

Demande de décision préjudicielle

Affaire C-367/19

Date de dépôt :

8 mai 2019

Juridiction de renvoi :

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Slovénie)

Date de la décision de renvoi :

30 avril 2019

Pouvoir adjudicateur :

Ministrstvo za notranje zadeve

Demandeur dans la procédure de révision d'une procédure de passation de marché public :

Tax-Fin-Lex d. o. o.

Soumissionnaire retenu :

LEXPERA, d.o.o.

République de Slovénie

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil

[omissis]

DEMANDE DE DÉCISION PRÉJUDICIELLE

Qualité de l'organe de renvoi

- 1 Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil¹ (Slovénie, commission nationale de révision des procédures d'attribution des marchés publics, ci-après la « Državna revizijska komisija ») en tant qu'organe de renvoi, est en Slovénie, en vertu de la loi relative aux recours dans les procédures de passation de marchés publics (Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega

¹ [omissis]

narocanja, [omissis]² ci-après le « ZPVPJN »), une autorité nationale spéciale, indépendante et autonome qui statue sur la légalité de la passation de marchés publics à chaque étape de la procédure d'adjudication (article 60, paragraphe 1, ZPVPJN).

- 2 En vertu de l'article 2 ZPVPJN, la possibilité de recours contre des violations affectant des procédures de passation des marchés publics est garantie en République de Slovénie dans le cadre
- d'une procédure précédant la révision et qui se déroule devant le pouvoir adjudicateur,
 - d'une procédure de révision qui se déroule devant la Državna revizijska komisija et
 - d'une procédure juridictionnelle qui se déroule en première instance devant l'Okrožno sodišče (Tribunal régional, Slovénie) désigné par la loi qui régit l'ordre judiciaire comme juridiction exclusivement compétente.

Le recours devant l'Okrožno sodišče est limité à l'appréciation de la responsabilité délictuelle pour le préjudice survenu et l'invocation de la nullité des contrats³ mais ne porte pas sur l'appréciation de la légalité des décisions de la Državna revizijska komisija qui sont définitives⁴. [Or. 2]

- 3 La Cour a déjà reconnu à la Državna revizijska komisija la qualité de « juridiction nationale » au sens de l'article 267 TFUE dans l'arrêt du 8 juin 2017, Medisanus, C-296/15, EU:C:2017:431.
- 4 Les faits étayant la décision de reconnaître à la Državna revizijska komisija la qualité de « juridiction nationale » au sens de l'article 267 TFUE n'ont pas changé depuis cet arrêt de la Cour. En tout état de cause, à l'annexe 1 de la décision de renvoi dans l'affaire C-296/15, la Državna revizijska komisija énonce les faits étayant la décision de lui reconnaître la qualité de « *juridiction nationale* » au sens de l'article 267 TFUE.

Parties au litige au principal

- 5 La Državna revizijska komisija, en chambre [omissis], se prononce sur le litige entre le Ministrstvo za notranje zadeve (ministère slovène de l'Intérieur), [omissis] Ljubljana, Slovénie (ci-après le « pouvoir adjudicateur ») et la société TAX-FIN-LEX, d.o.o., [omissis] Ljubljana, Slovénie (ci-après le « demandeur »)

² [omissis]

³ [omissis]

⁴ [omissis]

concernant le déroulement de la procédure de passation du marché public intitulée « *passation d'un marché public portant sur des services d'accès à un système d'information juridique* » dans le premier lot « *accès à un système d'information juridique* ». Comme le comportement du pouvoir adjudicateur, litigieux entre les parties, a également une incidence pour la société LEXPERA, d.o.o., [omissis] Ljubljana, Slovénie, à laquelle le pouvoir adjudicateur a attribué le marché public litigieux, et comme le soumissionnaire retenu a les mêmes droits et obligations qu'une partie ⁵, il convient également de considérer le soumissionnaire retenu comme une partie à la procédure au principal.

Objet du litige principal et faits pertinents

- 6 Le 7 juin 2018, le pouvoir adjudicateur, une autorité de la République de Slovénie, a adopté une décision d'ouverture d'une procédure de marché public portant sur l'accès à un système d'information juridique pour une période de 24 mois. [Or. 3]
- 7 La valeur estimée de ce marché public, telle que déterminée par le pouvoir adjudicateur, est de 39 959,01 euros, ce qui est inférieur au seuil fixé à l'article 4 de la directive 2014/24 ⁶.
- 8 Le pouvoir adjudicateur du marché public litigieux, qui est divisé en deux lots, suit la procédure de passation de marchés de faible valeur. Cette procédure est une procédure de passation de marchés public, régie au niveau national ⁷, à laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir pour passer des marchés publics portant sur des services dont la valeur est inférieure au seuil fixé à l'article 4 de la directive 2014/24.
- 9 Seuls le demandeur et le soumissionnaire retenu ont déposé à temps des offres pour le premier lot. À l'issue des négociations, le demandeur a offert un accès à un système d'information juridique (pour une période de 24 mois) à un prix de 0,00 euro.
- 10 Par décision de passation de marché public du 11 janvier 2019, le demandeur a été informé du rejet de son offre pour le premier lot (au motif qu'il a offert un prix final de 0,00 euro, ce qui, de l'avis du pouvoir adjudicateur, est contraire aux règles des marchés publics) et de l'attribution du marché public, pour le premier lot, au soumissionnaire retenu.
- 11 Le 17 janvier 2019, le demandeur a introduit une demande de révision, concernant laquelle le soumissionnaire retenu n'a pas présenté d'observations. Dans le cadre de la procédure précédant la révision, le pouvoir adjudicateur a rejeté la demande

⁵ [omissis]

⁶ 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. 64).

⁷ [omissis]

de révision par décision du 5 février 2019 portant sur la demande de révision. Le 11 février 2019, le pouvoir adjudicateur a renvoyé l'affaire devant la Državna revizijska komisija, ouvrant ainsi la procédure devant celle-ci.

- 12 Le point litigieux entre les parties concerne le bien-fondé du rejet de l'offre du soumissionnaire par le pouvoir adjudicateur. Le seul motif indiqué par le pouvoir adjudicateur pour rejeter l'offre du demandeur est que ce dernier a offert un prix final de 0,00 euro.
- 13 Il convient de souligner le fait juridiquement pertinent que le pouvoir adjudicateur ne reproche pas au demandeur d'avoir soumis une offre inhabituellement basse (certes, le pouvoir adjudicateur a commencé par vérifier ce point, cependant il n'a pas rejeté l'offre du demandeur au motif que ce dernier n'a pas expliqué le prix offert en [Or. 4] donnant des précisions). Le pouvoir adjudicateur ne reproche pas non plus au demandeur une offre non conforme aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. Le pouvoir adjudicateur ne soutient pas non plus que l'offre du demandeur n'est pas conforme aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ainsi que dans les documents de marché, qu'il existerait des motifs d'exclusion du demandeur ou que le demandeur ne respecte pas les critères de sélection qu'il a définis.
- 14 Le demandeur soutient qu'une offre d'une valeur totale de 0,00 euro n'est pas irrecevable. En effet, si les règles de passation des marchés publics s'appliquent effectivement pour conclure des contrats à titre onéreux, cela ne signifierait pas pour autant que le pouvoir adjudicateur peut rejeter l'offre d'un soumissionnaire qui offre des services gratuitement. Le soumissionnaire aurait le droit de déterminer librement le prix proposé, c'est pourquoi, dans le cadre d'une procédure de passation de marché, il aurait également le droit d'offrir des services gratuitement. De surcroît, si le demandeur avait obtenu le marché public et s'il avait permis gratuitement un accès à un système d'information juridique, en obtenant un nouveau marché ou de nouveaux utilisateurs, il en aurait tiré un avantage qu'il est certes impossible d'exprimer par une valeur monétaire mais qu'il est cependant possible de définir comme une contrepartie reçue pour l'exécution du marché public en cause.
- 15 Le pouvoir adjudicateur soutient qu'une offre d'une valeur totale de 0,00 euro est incompatible avec la notion de marché public. Un marché public serait un contrat à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique. Une offre d'une valeur totale de 0,00 euro affecterait le caractère onéreux du contrat (futur), puisque la gratuité de l'objet de l'offre en ferait une opération à titre gratuit et non à titre onéreux. La fourniture gratuite de services ne serait pas un marché public de services. L'obtention d'un nouveau marché ne constituerait pas une contrepartie pour l'exécution d'un marché public, car elle représente pour (tous) les opérateurs économiques une valeur ajoutée qu'il n'est cependant pas possible d'exprimer par une valeur monétaire et donc de facturer au pouvoir adjudicateur.

Dispositions juridiques pertinentes

Droit de l'Union

16 Article 1^{er} de la directive 2014/24 : **[Or. 5]**

1. La présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne les marchés publics, ainsi que les concours, dont la valeur estimée atteint ou dépasse les seuils établis à l'article 4.

2. Au sens de la présente directive, la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces travaux, fournitures ou services aient ou non une finalité publique. »

17 L'article 2, paragraphe 1 de la directive 2014/24 dispose :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

5. "marchés publics", des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ».

18 L'article 4 de la directive 2014/24 dispose :

« La présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants :

[...]

b) 144 000 EUR pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des autorités publiques centrales

[...] »

Droit slovène

12 L'article 2, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics [omissis] (Zakon o javnem naročanju, ci-après « ZJN-3 »), qui s'applique à l'affaire au principal, dispose :

« dans la présente loi, les expressions employées ont la signification suivante : **[Or. 6]**

1. "marché public", contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et

ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ;

[...] ».

Motifs de la demande de décision préjudicielle

Application du droit de l'Union

- 19 La valeur estimée de ce marché public est inférieure au seuil fixé à l'article 4 de la directive 2014/24.
- 20 La Cour s'est déjà jugée compétente à plusieurs reprises pour statuer sur une demande de décision préjudicielle portant sur des dispositions d'un acte de droit de l'Union, dans des situations dans lesquelles, même si les faits au principal ne relèvent pas directement du champ d'application de cet acte, ces dispositions ont été rendues applicables par le droit national en raison d'un renvoi opéré par ce dernier au contenu de celles-ci, afin de déterminer les règles applicables à une situation purement interne (voir par exemple arrêts du 13 mars 2019, E., C-635/17, EU:C:2019:192 ; du 17 mai 2017, ERGO Poist'ovňa, C-48/16, EU:C:2017:377, et du 28 octobre 2010, Volvo Car Germany, C-203/09, EU:C:2010:647).
- 21 Il résulte d'une jurisprudence constante que, lorsqu'une législation nationale entend se conformer, pour les solutions qu'elle apporte à des situations purement internes, à celles retenues dans le droit de l'Union afin, notamment, d'éviter l'apparition de discriminations à l'encontre des ressortissants nationaux ou d'éventuelles distorsions de concurrence, ou encore d'assurer une procédure unique dans des situations comparables, il existe un intérêt certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer (arrêt du 3 décembre 2015, Quenon K., C-338/14, EU:C:2015:795, point 17 et jurisprudence citée).
- 22 La présente affaire concerne aussi une telle situation. Bien que la directive 2014/24 ne régit pas directement la situation de l'affaire au principal, il y a lieu de constater que, lors de la transposition des dispositions de la directive 2014/24 en droit national, le législateur slovène a décidé que l'expression **[Or. 7]** « marché public » désignerait à la fois les marchés dont la valeur est supérieure au seuil défini dans ladite directive et ceux dont la valeur est inférieure.
- 23 Le ZJN-3, par lequel la directive 2014/24 a été transposée dans l'ordre juridique slovène est appliqué à la fois pour les marchés publics qui atteignent le seuil défini à l'article 4 de la directive 2014/24 et ceux qui ne l'atteignent pas.
- 24 La définition de la notion de « *marché public* » du ZJN-3 est identique à celle de la directive 2014/24. Cette définition est la même pour les marchés publics dont la

valeur est supérieure au seuil défini à l'article 4 de la directive 2014/24 et ceux dont la valeur est inférieure à ce seuil. C'est pourquoi, conformément au droit slovène, la disposition de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, qui définit la notion de « *marché public* », s'applique aussi directement et inconditionnellement à des situations auxquelles, pourtant, la directive 2014/24 ne s'applique pas.

- 25 Bien que, pour les marchés publics dont la valeur n'atteint pas le seuil défini à l'article 4 de la directive 2014/24, le ZJN-3 permette une procédure de passation purement nationale (que la directive 2014/24 ne prévoit pas, c'est-à-dire une procédure pour les marchés publics de faible valeur), concernant la notion de « *marché public* », il ne distingue pas entre les marchés publics dont la valeur est supérieure au seuil défini à l'article 4 de la directive et ceux dont la valeur est inférieure à ce seuil.
- 26 Afin de garantir l'égalité de traitement, il est nécessaire d'interpréter la notion de « *marché public* », reprise du droit de l'Union, de manière uniforme dans les situations qui relèvent de la directive 2014/24 (procédures de passation de marchés dont la valeur est supérieure au seuil) et dans les situations qui ne relèvent pas de ladite directive (procédures de passation de marchés dont la valeur est inférieure au seuil). Cela signifie que, dans une situation telle que celle de l'affaire au principal, où la valeur du marché public est inférieure au seuil défini à l'article 4 de la directive 2014/24, il est également nécessaire d'interpréter la notion de « *marché public* » en tenant compte de la jurisprudence de la Cour.

Motifs de la demande de décision préjudicielle

- 27 La Državna revizijska komisija entretient des doutes quant à l'interprétation et l'application de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 qui définit la notion de marché public. [Or. 8]
- 28 Le caractère onéreux du contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique et l'un des éléments essentiels qui définissent un marché public. Le contrat est indubitablement à titre onéreux lorsque les deux parties sont, respectivement, créancier et débiteur l'une envers l'autre. L'opérateur fournit des biens ou des services au pouvoir adjudicateur et il reçoit de ce dernier une contrepartie à titre de contrepartie pour les biens ou les services fournis.
- 29 Or, la Državna revizijska komisija se demande s'il y a un « *contrat à titre onéreux* » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 lorsque le pouvoir adjudicateur n'est tenu de fournir aucune contrepartie mais que, en cas de conclusion du contrat, l'opérateur économique obtient, pour l'objet du marché public, l'accès à un nouveau marché ou de nouveaux utilisateurs. Le fait que le pouvoir adjudicateur obtienne la fourniture des services pour un prix de 0,00 euro ou qu'il ne soit pas tenu de fournir une contrepartie pour cette fourniture pourrait permettre de conclure que, lorsque le prix offert est de 0,00 euro, il n'y a pas de contrat à titre onéreux au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la

directive 2014/24. Néanmoins, si le pouvoir adjudicateur n'a pas à payer pour la fourniture des services, il est possible que l'obtention d'un marché public ait déjà en soi une valeur (économique) pour l'opérateur économique qu'il est certes impossible d'exprimer sous forme de valeur monétaire au moment de l'attribution du marché ou de la conclusion du contrat. En effet, en exécutant le contrat, l'opérateur économique obtient un nouveau marché et, par conséquent, des références, ce qui est susceptible de représenter pour lui un avantage économique futur.

- 30 Toutefois, s'il n'est pas possible de suivre l'argument, selon lequel l'accès à un marché ou l'obtention d'un nouveau marché et de références font du contrat un « *contrat à titre onéreux* » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, alors, la Državna revizijska komisija a des doutes quant à l'application de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24. À cet égard, elle se demande si la disposition en question constitue une base légale autonome de rejet de l'offre.
- 31 La Državna revizijska komisija se demande si, après avoir ouvert la procédure de passation du marché public, le pouvoir adjudicateur peut rejeter l'offre d'un soumissionnaire lorsque, au cours de cette procédure, il apparaît que, pour obtenir les services, il n'aura pas à fournir de contrepartie, parce que le soumissionnaire a offert un prix de 0,00 euro pour l'exécution du marché public.
- 32 D'une part, il n'y aurait pas de contrat à titre onéreux conclu entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire en cas d'acceptation d'une offre avec un prix de 0,00 euro, il y aurait un contrat à titre gratuit, car, dans un tel cas de figure, le pouvoir adjudicateur ne serait pas tenu de fournir une contrepartie pour l'obtention des services. En raison du caractère gratuit, le contrat conclu ne pourrait pas être considéré comme [Or. 9] un contrat d'exécution d'un marché public. Cela signifierait que le pouvoir adjudicateur aurait ouvert une procédure de passation de marché public dont le résultat final serait non pas l'obtention d'un marché public de fourniture de services ou la conclusion d'un contrat d'exécution d'un marché public mais, par exemple, un don.
- 33 D'autre part, toutefois, l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2001/24 qui définit la notion de marché public ne régit pas le comportement dans le cadre de la procédure de passation de marchés public, mais il détermine dans quels cas de figure la directive s'applique. La définition de la notion de marché public peut être pertinente avant la conclusion même du contrat ou après. Avant la conclusion du contrat, la notion de marché public constitue une prescription imposant de respecter les dispositions de la directive 2014/24 si le pouvoir adjudicateur prévoit la fourniture de biens ou des services sur la base d'un contrat à titre onéreux. Inversement, si le pouvoir adjudicateur prévoit la fourniture de biens ou de services sur la base d'un contrat à titre gratuit, il n'est pas tenu de se comporter conformément aux dispositions de la directive 2014/24. Après la conclusion du contrat, la notion de marché public est pertinente pour apprécier si le contrat en

question a été conclu en respectant les règles régissant la procédure de passation de marchés publics.

- 34 L'ouverture de la procédure de passation d'un marché public montre que le pouvoir adjudicateur estime qu'il va devoir fournir une contrepartie pour l'obtention de l'objet du marché public. Il est possible que seules les offres présentées par les soumissionnaires compte tenu des conditions du marché montrent si cette appréciation du pouvoir adjudicateur était correcte. Le comportement ultérieur des soumissionnaires et le contenu de leurs offres ne peut pas avoir d'incidence sur cette appréciation (antérieure) du pouvoir adjudicateur. Après l'ouverture de la procédure de passation d'un marché public et après la réception des offres, le pouvoir adjudicateur est tenu de prendre en considération ces offres, de les examiner et de les apprécier uniquement au regard des exigences définies au préalable. De surcroît, les pouvoirs adjudicateurs organisent des procédures de passations de marchés non pas dans le but de conclure un contrat à titre onéreux mais avec pour objectif d'obtenir des biens ou des services (dont ils ont besoin). En l'espèce également, s'il acceptait l'offre à un prix de 0,00 euro, le pouvoir adjudicateur obtiendrait un objet du marché public conforme à ses exigences.

Décision et contenu des questions faisant l'objet du renvoi préjudiciel

- 35 Comme la Državna revizijska komisija estime que les doutes qu'elle a exposés concernent l'interprétation et l'application du droit de l'Union, conformément à l'article 267, troisième alinéa, TFUE, elle soumet à la Cour les questions préjudicielle suivantes, la réponse à la seconde question n'étant nécessaire que si la réponse à la première est négative : **[Or. 10]**

1. Y-a-t-il un « contrat à titre onéreux », en tant qu'élément d'un marché public au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 lorsque le pouvoir adjudicateur n'est tenu de fournir aucune contrepartie mais que, en exécutant le marché public, l'opérateur économique obtient l'accès à un nouveau marché et des références ?

2. Est-il possible ou convient-il d'interpréter l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 en ce sens qu'il constitue une base légale de rejet d'une offre à un prix de 0,00 euro ?

[omissis]