

**Affaire C-23/20**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

17 janvier 2020

**Jurisdiction de renvoi :**

Klagenævnet for Udbud (Danemark)

**Date de la décision de renvoi :**

16 janvier 2020

**Partie demanderesse au principal :**

Simonsen & Weel A/S

**Parties défenderesses au principal :**

Region Nordjylland et Region Syddanmark

---

**Klagenævnet for Udbud**

[OMISSIS]

[OMISSIS]

**ORDONNANCE**

de saisine préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne

Simonsen & Weel A/S [OMISSIS]

contre

Region Nordjylland et Region Syddanmark [OMISSIS]

Partie intervenante :

Nutricia A/S [OMISSIS]

Le Klagenævnet for Udbud [la commission de recours en matière de marchés publics, Danemark ; ci-après la « juridiction de céans »] a été saisi d'un recours introduit par Simonsen & Weel A/S contre la Region Nordjylland (région du

Jutland du Nord, Danemark) et la Region Syddanmark (région du Danemark du Sud) [ci-après les « régions »].

L'issue de l'affaire dépend notamment d'une interprétation de la directive [2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65 ; ci-après la « directive 2014/24 »)] et de la directive [92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO 1992, L 76, p. 14 ; ci-après la « directive 92/13 »)], telle que modifiée.

La juridiction de céans a décidé de suspendre la procédure en vue de saisir la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle en application de l'article 267 [TFUE]. [Or. 2]

### **1. Circonstances factuelles de la cause**

Le recours concerne une procédure ouverte de marché public tel que visée par la directive 2014/24, qui a été mise en œuvre par les régions avec l'avis de marché n° 2019/S 086-205406 du 30 avril 2019, et qui portait sur un accord-cadre de quatre ans entre la Region Nordjylland et un seul opérateur économique en vue de l'achat d'équipements pour alimentation par sonde destinés à des patients à domicile et à des établissements. S'agissant de la Region Syddanmark, il a été expliqué que celle-ci ne participait que « sur option ». À la rubrique II.1.4 de l'avis de marché, intitulée « Description succincte », il était indiqué qu'il n'était pas possible « de soumissionner pour certaines parties du marché » et qu'il fallait soumissionner pour « tous les postes du marché ». En outre avaient été indiqués un code CPV [vocabulaire commun pour les marchés publics] principal et deux codes CPV additionnels (voir, respectivement, rubriques II.1.2 et II.2.2 de l'avis de marché). La rubrique II.1.5 de l'avis, intitulée « Valeur totale estimée », n'était pas remplie. Il en était de même de la rubrique II.2.6, intitulée « Valeur estimée », et l'avis de marché ne contenait pas autrement d'informations sur la valeur estimée du marché ni d'informations sur la valeur estimée de l'accord-cadre pour la Region Nordjylland, ou de l'option d'accord-cadre pour la Region Syddanmark. L'avis de marché ne contenait, en outre, pas d'informations sur la valeur maximale des accords-cadres, que ce soit individuellement ou globalement, de même qu'on n'y trouvait pas d'informations sur la quantité estimée ou maximale des produits dont l'achat était prévu dans les accords-cadres. À la rubrique I.3 de l'avis de marché, concernant les « Communications », il était indiqué, notamment, que l'accès aux documents de marché, consultables à une adresse internet déterminée, était « gratuit, sans restriction et complet ».

Dans les documents de marché en question, qui étaient rédigés en danois, on trouvait notamment, dans une annexe (annexe 2 – Description des exigences), un

descriptif détaillé des produits faisant l'objet du marché. De plus, l'introduction du cahier des charges mentionnait que les volumes de consommation escomptés dans le cadre du marché figuraient dans une annexe (annexe 3 – Liste des offres). Il était indiqué, à cet égard, que les « *estimations indiquées et volumes de consommation escomptés sont uniquement l'expression des prévisions du pouvoir adjudicateur en ce qui concerne le recours aux fournitures faisant l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur ne s'engage donc pas, en vertu de l'accord-cadre, à prendre livraison d'une certaine quantité de fournitures ou à acheter à concurrence d'un certain montant. En d'autres termes, la consommation effective peut s'avérer supérieure ou inférieure à ce que indiquent les estimations.* »

L'annexe 3 en question (Liste des offres) consistait en une feuille de calcul comprenant 51 différentes catégories de produits. Pour chacune des catégories était donnée une description du produit et indiquée la consommation annuelle escomptée pour, respectivement, la Region Nordjylland et la Region [Or. 3] Syddanmark et la consommation annuelle totale pour les deux régions. Les colonnes qui suivaient devaient être remplies par chaque soumissionnaire avec le prix offert par unité de base, la consommation annuelle escomptée – exprimée en [couronnes danoises (DKK)] par unité de base – étant ensuite calculée et indiquée dans une colonne subséquente. La consommation annuelle escomptée était ensuite estimée en DKK sur cette base et la somme obtenue était indiquée dans la partie inférieure de la feuille.

Les documents de marché incluaient également un projet de contrat dont il ressortait, entre autres, que l'accord-cadre n'impliquait pas une obligation concrète et définitive pour le client d'acquérir des quantités déterminées à des moments déterminés, mais donnait au client le droit d'effectuer les achats des produits visés de façon ponctuelle, dès qu'un besoin concret se manifestait, et cela signifiait que les volumes de consommation indiqués dans les documents de marché (annexes 2 et 3 mentionnées ci-dessus) devaient, au sens de l'accord-cadre, être considérés comme indicatifs, les besoins opérationnels concrets pouvant justifier des modifications. En outre, il en ressortait que l'accord-cadre ne devait pas être considéré comme exclusif et que le client pouvait donc acquérir des produits similaires auprès d'autres fournisseurs en conformité avec les règles régissant les marchés publics, notamment en mettant de tels produits en concurrence.

Au cours de la procédure de marché, les régions ont reçu trois offres conformes, notamment de la part de Simonsen & Weel A/S et de Nutricia A/S. Le 9 août 2019, elles ont, par une décision motivée, annoncé que l'offre de Nutricia A/S avait, après application du critère d'attribution fixé (meilleur rapport qualité/prix) et de ses sous-critères, été considérée comme la plus avantageuse et que Nutricia A/S avait donc remporté le marché.

Le 19 août 2019, Simonsen & Weel A/S a formé un recours devant la juridiction de céans, laquelle a décidé, le 18 septembre 2019, de ne pas accorder à celui-ci un effet suspensif. La Region Nordjylland a, par la suite, conclu un accord-cadre avec

l'adjudicataire Nutricia A/S, laquelle partie intervient dans la procédure de recours au soutien des régions. La Region Syddanmark n'a pas encore levé l'option offerte.

Pendant la procédure de recours, Simonsen & Weel A/S a, en ce qui concerne les questions que la juridiction de céans souhaite voir résolues grâce à la procédure préjudicielle, notamment demandé que celle-ci constate que chacune des régions

1. a violé les articles 56 et 128, paragraphe 2, de la loi danoise sur les marchés publics, ainsi que les principes d'égalité de traitement et de transparence consacrés à [Or. 4] l'article 2 de la même loi, en n'indiquant pas, dans l'avis de marché, la quantité estimée ou la valeur estimée des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché, et
2. a violé les principes d'égalité de traitement et de transparence consacrés à l'article 2 de la loi sur les marchés publics en n'indiquant pas, dans l'avis ou dans un quelconque autre document de marché, la quantité maximale ou la valeur maximale des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché.

C'est en invoquant notamment ces infractions que Simonsen & Weel A/S demande que la juridiction de céans annule la décision des régions d'attribuer le marché à Nutricia A/S et déclare dépourvus d'effets les contrats conclus.

## **2. Cadre juridique**

### **2.1. Dispositions pertinentes du droit danois**

L'udbudslov [la loi n° 1564, du 15 décembre 2015, sur les marchés publics ; ci-après la « loi sur les marchés publics »] – tel que modifié –, qui transpose la directive 2014/24 en droit danois, contient notamment les dispositions suivantes :

« [Titre I – Dispositions générales]

[...]

*Principes généraux*

#### **Article 2**

1. En ce qui concerne les marchés publics visés aux titres II à IV, le pouvoir adjudicateur se conforme aux principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité.

[...]

[OMISSIS]

## Article 24

Aux fins de l'application de la présente loi, on entend par

[...]

- 24) “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 ;

[...] **[Or. 5]**

- 30) “accord-cadre” : un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques qui établit les conditions régissant des marchés passés au cours d'une période déterminée, notamment en ce qui concerne les prix et les quantités envisagées ;

[...]

## **[Titre II – Marchés publics dont la valeur est supérieure au seuil]**

[...]

## Article 56

Dans une procédure ouverte, tout opérateur économique peut soumettre une offre en réponse à un avis de marché. L'avis de marché contient les informations prévues à l'annexe V, partie C, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65). Le pouvoir adjudicateur utilise le formulaire type visé à l'article 128, paragraphe 3, de la présente loi.

[...]

### *Avis de marché*

## Article 128

1. Un pouvoir adjudicateur utilise les avis de marché comme moyen d'appel à la concurrence pour toutes les procédures à l'exception de la procédure négociée sans avis préalable [...].

2. Les avis de marché contiennent les informations prévues à l'annexe V, partie C, de la directive 2014/24/UE [...].

3. L'avis de marché est rédigé sur le modèle des formulaires types établis par la Commission européenne, est transmis par voie électronique à l'Office des

publications de l'Union européenne et est publié conformément à l'annexe VIII de la directive 2014/24/UE [...].

[...] ».

Le lov om Klagenævnet for Udbud (la loi sur la commission de recours en matière de marchés publics), qui met en œuvre, entre autres, la directive 92/13, prévoit notamment ce qui suit à l'article 17, paragraphe 1, point 1 :

« 1. Un marché relevant du titre II ou III de la loi sur les marchés publics ou de la directive [2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, ndt] est déclaré dépourvu d'effets si :

- 1) le pouvoir adjudicateur a, en violation de la loi sur les marchés publics ou des règles de l'Union en matière de passation des marchés, conclu un marché sans avoir préalablement publié un avis au Journal officiel de l'Union européenne, sous réserve toutefois des dispositions de l'article 4,

[...] ».

## **2.2. Dispositions du droit de l'Union**

Dans le préambule de la directive 2014/24, on peut notamment lire ce qui suit :

« (59) On observe, dans l'ensemble des marchés publics de l'Union, que les acheteurs publics ont une forte tendance à regrouper leurs demandes afin d'obtenir des économies d'échelle, notamment une réduction des prix **[Or. 6]** et des frais de transaction, et d'améliorer et de professionnaliser la gestion de la passation de marchés. Cette concentration des achats peut se faire en jouant soit sur le nombre de pouvoirs adjudicateurs concernés, soit sur le volume et la valeur des achats dans le temps. Il faudrait cependant surveiller attentivement le regroupement et la centralisation des achats pour éviter une concentration excessive du pouvoir d'achat et le risque de collusion et pour préserver la transparence et la concurrence, ainsi que les possibilités d'accès au marché pour les petites et moyennes entreprises.

(60) L'accord-cadre est un instrument largement utilisé et considéré comme une technique de passation de marché efficace dans toute l'Europe. Il convient donc de le maintenir en l'état pour l'essentiel. [...]

(61) Les conditions objectives permettant de déterminer quel opérateur économique, partie à l'accord-cadre, devrait exécuter une tâche donnée telle que la fourniture de produits ou la prestation de services destinés à être utilisés par des personnes physiques, peuvent englober, dans le contexte des accords-cadres définissant toutes les conditions, les besoins ou le choix des personnes physiques concernées.

[...]

[...] Les accords-cadres ne devraient pas être utilisés de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence. La présente directive ne devrait pas obliger les pouvoirs adjudicateurs à acquérir, en vertu d'un accord-cadre, des travaux, des fournitures ou des services couverts par celui-ci. »

La directive 2014/24 comprend notamment les dispositions suivantes :

« [TITRE I

## **CHAMP D'APPLICATION, DÉFINITIONS ET PRINCIPES GÉNÉRAUX**

### *CHAPITRE I*

#### *Champ d'application et définitions]*

##### Section 1

#### **Objet et définitions**

[...]

##### *Article 2*

#### **Définitions**

1. 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 ; **[Or. 7]**

[...]

##### Section 2

#### **Seuils**

##### *Article 4*

#### **Montants des seuils**

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 :

[...]

[Article 5

### **Méthodes de calcul de la valeur estimée du marché]**

[...]

5. Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamiques, la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

[...]

## *CHAPITRE II*

### *Règles générales*

#### *Article 18*

### **Principes de la passation de marchés**

1. Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.

[...]

## [TITRE II

### **RÈGLES APPLICABLES AUX MARCHÉS PUBLICS]**

[...]

## *CHAPITRE II*

### *Techniques et instruments pour les marchés électroniques et agrégés*

#### *Article 33*

### **Accords-cadres**

1. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des accords-cadres pour autant qu'ils appliquent les procédures prévues par la présente directive.

Un accord-cadre est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les conditions régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.



[...]

3. Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés fondés sur cet accord-cadre sont attribués dans les limites des conditions fixées dans l'accord-cadre. **[Or. 8]**

Pour la passation de ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent consulter par écrit l'opérateur économique partie à l'accord-cadre, en lui demandant de compléter, si besoin est, son offre.

[...]

*[CHAPITRE III*

***Déroulement de la procédure]***

[...]

[Section 2

**Publication et transparence]**

[...]

*Article 49*

**Avis de marché**

Les avis de marché sont utilisés comme moyen d'appel à la concurrence pour toutes les procédures, sans préjudice de l'article 26, paragraphe 5, deuxième alinéa, et de l'article 32. Les avis de marché contiennent les informations prévues à l'annexe V, partie C, et sont publiés conformément à l'article 51.

[...]

*ANNEXE V*

**INFORMATIONS QUI DOIVENT FIGURER DANS LES AVIS**

[...]

**PARTIE C**

**Informations qui doivent figurer dans les avis de marché**

(visés à l'article 49)

[...]

2. Adresse électronique ou internet sur laquelle les documents de marché sont mis à disposition en accès sans restriction, complet, direct et gratuit.

[...]

5. Codes CPV ; si le marché est divisé en lots, indiquer cette information pour chaque lot.

[...]

7. Description du marché : nature et étendue des travaux, nature et quantité ou valeur des fournitures, nature et étendue des services. Si le marché est divisé en lots, indiquer cette information pour chaque lot. Le cas échéant, description des options.

8. Ordre de grandeur total estimé du/des marché(s) : lorsque le marché est divisé en lots, cette information est fournie pour chaque lot.

[...] **[Or. 9]**

10. Calendrier de la livraison ou de la fourniture des produits, travaux ou services et, dans la mesure du possible, durée du marché.

a) En cas d'accord-cadre, indiquer la durée prévue de l'accord-cadre en précisant, si nécessaire, les raisons de toute durée de plus de quatre ans ; dans la mesure du possible, indiquer la valeur ou l'ordre de grandeur et la fréquence des marchés à attribuer, le nombre et, si nécessaire, le nombre maximal envisagé d'opérateurs économiques autorisés à participer.

[...] ».

Dans la [directive 92/13], telle que modifiée, l'article 2 quinquies comprend notamment les dispositions suivantes :

« Article 2 quinquies

**Absence d'effets**

1. Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante de l'entité adjudicatrice ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants :

a) si l'entité adjudicatrice a attribué un contrat sans avoir préalablement publié un avis au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2014/25/UE ou de la directive 2014/23/UE ;

[...] ».

### 2.3. Jurisprudence de la Cour de justice

Dans l'arrêt du 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice* (C-216/17, EU:C:2018:1034), on peut notamment lire ce qui suit :

**« Sur la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs non signataires d'un accord-cadre de ne pas déterminer le volume des prestations qui pourra être requis lorsqu'ils concluront des marchés subséquents ou de le déterminer en référence à leurs besoins ordinaires**

57. Il ressort de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, de la directive 2004/18 qu'un accord-cadre a pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. [Or. 10]
58. Il pourrait certes être déduit de la locution adverbiale "le cas échéant" que l'indication des quantités de prestations sur lesquelles l'accord-cadre portera n'est que facultative.
59. Cette interprétation ne saurait toutefois être retenue.
60. Premièrement, il résulte d'un certain nombre d'autres dispositions de la directive 2004/18 que l'accord-cadre doit, dès l'origine, déterminer le volume maximal de fournitures ou de services qui pourront faire l'objet des marchés subséquents. En particulier, l'article 9, paragraphe 9, de cette directive, qui expose notamment les méthodes de calcul de la valeur estimée des accords-cadres, dispose que la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de cet accord. Quant au point 6, sous c), intitulé 'Marchés publics de services', figurant sous le titre 'Avis de marchés', de l'annexe VII A de la directive 2004/18, il exige également que l'avis de marché afférent à un tel accord spécifie la valeur totale des prestations estimée pour toute la durée de l'accord-cadre ainsi que, dans toute la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer. Ainsi que le soutient en substance la Commission et comme M. l'avocat général l'a relevé au point 78 de ses conclusions, s'il n'est assujéti qu'à une obligation de moyens lorsqu'il s'agit de préciser la valeur et la fréquence de chacun des marchés subséquents à passer, le pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre doit, en revanche, impérativement préciser le volume global dans lequel pourront s'inscrire les marchés subséquents.
61. Deuxièmement, aux termes de l'article 32, paragraphe 3, de la directive 2004/18, lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés fondés sur cet accord-cadre doivent être attribués dans les limites des termes fixés par celui-ci. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre ne saurait s'engager, pour son propre compte et pour celui des pouvoirs adjudicateurs potentiels

- qui sont clairement désignés dans cet accord, que dans la limite d'un certain volume et qu'une fois que cette limite aura été atteinte, ledit accord aura épuisé ses effets.
62. Troisièmement, cette interprétation est de nature à assurer le respect des principes fondamentaux qui régissent la passation des marchés publics, lesquels sont applicables lors de la conclusion d'un accord-cadre, conformément à l'article 32, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2004/18. En effet, l'accord-cadre relève, de façon générale, de la notion de marché public dans la mesure où il confère une unité aux divers marchés spécifiques qu'il régit [...]. **[Or. 11]**
63. Or, tant les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination que le principe de transparence qui en découle [...] impliquent que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, premièrement, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, deuxièmement, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause [...].
64. En effet, les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques intéressés par la conclusion de l'accord-cadre, institués notamment à l'article 2 de la directive 2004/18, seraient affectés si le pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre ne précisait pas le volume global sur lequel porte un tel accord.
65. L'obligation de transparence s'impose d'autant plus que, dans l'hypothèse d'un marché subséquent, les pouvoirs adjudicateurs sont, en vertu de l'article 35, paragraphe 4, deuxième alinéa, de la directive 2004/18, exonérés de l'envoi d'un avis sur les résultats de la passation de chaque marché fondé sur l'accord-cadre.
66. En outre, si le pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre n'était pas tenu d'indiquer d'emblée le volume et le montant maximaux des prestations qui seront couvertes par cet accord, la conclusion de celui-ci pourrait servir à fractionner artificiellement un marché et ainsi à demeurer en deçà des seuils fixés par la directive 2004/18, ce que prohibe l'article 9, paragraphe 3, de la directive 2004/18.
67. De surcroît, à supposer même qu'une référence aux besoins ordinaires des pouvoirs adjudicateurs clairement désignés dans l'accord-cadre puisse se révéler suffisamment explicite pour des opérateurs économiques nationaux, on ne saurait présumer qu'il en va nécessairement de même pour un opérateur économique établi dans un autre État membre.

68. Enfin, si le volume global de prestations que représentent ces besoins ordinaires est notoire, il ne devrait y avoir aucune difficulté à le mentionner dans l'accord-cadre lui-même ou dans un autre document rendu public, tel que le cahier des charges, et, ce faisant, à assurer le respect plein et entier des principes de transparence et d'égalité de traitement. **[Or. 12]**
69. Quatrièmement, exiger du pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre qu'il précise dans l'accord-cadre le volume et le montant des prestations que couvrira cet accord concrétise l'interdiction, posée à l'article 32, paragraphe 2, cinquième alinéa, de la directive 2004/18, de recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence.

[...]

Par ces motifs, la Cour [...] dit pour droit :

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, et l'article 32, paragraphe 2, quatrième alinéa, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens que :

[...]

- il est exclu que les pouvoirs adjudicateurs non signataires de cet accord-cadre ne déterminent pas le volume des prestations qui pourra être requis lorsqu'ils concluront des marchés en exécution de celui-ci ou qu'ils le déterminent par référence à leurs besoins ordinaires, sous peine de méconnaître les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques intéressés à la conclusion dudit accord-cadre.

[...] ».

### **3. Argumentation des parties**

#### ***Sur l'exigence de l'indication de la valeur et/ou de la quantité estimée***

**Simonsen & Weel A/S** soutient notamment que les régions ont violé les articles 56 et 128, paragraphe 2, de la loi danoise sur les marchés publics (voir aussi article 49 de la directive 2014/24), ainsi que les principes d'égalité de traitement et de transparence consacrés à l'article 2 de la même loi (voir aussi article 18 de la directive 2014/24), en n'indiquant pas, dans l'avis de marché, la quantité estimée ou la valeur estimée des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché. À cet égard, l'entreprise a, entre autres, invoqué le fait qu'il est prévu, à l'annexe V, partie C, de la directive 2014/24 que l'avis de marché doit inclure une description de la « *nature et étendue des travaux, nature et quantité ou valeur des fournitures, nature et étendue des services* ». Il n'est pas

dérogré à cette exigence au point 10, a), dans ladite annexe. L'annexe VII A de la directive [2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114 ; ci-après la « directive de 2004 »)] mentionnait, selon ses termes, aussi bien la valeur totale estimée de l'accord-cadre que la valeur des marchés à passer en vertu de **[Or. 13]** l'accord-cadre. Le fait que ce ne soit pas le cas du point 10, a), dans la directive 2014/24 ne signifie pas qu'il y ait eu une modification, mais se justifie simplement par ceci que l'exigence d'indiquer la valeur totale ressort du point 7 dans l'annexe. La référence faite par la rubrique II.1.4 de l'avis de marché à la liste des offres faisant partie des documents de marché (annexe 3 – Liste des offres) et, partant, aux estimations qui y figuraient ne suffisait pas, vu que les informations requises par l'annexe V, partie C, doivent ressortir de l'avis de marché lui-même. Le fait qu'il soit question d'un accord-cadre et non d'un marché ne peut pas justifier une conclusion différente (voir arrêt du 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice*, C-216/17, EU:C:2018:1034, point 62).

À titre principal, les **régions** font notamment valoir qu'il n'y a pas d'exigence absolue d'indiquer, pour un accord-cadre, une étendue ou valeur déterminée dans l'avis de marché. Le libellé de la disposition figurant à l'article 33 de la directive 2014/24 (« le cas échéant ») devrait être compris en ce sens que la quantité envisagée estimée ne doit être indiquée que lorsque cela est important et/ou possible. Il s'agit donc d'une « exigence » qui se réduit à une faculté. De plus, à l'annexe V, partie C, de la directive 2014/24, la mention de la valeur totale des prestations estimée pour toute la durée [de l'accord-cadre] a disparu [voir point 10, a)], ce qui s'explique probablement par le souci d'une plus grande flexibilité et par cette considération que l'objet des accords-cadres ne peut pas être défini avec précision en ce qui concerne, par exemple, les quantités, la valeur et les caractéristiques. Les équipements pour alimentation par sonde n'avaient jamais auparavant fait l'objet d'une procédure de marché public et il aurait pu être désastreux pour les entreprises concurrentes que les régions indiquent une valeur estimée trompeuse ou erronée dans l'avis de marché. L'étendue de l'accord-cadre (quantités, valeur et caractéristiques) dépend des besoins de traitement. L'indication d'une valeur ou étendue maximale s'accompagnerait donc d'une grande incertitude et devrait, le cas échéant, être effectuée en incluant une marge importante quant à la valeur escomptée. À titre subsidiaire, les régions font valoir que le cahier des charges (annexe 3 – Liste des offres) indiquait une consommation escomptée des achats en vertu de l'accord pour chacune des deux régions et que l'exigence au point 10, a), de l'annexe V, partie C, de la directive 2014/24 était donc respectée. Conformément au texte du point 7 de l'annexe V, partie C, de la directive, le pouvoir adjudicateur, en ce qui concerne l'acquisition des produits, a, en principe, choisi dans l'avis de marché entre une description de la nature et de la quantité des fournitures et une description de la nature et de la valeur des fournitures, étant entendu qu'il ne s'agit pas là d'exigences cumulatives. Le point 7 de l'annexe V, partie C, de la directive 2014/24 concerne les marchés publics en général et ne tient pas compte des particularités des

accords-cadres, en particulier de leurs caractéristiques, objectif et contexte. En revanche, le point 10, a), de l'annexe V, partie C, de la directive détermine en tant que [Or. 14] les informations spécifiques que l'avis de marché doit contenir en ce qui concerne les accords-cadres, et cette disposition devrait donc primer celle du point 7. Cela est confirmé par le formulaire type établi pour les avis de marché, où les postes « Valeur totale estimée » (rubrique II.1.5) et « Valeur estimée » (rubrique II.2.6) ne sont pas des champs obligatoires et permettent seulement d'indiquer une valeur pécuniaire, et non une « étendue » ou « quantité » fixée à l'aide d'autres unités de mesure.

### *Sur l'exigence de détermination d'une quantité et/ou d'une valeur maximale*

**Simonsen & Weel A/S** fait notamment valoir que, dans l'arrêt du 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice* (C-216/17, EU:C:2018:1034), la Cour a estimé qu'un pouvoir adjudicateur qui lance un appel d'offres pour un accord-cadre doit déterminer la valeur maximale ou la quantité maximale des produits susceptibles de faire l'objet de marchés subséquents, et la partie soutient que cette exigence n'a pas été respectée. Les estimations concernant les équipements pour alimentation par sonde qui, dans les documents de marché, figuraient dans la liste d'offres (annexe 3 au marché) ne respectent pas cette exigence puisqu'il était expressément indiqué qu'elles n'étaient pas contraignantes. La motivation retenue par la Cour est générale (voir notamment point 61 de l'arrêt) et elle est donc également pertinente dans le présent cas d'espèce, même si celui-ci doit être tranché en appliquant l'actuelle directive 2014/24 et que les circonstances factuelles des deux affaires ne sont pas comparables. En n'indiquant pas la quantité maximale des produits pouvant être acquis en exécution de l'accord-cadre ou la valeur totale maximale de l'accord-cadre, les régions pourraient avoir recours à l'accord-cadre sans restriction pendant toute la durée de celui-ci.

Les **régions** soutiennent notamment que l'arrêt dans l'affaire C-216/17 portait sur l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, et de l'article 32, paragraphe 2, de la directive de 2004 et que le dispositif doit être considéré à la lumière des prétentions formulées dans cette affaire et des circonstances propres à celle-ci. Le champ d'application de la jurisprudence de l'arrêt est ainsi limité aux situations dans lesquelles un pouvoir adjudicateur agit pour le compte d'autres [pouvoirs adjudicateurs] qui ne sont pas directement parties à l'accord-cadre litigieux, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. De plus, la portée de la jurisprudence de l'arrêt devrait être considérée comme limitée aux formulations de la directive de 2004, dans laquelle l'article 9, paragraphe 9 – qui concerne le calcul de la valeur des marchés en ce qui concerne les accords-cadres –, se réfère à la « valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre », tandis que l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2014/24 se sert de la formule « valeur maximale estimée [...] de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ». D'après l'arrêt, il est suffisant que le volume global des prestations soit [Or. 15] indiqué dans l'accord-cadre lui-même ou dans un autre document rendu public, tel que le cahier des

charges, puisque le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement est ainsi pleinement et entièrement assuré (point 68). En cas d'appel d'offres portant sur un accord-cadre, le point de savoir s'il est aussi effectué pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs est déterminant (voir motifs de l'arrêt C-216/17, et considérants 59 à 62 de la directive 2014/24). L'exigence de l'indication d'un volume maximal (ou d'une valeur maximale), décrite au point 61 de l'arrêt C-216/17, ne peut pas être étendue à des cas non comparables. Les régions ont mis en adjudication un accord-cadre non exclusif et non synallagmatique, et elles ne connaissaient pas, au moment de l'appel d'offres, l'étendue des besoins d'achat concrets ou le niveau de prix pour les « marchés individuels ». Par conséquent, les régions n'ont pas été en mesure d'effectuer une estimation de la valeur de l'accord-cadre suffisamment solide pour pouvoir remplir la rubrique II.1.5 ou II.2.6 de l'avis de marché. Ainsi, ce que les régions ont décrit dans les documents de marché en ce qui concerne le volume déterminé des prestations est conforme aux lignes directrices de l'arrêt C-216/17 (voir points 31, 61 et 64). L'indication par les régions des quantités escomptées ne signifie pas que les régions peuvent se servir de l'accord-cadre sans restriction pendant toute la durée de celui-ci puisque les quantités spécifiées par les régions dans le cahier des charges (annexe 3 du marché – Liste des offres), conjointement avec ce que l'adjudicataire a inscrit dans les champs et avec les prix qu'il a indiqués à cet égard, fournissent la valeur estimée de l'accord-cadre sur la durée du marché et donc également la valeur du marché initial, laquelle constitue une limitation naturelle aux modifications ultérieures, conformément à l'article 72 de la directive 2014/24.

### *Sur la sanction consistant en l'absence d'effets*

**Simonsen & Weel A/S** soutient que le fait que les régions n'aient pas indiqué de valeur, de quantité ou d'étendue en ce qui concerne l'accord-cadre dans l'avis de marché et aient, en même temps, omis d'indiquer les quantités maximales ou la valeur maximale dans l'avis de marché ou dans les autres documents de marché a pour conséquence que l'accord-cadre conclu par Region Nordjylland est sans rapport avec l'avis de marché publié et que, partant, l'obligation de mise en concurrence n'a pas été respectée. L'accord-cadre conclu doit donc être déclaré dépourvu d'effets.

Les **régions** font notamment valoir que la conclusion de l'accord avec Nutricia A/S ne constitue pas une situation pouvant entraîner une « absence d'effets » dans la mesure où le fait de ne pas avoir rempli les champs non obligatoires « Valeur totale [Or. 16] estimée » (rubrique II.1.5 de l'avis de marché) et « Valeur estimée » (idem, rubrique II.2.6) ne peut pas être comparé à une situation où un marché est conclu sans publication préalable d'un avis de marché. En outre, les régions se sont, dans l'avis de marché, référées à la liste d'offres, laquelle mentionnait la consommation annuelle escomptée des régions. L'obligation de mise en concurrence a donc été respectée.



#### 4. Les questions préjudicielles

La juridiction de céans relève que, à son avis, les dispositions susmentionnées de la législation danoise doivent être interprétées conformément aux dispositions sous-jacentes de la directive 2014/24 et de la directive 92/13 qu'elles visent à mettre en œuvre. Le recours dont la juridiction de céans est saisie s'inspire clairement de l'arrêt du 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice* (C-216/17, EU:C:2018:1034). Cependant, cet arrêt portait sur une situation très particulière, de même qu'il concernait les dispositions de l'ancienne directive sur les marchés publics. On peut donc affirmer que la seule interprétation certaine qu'on puisse donner aux réponses de la Cour est que celles-ci s'appliquent aux circonstances très particulières rappelées dans le dispositif de [l'arrêt]. Cependant, un certain nombre des motifs semblent donner une interprétation générale des règles qui étaient alors en vigueur. Ces règles semblent également avoir été transférées largement inchangées dans la nouvelle directive sur les marchés publics. Sur ce point, cependant, même des modifications mineures peuvent susciter un certain doute quant à la possibilité d'étendre aux règles actuellement applicables les interprétations qui ont été données (voir notamment les arguments des parties concernant la question 1). La juridiction de céans éprouve aussi une hésitation quant au point de savoir dans quelle mesure ce qui est énoncé aux points 57 à 69 de l'arrêt s'applique également dans une situation comme celle du cas d'espèce, où les pouvoirs adjudicateurs sont tous les deux originaires parties à l'accord-cadre et où l'un d'eux ne participerait que de façon optionnelle. L'incertitude de la juridiction de céans porte en particulier sur la portée de ce qui est dit au point 60 de l'arrêt, à savoir qu'une limite maximale doit être fixée et que l'accord en question aura épuisé ses effets (voir point 61) lorsque cette limite sera atteinte. Cela fait naître un doute quant à savoir si une telle limite devrait spécifier à la fois les quantités maximales et les valeurs maximales des produits qui pourraient être achetés en vertu de l'accord-cadre, et si un tel maximum devrait, le cas échéant, être fixé « dès l'origine » et, partant, être indiqué déjà dans l'avis de marché (où il serait donc identique à la valeur estimée) et/ou dans le cahier des charges (voir, en ce sens, point 66 de l'arrêt), alors que les points 68 et 69 de l'arrêt semblent supposer qu'il suffit qu'un maximum soit fixé, pour la première fois, dans l'accord-cadre lui-même, c'est-à-dire à l'achèvement de la procédure de mise en concurrence (voir question 2). En outre, un doute peut survenir, dans l'examen des questions, quant à savoir si la méconnaissance des exigences à respecter dans l'avis de marché, [Or. 17] telles qu'elles pourraient être déterminées par la suite, tombe sous le coup de l'article 2 quinquies de la directive 92/13, ce qui suppose que la conclusion d'un accord sur cette base devrait être assimilée à la situation où aucun avis de marché n'a été publié du tout en ce qui concerne les achats en question, de sorte qu'il se justifie de considérer le marché comme dépourvu d'effets (voir question 3).

Au vu de ce qui précède et à la lumière de ce que les parties ont fait valoir, la juridiction de céans estime que les points soulevés suscitent des doutes tels qu'il se justifie de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions qui suivent.

Pour ces motifs, la juridiction de céans décide :

La Cour de justice de l'Union européenne est invitée à se prononcer sur les questions suivantes :

- 1) Les principes d'égalité de traitement et de transparence consacrés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE, ainsi que la disposition de l'article 49 de la même directive, considérée conjointement avec les points 7 et 10, a), de l'annexe V, partie C, de celle-ci, doivent-ils être interprétés en ce sens que l'avis de marché doit, dans une situation telle que celle du cas d'espèce, contenir des informations sur la quantité estimée et/ou la valeur estimée des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché ?

Dans le cas où elle répondrait à cette question par l'affirmative, la Cour est aussi invitée à indiquer si lesdites dispositions doivent alors être interprétées en ce sens que les informations doivent, en ce qui concerne l'accord-cadre, être données a) de manière globale et/ou b) pour ce qui regarde le pouvoir adjudicateur originaire qui a manifesté son intention de conclure un accord dans le cadre de la procédure de marché (ici : la Region Nordjylland) et/ou c) pour ce qui regarde le pouvoir adjudicateur originaire qui a seulement manifesté son intention de participer de manière optionnelle (ici : la Region Syddanmark).

- 2) Les principes d'égalité de traitement et de transparence consacrés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE, ainsi que les dispositions des articles 33 et 49 de la même directive, lues ensemble avec les points 7 et 10, a), de l'annexe V, partie C, de celle-ci, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'il faut fixer, soit dans l'avis de marché, soit dans le cahier des charges, une quantité maximale et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché, de sorte que l'accord-cadre en question aura épuisé ses effets lorsque cette limite sera atteinte ?

Dans le cas où elle répondrait à cette question par l'affirmative, la Cour est aussi invitée à indiquer si lesdites dispositions doivent être interprétées en ce sens que la limite maximale en question doit, en ce qui concerne l'accord-cadre, être indiquée a) de manière globale et/ou b) pour ce qui regarde le pouvoir adjudicateur originaire **[Or. 18]** qui a manifesté son intention de conclure un accord dans le cadre de la procédure de marché (ici : la Region Nordjylland) et/ou c) pour ce qui regarde le pouvoir adjudicateur originaire qui a seulement manifesté son intention de participer de manière optionnelle (ici : la Region Syddanmark).

En cas de réponses affirmatives à la question 1 et/ou à la question 2, la Cour est aussi invitée à répondre à la question suivante, dans la mesure où une réponse à celle-ci se justifie encore au vu du contenu des réponses qui précèdent :

- 3) L'article 2 quinquies, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/13/CEE, considéré conjointement avec les dispositions des articles 33 et 49 de la directive 2014/24/UE, et des points 7 et 10, a), de l'annexe V, partie C, de celle-ci, doit-il être interprété en ce sens que la condition que « l'entité adjudicatrice a attribué un contrat sans avoir préalablement publié un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* » comprend un cas où, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a bien publié un avis de marché au Journal officiel pour l'accord-cadre projeté, mais où
- a) l'avis ne respecte pas l'exigence d'informer sur la quantité estimée et/ou la valeur estimée des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché, sachant, cependant, qu'une estimation à cet égard ressort du cahier des charges, et
  - b) le pouvoir adjudicateur n'a pas observé l'obligation de fixer, soit dans l'avis de marché, soit dans le cahier des charges, une quantité maximale et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché ?

[signatures]

[OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL