portée sur les offres soumises par la partie requérante et l'adjudicataire en ce qui concerne leur conformité aux conditions de capacité posées. Il convient d'observer que seul l'un de ces aspects est pertinent à ce stade de la procédure de cassation, à savoir l'évaluation de l'offre de la partie requérante, puisque l'évaluation des capacités de l'autre fournisseur ne pose en principe pas de problème d'interprétation et application du droit de l'Union.
- 29 Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, la juridiction de cassation décide dans la présente affaire de sortir d'office des limites du pourvoi en cassation et de se prononcer sur les conditions de l'appel d'offres, bien que leur légalité n'ait pas été expressément remise en cause. Cette approche se justifie non seulement par la protection de l'intérêt public [Or. 8] en général, mais aussi par la particularité de

la situation qui se présente en l’espèce, dans laquelle les possibilités, pour la partie requérante, d’obtenir le consentement précité au transfert international de déchets se sont trouvées limitées.

30 Indépendamment du fait que la nécessité d’interpréter le droit de l’Union résulte de la décision de la juridiction nationale d’outrepasser d’office les limites du litige entre les parties, la Cour est compétente pour lui donner une réponse utile à la solution du litige (voir, par exemple, arrêts du 5 avril 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, et du 25 octobre 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865). [omissis – point de procédure]

31 Dans la présente affaire, la juridiction de céans se prononce et interroge la Cour au sujet de : a) la qualification de la clause litigieuse de l’appel d’offres ; b) la vérification de ce que les fournisseurs ont bien le droit d’exercer l’activité concernée ; c) certains aspects du règlement n° 1013/2006 ; d) la légalité des conditions de l’appel d’offres définissant l’objet du marché.

*Sur l’exigence de présenter, au cours de la procédure de passation de marché, le consentement [des autorités compétentes] au transfert international des déchets conformément au règlement n° 1013/2006*

32 Selon la juridiction de céans, la principale question de droit, liée notamment à l’interprétation et l’application des dispositions de la directive 2014/24 ainsi que du règlement n° 1013/2006, porte sur la qualification de la clause litigieuse de l’appel d’offres – s’agit-il du droit des fournisseurs d’exercer l’activité concernée ou d’une condition régissant l’exécution du marché. Cette question ne constitue pas une fin en soi, c’est d’elle que dépend, en substance, l’appréciation qu’il convient de porter sur la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur de rejeter l’offre soumise par la partie requérante.

33 Dans ce contexte, il convient de rappeler la jurisprudence constante du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie), selon laquelle, dans les litiges entre pouvoirs adjudicateurs et soumissionnaires, c’est en substance le contenu des conditions qui est pertinent, et non la dénomination qui leur est donnée par le pouvoir adjudicateur ; la qualification appropriée des conditions de l’appel d’offres permettra d’appliquer correctement les dispositions de la loi sur les marchés publics applicables aux différentes procédures de passation de marché et, partant, de donner une solution appropriée au litige ; il est indispensable de déterminer correctement le contenu des conditions de l’appel d’offres pour vérifier si l’application que le pouvoir adjudicateur en a faite est légale [omissis – références de jurisprudence nationale].

34 Par ailleurs, il convient de relever que la clause litigieuse (point 15, sixième alinéa, de la présente ordonnance) n’énonce pas expressément l’exigence que le consentement au transfert international de déchets soit joint à l’offre. Ce point n’est pas contesté entre les parties. Cela se trouve notamment confirmé par au moins deux circonstances, constantes, de la présente affaire : *premièrement*, le

pouvoir adjudicateur a mis fin à la procédure d'appel d'offres en raison d'une déficience du contenu de la clause litigieuse, tenant à sa formulation inadaptée au regard des dispositions du règlement n° 1013/2006 (point 19 de la présente ordonnance) ; *deuxièmement*, il a ensuite retiré la décision et a, conformément la jurisprudence du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) concernant la possibilité de remédier à une déficience affectant une offre en ce qui concerne le droit d'exercer une activité lorsque cette déficience résulte du contenu des conditions du marché, demandé à la partie requérante de produire le consentement précité.

- 35 La partie défenderesse a donc, en fin de compte, analysé la clause litigieuse comme comprenant, entre autres, la condition que le fournisseur ait le droit d'effectuer des transferts internationaux de déchets. Les juridictions précédemment saisies de l'affaire ont partagé cette analyse. Les doutes exprimés par la partie requérante en ce qui concerne la qualification de la clause litigieuse n'ont cependant pas été éliminés. Selon la juridiction de céans, tant le pouvoir adjudicateur que les juridictions précédemment saisies ont rattaché la qualification de la clause litigieuse à l'interprétation fournie dans l'arrêt du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) du 14 février 2017 (procédure civile n° e3K-7-23-248/2017). Or, cette interprétation [omissis] portait sur l'appréciation des capacités des fournisseurs et non sur l'éventuelle qualification d'une condition de l'appel d'offres de condition de capacité des fournisseurs.
- 36 Dans ce contexte, le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) a dit pour droit à plusieurs reprises qu'il convient d'entendre par qualification d'un fournisseur sa capacité et son aptitude à exécuter dûment les obligations qu'il entend contracter dans le cadre du marché public ; **[Or. 9]** il s'agit là d'une catégorie objective (fait juridique), qui se caractérise par l'existence de certains faits passés (par exemple, la rentabilité de l'activité) ou présents (par exemple, les compétences des employés de l'entreprise) ; les capacités doivent avoir été acquises avant la date limite de présentation des offres, fixée dans les documents de marché [voir, par exemple, arrêt du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) du 14 février 2017, procédure civile n° e3K-7-23-248/2017, point 31 et jurisprudence citée]. Une approche en substance similaire est suivie dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour ») (voir arrêt du 10 octobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, point 42).
- 37 Dans sa jurisprudence concernant la qualification d'une condition de marché de condition portant sur les capacités des fournisseurs ou de condition d'exécution du marché, le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) a, entre autres, relevé que cette appréciation requiert, d'une part, d'établir si l'exigence en cause est énoncée dans les conditions de marché de façon expresse et univoque ainsi que de telle façon que l'appréciation du point de savoir si elle est remplie est liée à la date limite de présentation des offres, et d'autre part, de porter une appréciation sur la législation dont découle l'obligation du fournisseur de disposer

d'une certaine autorisation d'exercer l'activité concernée [omissis – références de jurisprudence nationale].

- 38 Dans le contexte du présent litige, il convient d'observer que la partie requérante a démontré avec constance, tout au long de la procédure, que, selon les dispositions du règlement n° 1013/2006, l'autorisation dont la partie défenderesse demande qu'elle soit présentée n'est pas à considérer comme condition de capacité du fournisseur, au sens de la jurisprudence citée au point 36 de la présente ordonnance, mais concerne, au contraire, l'exécution du marché qui sera concrètement conclu. Aux yeux de la juridiction de céans, cette interprétation du règlement n° 1013/2006, au regard de ses dispositions, n'apparaît pas, à première vue, infondée.
- 39 En effet, il ressort des dispositions du règlement n° 1013/2006 que le consentement au transfert international de déchets a plutôt un caractère ad hoc et non général, étant donné, entre autres, que : a) un transfert de déchets est considéré comme licite lorsque, entre autres, il a été notifié aux autorités compétentes, celles-ci ont donné leur consentement et le transfert est effectué de la manière indiquée dans la notification ou les documents de mouvement (article 2, point 35 du règlement n° 1013/2006) ; b) il faut notifier le transfert au préalable, avant d'y procéder, en précisant, entre autres, la composition des déchets (articles 3 et 4 du règlement n° 1013/2006) ; c) le notifiant conclut un contrat avec le destinataire concernant la valorisation ou l'élimination des déchets notifiés ; des informations concernant ce contrat doivent être fournies au moment de la notification (article 4, paragraphe 4, et article 5 du règlement n° 1013/2006) ; d) une garantie financière doit être constituée avant de procéder au transfert (article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1013/2006) ; e) chaque notification doit porter sur un seul code d'identification des déchets, sauf certains cas bien précis (article 4, paragraphe 6, du règlement n° 1013/2006).
- 40 L'un des principaux arguments avancés par la partie requérante pour remettre en cause l'interprétation et l'application faite par la partie défenderesse de la clause litigieuse sont les déficiences de la définition de l'objet du marché, c'est-à-dire le manque de clarté de la composition des déchets dangereux à enlever du terrain de la société UAB \* « ŪRUS » ir Ko (les codes de déchets). Autrement dit, la partie requérante considère que la grande précision des renseignements à fournir lors de la notification, dans les documents de mouvement et lors de la souscription de la garantie démontre en substance le caractère fondé de son analyse, selon laquelle la clause litigieuse doit être qualifiée de condition d'exécution du marché.
- 41 Selon la juridiction de céans, le seul fait que des informations très concrètes soient indiquées dans un document autorisant un opérateur économique à agir (par exemple, le code de déchets) n'exclut pas en soi la possibilité de le qualifier (de

\* Ndt : au point 15 de la présente ordonnance, cette société est identifiée comme « BUAB "ŪRUS" ir Ko », c'est-à-dire « bankrutuojanti uždaroji akcinė bendrovė », société à responsabilité limitée en faillite.

qualifier l'autorisation) de preuve du droit d'exercer l'activité. Par exemple, dans une affaire tranchée par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie), celui-ci devait se prononcer sur des licences d'exercer une activité impliquant des sources de radiations ionisantes délivrées par le Radiacinės saugos centras (Centre de radioprotection), les annexes de ces licences précisant les noms (modèles) concrets d'appareils médicaux (angiographes) et la réglementation n'autorisant les opérateurs économiques à exercer leur activité, par exemple participer à des appels d'offres, qu'à l'aide des appareils ainsi concrètement identifiés [arrêt du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) du 21 novembre 2019, procédure civile n° e3k-3-469-469/2019].

- 42 La juridiction de céans considère néanmoins que le consentement au transfert dont la fourniture est exigée, en cause en l'espèce, ne peut être assimilé (est d'une nature différente) à la licence d'une activité impliquant des appareils médicaux, puisque le consentement au transfert de déchets d'un État membre vers un autre est d'une durée de validité assez courte et que, même si le consentement a été obtenu pour le type de déchets concerné, il ne pourra pas être utilisé une nouvelle fois, étant donné, en particulier, que le but dans lequel le consentement [Or. 10] avait été accordé a été atteint. En outre, la composition des déchets qui font l'objet des différents transferts peut être différente et, même si elle demeure la même, l'État de transit ou de destination peut ne pas être le même. L'octroi du consentement au transfert, sa validité et la possibilité de l'utiliser dépendent non pas uniquement de la fiabilité de l'opérateur qui cherche à l'obtenir, mais aussi d'autres circonstances spécifiques.
- 43 Toutefois, la juridiction de céans ne peut ignorer le fait que les dispositions du règlement n° 1013/2006 reconnaissent aux autorités compétentes des États concernés – d'expédition, de destination ou de transit – un assez large pouvoir d'appréciation pour refuser d'accorder le consentement et qu'il existe donc un risque non négligeable que l'adjudicataire du marché de transfert de déchets avec lequel le marché a été passé ou son partenaire ne soit en fin de compte pas en mesure d'exécuter le marché en toute légalité. Par exemple, les articles 11 et 12 du règlement n° 1013/2006 permettent aux institutions compétentes de faire objection au transfert de déchets destinés à être éliminés ou valorisés, pour des motifs fondés sur la législation nationale, l'ordre public, etc.
- 44 La juridiction de céans doute qu'il faille faire peser le risque d'un refus de consentement sur les pouvoirs adjudicateurs, qui auront choisi un adjudicataire du marché et conclu le marché avec lui. D'un autre côté, si la clause litigieuse était analysée en une condition de capacité, le fournisseur supporterait inévitablement un certain risque, à tout le moins en ce qui concerne la charge administrative des démarches en vue d'obtenir le consentement au transfert, ainsi que la charge économique de l'obtention de la garantie financière (article 6 du règlement n° 1013/2006).
- 45 La juridiction de céans considère à cet égard, enfin, que, compte tenu du caractère ad hoc du consentement au transfert, la question de la qualification de la clause

litigieuse doit être tranchée notamment en application des dispositions de la directive 2014/24, en particulier de son article 58 et de son annexe XI. Ni ledit article, ni les considérants de cette directive ne contiennent toutefois de disposition plus claire qui permettrait d'établir avec précision le véritable contenu de la clause litigieuse, afin de déterminer si le consentement au transfert de déchets est un élément caractérisant les capacités des fournisseurs. En d'autres termes, il n'est pas clair si, lorsqu'il a défini la notion d'« aptitude à exercer l'activité professionnelle » dans la directive 2014/24, le législateur de l'Union entendait viser ainsi tout type de situation, recouvrant entre autres la délivrance et l'utilisation d'une autorisation ad hoc d'exercer une activité.

*Sur l'appréciation du droit des fournisseurs d'exercer l'activité concernée (article 35, paragraphe 2, point 3, de la loi sur les marchés publics)*

- 46 S'il était décidé que la clause litigieuse est à qualifier de condition que les fournisseurs aient le droit d'exercer l'activité, que cette condition découle de l'appel d'offres et de l'application du règlement n° 1013/2006, et que les fournisseurs doivent donc y satisfaire, des questions supplémentaires se posent concernant l'appréciation des capacités des soumissionnaires, eu égard au point 23.1.2 des conditions de l'appel d'offres ainsi qu'à l'article 35, paragraphe 2, point 3, de la loi sur les marchés publics.
- 47 Il convient d'observer que le point 23.1.2 des conditions de l'appel d'offres (point 15, dixième alinéa, de la présente ordonnance) mettait en œuvre l'article 35, paragraphe 2, point 3, de la loi sur les marchés publics, aux termes duquel les documents de marché doivent, entre autres, préciser *que, dans l'hypothèse où la capacité du fournisseur tenant au droit d'exercer l'activité concernée n'a pas été vérifiée ou ne l'a pas été intégralement, le fournisseur s'engage envers le pouvoir adjudicateur à ce que seules des personnes ayant ce droit exécuteront le marché.* La partie requérante fonde son point de vue, selon lequel c'est illégalement que son offre a été rejetée, entre autres sur le fait que le contenu de la clause litigieuse et l'interprétation systémique de l'article 23.1.2 des conditions de l'appel d'offre ne permettaient pas de rejeter son offre, dès lors que la partie défenderesse a elle-même déclaré dans les conditions de l'appel d'offres que le droit des fournisseurs d'exercer l'activité concernée ne sera vérifiée qu'en partie.
- 48 La juridiction de céans relève que, pendant longtemps (jusqu'au début de l'année 2017), il existait en Lituanie une pratique partiellement erronée consistant à ne poser aucune exigence, du tout, quant au droit des fournisseurs d'exercer l'activité concernée ou à la formuler de façon trop abstraite en énonçant une condition générale, sans préciser quel droit d'exercer l'activité était exigé ou quels documents le prouvant il fallait présenter. Le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) considérait à l'époque qu'il découlait du principe de transparence également une exigence de respecter les normes juridiques impératives énoncées **[Or. 11]** dans d'autres textes législatifs ou réglementaires spéciaux et qu'il incombait par conséquent en substance au fournisseur de déterminer, au regard de la définition de l'objet du marché et d'autres dispositions

de la spécification technique, tous les certificats, autorisations, attestations et autres documents de nature similaire attestant de ce qu'il était titulaire du droit spécifique requis. Cela a notamment conduit, en pratique, à ce qu'un fournisseur non retenu pouvait légalement (et avec succès) remettre en cause les résultats de l'appel d'offres, au motif que l'adjudicataire n'était pas titulaire d'un certain droit spécial d'exercer l'activité nécessaire à l'exécution du marché.

- 49 Telle était la jurisprudence du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) jusqu'au 14 février 2017, lorsque, par l'arrêt dans la procédure civile n° e3K-7-23-248/2017, déjà cité à plusieurs reprises, la jurisprudence antérieure a été renversée. Dans ledit arrêt, le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) a indiqué, s'appuyant notamment sur l'arrêt de la Cour du 2 juin 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), que a) faire prévaloir l'application de la loi spéciale sur la clarté des conditions de marché avait pour effet de conférer une marge d'appréciation excessive aux pouvoirs adjudicateurs et faisait naître un risque d'abus de cette marge ; b) les pouvoirs adjudicateurs ne sauraient rejeter des offres soumises sur la base d'exigences qui n'avaient pas été rendues publiques, même si elles découlaient de normes juridiques impératives ; c) si des exigences tenant au droit d'exercer l'activité concernée imposées par d'autres lois spéciales n'étaient pas clairement précisées dans les conditions de marché et que des fournisseurs n'y satisfaisaient pas, il devait leur être permis de remédier aux déficiences de leur offre ; d) cela incluait la possibilité, pour le fournisseur, de désigner un nouvel opérateur pour l'exécution du marché, c'est-à-dire un partenaire ou un sous-traitant, s'il n'était lui-même pas en mesure ou en droit de réaliser certains travaux (prester certains services).
- 50 Dans la jurisprudence subséquente [l'arrêt précité du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) du 21 novembre 2019, procédure civile n° e3k-3-469-469/2019], il a été considéré qu'il remédiait aux déficiences de l'offre dues à des conditions de marché incomplètes et manquant de clarté s'il était permis au fournisseur de fournir au pouvoir adjudicateur un document attestant de son droit d'exercer l'activité concernée à une date postérieure à la date limite pour la présentation des offres.
- 51 Dans ce contexte, il convient de noter que, lorsqu'il a mis en œuvre la directive 2014/24, le législateur lituanien a modifié la loi sur les marchés publics ; afin d'éviter ces situations de rejet d'offres en application de conditions de capacité qui n'avaient pas été rendues publiques de façon claire, l'article 35, paragraphe 2, point 3, de la loi sur les marchés publics énonce désormais expressément que les pouvoirs adjudicateurs sont en droit de ne pas vérifier (ou de ne pas vérifier intégralement) les capacités en cause des fournisseurs.
- 52 Interprétant cette norme, le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) a observé que se trouvait ainsi en substance transposée dans la loi sur les marchés publics la pratique, suivie dans le cadre de relations privées, consistant à assurer que le prestataire avait le droit d'exercer l'activité concernée non pas au stade précontractuel, mais dans le cadre de la relation contractuelle (même s'il

n'est en réalité pas interdit aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir une condition tenant à cette capacité dans les documents de marché) ; en tout état de cause, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus, avant de conclure le marché, de s'assurer de ce que les opérateurs concernés ont le droit de contracter les obligations contractuelles concernées et de les exécuter [voir arrêt du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) du 21 novembre 2019, procédure civile n° e3k-3-469-469/2019, point 55].

- 53 En outre, compte tenu des obligations que le principe de transparence impose aux pouvoirs adjudicateurs, l'expression « la capacité n'a pas été vérifiée » recouvre non seulement la demande de fournir un document attestant du droit concerné, mais, avant tout, la formulation (l'énoncé), dans les conditions de marché, de l'exigence même que les fournisseurs aient cette capacité, c'est-à-dire qu'il est considéré que la capacité est vérifiée lorsque l'exigence concernée est énoncée dans les conditions de marché et que le pouvoir adjudicateur demande, lors de son évaluation des offres soumises, de produire les documents correspondants [voir arrêt du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) du 21 novembre 2019, procédure civile n° e3k-3-469-469/2019, point 54].
- 54 Enfin, ainsi que le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) l'a précisé, sous le régime de la nouvelle réglementation, la possibilité pour le fournisseur de remédier à des déficiences est à qualifier non pas d'exception aux normes générales, mais comme une institution distincte, à savoir la preuve que seules des personnes ayant le droit requis exécuteront le marché ; partant, cette coopération entre les fournisseurs et pouvoirs adjudicateurs après proclamation du résultat final de l'appel d'offres ne signifie pas une réitération de l'évaluation des offres, il n'est donc, de jure, absolument pas nécessaire d'appliquer à la preuve, avant la conclusion du marché, du droit des personnes responsables d'exercer l'activité concernée les règles d'interprétation du droit (ou les exceptions auxdites règles) dégagées par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) en ce qui concerne la conception objective des capacités, la limitation dans le temps de la possibilité de corriger les informations concernant les capacités [Or. 12] ou de la possibilité de désigner de nouveaux tiers [voir arrêt du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) du 21 novembre 2019, procédure civile n° e3k-3-469-469/2019, points 56 et 57].
- 55 Il convient de conclure des arrêts précités du Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) que, si le pouvoir adjudicateur ne vérifie pas intégralement, voire ne vérifie pas du tout, que les fournisseurs ont le droit d'exercer l'activité concernée, le fournisseur qui remporte le marché est tenu de présenter, avant la conclusion du marché, des documents apportant la preuve de ce qu'il a ce droit, peu important la date à laquelle ces documents sont établis, ou peut, s'il n'a pas ce droit, désigner de nouveaux opérateurs, c'est-à-dire des partenaires dans le cadre d'une activité commune ou des sous-traitants.
- 56 La juridiction de céans doute de la conformité de la réglementation nationale au droit de l'Union. Elle est toujours d'avis que le fournisseur ne devrait pas subir de

préjudice du fait que les conditions de marché n'énonçaient pas l'exigence que le fournisseur ait le droit d'exercer une activité précise et que, une fois cette exigence divulguée, il avait désigné un tiers, qu'il devrait donc, en tout état de cause, lui être permis d'y remédier d'une façon ou d'une autre. La juridiction s'interroge néanmoins sur le point de savoir si une réglementation nationale, laissant aux pouvoirs adjudicateurs un pouvoir illimité de ne pas vérifier que les fournisseurs ont bien le droit d'exercer l'activité concernée, alors qu'ils sont susceptibles d'avoir (ou même doivent avoir) connaissance de ce que ce droit est nécessaire et comprendre la menace pour la bonne exécution du marché qui en résulte, est conforme aux principes de transparence et de protection de la confiance légitime, ainsi qu'à une organisation rationnelle des procédures de passation des marchés publics.

*Sur la légalité des conditions du marché public définissant l'objet du marché*

- 57 La juridiction de céans s'interroge, entre autres sur les conditions de l'appel d'offres qui définissent l'objet du marché ainsi que sur certaines dispositions de la spécification technique. Bien que la partie requérante ait également exprimé des doutes similaires au cours de la procédure, elle n'a pas formulé de chefs de demande spécifiques à cet égard ; c'est pour cette raison d'office que la juridiction de céans statue sur ce point.
- 58 Il ressort de façon évidente des conditions de marché que le pouvoir adjudicateur ne connaît pas la composition et la quantité précises de l'ensemble des déchets à enlever. Il semblerait que cela puisse se justifier par la spécificité de la situation qui se présente – *une grande quantité de déchets dangereux, dont la composition n'est pas claire, a été découverte chez le gestionnaire de déchets UAB « ŪRUS » ir Ko, qui en raison de leur état (dégradation des contenants, fuite des liquides y contenus dans l'environnement, etc.) devaient impérativement être enlevés et traités rapidement*, raison pour laquelle la partie défenderesse a fait usage de la possibilité de recourir à la procédure accélérée écourté le délai de présentation des offres (voir point 15, deuxième et troisième alinéas, de la présente ordonnance).
- 59 Toutefois, une année s'est écoulée entre la publication de l'appel d'offres et la conclusion du marché, et cette période assez longue, eu égard aux spécificités de l'objet du marché et à l'objectif d'éviter une catastrophe environnementale poursuivi par le pouvoir adjudicateur, ne résulte pas uniquement de la procédure de recours introduite par la partie requérante, mais aussi du comportement de la partie défenderesse elle-même, entre autres de sa décision de mettre fin à la procédure d'appel d'offres, avant de la reprendre et poursuivre. Selon la juridiction de céans, la partie défenderesse ne peut donc invoquer l'urgence pour tenter de justifier les déficiences entachant la définition de l'objet du marché. La juridiction de céans ne se prononcera pas spécifiquement sur la légalité de la mise en œuvre d'une procédure accélérée dans la présente affaire.
- 60 Le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) et la Cour ont jugé dans ce contexte à plusieurs reprises que les spécifications techniques doivent

être suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs de l'attribuer, et qu'il y a lieu de les mentionner clairement, de façon à ce que tous les soumissionnaires sachent ce que recouvrent les critères établis par le pouvoir adjudicateur ; en outre, si le pouvoir adjudicateur est en droit d'attendre des opérateurs économiques intéressés qu'ils soient raisonnablement informés et normalement diligents, une telle attente légitime suppose néanmoins que le pouvoir adjudicateur ait lui-même formulé ses exigences de façon claire (arrêt du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, EU:C:2012:284).

- 61 D'un autre côté, même s'il en allait autrement, c'est-à-dire si la partie défenderesse pouvait légalement décrire l'objet du marché de façon non parfaitement exhaustive, la juridiction de céans a des doutes sur la légalité de cette situation au regard des dispositions du règlement **[Or. 13]** n° 1013/2006, en particulier dans l'hypothèse où la clause litigieuse serait qualifiée de droit d'exercer l'activité concernée. Il ressort de l'article 2, point 35, du règlement n° 1013/2006 qu'est considéré constituer un transfert illicite, entre autres, un transfert effectué d'une manière qui n'est pas matériellement indiquée dans la notification ou les documents de mouvement. La licéité d'un transfert de déchets dépend donc, entre autres, du respect des conditions initiales, au vu desquelles le consentement au transfert est accordé.
- 62 L'article 17 du règlement n° 1013/2006 indique que si une modification essentielle a été apportée aux modalités et/ou aux conditions du transfert, il est nécessaire d'en informer, si possible avant le début du transfert, les autorités compétentes ainsi que le destinataire ; dans ce cas, une nouvelle notification est effectuée. Ainsi, si la composition et la quantité véritables de l'ensemble des déchets dangereux se révèlent en cours d'exécution du marché, le transporteur doit, en substance, recommencer la procédure de notification.
- 63 Le pouvoir adjudicateur a indiqué dans les conditions de l'appel d'offres que, si la composition des déchets se trouvant dans les récipients inspectés par lui changeait ou si la composition des déchets se trouvant dans des récipients qui n'avaient pas été inspectés était nouvellement établie, le fournisseur devrait les traiter conformément au code 19 12 11 [« autres déchets (y compris mélanges) provenant du traitement mécanique des déchets contenant des substances dangereuses »] ou au code 16 10 01 (« déchets liquides aqueux contenant des substances dangereuses »). La juridiction de céans s'interroge sur cette possibilité d'une définition non exhaustive de l'objet du marché et l'application du règlement n° 1013/2006.
- 64 Par exemple, aux termes de l'article 5 dudit règlement, un contrat doit être conclu entre le notifiant et le destinataire en ce qui concerne la valorisation ou l'élimination des déchets notifiés. Il n'est pas clair si, ne disposant pas de toutes les informations nécessaires relatives à la composition des déchets, les parties à ce contrat pourraient convenir d'un transfert des déchets sous les codes de déchets dangereux précités.

- 65 Eu égard à ce qui précède, la juridiction de céans a des doutes raisonnables sur le point de savoir si, en cas de passation d'un marché public de gestion de déchets, les règles générales régissant la passation des marchés publics (la directive 2014/24) et certaines dispositions du règlement n° 1013/2006 n'obligent pas le pouvoir adjudicateur à définir la quantité et la composition des déchets qu'il faudra enlever et traiter, ainsi que d'autres informations importantes, de façon aussi précise et concrète possible, au lieu de laisser aux fournisseurs le soin, à leurs risques, de déterminer cela et de s'adapter en cours d'exécution du marché.

Le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie), section des affaires civiles, statuant en formation collégiale, [omissis – mention de procédure]

décide :

de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel des questions suivantes :

- 1) Convient-il d'interpréter l'article 18, paragraphe 2, l'article 56, paragraphe 1, premier alinéa, sous b), l'article 56, paragraphe 1, deuxième alinéa, l'article 58, paragraphe 1, sous a), et l'article 58, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2014/24, ainsi que les articles 3 à 6 du règlement n° 1013/2006 et les autres dispositions de ce dernier (lus en combinaison ou séparément, mais sans s'y limiter), en ce sens que le consentement accordé à un opérateur économique, nécessaire pour transférer des déchets d'un État membre vers un autre, est à qualifier de condition d'exécution du marché et non de condition tenant au droit d'exercer l'activité concernée ?
- 2) À supposer que le consentement au transfert de déchets visé ci-dessus soit à considérer comme étant un critère de sélection des fournisseurs (aptitude à exercer l'activité professionnelle), convient-il d'interpréter et appliquer les principes de transparence et de concurrence loyale énoncés à l'article 18, paragraphe 1, premier et deuxième alinéas, de la directive 2014/24, l'article 58, paragraphe 1, sous a), l'article 58, paragraphe 2, deuxième alinéa, de cette même directive, les principes de libre circulation des personnes, marchandises et services énoncés à l'article 26, paragraphe 2, TFUE, ainsi que les articles 7 à 9 du règlement n° 1013/2006 (lus en combinaison ou séparément, mais sans s'y limiter), en ce sens que les conditions d'un marché public de services de gestion de déchets doivent, en particulier pour ce qui concerne les délais de présentation des offres, permettre aux opérateurs économiques, nationaux ou étrangers, qui voudraient transporter les déchets par-delà les frontières des États membres de l'Union européenne, **[Or. 14]** de participer pleinement à ce marché public et notamment de présenter un consentement qui a été accordé à une date postérieure à la date limite de présentation des offres ?

- 3) À supposer que le consentement au transfert de déchets visé ci-dessus soit à considérer comme étant une condition d'exécution du marché, au sens de l'article 49, de l'annexe V, C, point 17, ainsi que de l'article 70 de la directive 2014/24, convient-il d'interpréter les principes de la passation de marchés énoncés à l'article 18 de cette même directive ainsi que les principes généraux d'attribution des marchés énoncés à son article 56, en ce sens que l'offre d'un soumissionnaire qui n'a pas produit ce consentement ne peut être rejetée ?
- 4) Convient-il d'interpréter l'article 18, l'article 56, paragraphe 1, premier alinéa, sous b), l'article 58, paragraphe 1, sous a), et l'article 58, paragraphe 2, de la directive 2014/24, en ce sens qu'ils font obstacle à une réglementation nationale qui permet aux pouvoirs adjudicateurs de définir d'avance, dans les documents de marché, une procédure d'évaluation des offres suivant laquelle le droit des fournisseurs d'exercer l'activité concernée (leur aptitude à exercer l'activité professionnelle) sera vérifié en partie ou ne sera pas vérifié du tout, alors que la jouissance de ce droit est une condition nécessaire à l'exécution licite du marché et qu'il est possible au pouvoir adjudicateur d'avoir connaissance de ce que ce droit est nécessaire avant d'établir les documents de marché ?
- 5) Convient d'interpréter l'article 18, l'article 42, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2014/24, l'article 2, point 35, les articles 5 et 17 du règlement n° 1013/2006 ainsi que les autres dispositions de ce dernier, en ce sens que, s'agissant d'un marché public de gestion de déchets, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se procurer de tels services de façon licite uniquement s'ils définissent la quantité et la composition des déchets, ainsi que les autres conditions importantes d'exécution du marché (par exemple le conditionnement), de façon claire et précise dans les documents de marché ?

Il est sursis à statuer jusqu'au prononcé de la décision de la Cour.

[omissis – mention de procédure, nom des juges]