

**Affaire C-927/19**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

18 décembre 2019

**Juridiction de renvoi :**

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituanie)

**Date de la décision de renvoi**

17 décembre 2019

**Partie requérante originaire et autre partie à la procédure en cassation :**

UAB « Ecoservice Klaipėda »

**Partie défenderesse originaire et demanderesse en cassation :**

UAB « Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras »

---

[OMISSIS] [références de l'affaire]

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

**ORDONNANCE**

**AU NOM DE LA RÉPUBLIQUE DE LITUANIE**

Le 17 décembre 2019

Vilnius

Le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie), section des affaires civiles, statuant en formation collégiale [OMISSIS] [composition du siège] a examiné, selon les règles de la procédure écrite, le pourvoi en cassation introduit par **la partie défenderesse** [originaire, demanderesse en cassation], la **société à responsabilité limitée Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras** (centre régional de gestion des déchets de Klaipėda, ci-après le « Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras » ou le « pouvoir adjudicateur ») contre l'arrêt rendu le 30 mai 2019 par le Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie), section des affaires civiles, statuant en formation collégiale, dans l'affaire introduite [sur appel de] la partie requérante [originaire, défenderesse en

cassation], la société à responsabilité limitée « Ecoservice Klaipėda » (ci-après « Ecoservice Klaipėda » ou le « fournisseur A ») contre le Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, tendant à l’annulation d’une décision de celui-ci, les autres parties à la procédure étant les sociétés à responsabilité limitée « Klaipėdos autobusų parkas », « Parsekas » et « Klaipėdos transportas » (ci-après collectivement le « fournisseur B » ou l’« adjudicataire »).

Considérant ce qui suit :

1. La présente affaire porte sur l’interprétation et l’application des règles de droit matériel régissant la protection des informations confidentielles présentées par les fournisseurs au pouvoir adjudicateur lors d’une procédure de passation de marché public et lors d’une procédure de réclamation, la détermination des conditions du marché public et la constatation que des informations fournies par un fournisseur sont fausses.
2. Le litige relève du champ d’application de la *législation nationale*, à savoir le Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (code de procédure civile de la République de Lituanie, ci-après le « code de procédure civile ») et le Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (loi lituanienne sur les marchés publics, ci-après la « loi sur les marchés publics »). Il relève aussi du champ d’application du *droit de l’Union*, à savoir 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) et la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l’application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33), ainsi que la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d’affaires) contre l’obtention, l’utilisation et la divulgation illicites (JO 2016, L 157, p. 1).
3. Il ressort des éléments du dossier (avis relatif au marché litigieux) que la valeur prévisionnelle du marché est de 750 000 euros hors TVA ; la valeur de ce marché franchit le seuil de valeur des marchés internationaux et le litige relève donc sans aucun doute du champ d’application du droit de l’Union en matière de marchés publics.

**[Or. 2]**

4. La juridiction de céans prie la Cour de se prononcer à titre préjudiciel sur le droit de l’Union applicable au litige au principal et sur l’interprétation de la jurisprudence relative à ce droit. En vertu de l’article 267 TFUE, lorsqu’une question d’interprétation des actes pris par les institutions de l’Union est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d’un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction

est tenue de saisir la Cour [article 267, premier alinéa, sous b), et troisième alinéa].

5. La juridiction de céans statue en dernier ressort dans la présente affaire et la décision qu'elle adoptera sera définitive et non susceptible de recours [omissis] [référence au droit interne].
6. Dans la présente affaire, la décision de la Cour est nécessaire pour le juge de cassation car le contenu de certaines règles du droit positif de l'Union applicables au litige n'est pas totalement 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], c'est-à-dire sans trancher le litige sur le fond, elle [omissis] exposera les éléments juridiques et factuels de l'affaire uniquement dans la mesure où ces éléments sont nécessaires à la procédure de décision préjudicielle [omissis] [droit et jurisprudence nationaux].
8. [OMISSIS]
9. [OMISSIS]
10. [OMISSIS] [procédure nationale]

### **I. La législation lituanienne pertinente pour statuer sur le litige**

11. L'article 10 du code de procédure civile (« Publicité des pièces du dossier ») dispose :

*1. Dans les affaires civiles et les affaires d'exécution qui ont déjà été jugées, à l'exception des affaires qui ont été examinées à huis clos, toutes les pièces du dossier sont publiques et les personnes qui n'étaient pas parties à l'affaire peuvent y accéder. Ces personnes peuvent en faire des copies ou des extraits dans les conditions prévues par la loi. Ce droit naît lorsque l'arrêt ou l'ordonnance mettant fin à la procédure passe en force de chose jugée, ou, si l'affaire est susceptible de pourvoi en cassation, lorsqu'il a été statué sur le pourvoi ou lorsque le délai d'introduction d'un pourvoi est écoulé. [omissis] [dispositions sans pertinence en l'espèce]*

**[Or. 3]**

*2. Lorsque le juge prononce en audience publique un arrêt ou une ordonnance mettant fin à la procédure, il peut ordonner par une ordonnance motivée, à la demande des parties ou d'office, que tout ou partie des pièces du dossier ne soient pas rendues publiques, lorsque cela est nécessaire pour protéger les secrets d'une personne, sa vie privée et sa propriété, la confidentialité des informations relatives à la santé d'une personne, ainsi que s'il existe des raisons de penser que*

*serait divulgué un secret d'État, de service, professionnel, d'affaires ou un autre secret protégé par la loi. [omissis] [dispositions sans pertinence en l'espèce]*

3. *[OMISSIS] [dispositions sans pertinence en l'espèce]*

4. *[omissis] [dispositions sans pertinence en l'espèce] La personne qui présente au juge des documents ou pièces contenant des données relevant du secret professionnel ou du secret d'affaires peut demander au juge de ne pas autoriser l'accès à ces pièces ou leur copie. Le juge statue par voie d'ordonnance.*

12. L'article 10<sup>1</sup> du code de procédure civile (« Dispositions particulières en matière de protection des secrets d'affaires ») dispose :

*1. Le présent article prévoit des dispositions particulières en matière de protection des secrets d'affaires dans les affaires relatives à l'obtention, à l'utilisation et à la divulgation illicites de secrets d'affaires et dans d'autres affaires civiles.*

*2. Lorsqu'il existe des raisons de considérer qu'un secret d'affaires pourrait être dévoilé, le juge, à la demande dûment motivée des parties ou d'office, désigne par ordonnance motivée les personnes qui peuvent :*

*1) accéder aux pièces du dossier qui contiennent des informations constituant un secret d'affaires ou susceptibles de constituer un secret d'affaires, en réaliser et obtenir des extraits, des doubles et des copies (copies numériques) ;*

*2) participer à des audiences à huis clos dans lesquelles pourraient être révélées des informations constituant un secret d'affaires ou susceptibles de constituer un secret d'affaires et accéder aux procès-verbaux de telles audiences ;*

*3) obtenir une copie certifiée (copie numérique) d'un arrêt ou d'une ordonnance contenant des informations constituant un secret d'affaires ou susceptibles de constituer un secret d'affaires.*

*3. Le nombre des personnes visées au paragraphe 2 du présent article ne peut pas dépasser ce qui est nécessaire pour garantir le droit à la protection juridictionnelle et le droit à un procès équitable. Ces personnes sont au minimum les suivantes :*

*1) si la partie est une personne physique : elle-même et son représentant ;*

*2) si la partie est une personne morale : au moins une personne physique qui conduit l'affaire au nom de la personne morale et le représentant de celle-ci.*

*4. Dans l'application des restrictions énoncées au paragraphe 2 du présent article, le juge prend en compte la nécessité de garantir le droit à une protection juridictionnelle et le droit à un procès équitable, les intérêts légitimes des parties*

*et des autres personnes participant à la procédure et le préjudice qui peut découler de l'application ou de la non-application de ces restrictions.*

5. [OMISSIS] [dispositions sans pertinence en l'espèce]

**[Or. 4]**

13. L'article 2 (« Notions principales de la présente loi »), paragraphe 34, de la loi sur les marchés publics dispose (entre autres) :

*34. Par « Spécifications techniques », on entend :*

[...]

*2) dans les marchés publics de fournitures ou de services : les données nécessaires pour définir le produit ou le service, énoncées dans les documents de marché : niveau de qualité, niveaux de performance environnementale et climatique, la conception pour tous les besoins (y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées) et l'évaluation de la conformité, les performances, l'usage (l'utilisation) du produit, les exigences ou données de sécurité, y compris les prescriptions applicables au produit : le nom sous lequel il est vendu, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'usage (utilisation), les processus et méthodes de production à tout stade du cycle de vie du bien ou du service ainsi que les règles d'évaluation de la conformité.*

14. L'article 17 de la loi sur les marchés publics (« Principes essentiels de la passation de marchés ») dispose, entre autres :

*1. Lors de la passation de marchés, le pouvoir adjudicateur garantit le respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence.*

[...]

15. L'article 20 de la loi sur les marchés publics (« Confidentialité ») dispose :

*1. Il est interdit au pouvoir adjudicateur, à la commission d'adjudication, à leurs membres et experts et à toute autre personne de dévoiler à des tiers les informations que les fournisseurs ont communiquées à titre confidentiel.*

*2. L'intégralité de l'offre ou de la demande de participation du fournisseur ne peut pas être qualifiée de confidentielle, mais celui-ci peut indiquer que certaines informations présentées dans son offre sont confidentielles. Peuvent être des informations confidentielles, entre autres, les secrets d'affaires (de fabrication) et des aspects confidentiels de l'offre. Des informations ne peuvent pas être qualifiées de confidentielles :*

1) dans le cas où cela enfreindrait des dispositions légales qui prévoient l'obligation de divulguer ou le droit d'obtenir des informations et la réglementation mettant en œuvre ces dispositions légales ;

2) dans le cas où cela enfreindrait les obligations prévues aux articles 33 et 58 de la présente loi en matière de publication des marchés conclus, d'information des candidats et soumissionnaires, y compris les informations relatives au prix des fournitures, services ou travaux qui est indiqué dans l'offre, à l'exception de ses éléments constitutifs ;

[Or. 5]

3) lorsque ces informations ont été présentées dans des documents certifiant que le fournisseur ne relève pas d'un motif d'exclusion, répond aux conditions de capacité et aux normes de gestion de la qualité et de protection de l'environnement, à l'exception des informations dont la divulgation enfreindrait les dispositions de la loi de la République de Lituanie relative à la protection des données personnelles, ou les obligations du fournisseur au titre de contrats conclus avec des tiers ;

4) lorsque ces informations concernent les opérateurs économiques et les sous-traitants aux capacités desquels le fournisseur a recours, à l'exception des informations dont la divulgation enfreindrait les dispositions de la loi relative à la protection des données personnelles.

3. Lorsque le pouvoir adjudicateur doute du caractère confidentiel d'informations figurant dans l'offre du fournisseur, il doit demander à celui-ci de démontrer en quoi les informations en question sont confidentielles [omissis] [dispositions sans pertinence en l'espèce]

4. Au plus tard six mois à dater de la conclusion du marché, les soumissionnaires intéressés peuvent demander au pouvoir adjudicateur de leur donner accès à l'offre ou à la demande de l'adjudicataire (les candidats, aux demandes des autres fournisseurs qui ont été invités à présenter une offre ou à participer à un dialogue), mais les informations que les candidats ou soumissionnaires ont qualifiées de confidentielles sans enfreindre le paragraphe 2 du présent article ne peuvent pas être divulguées.

5. [OMISSIS] [dispositions sans pertinence en l'espèce]

16. L'article 37 de la loi sur les marchés publics (« Spécifications techniques ») dispose, entre autres :

1. Les caractéristiques des fournitures, des services ou des travaux faisant l'objet du marché sont définies dans les spécifications techniques exposées dans les documents de marché. Les notions relatives à certaines spécifications techniques sont définies à l'article 2, paragraphes 10, 13, 30, 34 et 35 de la présente loi. Les caractéristiques des fournitures, des services ou des travaux faisant l'objet du



*marché prévues par les spécifications techniques peuvent porter précisément aussi sur le procédé de fabrication des fournitures ou la méthode de prestation des services ou de réalisation des travaux ou sur le procédé d'une autre étape concrète du cycle de vie des fournitures, des services ou des travaux, même si ces facteurs ne sont pas liés à des caractéristiques physiques des fournitures, services ou travaux faisant l'objet du marché. Ces caractéristiques doivent être en rapport avec l'objet du marché et proportionnées à la valeur et à la destination des fournitures, services ou travaux faisant l'objet du marché. Les spécifications techniques peuvent également prévoir que les droits de propriété intellectuelle devront être transférés ou cédés avec l'objet du marché.*

[...]

*3. Les spécifications techniques doivent garantir la concurrence et la non-discrimination entre les fournisseurs.*

*4. Sans préjudice des prescriptions techniques imposées par la législation nationale, dans la mesure où celles-ci ne sont pas contraires au droit de l'Union, les spécifications techniques peuvent être déterminées selon les moyens suivants ou une combinaison de ces moyens :*

*1) par une description du résultat voulu ou l'indication des critères fonctionnels auxquels doit répondre l'objet du marché, y compris les critères de protection de l'environnement. Ces critères doivent être précis, pour permettre aux fournisseurs d'établir des offres conformes, et permettre au pouvoir adjudicateur d'obtenir les fournitures, services ou travaux nécessaires ;*

*2) par référence à une norme, à un agrément technique ou à des spécifications techniques communes. Les spécifications techniques doivent respecter l'ordre de préférence suivant : les normes lituaniennes transposant des normes européennes, les documents certifiant une évaluation technique européenne, les spécifications techniques communes des technologies de l'information et de la communication, les normes internationales, les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, lorsque ceux-ci n'existent pas, les normes nationales, les agréments techniques nationaux, ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en œuvre des produits. Chaque référence est accompagnée de la mention « ou équivalent » ;*

*3) par la description du résultat voulu ou des critères fonctionnels auxquels doit répondre l'objet du marché, visés au point 1 du présent paragraphe, ainsi que du moyen d'assurer la conformité à ces critères, à savoir les spécifications techniques visées au point 2 du présent paragraphe ;*

**[Or. 6]**

*4) par référence aux spécifications techniques de certaines caractéristiques de l'objet du marché, suivant les critères indiqués au point 2 du présent paragraphe,*

*et, pour les spécifications techniques des autres caractéristiques, par une description du résultat voulu ou des critères fonctionnels visés au point 1.*

[...]

17. L'article 45 de la loi sur les marchés publics (« Principes généraux d'évaluation du fournisseur et de la demande de participation ou de l'offre de celui-ci ») dispose, entre autres :

*1. Conformément aux articles 55, 56 et 57 de la présente loi, le pouvoir adjudicateur sélectionne l'offre économiquement la plus avantageuse, s'il est satisfait aux conditions suivantes :*

*1) l'offre est conforme aux prescriptions, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ainsi que dans les documents de marché, compte tenu également, le cas échéant, de l'article 43 de la présente loi ;*

*2) le fournisseur ayant présenté l'offre n'est pas exclu en application de l'article 46 de la présente loi ;*

*3) le fournisseur ayant présenté l'offre présente les capacités requises dans les documents de marché conformément à l'article 47 de la présente loi et, le cas échéant, se conforme aux normes de gestion de la qualité et de protection de l'environnement qui sont imposées conformément à l'article 48 de la présente loi ainsi qu'aux règles et critères de non-discrimination prévus conformément à l'article 54 de la présente loi ;*

*4) le fournisseur ayant présenté l'offre a, dans le délai imparti par le pouvoir adjudicateur, certifié, complété ou précisé les informations fournies conformément au paragraphe 3 du présent article ;*

[...]

*3. Si un candidat ou un soumissionnaire a présenté des documents ou des données inexacts, incomplets ou faux concernant la conformité aux prescriptions des documents de marché ou qu'il n'a pas présenté de tels documents ou données, le pouvoir adjudicateur doit, sans enfreindre les principes d'égalité de traitement et de transparence, demander au candidat ou au soumissionnaire de rectifier, compléter ou préciser ces documents ou ces données, dans le délai raisonnable qu'il fixe. Seuls peuvent être rectifiés, complétés, précisés ou présentés en supplément des documents ou des données relatifs à l'inexistence d'un motif d'exclusion du fournisseur, à sa conformité aux prescriptions de capacité, aux critères de gestion de la qualité et de protection de l'environnement, un mandat donné par le fournisseur pour signer la demande de participation ou l'offre, un*



*contrat d'activité commune* \*, un document certifiant la validité de l'offre et des documents sans rapport avec l'objet du marché, ses caractéristiques techniques, les conditions d'exécution du contrat ou le prix de l'offre. Les autres documents de l'offre du fournisseur peuvent être rectifiés, complétés ou précisés conformément à l'article 55, paragraphe 9, de la présente loi.

18. L'article 46 de la loi sur les marchés publics (« Motifs d'exclusion d'un fournisseur ») dispose, entre autres :

[...]

*4. Le pouvoir adjudicateur exclut le fournisseur de la procédure de passation de marché lorsque :*

[...]

*4) ce fournisseur, dans le cadre de la procédure de passation de marché, a dissimulé des informations ou présenté des informations fausses concernant le respect des prescriptions énoncées au présent article et à l'article 47 de la présente loi et que le pouvoir adjudicateur peut démontrer ce fait par toute voie de droit, ou que le fournisseur, parce qu'il a présenté des informations fausses, n'est pas en mesure de produire les documents justificatifs requis en vertu de [Or. 7] l'article 50 de la présente loi. [omissis] [dispositions sans pertinence en l'espèce]*

*5) le fournisseur a, dans le cadre de la procédure de passation marché, perpétré des actes illégaux pour tenter d'influer sur les décisions du pouvoir adjudicateur, obtenir des informations confidentielles qui lui procureraient un avantage illicite lors de la procédure de passation de marché, ou a présenté des informations fausses qui peuvent exercer une influence substantielle sur les décisions du pouvoir adjudicateur en matière d'exclusion des fournisseurs, d'appréciation de leurs capacités et de désignation de l'adjudicataire, et que le pouvoir adjudicateur est en mesure de démontrer ces faits par toute voie de droit ;*

[...]

*5. Le pouvoir adjudicateur ne peut déroger aux motifs d'exclusion prévus au paragraphe 1, au paragraphe 3, points 1 et 2 et au paragraphe 4 du présent article que dans des cas exceptionnels, lorsque cela est nécessaire dans l'intérêt public, en ce compris la santé publique et la protection de l'environnement.*

[...]

\* 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.

*7. Le pouvoir adjudicateur exclut le fournisseur de la procédure de passation de marché à toute étape de cette procédure, lorsqu'il apparaît que, en raison des actes ou omissions de ce fournisseur avant ou durant la procédure, il relève de l'un des motifs d'exclusion prévus par les documents de marché.*

*8. Lorsqu'un fournisseur manque aux prescriptions figurant aux paragraphes 1, 4 et 6 du présent article, le pouvoir adjudicateur ne l'exclut pas de la procédure de passation de marché lorsque les deux conditions suivantes sont remplies :*

*1) le fournisseur a présenté au pouvoir adjudicateur des informations montrant qu'il a adopté les mesures suivantes :*

*a) il a spontanément payé ou pris l'engagement de payer une compensation pour le préjudice causé par l'infraction ou la violation prévue aux paragraphes 1, 4 ou 6 du présent article, le cas échéant ;*

*b) il a coopéré, apporté une aide active ou adopté toute autre mesure qui contribue à élucider ou à préciser l'infraction ou la violation perpétrée par lui, le cas échéant ;*

*c) il a adopté des mesures techniques, organisationnelles ou de gestion du personnel destinées à prévenir d'autres infractions ou violations ;*

*2) le pouvoir adjudicateur a évalué les informations présentées par le fournisseur en vertu du point 1 du présent paragraphe et adopté une décision motivée aux termes de laquelle les mesures adoptées par le fournisseur pour démontrer sa fiabilité sont suffisantes. Le caractère suffisant de ces mesures est apprécié en prenant en compte la gravité et les circonstances de l'infraction ou de la violation. Le pouvoir adjudicateur notifie au fournisseur sa décision motivée par écrit au plus tard 10 jours après avoir reçu de lui les informations indiquées au point 1 du présent paragraphe.*

19. L'article 47 de la loi sur les marchés publics (« Contrôle des capacités du fournisseur ») dispose, 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 [Or. 8] 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.*

[...]

6. *Pour vérifier les capacités techniques et professionnelles d'un fournisseur, le pouvoir adjudicateur peut exiger qu'il dispose des ressources humaines et techniques et de l'expérience nécessaires pour exécuter le marché conformément aux critères de qualité énoncés, aux fins de l'objet du marché, dans les documents de marché. Le fournisseur peut démontrer qu'il possède l'expérience requise avant tout au moyen de certificats de clients relatifs à des contrats antérieurs qui ont été dûment exécutés. Le pouvoir adjudicateur peut considérer que le fournisseur ne dispose pas des capacités professionnelles requises s'il constate que celui-ci se trouve dans une situation de conflit d'intérêts qui pourrait avoir une incidence négative sur l'exécution du marché. Pour les marchés de fournitures qui doivent être transportées sur place et installées, les marchés de services ou de travaux, les capacités professionnelles du fournisseur pour prester ces services ou exécuter l'installation et les autres travaux peuvent être appréciées en prenant en compte la qualification, la productivité, l'expérience et la fiabilité des travailleurs qui en sont chargés.*

20. L'article 52 de la loi sur les marchés publics (« Dissimulation d'informations, présentation d'informations fausses ou non-présentation de documents ») dispose :

1. *Le pouvoir adjudicateur publie, au plus tard dans les dix jours, dans le Centrinė viešųjų pirkimų informacinė sistema (Portail central des marchés publics), selon les règles édictées par la Viešųjų pirkimų tarnyba (autorité des marchés publics), les informations relatives au fournisseur qui, dans le cadre de la procédure de passation de marché, a dissimulé des informations ou présenté des informations fausses concernant le respect des prescriptions énoncées aux articles 46 et 47 de la présente loi ou qui, parce qu'il a présenté des informations fausses, n'a pas produit les documents justificatifs requis en vertu de l'article 50 de la présente loi, lorsque :*

1) *ce fournisseur a été exclu de la procédure de passation de marché ;*

2) *une décision de justice a été adoptée.*

2. [OMISSIS]

3. [OMISSIS] [dispositions sans pertinence en l'espèce]

21. L'article 55 de la loi sur les marchés publics (« Évaluation et comparaison des offres ») dispose, entre autres :

[Or. 9]

[...]

9. Conformément à l'article 45, paragraphe 3, de la présente loi, le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de rectifier, compléter ou préciser leurs offres, mais il ne peut pas leur demander, leur proposer ou leur permettre de modifier des éléments essentiels de l'offre présentée lors d'une procédure ouverte ou restreinte, ou de l'offre finale présentée lors d'un dialogue compétitif, d'une procédure négociée avec ou sans publication ou d'un partenariat d'innovation, c'est-à-dire modifier le prix ou effectuer d'autres modifications qui rendraient conforme aux documents de marché une offre qui ne leur était pas conforme. Lorsque, lors de l'examen des offres, le pouvoir adjudicateur découvre dans l'offre des erreurs de calcul du prix ou des coûts, il doit inviter le soumissionnaire à corriger les erreurs de calcul qu'il a constatées, dans le délai qu'il fixe, sans modifier les prix ou les coûts qui figuraient dans l'offre au moment où il a pris connaissance de celle-ci. Lorsqu'il corrige les erreurs de calcul qui ont été constatées dans son offre, le soumissionnaire peut corriger des éléments constitutifs du prix ou des coûts, mais il ne peut pas renoncer à des éléments du prix ou des éléments constitutifs des coûts ni ajouter de nouveaux éléments au prix ou aux coûts.

[...]

22. L'article 58 de la loi sur les marchés publics (« Communication des résultats des procédures de passation de marchés ») dispose, entre autres :

[...]

3. Dans les cas visés aux paragraphes 1 et 2 du présent article, le pouvoir adjudicateur ne peut pas donner d'informations dont la divulgation enfreindrait la réglementation en matière de protection des informations et des données ou serait contraire à l'intérêt général, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un fournisseur précis ou affecterait la concurrence entre fournisseurs.

[...]

5. Seuls peuvent accéder à l'ensemble des informations relatives aux marchés publics les membres de la commission d'adjudication, les observateurs et experts invités du pouvoir adjudicateur participant aux réunions de cette commission, les représentants de l'autorité des marchés publics, le dirigeant du pouvoir adjudicateur, les personnes habilitées par celui-ci, les autres personnes et institutions autorisées à cette fin par les lois de la République de Lituanie régissant leur activité, ainsi que les personnes morales de droit public qui administrent une aide financière de l'Union européenne ou de différents États, habilitées par ordonnance du gouvernement de la République de Lituanie. Les autres personnes peuvent accéder seulement aux informations relatives aux marchés publics dont la divulgation est autorisée par la présente loi.

La juridiction de céans

a constaté ce qui suit :

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

23. Le 27 août 2018, la société à responsabilité limitée, défenderesse [originaire, demanderesse en cassation] Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, a publié un appel d’offres portant sur un marché ouvert international intitulé « *Neringos savivaldybės komunalinių atliekų surinkimo ir išvežimo į Klaipėdos regiono sąvartyno apdorojimo įrenginius paslaugų pirkimas* » (achat de services de collecte et de transport des déchets urbains de la commune de Neringa vers les installations de traitement de la décharge de la région de Klaipėda) (ci-après l’« appel d’offres »).
24. Les conditions de l’appel d’offres prévoient, entre autres, ce qui suit :

### [Or. 10]

24.1 À l’annexe 1 (« Spécifications techniques »), partie V (« Véhicules destinés à la collecte des déchets ») – au point 12 : *pour prêter le service, le fournisseur utilise des véhicules de collecte des déchets communaux qui sont conformes, au moins, à la norme Euro 5 ; – au point 13 : dans chaque véhicule doit se trouver et fonctionner en permanence (1) un émetteur de système de positionnement géographique (GPS), qui permette au pouvoir adjudicateur de déterminer la position exacte du véhicule et son itinéraire précis. Le fournisseur doit permettre au pouvoir adjudicateur et à l’administration communale de Neringa d’utiliser le GPS installé par lui dans la mesure où cela est nécessaire pour déterminer la position et l’itinéraire des véhicules affectés aux services de collecte des déchets et de transport à la décharge. Si la prestation du service est confiée à un sous-traitant, cette condition s’applique également aux véhicules de celui-ci. Les émetteurs GPS doivent être fixes. Ils ne peuvent pas être mobiles.* [omissis] [éléments sans pertinence en l’espèce]

24.2 L’annexe 4 (« Qualifications requises du fournisseur ») énonce :

24.2.1. Au point 2 (« Capacités professionnelles et techniques ») : *le fournisseur dispose, en qualité de propriétaire ou de locataire (ou peut utiliser à un autre titre), des moyens techniques nécessaires à l’exécution du marché, et ces moyens sont conformes aux spécifications techniques suivantes : 1) au moins 1 (une) benne à ordures, conforme à la norme Euro 5 ; 2) au moins 1 (un) camion de lavage de conteneurs ; 3) au moins 1 (un) véhicule automobile pour effectuer des tournées de collecte des déchets domestiques encombrants, appareils électriques et électroniques, déchets dangereux et autres déchets. Au moins un de ces véhicules doit pouvoir servir des conteneurs enterrés ; 2) tous les véhicules doivent disposer d’un émetteur de système de positionnement géographique (GPS).*

*Le fournisseur doit fournir : a) l’inventaire des véhicules, avec énumération des moyens techniques nécessaires à la prestation des services prévus dont il dispose*



*en qualité de propriétaire ou de locataire (ou qu'il utilise à un autre titre), en indiquant leur capacité, le mécanisme de levage des conteneurs dont ils sont équipés et d'autres données (annexe 8 : « Données relatives à la conformité aux exigences techniques »). [omissis] [éléments sans pertinence en l'espèce] b) les documents qui établissent que le fournisseur est propriétaire des moyens techniques requis pour prêter les services ; si le fournisseur ne dispose pas des moyens techniques requis pour prêter les services, il doit fournir les contrats-cadres relatifs à leur achat ou désigner une entreprise de location et fournir des contrats de bail ou des contrats-cadres de bail (ou des contrats démontrant qu'il peut utiliser les moyens techniques requis à un autre titre). [omissis] [éléments sans pertinence en l'espèce]*

24.2.2. Aux termes du point 4 (« Capacités financières et économiques »), *le chiffre d'affaires annuel moyen que le fournisseur a réalisé en exerçant l'activité de collecte et transport de déchets communaux mixtes au cours des trois exercices précédents ou depuis la date de son enregistrement (s'il exerce cette activité depuis moins de trois exercices) ne peut pas être inférieur 200 000 euros hors TVA.*

*[Le fournisseur doit produire] une déclaration sous forme libre aux termes de laquelle le chiffre d'affaires annuel moyen qu'il a réalisé en exerçant l'activité de collecte et transport de déchets communaux mixtes au cours des trois exercices précédents ou depuis la date de son enregistrement (s'il exerce cette activité depuis moins de trois exercices) n'est pas inférieur 200 000 euros hors TVA, comme requis.*

**[Or. 11]**

24.3. À l'annexe 8 (« Données relatives à la conformité aux prescriptions techniques ») figurent les caractéristiques techniques exigées pour les bennes à ordures [omissis] [éléments sans pertinence en l'espèce] : *benne à ordures (dénomination), année de fabrication, capacité (en tonnes et en mètres cubes), conformité aux spécifications techniques, divers autres paramètres techniques (grue hydraulique, appareil GPS, etc.) prescriptions relatives à l'état mécanique et à l'assurance.*

25. Trois fournisseurs ont présenté des offres : la requérante [originnaire, défenderesse en cassation] Ecoservice Klaipėda (ci-après aussi le « fournisseur A »), la société UAB « Ekonovus » et un groupement d'opérateurs économiques exerçant une activité commune, composé des sociétés UAB « Klaipėdos autobusų parkas », UAB « Parsekas » et UAB « Klaipėdos transportas » (ci-après globalement le « fournisseur B »).
26. Le 29 novembre 2018, le pouvoir adjudicateur a notifié aux soumissionnaires l'évaluation des offres et leur classement final : c'est le groupement d'opérateurs économiques composé des sociétés UAB « Klaipėdos autobusų parkas », UAB « Parsekas » et UAB « Klaipėdos transportas » [fournisseur B] qui a remporté le

marché, tandis que le fournisseur A était classé deuxième. Bien que les offres aient été évaluées en fonction de leur rapport qualité/prix, il apparaît de cette notification que le fournisseur B a remporté le marché, en substance, uniquement en raison du prix inférieur de son offre.

27. Le 10 décembre 2018, le fournisseur A a saisi le pouvoir adjudicateur d'une réclamation contestant les résultats de la procédure d'appel d'offres, c'est-à-dire l'adjudication au fournisseur B.

27.1. Le fournisseur A estime que l'examen des données de l'offre présentée par le fournisseur B révèle que celui-ci ne dispose pas des qualifications requises. Il soutient que, selon les informations dont il dispose, Parsekas ne peut pas avoir exécuté *des contrats de collecte et de transport de déchets communaux mixtes* pour un montant de 200 000 euros au cours des trois années précédentes (voir point 24.2.2 de la présente ordonnance), parce que cette entreprise n'exerçait pas du tout l'activité en question. Parsekas soumissionnait assez souvent dans d'autres marchés dans le cadre d'une activité commune (également avec le fournisseur A lui-même), en tant que partenaire principal auquel de l'argent était transféré pour la prestation de services, mais, de facto, cette société n'exerçait pas l'activité de gestion de déchets communaux mixtes. Outre la déclaration de caractère général relative à l'exécution de contrats de gestion de déchets mixtes pour un montant de 235 510,79 euros qui avait été présentée au pouvoir adjudicateur, ce dernier devait exiger que Parsekas lui présente des données (des documents) plus précises.

27.2. Dans sa réclamation, le fournisseur A a également indiqué que le fournisseur B ne disposait pas des capacités techniques requises (points 24.2.1 et 24.3 de la présente ordonnance), en ce que la benne à ordures désignée par Parsekas dans le tableau de déclaration de conformité ne correspondait pas à divers paramètres techniques obligatoires, le véhicule désigné n'était pas du tout destiné au transport de déchets mixtes et, en outre, au vu de son année de construction, ne répondait nullement à la norme Euro 5.

28. Le 17 décembre 2018, après examen, le pouvoir adjudicateur a rejeté la réclamation du fournisseur A. Il a indiqué de manière laconique que le fournisseur B, pour démontrer qu'il avait exécuté les contrats antérieurs qui étaient requis (point 24.2.2 de la présente ordonnance), avait présenté, conformément aux conditions de l'appel d'offres, des preuves démontrant qu'il avait conclu des contrats de gestion de déchets communaux mixtes pour une valeur correspondant à la somme requise, ainsi que des informations techniques au sujet du véhicule mentionné dans sa déclaration.

29. Le 27 décembre 2018, le fournisseur A a saisi le Klaipėdos apygardos teismas (tribunal régional de Klaipėda, Lituanie).

29.1. Dans sa requête, il s'appuie en substance sur les arguments soulevés dans sa réclamation, quant au fait que le fournisseur B ne dispose pas des qualifications requises dans l'appel d'offres. Il ajoute que la réclamation a été rejetée pour des

motifs de forme sans avoir été examinée au fond et que les documents justificatifs désignés dans la décision de rejet n'ont pas été présentés. Aucun des membres du fournisseur B ne preste de services de gestion de déchets communaux mixtes, Parsekas exerçant seulement une activité de collecte de polluants sur des navires et [de services en matière de gestion des eaux].

29.2. Dans sa requête, le fournisseur A a également développé ses arguments quant au fait que le fournisseur B ne dispose pas des capacités techniques requises et que les véhicules qu'il déclare (camion-citerne Mercedes Benz 1838 et fourgon Nissan Primastar) ne sont pas appropriés ni suffisants pour prester les services sur lesquels porte le marché.

**[Or. 12]**

30. Le 11 janvier 2019, le pouvoir adjudicateur a présenté un mémoire dans lequel il conteste le recours et conclut à son rejet.

30.1. Le pouvoir adjudicateur a fait valoir que, lors de l'examen de la réclamation, il avait demandé au fournisseur B de lui fournir des éclaircissements complémentaires au sujet des questions soulevées par le fournisseur A. Après avoir reçu ces éclaircissements (et s'être rendu chez l'adjudicataire), le pouvoir adjudicateur a estimé que l'offre du fournisseur B avait été correctement évaluée. Dans son mémoire, le pouvoir adjudicateur a souligné avoir évalué non seulement les véhicules mentionnés au point 29 de la présente ordonnance, mais aussi d'autres véhicules, à savoir un DAF FAN CF 250, un Mercedes Benz 2024 et un Mercedes Benz 310 qui, selon lui, avaient été présentés avec l'offre, bien que ces véhicules ne figurent pas dans le tableau relatif à la conformité des données techniques fourni par le fournisseur B. Le pouvoir adjudicateur a joint à son mémoire une copie de la page commerciale consacrée à la benne à ordures DAF FAN CF 250 sur un site internet étranger en langue anglaise, accompagnée d'une traduction en langue lituanienne établie par un avocat.

30.2. S'agissant de l'exécution de contrats antérieurs, le pouvoir adjudicateur a soutenu que les montants perçus par Parsekas au titre des contrats conclus et exécutés constituaient une preuve appropriée, car il ressortait de ces contrats qu'elle était le partenaire responsable d'une activité commune, qui avait perçu directement tous les montants dus au titre de ces contrats. Les conditions de l'appel d'offres ne requéraient rien d'autre quant à la conclusion et à l'exécution de contrats de gestion des déchets.

31. Par [arrêt] du 15 mars 2019 rejetant le recours du fournisseur A, le juge de première instance a constaté que le fournisseur B présentait les qualifications requises sur les deux points. Le fournisseur A a interjeté appel.
32. Par arrêt du 30 mai 2019, le Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie) a mis à néant l'[arrêt] du juge de première instance, fait droit au recours du fournisseur A, annulé la décision du pouvoir adjudicateur établissant le classement des offres et ordonné au pouvoir adjudicateur de procéder à une

nouvelle évaluation des offres. Le juge d'appel a constaté que le fournisseur B satisfaisait à la prescription portant sur l'exécution de contrats antérieurs, mais n'avait pas démontré qu'il disposait des capacités techniques, car l'offre ne mentionnait pas à l'origine les cinq véhicules déclarés ultérieurement ni la base sur laquelle il se procurerait éventuellement la benne à ordures DAF FAN CF 250 n'était pas claire.

33. Le pouvoir adjudicateur s'est pourvu en cassation et le fournisseur A a déposé un mémoire.
34. Il y a lieu d'examiner séparément la partie du litige qui concerne la divulgation des données de l'offre de l'adjudicataire.

34.1. Le 4 décembre 2018, le fournisseur A, en vertu de l'article 20, paragraphe 4, de la loi sur les marchés publics (point 15 de la présente ordonnance), a demandé au pouvoir adjudicateur de lui donner accès à l'offre du fournisseur B.

34.2. Le 6 décembre 2018, le fournisseur A a pris connaissance des données non confidentielles de l'offre du fournisseur B : les documents rédigés par Parsekas relatifs à la conformité aux qualifications requises – capacités techniques et professionnelles (points 24.2 et 24.3 de la présente ordonnance).

34.3. Dans sa requête du 27 décembre 2018, le fournisseur A a demandé au juge de première instance, entre autres, d'ordonner au pouvoir adjudicateur de produire des éléments de preuve, à savoir l'offre du fournisseur B et la correspondance échangée entre lui et le pouvoir adjudicateur. Selon le fournisseur A, une partie de ces informations ne sont pas confidentielles et, quand bien même elles le seraient, elles pourraient être présentées en occultant une partie du texte. Le fournisseur A a souligné que tous les éléments de preuve devaient être présentés au juge, indépendamment de leur caractère confidentiel. Les éléments de preuve demandés étaient pertinents pour examiner l'affaire et, le cas échéant, lui permettre de préciser les demandes, or, le fournisseur A lui-même ne pouvait pas les obtenir, puisque seul le pouvoir adjudicateur en disposait.

34.4. Par communication du 3 janvier 2019 relative à la présentation du mémoire en défense, le juge a ordonné au pouvoir adjudicateur, entre autres, de fournir tous les documents demandés par le fournisseur A.

34.4 \*. Dans son mémoire du 11 janvier 2019, le pouvoir adjudicateur a fait valoir que le fournisseur B, dans sa réponse à la demande de données complémentaires formulée par le pouvoir adjudicateur lors de l'examen de la réclamation, lui avait fourni des éclaircissements et des informations au sujet de contrats de services de gestion de déchets qu'il avait conclus et avait qualifié ces éléments d'informations confidentielles (à la demande du fournisseur B, une grande partie des [Or. 13] données de l'offre ont été protégées contre la divulgation à des tiers). Le pouvoir

\* Ndt : l'original comporte deux points 34.4 successifs.

adjudicateur a indiqué que ces données avaient une valeur commerciale pour l'adjudicataire et que leur divulgation à des concurrents pourrait lui causer un préjudice. En outre, les documents complémentaires qui lui avaient été fournis n'étaient pas obligatoires selon les conditions de l'appel d'offres. Cependant, le pouvoir adjudicateur n'a pas produit ces documents au juge, il a souligné que cela constituerait une violation de l'article 20 de la loi sur les marchés publics (voir point 15 de la présente ordonnance) et qu'il n'était pas clair pour lui que la communication du 3 janvier 2019 concernait aussi les informations confidentielles ; il a produit uniquement les données non confidentielles de l'offre du fournisseur B. Il a indiqué qu'il présenterait les données confidentielles au juge si celui-ci les demandait à nouveau, mais que ces documents devraient être qualifiés d'éléments non publics du dossier.

34.5. Par ordonnance du 15 janvier 2019, le juge de première instance, *premièrement*, a précisé sa décision du 3 janvier 2019 relative à la production des documents demandés par le fournisseur A, en la circonscrivant à l'offre du fournisseur B et aux documents joints à celle-ci (il n'était plus nécessaire de produire la correspondance échangée entre l'adjudicataire et le pouvoir adjudicateur) ; *deuxièmement*, il a indiqué que ces documents devaient être produits pour le 25 janvier 2019.

34.6. Le 25 janvier 2019, le pouvoir adjudicateur a présenté au juge de première instance ceux des documents demandés qui ne figuraient pas dans les pièces présentées par lui-même et le fournisseur A. Il a réparti ces données relatives à l'offre du fournisseur B en deux parties : confidentielles et non confidentielles. Il a produit les informations non confidentielles par liaison électronique, ce qui permettait également au fournisseur A d'en prendre connaissance ; les informations confidentielles (selon la position du fournisseur B, que le pouvoir adjudicateur n'a pas remise en cause) ont été fournies sous forme imprimée, dans une enveloppe scellée séparée, envoyée par courrier recommandé, afin que le fournisseur A ne puisse pas en prendre connaissance. Ces informations comprenaient, entre autres : a) les tableaux de conformité établis par tous les membres du fournisseur B au sujet des cinq véhicules déclarés pour la prestation des services et les documents liés à ces tableaux ; b) un contrat conclu par un des membres du fournisseur B, Klaipėdos transportas, avec un tiers, prévoyant des engagements relatifs à l'achat d'une benne à ordures DAF FAN CF 250 ; c) cinq contrats de gestion de déchets conclus par Parsekas, membre du fournisseur B, avec différents clients.

En outre, le pouvoir adjudicateur a demandé au juge de ne pas permettre au fournisseur A de prendre connaissance des données confidentielles de l'offre du fournisseur B et de qualifier ces données d'éléments non publics du dossier.

34.7. Le 25 janvier 2019, le fournisseur A a demandé au juge de première instance d'enjoindre à l'entreprise publique « Direction du port maritime national de Klaipėda » de produire des informations relatives à deux contrats de gestion de déchets, dont l'ampleur des services prestés et les paiements effectués. Certes, le



fournisseur A avait lui-même presté des services pour ce dernier pouvoir adjudicateur, en exécution de contrats de gestion de déchets avec un membre du fournisseur B, à savoir Parsekas, mais, étant donné que c'était précisément Parsekas qui était le partenaire gérant, le fournisseur A ne disposait pas de certains documents relatifs à ces contrats (par exemple les actes attestant la prestation et la réception des services).

34.8. Par ordonnance du 30 janvier 2019, le juge de première instance a entre autres, *premièrement*, fait droit aux demandes du pouvoir adjudicateur tendant à ce que soient qualifiées de confidentielles les données de l'offre du fournisseur B qui lui avaient été présentées (point 34.6 de la présente ordonnance) et à ne pas les divulguer, *deuxièmement*, rejeté la demande du fournisseur A tendant à ordonner la production de documents par l'entreprise publique « Direction du port maritime national de Klaipėda ». [omissis] [procédure interne]

34.9. Le 11 février 2019, le fournisseur A a demandé au juge de première instance l'accès à toutes les informations constituant l'offre du fournisseur B (tous les éléments du dossier), à l'exception des informations précises et véritablement sensibles du point de vue commercial. Il a fait valoir que, avant d'adopter son ordonnance du 30 janvier 2019, le juge ne l'avait pas invité à prendre position sur la demande tendant qualifier les informations de confidentielles ; selon lui, une partie au moins des informations qualifiées de confidentielles ne pouvaient pas l'être.

34.10. Le 12 février 2019, le fournisseur A a demandé au juge de première instance d'ordonner à Parsekas de fournir des données au sujet des contrats de gestion de déchets conclus par celle-ci et qualifiés de confidentiels, par exemple quels services elle avait prestés, si elle avait agi seule et quels avaient été ses revenus.

**[Or. 14]**

34.11. Le 14 février 2019, par une ordonnance non susceptible de recours, le juge de première instance a rejeté la demande du fournisseur A (point 34.9 de la présente ordonnance) concernant l'accès à l'ensemble des éléments du dossier.

34.12. Le 21 février 2019, par une ordonnance non susceptible de recours, le juge de première instance a rejeté la demande du fournisseur A (point 34.10 de la présente ordonnance) tendant à ordonner à Parsekas de produire des données relatives à des contrats de gestion de déchets conclus par celle-ci.

34.13. Dans son [arrêt] du 15 mars 2019 rejetant la demande du fournisseur A, le juge de première instance, en substance, ne s'est pas fondé sur les contrats de gestion de déchets de Parsekas qui avaient été produits et qualifiés d'éléments non publics du dossier (il s'est fondé sur deux contrats conclus entre le fournisseur A, Parsekas et leur partenaire commun avec l'entreprise publique « Direction du port maritime national de Klaipėda ») ; le juge a indiqué que les données fournies au

sujet des véhicules déclarés étaient appropriées, mais ne s'est pas prononcé plus amplement à ce sujet.

34.14. Le 26 juillet 2019, le fournisseur A, avant de présenter son mémoire en réponse au pourvoi en cassation, a demandé à la juridiction de céans l'accès aux documents confidentiels présentés par le pouvoir adjudicateur en première instance (point 34.6 de la présente ordonnance), en occultant les informations sensibles du point de vue commercial.

La juridiction de céans

Constate :

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

35. Dans l'affaire au principal, les parties s'opposent sur le point de savoir si le groupement d'opérateurs économiques qui a remporté le marché présente les qualifications requises par le pouvoir adjudicateur. Le juge de première instance a rejeté intégralement la demande du fournisseur A et le juge d'appel l'a rejetée en partie : il a estimé que le fournisseur B ne satisfaisait pas (ne démontrait pas satisfaire) à une prescription de capacité technique (point 24.2.1 de la présente ordonnance), mais qu'il satisfaisait à celle qui concerne les revenus tirés de l'exécution de contrats antérieurs (point 24.2.2 de la présente ordonnance).
36. Il ressort des dispositions du code de procédure civile qui régissent la procédure en cassation qu'une décision de justice adoptée par la juridiction d'appel se conteste par un pourvoi en cassation, et non pas par le mémoire en réponse à celui-ci. Il y a lieu d'attirer l'attention sur le fait que seul le pouvoir adjudicateur a présenté un pourvoi, tandis que le fournisseur A a présenté un mémoire en réponse à celui-ci, bien qu'il expose aussi, dans cet acte, des arguments relatifs à l'appréciation de la prescription portant sur l'exécution de contrats antérieurs par le fournisseur B. [omissis] Dans la présente affaire, la juridiction de céans ne devrait statuer, en principe, que sur les questions soulevées dans le pourvoi en cassation par le pouvoir adjudicateur, à savoir le respect, par le fournisseur B, des conditions de capacité technique. [omissis] [législation et jurisprudence nationales en matière de procédure]
37. Cependant, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, dans la présente affaire, la juridiction de céans décide d'office (de droit) d'outrepasser les limites du pourvoi en cassation et de se prononcer sur d'autres aspects du litige. Elle développera en tout état de cause distinctement dans la présente ordonnance cet élément de l'exécution de son obligation d'instance judiciaire. Cette position de la juridiction de céans est justifiée non seulement par l'intérêt public en général, mais aussi par la situation particulière qui se présente en l'espèce, dans laquelle, en substance, le fournisseur A n'a pas obtenu l'accès à toutes les informations qu'il avait demandées lors de la procédure précontentieuse et devant le juge.

38. 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 [Or. 15] 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). Dans la présente ordonnance, la juridiction de céans motivera distinctement la nécessité d'interpréter et d'appliquer le droit de l'Union.
39. Dans la présente affaire, la juridiction de céans se prononce et interroge la Cour au sujet de : a) la légalité de certaines des conditions de l'appel d'offres ; b) différents aspects de la protection des informations confidentielles dans les marchés publics ; c) l'appréciation des informations éventuellement fausses présentées par l'adjudicataire et les conséquences de ce comportement.

*La légalité de l'appréciation par le pouvoir adjudicateur des qualifications du fournisseur B*

40. Il y a lieu de rappeler d'abord la jurisprudence constante de la juridiction de céans selon laquelle, dans les litiges entre pouvoirs adjudicateurs et soumissionnaires, c'est en substance le contenu des conditions qui est pertinent, et non la qualification 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] [procédure nationale]
41. Pour se prononcer sur la légalité de l'appréciation, par le pouvoir adjudicateur, de la conformité des qualifications du fournisseur B, la juridiction de céans doit nécessairement résoudre des questions relatives à la qualification appropriée des conditions de l'appel d'offres.
42. [OMISSIS] [procédure]
- a) Le contenu et l'application de la prescription relative à la capacité financière et économique (point 24.2.2 de la présente ordonnance)*
43. La condition de l'appel d'offres relative à la capacité financière et économique, en vertu de laquelle les soumissionnaires doivent réaliser un chiffre d'affaires annuel moyen en exerçant une activité en rapport avec la gestion de déchets communaux mixtes, correspond en substance à l'article 58, paragraphe 3, de la directive 2014/24. Cette disposition permet d'exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment un chiffre d'affaires minimal donné dans le domaine concerné par le marché. Cependant, la juridiction de céans estime que cette condition pourrait aussi (ou exclusivement) correspondre aux capacités techniques et professionnelles requises, prévues à l'article 58, paragraphe 4, de la directive.

44. Il faut souligner que, au vu de la lettre de l'article 58, paragraphe 3, de la directive 2014/24 (emploi du terme « notamment »), la condition de réalisation d'un chiffre d'affaires annuel dans le domaine concerné par le marché ne doit pas être appliquée exclusivement comme prévoyant une alternative, en ce sens que, lorsqu'un certain chiffre d'affaires est requis, *premièrement*, il faudrait apprécier l'ampleur globale (totale) du chiffre d'affaires et, *deuxièmement*, le pouvoir adjudicateur fixe à son choix le chiffre d'affaires à réaliser dans le domaine donné. Autrement dit, cette interprétation de l'article 58, paragraphe 3, de la directive mènerait à la conclusion qu'un chiffre d'affaires à réaliser dans un domaine donné ne peut pas être fixé de manière autonome, sans que soit prévue une condition portant sur le chiffre d'affaires global.
45. En outre, la définition de la notion de « domaine concerné par le marché » n'est pas parfaitement claire. En effet, selon la condition de l'appel d'offres qui est en cause, les soumissionnaires devaient démontrer leur capacité non pas dans le domaine de la gestion des déchets en général, mais précisément dans celui des services de collecte et de transport de déchets communaux mixtes, sur lequel porte l'avis de marché. La juridiction de céans est donc encline à interpréter la notion en question de manière plus large (plus abstraite), comme signifiant, dans le cas d'espèce, que, conformément à l'article 58, paragraphe 3, de la directive 2014/24, **[Or. 16]** si le pouvoir adjudicateur voulait prévoir une condition de capacité financière, il devait exiger, *premièrement* un chiffre d'affaires annuel global et, *deuxièmement*, prévoir qu'une partie de ce chiffre d'affaires devait être réalisée dans le domaine des services de gestion des déchets, sans autre précision quant à ceux-ci.
46. Ces questions de qualification d'une condition de l'appel d'offres, que la juridiction de céans soulève d'office, ne concernent pas seulement la légalité potentielle de cette condition, mais aussi son application appropriée. Il faut souligner que, pendant toute la procédure, le fournisseur A a soutenu la position constante que Parsekas, membre du fournisseur B, ne pouvait pas soumettre à l'appréciation du pouvoir adjudicateur (en s'y appuyant complètement) des contrats que, *premièrement*, pour partie, cette société n'avait pas exécutés seule, mais avec d'autres partenaires, y compris le fournisseur A lui-même et qui, *deuxièmement*, n'avaient pas tous pour unique objet la gestion des déchets communaux mixtes.
47. La juridiction de céans estime, contrairement aux juridictions du fond, que la seule circonstance que les conditions de l'appel d'offres permettaient aux soumissionnaires de démontrer leur capacité financière et économique au moyen de déclarations sous forme libre ne signifie pas que les autres soumissionnaires ne puissent pas les contester et mettre en doute la fiabilité des données qui y sont déclarées [omissis] [jurisprudence nationale].
48. Il y a lieu de garder à l'esprit que le pouvoir adjudicateur, le fournisseur B et les juridictions du fond interprètent cette condition de qualification de l'appel d'offres en ce sens que, pour démontrer qu'il avait la qualification requise, il n'était pas

nécessaire que l'opérateur économique ait perçu les revenus exclusivement en son propre nom et (ou) pour lui-même (c'est-à-dire non pas en tant que partenaire principal) et exclusivement pour la gestion de déchets communaux mixtes dans le cas d'exécution de contrats composés (déchets divers). Selon la juridiction de céans, la jurisprudence de la Cour n'indique pas clairement comment la qualification en question doit être démontrée.

49. Dans son arrêt du 4 mai 2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338 [points 62 à 64]), la Cour a jugé entre autres que, lorsqu'un opérateur économique fait valoir l'expérience d'un groupement d'entreprises auquel il a pris part, celle-ci doit être appréciée par rapport à la participation concrète de cet opérateur et donc à sa contribution effective à l'exercice d'une activité requise [du]dit groupement dans le cadre d'un marché public déterminé. En effet, un opérateur économique acquiert réellement de l'expérience non pas par le simple fait d'être membre d'un groupement d'entreprises et indépendamment de sa contribution à celui-ci, mais seulement en participant directement à la réalisation pour le moins d'un lot du marché, dont l'exécution globale incombe à ce groupement. Il s'ensuit qu'un opérateur économique ne saurait invoquer, au titre de l'expérience requise par le pouvoir adjudicateur, les prestations effectuées par les autres membres d'un groupement d'entreprises à la réalisation desquelles il n'a pas effectivement et concrètement participé.
50. S'il est vrai que les considérations de la Cour citées ci-dessus sont de nature assez générale, il convient cependant de souligner que, dans cette affaire, l'organe juridictionnel polonais et la Cour ont formulé la question et la réponse à celle-ci au sujet de l'article 48, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18, qui contient précisément les règles relatives à l'appréciation des *capacités professionnelles*.
51. Si la condition énoncée à l'annexe 4, point 4 des conditions de l'appel d'offres continue d'être qualifiée de prescription relative à la capacité financière et économique, pour laquelle l'interprétation citée ci-dessus, en matière d'appréciation des capacités professionnelles requises, serait pertinente, alors il y aurait lieu d'examiner la question du caractère distinct d'une telle condition et de son application appropriée.  
*b) Le contenu et l'application de la prescription relative à la capacité technique et professionnelle (point 24.2.1 de la présente ordonnance)*
52. La juridiction de céans s'interroge aussi sur la qualification de la prescription de l'appel d'offres selon laquelle les soumissionnaires devaient démontrer qu'ils possédaient la capacité technique requise en fournissant [la preuve qu'ils disposaient de] véhicules (bennes à ordures) répondant à certaines caractéristiques techniques. Il y a lieu de souligner que des questions semblables, concernant des conditions en partie analogues, ont déjà été soulevées, mais que la réponse à ces questions n'était pas nécessaire pour statuer sur le litige, de sorte que la juridiction de céans ne s'est en substance pas prononcée (sur cette question, voir ordonnance de la juridiction de céans du 27 juin 2018 dans l'affaire civile



n° e3K-3-317-469/2018 ; [Or. 17] arrêt de la Cour du 17 mai 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324).

53. Il convient de souligner que le fournisseur A et le pouvoir adjudicateur s'opposent également sur cette question dans le cadre de l'instance en cassation. Leurs positions différentes reposent en substance sur la jurisprudence de la juridiction de céans, selon laquelle les soumissionnaires jouissent d'une plus grande liberté pour rectifier les données relatives à leur qualification que pour rectifier les informations relatives à l'objet du marché, à ses caractéristiques techniques, au prix de l'offre, aux engagements contractuels, etc. Cette différence de régime de rectification des données est justifiée par le fait que, selon la juridiction de céans, la qualification des fournisseurs relève d'une catégorie objective, qui se reflète dans les circonstances passées et présentes et que soit le fournisseur dispose de cette qualification, soit il n'en dispose pas. La réglementation des marchés publics actuellement en vigueur ne permet pas aux fournisseurs de rectifier dans la même mesure les données relatives à leur qualification et les données de leur offre (article 45, paragraphe 3, et article 55, paragraphe 9, de la loi sur les marchés publics).
54. Il y a lieu de souligner que la jurisprudence de la Cour débouche sur une position similaire. Selon la juridiction de céans, les règles sévères et de stricte interprétation relatives à la rectification des données de l'offre, que la Cour dégagées dans l'arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a. (C-599/10, EU:C:2012:191), appellent certaines exceptions pour ce qui concerne l'appréciation des données relatives à la qualification. Aux termes de l'arrêt du 10 octobre 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, point 39), « *le pouvoir adjudicateur peut demander que les données figurant dans un tel dossier soient ponctuellement corrigées ou complétées, pour autant qu'une telle demande porte sur des éléments ou des données, tel le bilan publié, dont l'antériorité par rapport au terme du délai fixé pour faire acte de candidature soit objectivement vérifiable* » [mise en évidence par la juridiction de céans]
55. En outre, la juridiction de céans s'interroge aussi sur la légalité de l'exigence de capacité technique en question. Même si, dans son arrêt du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas (C-368/10, EU:C:2012:284), la Cour a jugé que certaines exigences pouvaient être prévues à la fois en tant que condition des spécifications techniques et en tant que critère de conclusion du contrat ou condition d'exécution du contrat, de sorte que, dans certains cas, une exigence donnée peut être prévue à différents points de vue et à différentes fins (c'est également la position de la juridiction de céans : [omissis] [jurisprudence nationale]), mais la juridiction de céans n'est pas certaine que tel soit le cas en l'espèce.
56. Il y a lieu de mentionner que la Cour a longtemps distingué les conditions de qualification des fournisseurs des prescriptions qui s'appliquent à l'évaluation des offres (voir arrêt du 24 janvier 2008, Lianakis e.a., C-532/06, EU:C:2008:40). Selon cette jurisprudence, la qualification des fournisseurs ne pouvait pas être appréciée en tant que critère de conclusion du contrat.

57. Toutefois, la Cour a ensuite tempéré cette position dans l'interprétation des dispositions de la directive 2004/18 en la matière. Elle a jugé que les compétences et l'expérience des membres de l'équipe chargée d'exécuter le marché public peuvent figurer comme critère d'attribution dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, dans la mesure où la qualité de l'exécution d'un marché peut dépendre de manière déterminante de la valeur professionnelle des personnes chargées de l'exécuter, constituée par leur expérience professionnelle et leur formation, tout particulièrement lorsque la prestation faisant l'objet du marché est de nature intellectuelle et porte sur des services de formation et de conseil (arrêt du 26 mars 2015, *Ambisig*, C-601/13, EU:C:2015:204).
58. La Cour a ensuite précisé ce motif en ce sens que, dans cette dernière affaire, le pouvoir adjudicateur avait effectué une véritable comparaison des offres recevables afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ; l'expérience de l'équipe technique proposée était une caractéristique intrinsèque de l'offre et ne constituait pas simplement un critère de l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires (arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2018, *Tirkkonen*, C-9/17, EU:C:2018:142). Cette règle d'interprétation a enfin été consacrée aussi à l'article 67, paragraphe 2, sous b), de la directive 2014/24. En tout état de cause, outre la disposition exceptionnelle en question, le cadre réglementaire prévoit toujours un modèle qui distingue les critères [d'évaluation] de la qualification et les critères [d'évaluation] des offres (et d'attribution).

**[Or. 18]**

59. Il faut considérer que si, en règle générale, les qualifications des fournisseurs ne pouvaient pas être utilisées pour comparer les offres entre elles, alors les dispositions techniques relatives à l'objet du contrat ne pourraient pas être invoquées en tant que condition de capacité des fournisseurs ; autrement dit, en principe, il pourrait en résulter une interdiction de toute divergence entre les deux conditions.
60. En vertu des conditions de l'appel d'offres exposées aux points 24.2.1 et 24.3 de la présente ordonnance, les fournisseurs devaient démontrer au pouvoir adjudicateur que les véhicules qu'ils utiliseraient pour prester les services seraient conformes à des paramètres techniques précis : année de fabrication, émissions polluantes du moteur (norme Euro 5), utilisation de dispositif GPS, capacité précise (en tonnes et en mètres cubes), etc. Ces dispositions sont liées, entre autres, à la condition des spécifications techniques exposées au point 24.1 de la présente ordonnance. Il y a lieu de considérer que ces conditions et les conditions analogues excèdent ce qui est nécessaire pour contrôler les capacités techniques des fournisseurs. L'article 58, paragraphe 4, de la directive 2014/24 dispose notamment que les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié.

61. Dans le cas d'espèce, les conditions techniques concrètes et précises relatives aux véhicules permettent de conclure que, pour le pouvoir adjudicateur, il importait non pas de s'assurer que les fournisseurs disposaient, d'une manière générale, des ressources nécessaires pour exécuter de manière appropriée le contrat de gestion des déchets, mais d'arrêter des modalités concrètes d'exécution du contrat poursuivant aussi, entre autres, des objectifs écologiques (norme Euro 5), la possibilité de suivre l'exécution des obligations contractuelles (dispositif GPS) etc. Or, des véhicules répondant à une norme inférieure d'émissions polluantes (par exemple la norme Euro 4) doivent en principe (au sens commun) être considérés comme appropriés à la prestation de services de gestion de déchets et pourraient être utilisés dans d'autres cas.
62. Dans ce domaine, la juridiction de céans a développé sa jurisprudence au cas par cas, sans dégager de règles claires pour déterminer si une prescription doit être considérée comme une condition de capacité technique ou comme une disposition prévoyant des spécifications techniques. La juridiction de céans estime qu'il devrait en principe y avoir une corrélation entre le caractère exhaustif d'une condition du marché et la qualification de son contenu. Autrement dit, plus il faut satisfaire à des critères de nature technique (formelle) précis, plus le contenu de cette prescription s'éloigne de la capacité technique et se rapproche des spécifications techniques ou des conditions d'exécution du contrat. Cela apparaît clairement aussi de la portée et du caractère exhaustif de l'article 58, paragraphe 4, et de l'annexe VII de la directive 2014/24.
63. Il y a lieu de souligner que la question de la distinction entre les capacités techniques requises et les spécifications techniques est, entre autres choses, pertinente aussi pour la question qui est de qualifier des informations de fausses, qui se pose dans la présente ordonnance, car, précisément, les informations qui démontrent les capacités de l'opérateur économique sont considérées comme telles.

*La mise en balance de la protection des informations confidentielles d'un fournisseur et de l'effectivité des droits de défense d'un autre fournisseur*

64. Il apparaît des circonstances exposées aux points 34.1 à 34.14 de la présente ordonnance que le fournisseur A, tant lors de la procédure précontentieuse que devant le juge, a tenté en vain d'obtenir l'accès à l'offre du fournisseur B. Il s'agit d'une situation fréquente, caractéristique de la pratique des marchés publics en Lituanie [omissis] [exemples], que la juridiction de céans tente constamment de limiter par la jurisprudence qu'elle développe.
65. D'autre part, dans la présente affaire, il y a lieu de souligner qu'il ressort des pièces du dossier que le pouvoir adjudicateur lui-même a protégé très activement le droit du fournisseur B à la protection de ses informations confidentielles, tandis que, dans sa réponse à la réclamation du fournisseur A, il s'est borné à affirmer de manière laconique que les informations jointes à l'offre du fournisseur B qu'elle avait évaluées confirmaient la légalité des résultats de l'appel d'offres.

66. La juridiction de céans estime que la conséquence la plus néfaste de cette pratique en vigueur en Lituanie est qu'une partie des droits des fournisseurs ne sont pas protégés. En effet, comme dans la présente affaire, ceux-ci **[Or. 19]** disposent de moins d'informations que les autres parties au litige. En outre, la protection effective de leurs droits dépend en substance de la décision du juge de qualifier de confidentielles (éléments non publics du dossier) les informations qu'ils demandent. Si le juge ne divulgue pas au demandeur les informations qu'il demande, les chances que celui-ci obtienne gain de cause (ou son intérêt direct à accéder à l'offre d'un autre fournisseur) sont réduites au minimum parce que généralement, comme en l'espèce, les juges ne se prononcent pas d'office de manière plus approfondie sur la conformité des données confidentielles aux conditions du marché, à la loi sur les marchés publics ou à la législation particulière ni n'apprécient la fiabilité de ces données, etc.
67. Dans ce domaine, la juridiction de céans a jugé, entre autres, que, *premièrement*, le droit du fournisseur, consacré à l'article [20] de la loi sur les marchés publics, à la protection d'informations désignées séparément dans l'offre comme confidentielles ne concerne que les données qui doivent être qualifiées de secrets d'affaire (industriels) en vertu de l'article 1.116, paragraphe 1, du code civil de la République de Lituanie (ci-après le « code civil »). Le seul fait que, dans d'autres cas (en règle), certaines informations relatives au fournisseur et à son activité ne sont pas librement accessibles pour les autres opérateurs économiques ne signifie pas que ces informations doivent être protégées dans le cadre des procédures de marchés publics si elles ne répondent pas à la définition des secrets d'affaires (voir ordonnance de la juridiction de céans du 4 janvier 2018 dans l'affaire civile n° e3K-3-16-378/2018, point 40). Il y a lieu de souligner que les règles prévues à l'article 1.116 du code civil correspondent en substance aux dispositions de la directive 2016/943 dans ce domaine.
68. Eu égard à ce qui précède, le critère décisif, pour accorder au demandeur l'accès aux informations relatives à son concurrent, est de savoir si les données en question constituent des secrets d'affaires. Pour cette raison, les procès-verbaux de la commission d'adjudication, la correspondance échangée avec les soumissionnaires, les décisions adressées à ces derniers, etc., après la publication des résultats définitifs de la procédure de passation de marché, par exemple, sont considérés comme des informations publiques, dans la mesure où elles ne portent pas atteinte à la protection des secrets d'affaires (voir ordonnance de la juridiction de céans du 30 novembre 2017 dans l'affaire civile n° e3K-3-354-690/2017, point 86). De même, sur demande distincte (c'est-à-dire de manière non automatique), la réclamation de l'autre fournisseur et la réponse du pouvoir adjudicateur à celle-ci sont reconnues comme des informations à rendre publiques (voir ordonnance de la juridiction de céans du 30 mars 2016 dans l'affaire civile n° 3K-3-177-916/2016, point 50).
69. *Deuxièmement*, le droit du fournisseur d'accéder à l'offre d'un autre fournisseur doit être considéré en substance comme faisant partie intégrante de la protection de droits qui ont été violés. Selon la législation nationale sur les marchés publics,

ce droit est un droit subjectif autonome, dont la mise en œuvre fait l'objet de mesures de protection juridictionnelle distinctes. Le demandeur n'est pas tenu d'intenter formellement une action contre les résultats de la procédure de passation de marché, sans disposer de tous les éléments nécessaires, en même temps qu'il demande au juge d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de produire des éléments de preuve et de les lui fournir, pour ensuite, éventuellement (le cas échéant), compléter ou rectifier les conclusions de sa demande (voir ordonnance de la juridiction de céans du 5 juin 2018 dans l'affaire civile n° e3K-3-211-248/2018, points 35, 36, 62, 63 et 67 à 70).

70. Toutefois, dans ce domaine, la juridiction de céans n'est pas certaine du contenu précis des obligations des pouvoirs adjudicateurs de protéger la confidentialité des informations qui leur sont fournies par les fournisseurs ni des rapports entre celles-ci et leur obligation de garantir une protection juridictionnelle effective aux opérateurs économiques qui ont introduit un recours. Même si, dans son arrêt du 14 février 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91), qui est presque le seul à avoir été rendu sur ce sujet, la Cour a souligné la nature fiduciaire (de confiance) de la relation entre les fournisseurs et les pouvoirs adjudicateurs, il apparaît cependant de l'article 9, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2016/943 (article 10<sup>1</sup>, paragraphe 3, du code civil), qui est postérieur à cet arrêt, que, en tout état de cause, il n'est pas admissible que les parties à un procès disposent de quantités d'informations différentes, car, dans ce cas, il y aurait violation des principes du droit à une protection juridictionnelle effective et du droit à un procès équitable.
71. Si la règle de droit énoncée ci-dessus oblige le juge à garantir au demandeur le droit de prendre connaissance des secrets d'affaires d'une partie au litige (ce qui ne signifie pas que le demandeur puisse ensuite en faire un usage illicite), on ne voit pas pourquoi ce droit ne devrait pas lui être reconnu avant la procédure contentieuse, d'autant plus que cela pourrait l'aider à prendre sa décision quant à l'introduction d'un recours. Il existe incontestablement un risque de voir certains fournisseurs abuser de ce droit en saisissant le pouvoir adjudicateur non pas pour assurer la défense de leurs droits, mais seulement pour obtenir des informations. Néanmoins, la règle de la directive 2016/943 citée ci-dessus indique clairement qu'il suffirait à ces fournisseurs de saisir le juge, [Or. 20] qui serait tenu de garantir leurs droits de défense et à une protection juridictionnelle effective, entre autres, en leur fournissant des informations appartenant à l'autre partie.
72. Il convient de souligner que, à part son considérant 18, la directive 2016/943 ne contient aucune disposition spécifique concernant les procédures de passation de marchés publics. D'autre part, il est douteux que la protection des informations constituant des secrets d'affaires des soumissionnaires doive être d'un niveau différent (plus élevé) que celle accordée aux opérateurs économiques qui opèrent dans d'autres relations juridiques. Il faut souligner que l'article 21 de la directive 2014/24 et les dispositions correspondantes de la directive 89/665 n'offrent pas de plus grande clarté dans ce domaine.



73. La juridiction de céans souligne constamment que, même si les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas des instances de recours, le système obligatoire de règlement précontentieux des litiges leur confère cependant un large pouvoir pour coopérer avec les fournisseurs (demandeurs et défendeurs) et, dans le même temps, en conséquence de l'objectif d'assurer aux soumissionnaires une protection effective de leurs droits, l'obligation d'adopter, dans la mesure de leur compétence et des moyens dont ils disposent, les mesures nécessaires pour garantir aux fournisseurs la possibilité de défendre effectivement des intérêts auxquels il aurait été porté atteinte (voir ordonnance de la juridiction de céans du 25 mai 2018 dans l'affaire civile n° e3K-3-212-378/2018, point 42 et jurisprudence citée). Cette jurisprudence est conforme à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, de la directive 89/665, aux termes duquel les États membres peuvent exiger que la personne concernée *introduise en premier lieu un recours* auprès du pouvoir adjudicateur [mise en évidence par la juridiction de céans].
74. En réalité, considérant que le législateur lituanien a institué l'obligation de présenter une réclamation et arrêté le régime qui s'applique à l'examen de celle-ci, et que la jurisprudence qualifie le droit des fournisseurs d'accéder aux offres des autres fournisseurs de partie intégrante de leurs droits de défense, il serait incohérent d'interpréter les dispositions du droit de l'Union désignées au point 72 de la présente ordonnance en ce sens que les fournisseurs ne pourraient accéder à ces informations que dans le cadre d'une procédure en justice.
75. D'autre part, la juridiction de céans se demande comment pourrait être mise en œuvre, dans le cadre de la procédure judiciaire, l'information des parties au procès qui est prévue à l'article 9, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2016/943 : le droit du demandeur d'accéder à l'offre de l'adjudicataire est-il illimité, ou, eu égard au stade de la procédure précontentieuse, ne devrait-il pas commencer par présenter cette demande au pouvoir adjudicateur ? La nature du litige qui naît des résultats de la procédure de passation de marché est-elle pertinente pour faire droit à cette demande ? Faut-il nécessairement que les parties soient en désaccord sur les résultats de la procédure, ou suffit-il qu'un fournisseur exerce son droit à obtenir des informations et, en cas de violation de ce droit, qu'il saisisse la justice d'une action distincte, comme le prévoit la jurisprudence de la juridiction de céans ?
76. Il y a lieu de souligner que, dans la présente affaire, le fournisseur A a d'abord demandé au pouvoir adjudicateur de lui donner accès à l'offre du fournisseur B, n'a obtenu qu'une petite partie des documents, n'a pas invoqué ce fait et n'a pas contesté séparément cette décision du pouvoir adjudicateur, mais a demandé en justice qu'il soit enjoint au pouvoir adjudicateur de produire des éléments de preuve et que ceux-ci lui soient fournis. Compte tenu du déroulement du litige au stade précontentieux, on ne voit pas clairement si le juge de première instance devait statuer sur la question du caractère confidentiel des informations du fournisseur B. D'autre part, les juges de première instance et d'appel, en ne communiquant pas au fournisseur A les informations demandées, ne se sont pas prononcés plus clairement eux-mêmes sur leur contenu et leur signification.

*La production éventuelle d'informations fausses et les pouvoirs du juge à cet égard*

77. Dans la présente affaire, la juridiction de céans, entre autres, soulève d'office la question de l'appréciation des actes du fournisseur B au regard de l'article 57, paragraphe 4, sous h), de la directive 2014/24, c'est-à-dire la question de savoir si le fournisseur B (certains de ses membres) n'a pas présenté au pouvoir adjudicateur des informations fausses au sujet de la conformité de ses capacités aux prescriptions de l'appel d'offres. En outre, il n'existe pas de certitude quant aux conséquences du comportement éventuellement illicite d'un des partenaires pour les autres membres de l'activité commune.

**[Or. 21]**

78. Dans l'arrêt du 4 mai 2017, Esaprojekt (C-38[7]/14, EU:C:2017:338), déjà cité, la Cour a interprété une disposition analogue, l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2014/18. Il convient de souligner *premièrement* que, pour qu'un opérateur économique soit exclu de la participation à un marché public, il n'est pas nécessaire que cet opérateur ait agi intentionnellement, mais il suffit qu'il se soit rendu responsable d'une négligence d'une certaine gravité, à savoir une négligence susceptible d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution d'un marché public. *Deuxièmement*, lorsque les informations présentées par le fournisseur ont eu une incidence sur l'issue de la procédure de passation de marché, l'opérateur économique qui a fourni les informations en question par négligence peut être considéré comme étant gravement coupable au sens de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18 et une telle attitude est susceptible de justifier la décision du pouvoir adjudicateur d'exclure ledit opérateur du marché public concerné.
79. Dans un arrêt rendu récemment sur cette question, la Cour a souligné que l'article 57, paragraphe 4, sous h), de la directive 2014/24 couvre en réalité tant un comportement actif, tel qu'une falsification, qu'une omission, dès lors que la communication de fausses informations est, au même titre que la dissimulation de vraies informations, susceptible d'avoir une incidence sur la décision prise par le pouvoir adjudicateur (arrêt du 3 octobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826).
80. À la lumière de ces interprétations, les informations fournies par Parsekas au sujet des revenus qu'elle a tirés de contrats – soit des contrats conclus et exécutés avec d'autres opérateurs économiques, lesquels, précisément, prestaient la partie des services relative à la gestion de déchets mixtes qui devait être démontrée, soit des contrats conclus et exécutés sans partenaire, mais, en tout état de cause, ne portant pas seulement sur des déchets mixtes mais aussi sur d'autres types de déchets (dans les deux cas, les déchets mixtes représentaient une partie plus petite de tous les déchets concernés) – pourraient en principe constituer, sur la base des éléments de fait que la Cour a examinés dans l'arrêt du 4 mai 2017, Esaprojekt (C-387/14,

EU:C:2017:338), un cas de négligence dans la présentation d'informations, qui a eu une incidence sur les résultats de la procédure de passation de marché.

81. La juridiction de céans n'est pas compétente pour statuer sur les faits, mais elle peut soulever d'office des questions de droit, y compris pour ce qui est de qualifier des informations de fausses pour ce qui concerne l'appréciation effectuée par les juges du fond. En outre, le droit national de la procédure civile permet de renvoyer l'affaire devant le juge de première instance ou le juge d'appel pour qu'il statue à nouveau, le cas échéant sur la base de directives imparties par la juridiction de céans.
82. D'autre part, dans sa jurisprudence relative à l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24, qui prévoit les motifs d'exclusion, la Cour a commencé à mettre l'accent sur le lien particulier de confiance réciproque entre le pouvoir adjudicateur et le fournisseur concerné. La juridiction de céans se demande en conséquence si, dans le cas où le pouvoir adjudicateur en décide autrement, le juge peut décider à sa place que des informations fausses ou trompeuses lui ont été présentées. Dans ce contexte, il faut souligner que le fournisseur A, tant dans sa réclamation que dans sa requête, a clairement exprimé sa position selon laquelle Parsekas avait présenté des informations trompeuses au pouvoir adjudicateur, mais celui-ci n'a pas suivi cette position et a estimé que les informations qui lui avaient été présentées démontraient que le fournisseur B disposait de la qualification requise.
83. Dans l'arrêt du 3 octobre 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* (C-267/18, EU:C:2019:826), la Cour a indiqué que, ainsi qu'il résulte du libellé de l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24, le législateur de l'Union a entendu confier au pouvoir adjudicateur, et à lui seul, au stade de la sélection des soumissionnaires, le soin d'apprécier si un candidat ou un soumissionnaire doit être exclu d'une procédure de passation de marché public. Cette faculté dont dispose tout pouvoir adjudicateur d'exclure un soumissionnaire d'une procédure de passation de marché est tout particulièrement destinée à lui permettre d'apprécier l'intégrité et la fiabilité de chacun des soumissionnaires. Ce principe exige que le pouvoir adjudicateur examine et apprécie lui-même les faits. S'il conclut que les conditions posées à l'article 57, paragraphe 4, sous g) ou h), de la directive 2014/24 sont remplies, le pouvoir adjudicateur doit, afin de respecter les prescriptions de l'article 57, paragraphe 6, de cette directive, lu en combinaison avec le considérant 102 de ladite directive, laisser la possibilité à l'opérateur économique en cause de fournir des preuves attestant qu'il a pris des mesures correctives.
84. S'agissant des aspects en question, la juridiction de céans se demande, entre autres, quelles sont les conséquences potentielles des actes d'un opérateur économique qui a fourni des informations éventuellement fausses pour ses partenaires avec qui il a présenté **[Or. 22]** une offre commune. En vertu de la législation nationale lituanienne (article 46, paragraphe 4, point 4, et article 52 de la loi sur les marchés publics), les opérateurs économiques qui ont fourni des

informations fausses doivent être inscrits à la Liste des fournisseurs ayant présenté des informations fausses, ce qui leur interdit, pendant un certain temps (un an) de participer à des appels d'offres publiés par d'autres pouvoirs adjudicateurs. Les doutes de la juridiction de céans quant à la fiabilité des informations présentées ne concernent pas tous les membres (partenaires) du fournisseur B.

85. En vertu de l'article 52, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics, le fournisseur qui doit être inscrit à la Liste des fournisseurs ayant présenté des informations fausses est le fournisseur tel qu'il est défini à l'article 2, paragraphe 36, de la même loi (*on entend, par « fournisseur », un opérateur économique, personne physique ou personne morale de droit privé ou de droit public, une autre organisation et ses membres ou un groupe formé de telles personnes, y compris une association temporaire d'opérateurs économiques, qui offre sur le marché de réaliser des travaux, fournir des biens ou prêter des services*). Il y a lieu de considérer, cependant, que la mesure de nature défavorable (conséquence) qui fait suite à des actes illicites et interdits par la loi suppose en principe la responsabilité personnelle de la personne concernée (en tant que sanction). Il s'ensuit que cette mesure devrait s'appliquer, sans exception, exclusivement aux personnes qui participent d'une manière ou d'une autre à des procédures de passation de marchés et ont présenté au pouvoir adjudicateur, en leur propre nom, des informations les concernant elles-mêmes.
86. Eu égard à ce qui précède, il est difficile de déterminer si les actes illicites d'une partie des partenaires d'une activité commune, qui ont présenté des informations fausses à propos d'eux-mêmes, n'ont de conséquences défavorables que pour ceux-ci ou pour tous les partenaires. Cette dernière position pourrait se fonder sur la communauté d'intérêt et de responsabilité de tous les partenaires (leur solidarité). D'autre part, il n'est pas certain qu'un tel modèle de responsabilité commune soit disproportionné, étant donné que les fournisseurs qui sont inscrits à la Liste des fournisseurs ayant présenté des informations fausses sont exclus de la participation à des procédures de passation de marchés publics pour un an.
87. Il est constant que les opérateurs économiques qui participent ensemble à une procédure de passation de marché public s'exposent à des risques supplémentaires, y compris en raison de la nécessité d'exclure une partie des partenaires ou d'autres facteurs ne leur permettant plus de participer à de telles procédures (par exemple l'insolvabilité) (voir arrêt du 24 mai 2016, *MT Højgaard et Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347), mais ce risque et ses conséquences défavorables éventuelles concernent seulement une procédure de passation de marché donnée, et ne s'étendent pas à une interdiction de participer à d'autres procédures pendant un certain laps de temps.

Le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie), section des affaires civiles, statuant en formation collégiale, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE [omissis] [législation nationale]

ordonne :

La Cour de justice de l'Union européenne est saisie d'une demande de décision préjudicielle sur les questions suivantes :

1. *La condition d'un marché public, aux termes de laquelle les fournisseurs doivent démontrer qu'ils réalisent un certain chiffre d'affaires annuel moyen uniquement en prestant certains services (la gestion de déchets communaux mixtes) relève-t-elle du champ d'application de l'article 58, paragraphe 3 ou 4, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ?*

2. *La réponse à la première question a-t-elle une incidence sur le régime d'appréciation des capacités du fournisseur tel que la Cour l'a défini dans l'arrêt du 4 mai 2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338) ?*

3. *La condition d'un marché public, aux termes de laquelle les fournisseurs doivent démontrer que les véhicules nécessaires pour prester les services [de gestion de déchets] sont conformes à des prescriptions techniques précises, y compris en matière d'émissions polluantes (norme EURO 5), d'émetteur GPS, de capacité de stockage etc., relève-t-elle du champ d'application des dispositions suivantes de la directive 2014/24 : a) l'article 58, paragraphe 4 ; b) l'article 42, lu en combinaison avec l'annexe VII ; c) l'article 70 ?*

4. *L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, qui consacre le principe de l'efficacité des procédures de recours, les paragraphes 3 et 5 du même article, l'article 21 de la directive 2014/24 et [Or. 23] les dispositions de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2016, en particulier son considérant 18 et son article 9, paragraphe 2, troisième alinéa (lus en combinaison ou séparément, mais sans s'y limiter), doivent-ils être interprétés en ce sens que, lorsque la réglementation nationale en matière de marchés publics prévoit une procédure précontentieuse obligatoire :*

*a) et qu'un fournisseur a introduit un recours, le pouvoir adjudicateur est tenu de lui fournir toutes les données de l'offre de l'autre fournisseur (même si elles sont de caractère confidentiel), si ce recours porte précisément sur la légalité de l'appréciation de l'offre de l'autre fournisseur et que le fournisseur auteur du recours lui avait clairement demandé au préalable de les fournir ;*

*b) indépendamment de la réponse à la question qui précède, le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il rejette la réclamation présentée par un fournisseur au sujet de la légalité de l'appréciation de l'offre de son concurrent, doit dans tous les cas répondre clairement, de manière exhaustive et avec précision, même au risque de divulguer des informations confidentielles qui lui ont été présentées dans le cadre de l'offre ?*

5. *L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, troisième alinéa, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 3 et 5, et l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665, l'article 21 de la directive 2014/24 et les dispositions de la directive 2016/943, en particulier son*



*considérant 18 (lus en combinaison ou séparément, mais sans s'y limiter) doivent-ils être interprétés en ce sens que la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas communiquer au fournisseur les données confidentielles de l'offre de l'autre fournisseur est une décision qui peut être attaquée en justice séparément ?*

*6. Si la réponse à la question qui précède est affirmative, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, de la directive 89/665 doit-il être interprété en ce sens que le fournisseur doit saisir le pouvoir adjudicateur d'une réclamation contre cette décision et, le cas échéant, introduire une action en justice ?*

*7. Si la réponse à la question qui précède est affirmative, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, troisième alinéa, et l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 doivent-ils être interprétés en ce sens que le fournisseur, en fonction de l'étendue des informations disponibles sur le contenu de l'offre de l'autre fournisseur, peut introduire une action en justice portant uniquement sur le refus de lui communiquer les informations, sans contester aussi la légalité des autres décisions du pouvoir adjudicateur ?*

*8. Indépendamment de la réponse aux questions qui précèdent, l'article 9, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2016/943 doit-il être interprété en ce sens que, lorsque le juge a été saisi d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'autre partie au litige de produire les éléments de preuve dont elle dispose et à ce que ces données soient communiquées au demandeur, il doit faire droit à cette demande, indépendamment du comportement du pouvoir adjudicateur pendant la procédure de passation de marché ou la procédure de recours ?*

*9. L'article 9, paragraphe 2, troisième alinéa de la directive 2016/943 doit-il être interprété en ce sens que, si le juge ne fait pas droit à la demande de divulgation des informations confidentielles de l'autre partie au litige, il devrait examiner lui-même d'office la pertinence des données dont la divulgation est demandée et leurs effets sur la légalité de la procédure de passation de marché ?*

*10. À la lumière de l'arrêt du 3 octobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:826), le motif d'exclusion des fournisseurs prévu à l'article 57, paragraphe 4, sous h), de la directive 2014/24, peut-il être appliqué de manière telle que, lorsque le juge statue sur un litige entre un fournisseur et un pouvoir adjudicateur, il peut, indépendamment de l'appréciation portée par ce dernier, décider d'office que le fournisseur concerné lui a présenté intentionnellement ou par négligence des informations trompeuses, non conformes à la réalité et, partant, devrait être exclu de la procédure de passation de marché ?*

*11. Les dispositions de l'article 57, paragraphe 4, sous h), de la directive 2014/24, lues en combinaison avec le principe de proportionnalité énoncé à l'article 18, paragraphe 1, de la même directive, doivent-elles être interprétées et appliquées en ce sens que, lorsque la législation nationale prévoit des sanctions*

*supplémentaires (outre l'exclusion de la procédure de passation de marché) en cas de présentation d'informations fausses, ces sanctions peuvent être appliquées seulement sur la base de la responsabilité personnelle, en particulier lorsque les informations ne correspondant pas à la réalité ont été présentées seulement par une partie des [opérateurs] ayant participé conjointement à la procédure de passation de marché (par exemple un partenaire parmi plusieurs) ?*

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

[OMISSIS] [procédure nationale, noms et prénoms des juges]

DOCUMENT DE TRAVAIL