

Affaire C-54/21

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

29 janvier 2021

Jurisdiction de renvoi :

Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours, Pologne)

Date de la décision de renvoi :

22 décembre 2020

Partie requérante

ANTEA POLSKA S.A.

« Pectore-Eco » sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy

Partie défenderesse :

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Autres parties à la procédure :

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

HYDROCONSULT sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań
Hydrogeologicznych i Geofizycznych

[Réf.] [OMISSIS]

ORDONNANCE

du 22 décembre 2020-

Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours, Pologne) [formation de jugement] [OMISSIS]

[OMISSIS]

après examen du recours déposé auprès du président de la chambre nationale de recours (ci-après la « **Chambre** ») par les soumissionnaires participant conjointement à la procédure de passation d'un marché public, **ANTEA POLSKA, société à responsabilité limitée (sp. z o. o.), établie à Katowice, « Pectore-Eco », sp. z o. o., établie à Gliwice et Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy (Institut pour la protection de l'environnement – Institut de recherche national), établi à Varsovie,**

dans le litige survenu à l'occasion de la procédure de passation du marché public diligentée par l'autorité adjudicatrice, le **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie** (Autorité nationale de gestion des eaux de Pologne), établi à Varsovie, aux fins du « développement de projets pour la deuxième mise à jour des plans de gestion de l'eau dans les districts hydrographiques (II aPGW) ainsi que des méthodologies », publié au *Journal officiel de l'Union européenne* sous le numéro 2019/S 245-603343,

parties intervenantes au soutien des conclusions de l'autorité adjudicatrice :

ARUP Polska, sp. z o. o., et CDM Smith, Sp. z o. o., établies à Varsovie, soumissionnaires à la procédure de passation du marché,

Multiconsult Polska Sp. z o. o., ARCADIS Sp. z o. o. et HYDROCONSULT Sp. z o. o. Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych, (Bureau d'études et de recherches hydrogéologiques et géophysiques), établis à Varsovie, soumissionnaires conjoints à la procédure de passation du marché,

décide :

les questions d'interprétation de dispositions du droit de l'Union posées ci-dessous sont déférées à la Cour de justice de l'Union européenne, en application de l'article 267 TFUE, aux fins d'une décision à titre préjudiciel : [Or. 2]

Question 1. : le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques et le principe de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, 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 (ci-après la « directive 2014/24 ») * permettent-ils d'interpréter l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24 et l'article 2,

* Ndt : JO 2014, L 94, p. 65.

point 1, de 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 (ci-après la « directive 2016/943 ») *, en particulier leurs formulations « dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues [...] ou [...] aisément accessibles », et « elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes », ainsi que la précision selon laquelle « le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel », en ce sens qu'un soumissionnaire est en droit de traiter toute information comme confidentielle au titre du secret des affaires, au motif qu'il n'en souhaite pas la divulgation aux soumissionnaires concurrents ?

Question 2. : le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques et le principe de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24 permettent-ils d'interpréter son article 21, paragraphe 1, et l'article 2, point 1, de la directive 2016/943 en ce sens que les soumissionnaires à un marché public peuvent traiter, en tout ou partie, comme confidentiels au titre du secret des affaires les documents visés aux articles 59 et 60 de la directive 2014/24 et à son annexe XII, notamment, la liste des expériences acquises, les références, la liste des personnes proposées pour exécuter le marché et leurs qualifications professionnelles, les noms et capacités des entités dont ils entendent solliciter les ressources ou des sous-traitants, lorsque ces documents sont exigés pour prouver la satisfaction des conditions de participation à la procédure ou pour évaluer les offres selon les critères de leur évaluation ou pour en constater la conformité aux autres exigences du pouvoir adjudicateur énoncées dans le dossier de la procédure (avis de marché et cahier des charges) ?

Question 3. : le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques et le principe de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24, interprétés à la lumière de ses articles 58, paragraphe 1, 63, paragraphe 1, et 67, paragraphe 2, sous b), permettent-ils au pouvoir adjudicateur d'accepter à la fois, d'une part, la déclaration du soumissionnaire selon laquelle il dispose des ressources humaines, des entités dont il entend solliciter les capacités [Or. 3] ou des sous-traitants, requis par le pouvoir adjudicateur ou déclarés par lui-même, ce qu'il est tenu par ces dispositions de prouver au pouvoir adjudicateur, et, d'autre part, la déclaration de l'intéressé selon laquelle la seule divulgation à ses concurrents soumissionnaires de données concernant ces personnes ou entités (noms, raisons sociales, expérience, qualifications) peut entraîner leur « captation » par ces mêmes soumissionnaires, ce qui implique la nécessité du traitement confidentiel de ces données au titre du secret des affaires ?

* Ndt : JO 2016, L 157, p. 1.

Compte tenu de ce qui précède, peut-on regarder une telle relation éphémère entre le soumissionnaire et ces personnes et ces entités comme une preuve de la disponibilité de ces ressources et, en particulier, attribuer au soumissionnaire des points supplémentaires au titre des critères d'évaluation des offres ?

Question 4. : le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques et le principe de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24 permettent-ils d'interpréter son article 21, paragraphe 1, et l'article 2, point 1, de la directive 2016/943, en ce sens que les soumissionnaires à un marché public peuvent traiter comme confidentiels au titre du secret des affaires les documents requis aux fins de l'examen de la conformité de leur offre aux exigences du pouvoir adjudicateur contenues dans le cahier des charges (y compris la description de l'objet du marché) ou aux fins de l'évaluation de leur offre selon les critères d'évaluation des offres, en particulier, lorsque ces documents ont trait au respect des exigences du pouvoir adjudicateur énoncées dans le cahier des charges, dans des dispositions légales ou dans d'autres documents accessibles au public ou aux personnes intéressées, en particulier, lorsque cette évaluation n'est pas effectuée selon des modèles objectivement comparables et des paramètres mathématiquement ou physiquement quantifiables et comparables, mais selon une appréciation individuelle par le pouvoir adjudicateur ? S'ensuit-il que l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24 et l'article 2, point 1, de la directive 2016/943 peuvent être entendus en ce sens que la déclaration produite dans son offre par un soumissionnaire donné, selon laquelle il réalisera l'objet du marché en cause conformément aux conditions du pouvoir adjudicateur figurant dans le cahier des charges, sous son contrôle et son appréciation au regard du respect de ces conditions, peut être regardée comme un secret d'affaires de l'intéressé, même s'il lui appartient de choisir les méthodes visant à atteindre le résultat requis par le pouvoir adjudicateur (l'objet du marché) ?

Question 5. : les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques et le principe de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24, interprétés à la lumière de son article 67, paragraphe 4, selon lequel les critères d'attribution du marché n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur [Or. 4], doivent garantir la possibilité d'une véritable concurrence et permettre de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres satisfont aux critères d'attribution du marché, habilent-ils le pouvoir adjudicateur à établir un critère d'évaluation des offres donné, en particulier, un critère qu'il apprécie à titre individuel, alors qu'il est notoire, dès le moment de l'établissement de ce critère, que les soumissionnaires traiteront, sans opposition du pouvoir adjudicateur, comme confidentielle au titre du secret des affaires la partie de leur offre se rapportant à ce critère, de sorte que les soumissionnaires concurrents, dans l'impossibilité de vérifier les offres de

leurs rivaux et de les comparer à leurs propres offres, peuvent avoir l'impression que le pouvoir adjudicateur exerce un pouvoir discrétionnaire illimité dans l'examen et l'évaluation des offres ?

Question 6. : le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques et le principe de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24, interprétés à la lumière de son article 67, paragraphe 4, selon lequel les critères d'attribution du marché n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, doivent garantir la possibilité d'une véritable concurrence et permettre de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres satisfont aux critères d'attribution du marché, peuvent-ils être interprétés comme habilitant le pouvoir adjudicateur à établir des critères d'évaluation des offres résidant, comme dans la procédure en cause, dans la « conception du développement des projets » et dans la « description des modalités d'exécution du marché » ?

Question 7. : l'article 1^{er} paragraphes 1 et 3, de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (ci-après « la directive "recours" »), qui impose aux États membres l'obligation de garantir aux soumissionnaires l'accès à des voies de recours efficaces contre les décisions prises par les entités adjudicatrices et d'assurer l'accès à des voies de recours à toute personne ayant un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une illégalité alléguée, doit-il être interprété en ce sens que le constat, par l'organe appelé à statuer, que les documents traités comme confidentiels par les soumissionnaires dans une procédure donnée ne constituent pas des secrets d'affaires, de sorte que le pouvoir adjudicateur est tenu de les divulguer et d'en donner l'accès aux soumissionnaires concurrents – lorsqu'un tel effet ne résulte pas directement des dispositions légales – implique, pour le pouvoir adjudicateur, l'obligation d'adopter une décision permettant à ce soumissionnaire d'introduire un nouveau recours – dans la mesure circonscrite par la teneur desdits documents, dont l'intéressé n'avait pas connaissance auparavant [Or. 5], raison pour laquelle il n'a pas pu exercer utilement une voie de recours – à l'encontre d'un acte qui ne serait pas susceptible de recours en raison de l'expiration des délais contentieux et tendant, par exemple, à l'invalidation de la décision portant examen et évaluation des offres auxquelles se rapportent les documents en cause traités comme confidentiels au titre du secret des affaires ?

MOTIFS

I. Cadre juridique

A. Droit de l'Union

Les dispositions pertinentes des directives applicables sont les suivantes :

Directive 2014/24

1) Article 18, paragraphe 1

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

Un marché ne peut être conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques.

2) Article 21, paragraphe 1

Sauf disposition contraire de la présente directive ou des règles de droit national auxquelles le pouvoir adjudicateur est soumis, notamment les dispositions régissant l'accès à l'information, et sans préjudice des obligations en matière de publicité concernant les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires qui figurent aux articles 50 et 55, le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel, y compris, entre autres, les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

3) Article 55, paragraphes 2 et 3

2. À la demande du candidat ou du soumissionnaire concerné, les pouvoirs adjudicateurs communiquent, dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite :

a) à tout candidat écarté, les motifs du rejet de sa demande de participation ;

b) à tout soumissionnaire écarté, les motifs du rejet de son offre, y compris, dans les cas visés à l'article 42, paragraphes 5 et 6, les raisons pour lesquelles ils ont conclu à la non-équivalence [Or. 6] ou décidé que les travaux, fournitures, ou services ne répondent pas aux performances ou aux exigences fonctionnelles ;

c) à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du titulaire ou des parties à l'accord-cadre ;

d) à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, des informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations et du dialogue avec les soumissionnaires.

3. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements concernant l'attribution du marché, la conclusion d'accords-cadre ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique, visés aux paragraphes 1 et 2, lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

4) Article 56, paragraphes 1 et 2

1. Les marchés sont attribués sur la base des critères arrêtés conformément aux articles 67 à 69, pour autant que les pouvoirs adjudicateurs aient vérifié, conformément aux articles 59 à 61, que toutes les conditions suivantes sont réunies :

a) l'offre est 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, compte tenu, le cas échéant, de l'article 45 ;

b) l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu en vertu de l'article 57 et qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur conformément à l'article 58 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés à l'article 65.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas attribuer un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2.

2. Dans le cadre de procédures ouvertes, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'examiner les offres avant de vérifier l'absence de motifs d'exclusion et le respect des critères de sélection conformément aux articles 57 à 64. Lorsqu'ils font usage de cette possibilité, ils s'assurent que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue d'une manière impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu en vertu de l'article 57 ou qui ne remplit pas les critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur.

Les États membres peuvent interdire le recours à la procédure prévue au premier alinéa ou limiter le recours à cette procédure à certains types [Or. 7] de marchés ou dans des circonstances particulières.

5) Article 58, paragraphe 4

En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, 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.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger notamment que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement. Un pouvoir adjudicateur peut considérer qu'un opérateur économique ne possède pas les capacités professionnelles requises lorsqu'il a établi que l'opérateur économique se trouve dans une situation de conflit d'intérêts qui pourrait avoir une incidence négative sur l'exécution du marché.

Dans les procédures de passation de marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation, de services ou de travaux, la capacité professionnelle des opérateurs économiques à fournir les services ou à exécuter l'installation ou les travaux peut être évaluée en vertu de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité.

6) Article 59

1. Lors de la présentation de demandes de participation ou d'offres, les pouvoirs adjudicateurs acceptent le document unique de marché européen (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée à titre de preuve *a priori* en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers, pour confirmer que l'opérateur économique concerné remplit l'une des conditions suivantes :

- a) il ne se trouve pas dans l'une des situations, visées à l'article 57, qui doit ou peut entraîner l'exclusion d'un opérateur ;
- b) il répond aux critères de sélection applicables qui ont été établis conformément à l'article 58 ;
- c) le cas échéant, il respecte les règles et critères objectifs qui ont été établis conformément à l'article 65.

Lorsque l'opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en vertu de l'article 63, le DUME comporte également les informations visées au premier alinéa, du présent paragraphe en ce qui concerne ces entités.

Le DUME consiste en une déclaration officielle par laquelle l'opérateur économique affirme que le motif d'exclusion concerné ne s'applique pas et/ou que le critère de sélection concerné est rempli et il fournit les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur. Le DUME désigne en outre l'autorité publique ou le tiers compétent pour établir les documents justificatifs et contient une déclaration officielle indiquant que l'opérateur économique sera en mesure, sur demande et sans tarder, de fournir **[Or. 8]** lesdits documents justificatifs.

Lorsque le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement les documents justificatifs en accédant à une base de données en vertu du paragraphe 5, le DUME contient également les renseignements requis à cette fin, tels que l'adresse Internet de la base de données, toute donnée d'identification et, le cas échéant, la déclaration de consentement nécessaire.

Les opérateurs économiques peuvent réutiliser un DUME qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure, à condition qu'ils confirment que les informations qui y figurent sont toujours valables.

2. Le DUME est élaboré sur la base d'un formulaire type. La Commission établit ledit formulaire type au moyen d'actes d'exécution. Ces actes d'exécution sont adoptés selon la procédure d'examen visée à l'article 89, paragraphe 3.

Le DUME ne doit être fourni que sous forme électronique.

[...]

4. Un pouvoir adjudicateur peut demander à des soumissionnaires et des candidats, à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure.

Avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché, sauf pour les marchés fondés sur des accords-cadres lorsque ces marchés sont conclus conformément à l'article 33, paragraphe 3, ou à l'article 33, paragraphe 4, point a), qu'il présente des documents justificatifs mis à jour conformément à l'article 60 et, le cas échéant, à l'article 62. Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats reçus en application des articles 60 et 62.

7) Article 60, paragraphe 1

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger la production des certificats, déclarations et autres moyens de preuve visés aux paragraphes 2, 3 et 4, ainsi qu'à l'annexe XII, à titre de preuve de l'absence des motifs d'exclusion visés à l'article 57 et du respect des critères de sélection conformément à l'article 58.

Les pouvoirs adjudicateurs n'exigent pas de moyens de preuve autres que ceux visés au présent article et à l'article 62. En ce qui concerne l'article 63, les opérateurs économiques peuvent avoir recours à tout moyen approprié pour prouver au pouvoir adjudicateur qu'ils disposeront des moyens nécessaires.

8) Article 63, paragraphe 1

Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière [Or. 9] énoncés à l'article 58, paragraphe 3, et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés à l'article 58, paragraphe 4. En ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels visés à l'annexe XII, partie II, point f), ou à l'expérience professionnelle pertinente, les opérateurs économiques ne peuvent toutefois avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises. Si un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, en produisant l'engagement de ces entités à cet effet.

Le pouvoir adjudicateur vérifie, conformément aux articles 59, 60 et 61, si les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend avoir recours remplissent les critères de sélection applicables et s'il existe des motifs d'exclusion en vertu de l'article 57. Le pouvoir adjudicateur exige que l'opérateur économique remplace une entité qui ne remplit pas un critère de sélection applicable ou à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion obligatoires [...]

9) Article 67

1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives au prix de certaines fournitures ou à la rémunération de certains services, les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants :

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; ou

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution. [...] [Or. 10]

3. Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :

a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services ; ou

b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie,

même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

4. Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, les pouvoirs adjudicateurs vérifient concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

5. Le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents de marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette avec un écart maximum approprié.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur indique les critères par ordre décroissant d'importance.

10) Article 71, paragraphe 2

Dans les documents de marché, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre à demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, toute part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés.

11) Aux termes de l'annexe XII à la directive 2014/24, intitulée « Moyens de preuve du respect des critères de sélection », partie II : capacité technique :

Les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques visées à l'article 58 sont :

a) les listes suivantes :

i) une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années tout au plus, assortie de certificats de bonne exécution et de résultats pour les travaux les plus importants ; le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y plus de cinq ans seront pris en compte ; **[Or. 11]**

ii) une liste des principales livraisons effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années tout au plus, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte ;

b) l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise de l'opérateur économique, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, [ceux auxquels] l'entrepreneur pourra faire appel pour l'exécution de l'ouvrage ;

c) la description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise ;

d) l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que l'opérateur économique pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché ;

e) lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme ; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour contrôler la qualité ;

f) l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise, à condition qu'ils ne soient pas évalués comme critère d'attribution ;

- g) l'indication des mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de l'exécution du marché ;
- h) une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années ;
- i) une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché ;
- j) l'indication de la part du marché que l'opérateur économique a éventuellement l'intention de sous-traiter ;
- k) en ce qui concerne les produits à fournir : i) des échantillons, descriptions ou photographies dont l'authenticité doit être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur ; ii) des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiée par des références à des spécifications ou normes techniques. **[Or. 12]**

Directive 2016/943

12) Article 2, point 1

Aux fins de la présente directive, on entend par :

« secret d'affaires », des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :

- a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ;
- b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ;
- c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes.

Directive 2007/66 (directive « recours ») *

13) Article 1, paragraphes 1 et 3

1. La présente directive s'applique aux marchés visés par 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, sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive. Les marchés au sens de la présente directive incluent les marchés publics, les accords-cadres, les concessions de travaux publics et les systèmes d'acquisition dynamiques. Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit [de l'Union] en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

[...].

3. Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

B. Droit national

Loi sur le droit des marchés publics (Ustawa Prawo Zamówień Publicznych)

1) Article 7, paragraphe 1

Les pouvoirs adjudicateurs établissent et appliquent les procédures de passation de marchés de manière à garantir le respect d'une concurrence loyale et l'égalité de traitement des opérateurs économiques et conformément aux principes de proportionnalité et de transparence. **[Or. 13]**

2) Article 8

1. La procédure de passation des marchés est publique.

2. Le pouvoir adjudicateur ne peut limiter l'accès aux informations relatives à la procédure de passation des marchés que dans les cas spécifiés par la loi.

* Ndt : directive 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).

2a. Le pouvoir adjudicateur peut définir dans le cahier des charges les conditions relatives à la préservation de la confidentialité des informations fournies à l'opérateur économique au cours de la procédure.

3. Les informations constituant des secrets d'affaires au sens des dispositions relatives à la lutte contre la concurrence déloyale ne sont pas divulguées si le soumissionnaire l'a demandé avant l'expiration du délai de présentation des offres ou des demandes de participation à la procédure et démontré qu'elles constituent des secrets d'affaires. Le soumissionnaire ne peut pas traiter comme confidentielles les informations visées à l'article 86, paragraphe 4. La présente disposition est applicable par analogie à la mise en concurrence.

3) Article 22, paragraphe 1-1b)

1. Peuvent participer à la procédure de passation du marché les soumissionnaires qui :

- 1) ne font pas l'objet d'une exclusion ;
- 2) remplissent les conditions de participation à la procédure, pour autant qu'elles aient été spécifiées par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer leur intérêt.

1a. Le pouvoir adjudicateur détermine les conditions de participation des soumissionnaires à la procédure et les moyens de preuve proportionnés à l'objet du marché et permettant d'apprécier l'aptitude des intéressés à assurer la bonne exécution du marché, notamment en l'exprimant sous la forme de niveaux d'aptitude minimum.

1b. Les conditions de participation à la procédure peuvent concerner :

- 1) les compétences ou les habilitations à exercer une activité professionnelle déterminée, dans la mesure où elles résultent de dispositions spéciales ;
- 2) la situation économique ou financière ;
- 3) la capacité technique ou professionnelle.

4) Article 22a, paragraphes 1 à 4

1. Pour confirmer qu'il satisfait aux conditions de participation à la procédure, le soumissionnaire peut, le cas échéant, et pour tout ou partie d'un marché déterminé, avoir recours aux capacités techniques ou professionnelles ou aux ressources financières ou économiques d'autres entités, quel que soit le régime légal de leurs relations juridiques. **[Or. 14]**

2. Le soumissionnaire ayant recours aux capacités ou aux ressources d'autres entités doit prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera de leurs capacités nécessaires à l'exécution du marché, notamment, en présentant leur engagement de mettre ces capacités à sa disposition.

3. Le pouvoir adjudicateur juge si les capacités techniques ou professionnelles et les ressources financières ou économiques mises à la disposition du soumissionnaire par d'autres entités lui permettent de démontrer la satisfaction des conditions de participation à la procédure et examine s'il n'existe pas à l'encontre de ces entités de motifs d'exclusion visés à l'article 24, paragraphe 1, points 13 à 22, et paragraphe 5.

4. En ce qui concerne les conditions relatives aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience, les opérateurs économiques peuvent avoir recours aux capacités d'autres entités, lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises.

5) Article 22d, paragraphes 1 et 3

1. Aux fins de l'évaluation de la capacité technique ou professionnelle du soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur peut imposer à l'intéressé ou aux personnes qu'il désigne pour exécuter le marché des conditions minimales de titres et de qualification professionnels, d'expérience et de capacité technique permettant l'exécution du marché à un niveau de qualité approprié.

3. Dans les procédures de passation de marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation, de services ou de travaux, le pouvoir adjudicateur peut évaluer l'aptitude du soumissionnaire à exécuter convenablement le marché, en examinant notamment sa fiabilité, ses qualifications, son efficacité et son expérience. Dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre ou dans leur demande de participation à la procédure les noms et prénoms des personnes exécutant le marché, ainsi que des informations sur leurs qualifications professionnelles ou leur expérience.

6) Article 36b, paragraphe 1

Le pouvoir adjudicateur demande au soumissionnaire d'indiquer la part du marché dont il a l'intention de confier l'exécution à des sous-traitants, ainsi que leur raison sociale.

7) Article 86, paragraphe 4

Le nom (raison sociale) et l'adresse des soumissionnaires, ainsi que les informations sur le prix, le délai d'exécution du marché, la période de garantie et les conditions de paiement contenues dans les offres sont révélés lors de l'ouverture de celles-ci.

8) Article 91, paragraphe 1-2d [Or. 15]

1. Le pouvoir adjudicateur sélectionne l'offre la plus avantageuse sur le fondement des critères d'évaluation des offres définis dans les clauses du cahier des charges.

2. Les critères d'évaluation des offres sont constitués par le prix ou le coût et par le prix/coût et autres critères se rapportant à l'objet du marché, en particulier :

1) la qualité, y compris les paramètres techniques, les propriétés esthétiques et fonctionnelles ;

2) les aspects sociaux, y compris l'intégration professionnelle et sociale des personnes visées à l'article 22, paragraphe 2, l'accessibilité aux personnes handicapées ou la prise en considération des besoins des usagers ;

3) les aspects environnementaux, y compris l'efficacité énergétique de l'objet du marché ;

4) les aspects novateurs ;

5) l'organisation, les qualifications professionnelles et l'expérience des effectifs assignés à l'exécution du marché, lorsqu'ils peuvent exercer une influence significative sur la qualité de l'exécution du marché ;

6) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

2a. Les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 3, paragraphe 1, points 1 et 2, et leurs associations peuvent utiliser le prix comme critère exclusif d'évaluation des offres ou comme critère de pondération supérieur à 60 %, lorsqu'ils prévoient dans la description de l'objet du marché des normes de qualité applicables à l'ensemble des caractéristiques pertinentes de l'objet du marché et démontrent dans l'annexe au procès-verbal comment les coûts du cycle de vie ont été pris en compte dans la description de l'objet du marché, sous réserve des articles 72, paragraphe 2, et 80, paragraphe 3.

2b. Le pouvoir adjudicateur peut définir un prix ou un coût fixe lorsqu'ils ont été déterminés par des dispositions d'application générale ou par l'organisme compétent. Dans ce cas, l'offre est sélectionnée sur la base de critères non tarifaires d'évaluation des offres.

2c. Les critères d'évaluation des offres sont liés à l'objet du marché, lorsqu'ils concernent les travaux, les fournitures ou les services à assurer dans le cadre de ce marché, sous tous les aspects et les stades de leur cycle de vie, y compris le processus de production, de fourniture ou de commercialisation, même lorsqu'ils ne constituent pas une caractéristique essentielle de l'objet du marché.

2d. Le pouvoir adjudicateur détermine les critères d'évaluation des offres d'une manière claire et compréhensible, permettant la vérification des informations fournies par les soumissionnaires.

9) Article 93, paragraphe 1, point 7

Le pouvoir adjudicateur annule la procédure d'attribution du marché lorsqu'elle est entachée d'un vice rédhibitoire rendant impossible la conclusion d'un contrat de marché public qui ne soit pas entaché d'une cause d'annulation.

10) Article 96 [Or. 16]

1. Au cours de la procédure de passation du marché, le pouvoir adjudicateur dresse un procès-verbal comprenant au moins :

[...]

5) le nom ou la raison sociale du soumissionnaire dont l'offre a été retenue comme la plus avantageuse et la justification de ce choix, ainsi que, si elle est connue, la part du marché ou de l'accord-cadre que ce soumissionnaire entend sous-traiter à des tiers ; et si ces informations sont connues à ce stade, les noms ou les raisons sociales des sous-traitants éventuels ;

[...]

7) le cas échéant, les résultats de l'examen des motifs d'exclusion, de l'évaluation de la satisfaction aux conditions de participation à la procédure ou des critères de sélection, y compris :

a) le nom ou la raison sociale des soumissionnaires qui ne sont pas frappés d'exclusion, ont démontré répondre aux conditions de participation à la procédure ou aux critères de sélection, ainsi que les motifs justifiant leur sélection ;

b) le nom ou la raison sociale des soumissionnaires frappés d'exclusion, qui n'ont pas démontré réunir les conditions de participation à la procédure ou les critères de sélection, ainsi que les motifs pour lesquels ils n'ont pas été invités à participer à la procédure ;

8) les motifs de rejet des offres ;

[...]

2. Les offres, expertises, déclarations, informations sur la réunion visée à l'article 38 paragraphe 3, les avis, demandes, autres documents et informations présentés par le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires, ainsi que le marché public conclu, constituent des annexes au procès-verbal.

3. Le procès-verbal et ses annexes sont publics. Les annexes au procès-verbal sont mises à disposition après la sélection de l'offre la plus avantageuse ou l'annulation de la procédure, étant précisé que les offres sont mises à disposition à partir de leur ouverture, les offres initiales, à partir de l'invitation à soumissionner, et les demandes de participation à la procédure, à partir de la date à laquelle sont communiqués les résultats de l'examen de la satisfaction aux conditions de participation à la procédure.

Loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), du 16 avril 1993 (Dz. U. de 2020 r. position 1913)

11) Article 11, paragraphe 2

On entend par secret d'affaires les informations techniques, technologiques et relatives à l'organisation d'une entreprise ou d'autres informations ayant une valeur commerciale qui, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ne sont pas généralement connues des personnes qui s'occupent normalement du genre d'informations en question ou ne leur sont pas aisément accessibles, pour autant que la personne autorisée à utiliser ces informations ou à en disposer ait pris, avec la diligence voulue, des mesures pour en préserver la confidentialité. [Or. 17]

12) Règlement du ministre du développement relatif au type de documents exigibles, par le pouvoir adjudicateur, des soumissionnaires aux procédures de passation des marchés publics (rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia), du 26 juillet 2016 (Dz. U. de 2020, position 1282)

Article 2, paragraphe 4

Afin de confirmer qu'un soumissionnaire remplit les conditions de participation à la procédure ou les critères de sélection concernant sa capacité technique ou professionnelle, le pouvoir adjudicateur peut exiger les documents suivants :

1) la liste des travaux exécutés remontant tout au plus aux 5 dernières années précédant la date limite de présentation des offres ou des demandes de participation à la procédure, ou, le cas échéant, pendant une durée d'activité inférieure, en précisant leur type, valeur, date, lieu d'exécution et les entités bénéficiaires des travaux, ainsi que la preuve de leur bonne exécution, en particulier, les informations indiquant s'ils ont été exécutés conformément aux dispositions de la loi sur la construction et correctement menés à terme. Les preuves en cause sont constituées par les références ou autres documents délivrés par l'entité bénéficiaire des travaux, ou par d'autres documents si le soumissionnaire n'est pas en mesure d'obtenir ces documents pour des raisons objectives ;

2) la liste des fournitures ou services prestés, et dans le cas de services périodiques ou continus, exécutés au cours des 3 dernières années précédant la date limite de présentation des offres ou des demandes de participation à la procédure, ou, le cas échéant, pendant une durée d'activité inférieure, avec la précision de leur valeur, objet, leurs dates d'exécution et les entités bénéficiaires des fournitures ou services prestés et la production des preuves établissant si les fournitures ou les prestations ont été exécutées ou sont correctement exécutées. Les preuves en cause sont constituées par les références ou par d'autres documents délivrés par l'entité bénéficiaire des fournitures ou des services exécutés et par une déclaration de l'opérateur économique dans le cas de services périodiques ou continus ou si l'intéressé n'est pas en mesure d'obtenir ces documents pour des raisons objectives. Dans le cas de services périodiques ou continus, les références ou autres documents confirmant leur bonne exécution doivent être délivrés tout au plus 3 mois avant la date limite de dépôt des offres ou des demandes de participation à la procédure ;

3) un inventaire du matériel, des équipements des établissements ou dispositifs techniques dont dispose le soumissionnaire pour exécuter le marché public, ainsi que des informations sur la base légale du droit de disposer de ces ressources ;

4) une description des dispositifs techniques et des mesures techniques et d'organisation utilisés par le soumissionnaire pour assurer la qualité des prestations, ainsi qu'une description des moyens de recherche et de développement dont l'intéressé dispose ou disposera ; **[Or. 18]**

5) une liste des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que le soumissionnaire pourra utiliser pour exécuter le marché public ;

[...]

10) la liste des personnes chargées de l'exécution du marché public par le soumissionnaire, en particulier, celles assurant la prestation des services, le contrôle de la qualité ou de la direction des travaux, ainsi que les informations sur leurs qualifications professionnelles, leurs compétences, leur expérience et leur formation nécessaires à l'exécution du marché public, de même que le domaine de leurs activités et l'indication de la base légale du droit de disposer de ces personnes.

II. Cadre factuel de la procédure de passation du marché public

A. Informations générales

Le présent litige est né d'une initiative du pouvoir adjudicateur, le Państwowe Gospodarstwo Wodnego Wody Polskie (Autorité nationale de gestion des eaux de Pologne). En diligentant une procédure de marché public aux fins du « développement de projets pour la deuxième mise à jour des plans de gestion de

l'eau dans les districts hydrographiques (II aPGW) ainsi que des méthodologies », cet organisme a examiné et évalué les soumissions déposées à cette fin et sélectionné l'offre la plus avantageuse.

La procédure a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* sous le numéro 2019/S 245-603343, la valeur du marché excédant les seuils dits « seuils de l'Union européenne ». Il a été engagé à cette fin une procédure ouverte (par appel d'offres public).

Le marché a pour objet le développement de projets de la deuxième mise à jour des plans de gestion des eaux (II aPGW) des districts hydrographiques suivants : Vistule, Oder, Dniestr, Danube, Banówka, Elbe, Niémen, Pregolia, Swieza, accompagné des documents de soutien, y compris des méthodologies. Les documents de soutien s'entendent de toutes les pièces nécessaires à la mise en œuvre des tâches, mais ne relevant pas du projet de règlement relatif à l'adoption du II aPGW. Les travaux seront assurés par la ventilation actualisée des unités de planification (dites des « nouvelles » masses d'eau). La modification des unités de planification du aPGW vers le II aPGW exigera, aux fins de la mise en œuvre des tâches dans le cadre de la description de l'objet du marché, pour lesquelles ce sera nécessaire et justifié, des actions consistant à transférer vers le « nouveau » plan de masses d'eau les résultats des tâches mises en œuvre dans le cadre de l'« ancien ». Ces travaux seront exécutés par un soumissionnaire et la nécessité de leur exécution sera arrêtée au cours de l'étape I.

Il s'agira également de mettre en œuvre les actions envisagées pour les projets du II aPGW résultant de la loi du 3 octobre 2008, relative à la diffusion des informations sur l'environnement et sa protection, la participation du public à la protection de l'environnement et aux études d'impact sur l'environnement [ustawa o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. de 2018, position 2081, de 2019, position 630, telle que modifiée ultérieurement)], y compris [Or. 19], en particulier, la participation (par le soutien technique du soumissionnaire) à la définition de la portée des prévisions d'évaluation de l'impact produit par les projets du II aPGW sur l'environnement, la conduite de la procédure d'évaluation stratégique de cet impact, y compris la préparation des prévisions de cet impact produit par les différents projets du II aPGW, ainsi que la participation aux tâches liées aux réponses aux avis et l'admission du public à prendre part à l'élaboration des documents précités, ainsi que la participation aux consultations publiques semestrielles sur les projets du II aPGW, conformément aux exigences de l'article 14 de la directive 2000/60/CE (ci-après la « directive-cadre sur l'eau ») *.

* Ndt : directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2000, établissant un cadre pour une politique [de l'Union] dans le domaine de l'eau (JO 2000, L 327, p. 1).

En vertu des conditions posées par la directive-cadre sur l'eau, la Pologne est tenue de présenter à la Commission ; pour le 31 mars 2022, un rapport sur la deuxième mise à jour des plans de gestion de l'eau dans les districts hydrographiques. Dans cette optique, le IIaPGW développé dans le cadre du marché servira également de base à la préparation par le soumissionnaire d'un rapport à l'intention de la Commission, conformément à ses lignes directrices, lesquelles pourront faire l'objet des modifications qu'elle aura introduites au cours de l'exécution du marché. Les actions précitées seront réalisées conformément aux obligations découlant du droit de l'Union, en particulier et à titre principal, de la directive-cadre sur l'eau, ainsi que de la loi sur le code des eaux (ustawa – prawo wodne), du 20 juillet 2017, et de ses dispositions d'application, eu égard aux recommandations et aux lignes directrices pertinentes de la Commission, ainsi que sur le fondement des méthodologies, études et pièces établies au cours du troisième cycle de planification (et d'autres plus anciennes, le cas échéant), ainsi que de l'expérience acquise lors de la transposition de la directive sur l'eau par la Pologne (au cours des 1^{er}, 2^{ème} et 3^{ème} cycles de planification).

Ces tâches comporteront les étapes suivantes : étape I : développement des projets du IIaPGW, ainsi que des méthodologies ; étape II : consultations publiques sur les projets du IIaPGW et réalisation de l'étude stratégique d'impact sur l'environnement ; étape III : développement des projets de règlement sur le IIaPGW ; étape IV : préparation du rapport à la Commission et élaboration des bases de données du IIaPGW.

Les tâches des soumissionnaires sont décrites en détail dans l'annexe 1 au cahier des charges intitulée « description de l'objet du marché ».

Le pouvoir adjudicateur a précisé dans le cahier des charges que les plans de gestion des eaux dans les districts hydrographiques ressortissent aux documents de planification de base, dont le développement et la mise à jour sont requis par les dispositions de la directive-cadre sur l'eau et de la loi sur le code des eaux. Ces documents sous-tendent l'adoption des décisions qui déterminent l'état des ressources en eau et les principes de leur gestion future. Par ailleurs, elles servent, notamment, à coordonner les activités visant à atteindre ou à maintenir à tout le moins en bon état les eaux et les écosystèmes connexes, à améliorer l'état des ressources en eau et la possibilité de leur utilisation, à réduire dans les eaux ou le sol la quantité de substances de nature à nuire à leur qualité, à améliorer la protection contre les inondations et à lutter contre les effets de la sécheresse. La réalisation du marché en cause permettra à la Pologne de respecter les dispositions [Or. 20] de la directive-cadre sur l'eau et de la loi sur le code des eaux, dans le cadre de la mise à jour régulière des plans de gestion des eaux dans les districts hydrographiques.

B. Issue de la procédure

Dans le cadre de la procédure, quatre soumissions ont été déposées et évaluées comme suit :

1. la partie intervenante CDM a proposé un prix de 21 517 620 PLN et obtenu, 33,61, 29 et 12, points, au titre des critères respectifs du prix, de la conception du développement des projets et des modalités d'exécution du marché, soit un total de 74,61 points (l'offre la plus avantageuse) ;
2. la requérante a proposé un prix de 18 081 000 PLN et obtenu 40, 7 et 15 points au titre des critères respectifs du prix, de la conception du développement des projets et des modalités d'exécution du marché, soit un total de 62 points ;
3. la partie intervenante Multiconsult a proposé un prix de 20 662 770 PLN, et obtenu 35, 14 et 9 points, au titre des critères respectifs du prix, de la conception du développement des projets et des modalités d'exécution du marché, soit un total de 58 points ;
4. la partie intervenante Arup a proposé un prix de 18 240 900 PLN et obtenu, 39,65, 9 et 6 points au titre des critères respectifs du prix, de la conception du développement des projets et des modalités d'exécution du marché, soit un total de 54,65 points.

C. Clauses du cahier des charge

1) le pouvoir adjudicateur a défini au chapitre 7 du cahier des charges les clauses relatives aux conditions de participation à la procédure [conditions concernant : les contrats antérieurs dans des domaines spécifiques, l'expérience, la formation et les qualifications de quelques dizaines de spécialistes, la composition de l'équipe et les capacités d'autres entités] [OMISSIS]

[OMISSIS] [Or. 21] [OMISSIS] [Or. 22] [OMISSIS]

2) le pouvoir adjudicateur a posé au chapitre 10 les conditions relatives aux soumissions et aux déclarations ou documents requis dans le cadre de la procédure [conditions concernant la soumission et ses annexes, attestations, document unique de marché européen, listes des prestations fournies, preuves de leur exécution, personnel, etc. [OMISSIS]

[OMISSIS] [Or. 23] [OMISSIS] [Or. 24] [OMISSIS]

3) Le pouvoir adjudicateur a établi au chapitre 15 du cahier des charges les critères et la méthode d'évaluation des offres :

15.1 L'évaluation portera sur des offres valables, c'est-à-dire non rejetées.

15.2 Les offres seront évaluées sur la base des critères suivants :

15.2.1 le prix brut – pondération de 40 % ;

15.2.2 la conception du développement des projets – pondération de 42 % ;

15.2.3 la description des modalités d'exécution du marché – 18 %.

[Les conditions relatives à la « conception du développement des projets » et à la « description des modalités d'exécution du marché », qui constituent le fondement de l'évaluation des offres, sont brièvement exposées dans la section « Objet des questions préjudicielles » figurant dans le texte original aux pages 88 et 89].

[OMISSIS]

15.4.2 Chacune des offres valables sera notée selon le critère défini au point 15.2.2 du cahier des charges par l'attribution de points, après évaluation de la « conception du développement des projets », critère pouvant donner lieu à l'attribution d'un maximum de 42 points. Ce critère est ventilé en quatre sous-critères. [des points ont été attribués au titre de chacun des sous-critères en fonction d'un tableau, dont un exemple est livré ci-dessous [OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 25]** [OMISSIS]

Démarche méthodologique de la mise en œuvre d'un ensemble d'activités (une des options suivantes)	Nombre de points
Toutes les conditions posées dans la documentation de l'appel d'offres n'ont pas été remplies, ou bien des erreurs de fait ont été commises, ou bien une partie des thématiques constituant des éléments d'un sous-critère n'a pas été développée.	0
Le soumissionnaire a donné une description brève et imprécise d'une partie des thématiques constituant des éléments d'un sous-critère, tout en satisfaisant à toutes les conditions posées par la documentation de l'appel d'offres.	3
Le soumissionnaire a donné une description claire et exhaustive de toutes les thématiques. Les solutions proposées sur une, deux ou trois thématiques sont optimales et garantissent un niveau élevé de qualité et de fiabilité du résultat des tâches. Les autres solutions [Or. 26] proposées ne garantissent pas la fiabilité ni la qualité des résultats des tâches.	6
Le soumissionnaire a donné une description claire et exhaustive de toutes les thématiques. Les solutions proposées sur 4, 5 ou 6 thématiques sont optimales et garantissent un niveau élevé de qualité et de fiabilité du résultat des tâches. Les autres solutions proposées ne garantissent pas la fiabilité ni la qualité du résultat des tâches.	9

Le soumissionnaire a donné une description claire et exhaustive de toutes les thématiques. Les solutions proposées sur 7 ou 8 thématiques sont optimales et garantissent un niveau élevé de qualité et de fiabilité du résultat des tâches. Les autres solutions proposées ne garantissent pas la fiabilité ni la qualité du résultat des tâches.	12
Le soumissionnaire a donné une description claire et exhaustive de toutes les thématiques. Les solutions proposées sur toutes les thématiques sont optimales et garantissent un niveau élevé de qualité et de fiabilité des résultats des tâches.	15
Le soumissionnaire a donné une description claire et exhaustive de toutes les thématiques. Les solutions proposées sur toutes les thématiques sont optimales et garantissent un niveau élevé de qualité et de fiabilité du résultat des tâches. En outre, sa présentation contient des valeurs ajoutées non incluses dans la description détaillée de l'objet du marché, qui influent sur la qualité et l'exécution de l'objet du marché sur au moins 4 thématiques.	18

[OMISSIS] [Or. 27] [OMISSIS] [Or. 28] [OMISSIS] [Or. 29] [OMISSIS]

15.4.3. Chacune des offres valables sera notée au regard du critère défini au point 15.2.3 du cahier des charges par l'attribution de points, après évaluation de la « description des modalités d'exécution du marché ». Un maximum de 18 points peut être obtenu au titre de ce critère. Celui-ci est ventilé en 2 [OMISSIS] sous-critères. [OMISSIS] [chacun de ces sous-critères a donné lieu à l'attribution de points selon un tableau, comme pour le critère précédent]

[OMISSIS] [Or. 30] [OMISSIS] [Or. 31] [OMISSIS]

III. Positions des parties principales et intervenantes à la procédure

A. Argumentation de la requérante

En recourant aux voies de recours juridictionnelles ouvertes par la loi sur le droit des marchés publics, les soumissionnaires conjoints au marché en cause, ANTEA POLSKA, établie à Katowice, « Pectore-Eco », établie à Gliwice et Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy, (Institut de protection de l'environnement – Institut national de recherche), établi à Varsovie (ci-après dénommés la « **requérante** »), ont saisi le président de la Chambre, dans les délais légaux et dans le respect des autres conditions de forme, d'un recours dirigé contre les actes ou omissions ci-dessous dont le pouvoir adjudicateur s'est rendu coupable au cours de la procédure sous examen :

1. défaut de déclassification des données ayant déterminé la notation au titre de la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution du marché », respectivement pondérées à raison de 42 % et de 18 %, et produites par : a) CDM, b) les soumissionnaires conjoints à la procédure de passation du marché, Multiconsult Polska, ARCADIS, HYDROCONSULT Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych (ci-après « **Multiconsult** ») et c) Arup, ainsi que le défaut de déclassification d'autres données, que CDM n'aurait pas utilement traitées comme confidentielles au titre du secret des affaires, telles que, par exemple, ses références ; **[Or. 32]**
2. défaut de déclassification de données que CDM n'aurait pas utilement traitées comme confidentielles au titre du secret des affaires, à savoir la liste de ses prestations, la liste de ses effectifs, ses références et les points 5 et 13 du formulaire d'appel offres ;
3. absence, de la part du pouvoir adjudicateur, d'une motivation adéquate et conforme aux paramètres des différents sous-critères afférents aux critères d'évaluation des offres énoncés dans le cahier des charges justifiant la valeur de la notation attribuée à CDM, à Multiconsult et à Arup, lors de l'évaluation de leurs offres au titre de la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution du marché », respectivement pondérées à raison de 42 % et de 18 %, ce qui a eu pour effet l'attribution à la requérante d'une notation trop faible au titre de ces critères ;
4. absence, de la part du pouvoir adjudicateur, d'une motivation adéquate et conforme aux paramètres des différents sous-critères afférents aux critères d'évaluation des offres énoncés dans le cahier des charges justifiant la valeur de la notation attribuée à la requérante lors de l'évaluation de son offre, au titre de la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution du marché », respectivement pondérées à raison de 42 % et de 18 %, ce qui a eu pour effet l'attribution à la requérante d'une notation trop faible au titre de ces critères ;
5. absence, de la part du pouvoir adjudicateur, d'une évaluation de l'offre de la requérante qui soit conforme aux critères d'évaluation des offres définis dans le cahier des charges au titre de la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution du marché », respectivement pondérées à raison de 42 % et de 18 %, ce qui a eu pour effet l'attribution à la requérante d'une notation trop faible au titre de ces critères ;
6. absence, de la part du pouvoir adjudicateur, d'une évaluation de l'offre de CDM qui soit conforme aux critères d'évaluation des offres définis dans le cahier des charges au titre de la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution du marché », respectivement pondérées à raison de 42 % et de 18 %, ce qui a eu pour effet l'attribution à CDM d'une notation trop élevée au titre de ces critères ;

7. sélection de l'offre de CDM comme la plus avantageuse et non-sélection de l'offre de la requérante à ce même titre.

Il en serait résulté la violation des dispositions suivantes :

a) l'article 7, paragraphes 1 et 3, lus conjointement à l'article 8, paragraphes 1, 2 et 3, de la loi sur le droit des marchés publics et à l'article 11, paragraphe 2, de la loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale, en ce que le pouvoir adjudicateur a considéré à tort que les soumissionnaires CDM, Multiconsult et Arup avaient établi que toutes les informations produites dans leur offre et traitées comme confidentielles au titre du secret des affaires avaient la qualité de secrets d'affaires au sens de l'article 11, paragraphe 2, de la loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale, alors que le pouvoir adjudicateur était tenu d'examiner et d'évaluer convenablement ces offres et, par voie de conséquence, de vérifier avec esprit critique si les soumissionnaires CDM, Multiconsult et Arup avaient démontré la satisfaction de toutes les conditions posées par l'article 11, paragraphe 2, précité ; **[Or. 33]**

b) l'article 7, paragraphes 1 et 3, lu conjointement à l'article 8, paragraphes 1, 2 et 3, de la loi sur le droit des marchés publics et à l'article 11, paragraphe 2, de la loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale, en ce que le pouvoir adjudicateur a considéré à tort que le soumissionnaire CDM avait utilement traité comme confidentielles les données ci-dessous au titre du secrets des affaires et ne les a donc pas déclassifiées, empêchant ainsi les autres soumissionnaires de les vérifier, à savoir les points 5 et 13 du formulaire d'appel d'offres, la liste des services, les références et la liste des effectifs ;

c) l'article 92, paragraphe 1, lu conjointement à l'article 7, paragraphe 1, de la loi sur le droit des marchés publics, en ce que le pouvoir adjudicateur n'a pas établi ni mis à la disposition de la requérante les motifs de fait justifiant la notation attribuée aux soumissions présentées par CDM, Multiconsult et Arup, au titre des différents sous-critères afférents aux critères relatifs à la « conception du développement des projets » et à la « description des modalités d'exécution du marché », entravant ainsi la faculté de la requérante de se prévaloir des voies de recours juridictionnelles qui lui sont ouvertes ;

d) l'article 92, paragraphe 1, lu conjointement à l'article 7, paragraphe 1, de la loi sur le droit des marchés publics, en ce que le pouvoir adjudicateur n'a pas établi ni mis à disposition de la requérante les motifs de fait justifiant la notation attribuée à sa soumission au titre des différents sous-critères afférents aux critères relatifs à la « conception du développement des projets » et à la « description des modalités d'exécution du marché », entravant ainsi la faculté de la requérante de se prévaloir des voies de recours juridictionnelles qui lui sont ouvertes ;

e) l'article 91, paragraphe 1, lu conjointement à l'article 7, paragraphe 1, de la loi sur le droit des marchés publics, en ce que le pouvoir adjudicateur a évalué la soumission de la requérante en violation des critères d'évaluation des offres

définis au titre de la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution du marché », ce qui a eu pour effet d'attribuer à la requérante une notation trop faible ;

f) l'article 91, paragraphe 1, lu conjointement à l'article 7, paragraphe 1, de la loi sur le droit des marchés publics, en ce que le pouvoir adjudicateur a évalué la soumission de la requérante en violation des critères d'évaluation des offres définis au titre de la la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution du marché », ce qui a eu pour effet d'attribuer à CDM une notation trop élevée ;

g) l'article 92, paragraphe 1, lu conjointement à l'article 7, paragraphe 1, de la loi sur le droit des marchés publics, en ce que le pouvoir adjudicateur n'a pas établi ni mis à la disposition de la requérante les motifs de fait justifiant la notation attribuée à CDM, Multiconsult et Arup au titre des critères relatifs à la « conception du développement des projets » et à la « description des modalités d'exécution du marché », entravant ainsi la faculté de la requérante de se prévaloir des voies de recours juridictionnelles qui lui sont ouvertes ;

h) l'article 91, paragraphe 1, lu conjointement à l'article 7, paragraphes 1 et 3, de la loi sur le droit des marchés publics, en ce que le pouvoir adjudicateur a sélectionné comme la plus avantageuse la soumission de CDM, alors qu'il aurait dû sélectionner celle de la requérante au titre des critères d'évaluation des offres.

La requérante a conclu à ce qu'il soit fait droit à son recours et demandé d'ordonner au pouvoir adjudicateur :

a) d'annuler la décision de sélection de l'offre du soumissionnaire CDM comme la plus avantageuse ; **[Or. 34]**

b) d'examiner et d'évaluer à nouveau les offres, notamment en déclassifiant (divulguant) et en communiquant sans délai à la requérante les documents et informations traités comme confidentiels en tant que secrets d'affaires par CDM, Multiconsult et Arup, au titre des critères relatifs à la « conception du développement des projets » et à la « description des modalités d'exécution du marché » et en déclassifiant (divulguant) et en communiquant sans délai à la requérante les documents et informations traités comme confidentiels par CDM et figurant dans le formulaire d'appel d'offres, à savoir la liste des services, la liste des effectifs, et les références ;

c) d'attribuer à la requérante le nombre de points prévu dans le cahier des charges, au titre des critères relatifs, d'une part, à la « conception du développement des projets », au regard des sous-critères respectivement définis sous 1), point 18, sous 2), point 12, sous 3), point 6, sous 4), point 6, et, d'autre part, à la description des modalités d'exécution du marché, au regard du sous-critère défini sous 1), point 9 ;

- d) de réduire le nombre de points attribués à CDM, selon la notation prévue par le cahier des charges pour le critère relatif à la « conception du développement des projets », au regard des sous-critères respectivement définis sous 1), point 3, sous 2), point 3, et sous 3), point 0 ;
- e) de communiquer à la requérante les motifs de fait justifiant la notation attribuée à CDM, Multiconsult et Arup au titre des critères relatifs à la « conception du développement des projets » et à la « description des modalités d'exécution du marché » ;
- f) de sélectionner l'offre de la requérante comme la plus avantageuse.

La requérante a invoqué un intérêt à obtenir l'attribution du marché litigieux, au motif qu'elle aurait présenté une soumission dont le contenu satisfaisait aux clauses du cahier des charges et démontré réunir les conditions de participation à la procédure. Elle réclame l'attribution du marché et soutient que la violation des dispositions de la loi sur le droit des marchés publics par le pouvoir adjudicateur lui a causé un préjudice en la privant d'une opportunité d'attribution du marché et de gain escompté de son exécution.

Au soutien de son recours, la requérante a allégué à l'appui du grief tiré de la non-divulgence d'informations vainement traitées comme confidentielles par CDM, Multiconsult et Arup, que le principe de divulgation des informations d'importance publique est l'un des principes fondamentaux de l'ordre juridique de la République de Pologne résultant des articles 54 et 61 de sa Constitution et des dispositions de la loi sur l'accès aux informations d'importance publique (ustawa o dostępie do informacji publicznej), du 6 septembre 2001 (Dz. U. n° 112, position 1198, telle que modifiée ultérieurement). La possibilité d'écarter la transparence d'une procédure de marché public ne saurait faire l'objet d'application abusive ou extensive, car le principe de transparence de la procédure serait prépondérant et les dérogations à ce principe ne sauraient être interprétées de manière à en limiter le champ d'application. Le droit de traiter comme confidentiels les secrets d'affaires ne serait pas applicable au seul exercice de la concurrence [Or. 35] entre soumissionnaires rivaux, mais viserait à leur assurer la protection du secret des affaires dans les strictes limites de sa définition donnée à l'article 11, paragraphe 2, de la loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale. Conformément à l'article 96, paragraphe 3, de la loi sur le droit des marchés publics, le procès-verbal et ses annexes seraient publics et devraient être ouverts à l'examen par toutes les parties intéressées, qu'elles aient ou non un intérêt en droit ou en fait. Ainsi, en tant que dérogation au principe fondamental de transparence des procédures de marchés publics, la notion de secret des affaires devrait faire l'objet d'une interprétation stricte, prudente et justifiée par des circonstances objectives de droit et de fait.

La protection d'une information donnée serait subordonnée à des conditions de forme et de fond. La première, d'ordre formel, serait remplie s'il est démontré que le soumissionnaire a pris des mesures pour préserver la confidentialité de ces

données. L'entité détenant des informations sur des activités professionnelles ne pourrait se borner à considérer qu'elles sont de nature confidentielle, mais devrait également adopter des mesures spécifiques visant à protéger cette confidentialité. La condition, d'ordre matériel, consisterait dans l'obligation de démontrer que les informations traitées comme confidentielles ont une valeur commerciale, en ce sens qu'elles concernent des sujets de nature à exercer objectivement une incidence négative sur la situation de l'opérateur économique. Ces informations devraient à tout le moins présenter un minimum de valeur. La valeur commerciale devrait avoir une dimension objective, de sorte que la simple conviction dans la valeur des informations détenues est insuffisante.

L'article 8, paragraphe 3, de la loi sur le droit des marchés publics exigerait que le soumissionnaire prouve que les informations traitées comme confidentielles constituent des secrets d'affaires et établisse la réunion des conditions de leur traitement en cette qualité. En examinant les soumissions, le pouvoir adjudicateur aurait pour mission de déterminer si le soumissionnaire a satisfait à cette obligation en démontrant que les informations traitées comme confidentielles constituent de tels secrets. L'obligation de « preuve » ne se limiterait pas à expliquer (à justifier) simplement les raisons pour lesquelles des informations sont couvertes par le secret des affaires. Le soumissionnaire devrait encore démontrer au pouvoir adjudicateur pourquoi la divulgation d'informations traitées comme confidentielles dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres donnée peut lui causer un préjudice et ce qu'il considère comme un préjudice. Le soumissionnaire devrait établir un lien de cause à effet entre la divulgation des informations et le dommage potentiel, et la survenance éventuelle du dommage doit être à tout le moins vraisemblable.

Les justifications apportées par les soumissionnaires CDM, Multiconsult et Arup au soutien du statut de secrets d'affaires de leurs données seraient laconiques et se limiteraient en substance à des citations de jurisprudence. Compte tenu des critères d'évaluation des soumissions adoptés par le pouvoir adjudicateur, soit 42 % et 18 % au titre, respectivement, de la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution du marché », la confidentialité de ces informations imposerait une justification ne souffrant aucun doute. Or, le pouvoir adjudicateur aurait accepté les explications des soumissionnaires sans examen critique, plaçant ainsi la requérante devant la difficulté d'examiner la justification de l'attribution d'un certain nombre de points [Or. 36] à ces soumissionnaires. Une telle démarche méconnaîtrait frontalement le principe de transparence de la procédure des marchés publics.

La requérante estime que le traitement confidentiel des données en cause par les soumissionnaires précités vise en réalité à priver les autres soumissionnaires de la possibilité de contrôler le déroulement de la procédure et le bien-fondé de l'évaluation des offres et de la sélection de l'offre la plus avantageuse selon les règles énoncées dans le cahier des charges. Le traitement confidentiel de données constituant des critères d'évaluation des offres, alors que leur valeur commerciale et les démarches nécessaires au maintien de leur confidentialité n'ont pas été

démontrées, pourrait dissimuler la volonté d'empêcher les autres soumissionnaires de prendre connaissance d'une offre et d'évaluer les offres selon des critères concrets.

Les soumissionnaires concourant à l'attribution d'un marché public devraient escompter que leur soumission sera généralement accessible, notamment dans la mesure où elle fera l'objet d'une évaluation visant à déterminer si elle remplit les conditions de participation à la procédure, si les prestations proposées répondent aux exigences du pouvoir adjudicateur et s'inscrivent dans le cadre des critères d'évaluation des offres. À cet égard, les soumissions devraient être accessibles non seulement aux autres soumissionnaires, mais aussi à toute personne intéressée. Les opérateurs économiques qui décident de participer au secteur des marchés publics devraient avoir conscience des conséquences induites de leur assujettissement aux procédures établies par la réglementation de ces marchés. La nature publique des procédures implique la nécessité de divulguer certaines informations sur leur activité. L'existence éventuelle d'informations qu'un opérateur économique préférerait ne pas divulguer pour certaines raisons de politique commerciale ne permettrait pas en soi d'affirmer que chacune de ces informations constitue un secret d'affaires.

Il résulterait clairement des dispositions de l'article 8, paragraphe 3, de la loi sur le droit des marchés publics qu'il n'est possible de traiter comme confidentielles au titre du secret des affaires que les informations constituant de tels secrets, à l'exclusion toutefois d'un document qui n'en contiendrait qu'une partie. Il résulterait de la jurisprudence que les soumissionnaires ne peuvent pas légalement traiter comme confidentiels des documents entiers, si certains de leurs passages ne constituent pas des informations susceptibles de la moindre protection. Le régime confidentiel d'informations dérogerait au principe de transparence, de sorte qu'il doit être limité dans toute la mesure du possible, en ce sens que seuls doivent être protégés des noms, des numéros ou d'autres données à caractère personnel.

Or, les soumissionnaires CDA, Multiconsult et Arup auraient traité comme confidentiels au titre du secret des affaires des séries entières de documents, sans avoir dûment démontré la légalité de cette démarche. Le caractère confidentiel au titre du secret des affaires d'un ensemble complet de documents renfermant des informations d'importance variable, y compris des paramètres individuels dépourvus de nature confidentielle, ne trouverait aucune justification dans les dispositions de la loi sur le droit des marchés publics et ne serait pas protégé. Dans un tel cas, la primauté du principe de transparence ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de protéger un ensemble complet de documents, de sorte qu'il devrait [Or. 37] donner accès aux données ne constituant pas des secrets d'affaires. Aussi devrait-il vérifier en détail si et dans quelle mesure un traitement confidentiel au titre du secret des affaires serait opérant, d'autant plus que ces documents influent directement sur l'évaluation des offres, puisqu'ils représentent ensemble jusqu'à 60 % des critères d'évaluation de ces offres.

En outre, il conviendrait de souligner qu'un soumissionnaire est tenu de prouver que ses données présentent une valeur commerciale. Celle-ci pourrait résulter de l'évaluation d'un bien particulier en tant qu'actif incorporel et juridique (par exemple, une marque, un droit d'auteur ou un certain mode original d'organisation, d'application permanente et générant une certaine valeur) doté d'une certaine valeur susceptible d'être appréhendée en unités monétaires données (évaluation chiffrée) et devant être par ailleurs regardée comme un élément du patrimoine du titulaire du bien. Seules devraient être tenues pour des données présentant une valeur commerciale pour le soumissionnaire celles qui constituent un actif relativement permanent de l'intéressé et sont susceptibles d'être utilisées plusieurs fois, à l'exclusion d'un ensemble de données spécifiques collectées pour les besoins d'une procédure particulière et uniquement aux fins de cette procédure. Or, les informations en cause ne concerneraient que la procédure en cours et seraient dépourvues de valeur technique, technologique ou organisationnelle et ne satisferaient pas aux conditions posées par l'article 11, paragraphe 2, de la loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale. Elles ne pourraient donc pas faire l'objet d'une protection opérante au titre de l'article 8, paragraphe 3, de la loi sur le droit des marchés publics.

Lorsqu'il fait suite à la demande d'un soumissionnaire donné de traiter comme confidentielles certaines informations en tant que secrets d'affaires, le pouvoir adjudicateur devrait vérifier le bien-fondé de la position de l'intéressé sur la nature (le statut) de ces données. Le contrôle de ce bien-fondé ne saurait s'exercer par la seule approbation sans examen critique des explications d'un soumissionnaire donné, mais devrait être étayé d'éléments objectifs, seul fondement possible de la vérification du bien-fondé des affirmations subjectives émises par l'intéressé.

Il conviendrait de relever à propos du traitement confidentiel appliqué par CDM au titre du secret des affaires au point 5 du formulaire d'appel d'offres, relatif aux informations sur les sous-traitants/tiers mettant à disposition leurs ressources, qu'elle a déjà divulgué maintes fois dans le passé ce type d'informations dans des procédures auxquelles elle a participé, en mentionnant des opérateurs tels que CDM Smith Ireland Ltd, Profile sp. z o. o. et Lion Environmental Sebastian Stachowski. Ces données sur les tiers n'auraient donc pas la valeur de secrets d'affaires, à tout le moins au motif qu'elles ont déjà été divulguées dans le passé. Le traitement confidentiel de ces informations au titre du secret des affaires devrait être considéré comme inopérant, de sorte qu'il serait justifié de les communiquer aux autres soumissionnaires. **[Or. 38]**

Aux fins du traitement confidentiel réservé, au titre du secret des affaires, au point 13 du formulaire d'appel d'offres, c'est-à-dire aux sites Internet donnant accès à certains documents, CDM aurait occulté dans son offre ces informations, dont le traitement confidentiel au titre du secret des affaires n'est cependant pas justifié. Si certains documents sont publiés sur un site Internet, ils ne sauraient, à l'évidence, constituer des secrets d'affaires. Les développements précédents démontreraient à quel point CDM se méprend sur la notion de secret d'affaires, dès lors qu'elle va jusqu'à y inclure des données telles que le site Internet

<https://ekrs.ms.gov.pl/web> * (CDM aurait expliqué que le traitement confidentiel des informations en cause procédait du souhait d'occulter les noms des entités).

Quant au traitement confidentiel par CDM de la liste des services, des références et des effectifs, les marchés auxquels elle se réfère dans sa liste des prestations traitée comme confidentielle porteraient incontestablement sur des services fournis à des pouvoirs adjudicateurs tenus d'appliquer la loi sur le droit des marchés publics. Les données en cause ne seraient donc pas confidentielles et les pouvoirs adjudicateurs seraient tenus de rendre publiques les informations concernant la sélection de l'offre la plus avantageuse et la conclusion du marché. Si, par conséquent, la liste des services produite par CDM comporte des prestations destinées à des autorités publiques, il n'y aurait aucune raison de tenir ces données pour des secrets d'affaires. De telles informations seraient également accessibles au public.

Au soutien de sa déclaration sur le traitement confidentiel d'une partie de sa soumission au titre du secret des affaires, CDM préciserait que les données en cause (la liste des prestations/références) n'ont jamais été livrées à la connaissance du public. Cette assertion serait inexacte, car CDM aurait divulgué dans le passé ce type d'informations dans le cadre de procédures [de marché] auxquelles elle a participé. Elle aurait alors cité des services fournis, par exemple, à l'inspection régionale de McCumiskey House.

Quant à sa demande de traitement confidentiel de la liste du personnel au titre du secret des affaires, CDM n'aurait pas non plus adopté dans ce cas, en faisant preuve de la diligence nécessaire, de mesures visant à en conserver la confidentialité, malgré les assertions émises en ce sens dans la déclaration qu'elle a soumise au pouvoir adjudicateur.

Les éléments qui précèdent devraient être également connus du pouvoir adjudicateur lui-même, qui est informé du contenu des soumissions présentées par CDM lors des précédents appels d'offres.

À l'appui de son grief tiré de l'absence de motivation exhaustive de la notation attribuée aux soumissionnaires CDM, Multiconsult et Arup, au regard de la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution du marché », respectivement pondérées à raison de 42 % et de 18 %, la requérante a allégué que l'absence de motivation en fait de la décision de notation des soumissionnaires au titre de ces critères la mettait dans l'impossibilité de présenter des observations précises sur le jugement [Or. 39] du pouvoir adjudicateur. Contrairement à l'obligation que lui impose l'article 92, paragraphe 1, point 1, de la loi sur le droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur n'aurait donc pas informé les soumissionnaires des éléments de droit et de fait justifiant la notation attribuée. En d'autres termes, il devrait non seulement fournir aux soumissionnaires des informations sur le nombre de points

* Ndt : registre(électronique) du commerce.

attribués à une offre donnée, comme il l'a fait, mais également livrer aux intéressés les motifs de fait justifiant l'absence de points. L'obligation d'information serait l'expression du principe de transparence et de publicité de la procédure des marchés publics ; elle serait importante pour les soumissionnaires et garantirait leur recours effectif aux voies de droit. Tout soumissionnaire serait en droit de savoir sur quelle base son offre a été évaluée d'une manière ou d'une autre. La justification en droit et en fait du jugement porté sur les offres serait une manifestation du principe de transparence, qui implique notamment la traçabilité du processus décisionnel du pouvoir adjudicateur. Le caractère laconique de la motivation de la décision que le pouvoir adjudicateur a fournie aux soumissionnaires leur compliquerait le contrôle du bien-fondé de ses décisions et l'utilisation des voies de recours.

L'absence d'évaluation par le pouvoir adjudicateur de la soumission de la requérante, dans le respect des critères d'évaluation des offres définis dans le cahier des charges au titre de la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution du marché », respectivement pondérées à raison de 42 % et de 18 %, aurait valu à la requérante une notation trop faible. [développements de l'argumentation de la requérante sur des points sans pertinence au regard des questions préjudicielles]

[OMISSIS] [Or. 40] [OMISSIS] [Or. 41] [OMISSIS] [Or. 42] [OMISSIS] [Or. 43] [OMISSIS] [Or. 44] [OMISSIS] [Or. 45] [OMISSIS] [Or. 46] [OMISSIS] [Or. 47] [OMISSIS] [Or. 48] [OMISSIS] [Or. 49] [OMISSIS] [Or. 50] [OMISSIS] [Or. 51] [OMISSIS] [Or. 52]

B. Argumentation du pouvoir adjudicateur

Dans son mémoire en défense, le pouvoir adjudicateur a maintenu son point de vue et conclu au rejet du recours.

Il a affirmé que les documents relevant de l'évaluation au regard des critères relatifs à la « conception du développement des projets » et à la « description des modalités d'exécution du marché » sont des études d'auteur créées par les soumissionnaires aux fins d'un marché spécifique, conformément à ses directives énoncées dans le cahier des charges.

Les données contenues dans les documents traités comme confidentiels par CDM, procéderaient des expériences qu'elle aurait acquises au fil des ans et affinées pour les besoins de la procédure en cause. Ces données constitueraient un type de propriété intellectuelle d'un soumissionnaire. La « conception du développement des projets » et la « description des modalités d'exécution du marché » [Or. 53], ainsi que l'indication des ressources humaines dont disposera le soumissionnaire formeraient un ensemble lui permettant d'exécuter avec créativité les tâches confiées. La divulgation de ces données pourrait nuire gravement à ses intérêts, car elles auraient une valeur commerciale et CDM aurait pris les mesures nécessaires pour qu'elles ne soient pas portées à la connaissance du public. Les

mesures adoptées à cette fin et pour prévenir l'accessibilité aux tiers des données en cause seraient mentionnées dans ses explications sur ses secrets d'affaires. Ces mesures comprendraient, notamment, des règlements intérieurs visant à assurer une protection adéquate des informations et des données, des procédures établies en vue de la sauvegarde de la confidentialité, en particulier, des informations techniques, technologiques, commerciales et relatives à l'organisation de l'entreprise, l'insertion dans les contrats conclus avec les salariés et les partenaires de clauses de confidentialité appropriées, dont la violation est passible de peines contractuelles, des règles d'organisation du travail obligeant les salariés à préserver la confidentialité de certaines informations, la limitation de l'accès aux systèmes à un groupe défini de collaborateurs, des protections par modes de connexion (logins) et par mots de passe, la sécurisation de documents sur format papier dans une armoire verrouillée, dont l'accès est limité aux seules personnes autorisées, la protection et la surveillance permanentes de l'accès au bâtiment où sont conservés les documents et les supports électroniques contenant des informations constitutives de secrets d'affaires, le contrôle électronique des personnes ayant accès au bâtiment et, enfin, la prévision de réserves de confidentialité de ces informations au titre du secret des affaires dans chaque procédure d'appel d'offres à laquelle participe l'entreprise.

Les informations sur les modalités d'exécution du marché livrées dans la « conception du développement des projets » et la « description des modalités d'exécution du marché » seraient d'une importance capitale pour la procédure en cause (à raison d'une pondération totale de 60 %). La divulgation de ces documents permettrait aux opérateurs rivaux d'utiliser les acquis qu'ils contiennent et affaiblirait la position du soumissionnaire sur le marché. Comme les documents produits constituent le savoir-faire de l'intéressé et contiennent des solutions originales, la partie de l'offre décrivant les modalités d'exécution du marché constituerait alors incontestablement un secret d'affaires. En outre, le soumissionnaire aurait apporté un soin particulier pour préserver la confidentialité de cette partie de son offre.

Les pièces traitées comme confidentielles par Multiconsult présenteraient quant à elles une conception du développement de projets relevant du droit d'auteur, une série de solutions individuelles et de modalités d'exécution du marché. Le contenu de l'étude aurait été élaboré sur le fondement d'une expérience acquise par le soumissionnaire au cours de nombreuses années et adapté aux exigences spécifiques du pouvoir adjudicateur définies dans le cahier des charges du marché en cause. L'étude d'auteur contiendrait un ensemble de caractéristiques individuelles originales, développées pour les besoins du marché en cause et spécialement sélectionnées par une équipe de collaborateurs [Or. 54] du soumissionnaire, dont les documents traités comme confidentiels constitueraient le savoir-faire. Les thématiques et leurs éléments contenus dans les études seraient interconnectés et interdépendants. La révélation d'éléments spécifiques pourrait donc créer un risque induit de divulgation d'autres éléments, ou du moins en faciliter la détection.

Dans ses explications sur le secret des affaires, Multiconsult aurait soutenu que les documents établis avaient été élaborés pour les besoins de la présente procédure et qu'ils constituaient une œuvre au sens de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych), du 4 février 1994. L'auteur, le soumissionnaire, aurait le droit exclusif d'exploiter l'œuvre et serait habilité à en disposer dans tous les domaines de son activité, y compris le droit d'en surveiller l'utilisation et de décider de sa première mise à disposition. En outre, les études seraient d'une grande valeur commerciale pour le soumissionnaire, car elles présenteraient des zones à risques particulières identifiées par l'intéressé, des méthodes de solution des situations difficiles susceptibles d'être utilisées par d'autres participants à la procédure à titre d'éléments de comparaison avec leurs propres solutions. L'utilisation de ces informations par ces participants pourrait nuire au soumissionnaire et réduire également sa compétitivité lors de ses futures candidatures à l'attribution de marchés publics similaires. En outre, la divulgation de données techniques et relatives à l'organisation de l'entreprise permettrait à d'autres opérateurs d'obtenir des informations sur les solutions d'optimisation et d'organisation des ressources humaines et de répartition de leurs tâches et de les utiliser aux fins de leur activité, ce qui pourrait porter préjudice au soumissionnaire. Celui-ci perdrait ainsi l'avantage concurrentiel acquis au fil de ses années d'activité et devrait par conséquent baisser ses prix ou adopter des mesures de nature à développer d'autres savoir-faire. L'activité du soumissionnaire consisterait principalement à fournir des services de conseil, et il ne posséderait aucun autre patrimoine productif que la propriété intellectuelle générée par ses salariés. Il s'ensuivrait que la divulgation de ces créations permettraient à ses concurrents d'acquérir ses propres produits, ce qui pourrait lui causer de graves pertes économiques.

Le soumissionnaire aurait adopté une série de mesures pour préserver la confidentialité des documents traités en cette qualité et pour les protéger de l'accès des tiers. Il aurait notamment établi des règlements intérieurs visant à garantir une sécurité adéquate des informations et des données et, en particulier, un système intégré de gestion de la qualité, de l'environnement, de la sécurité et de l'hygiène du travail. Il aurait institué une gestion de projets fondée sur le système intégré de gestion des entreprises, révélant ainsi l'existence d'un processus interne visant à garantir la confidentialité des données et des informations. Il aurait imposé l'obligation d'exécuter pour chaque projet un plan spécifique de mise en œuvre mettant également en exergue la garantie de la confidentialité [Or. 55] des données et des informations. Il aurait aussi instauré un programme d'audits internes complets destinés à garantir le respect des normes de sécurité des informations et imposé l'obligation d'insérer des clauses de confidentialité appropriées dans les contrats conclus avec ses salariés et ses partenaires, assorties de pénalités contractuelles en cas de violation de ces clauses. Il aurait édicté un règlement intérieur obligeant les employés à préserver la confidentialité de certaines informations et imposé l'obligation de conserver dans chaque appel d'offres auquel il se porte candidat la confidentialité des informations en cause au titre du secret des affaires.

Les données qu'Arup a couvertes par le secret des affaires seraient de nature technologique, technique et organisationnelle. Leur valeur commerciale et leurs propriétés techniques imposeraient de restreindre le cercle des personnes admises à l'accès à ces données. Celles-ci ne seraient pas portées à la connaissance du public et seraient inconnues du grand public ou des personnes qui, en raison de leur profession, ont intérêt à entrer en leur possession. La spécificité des services en cause exigerait la présence d'un personnel hautement qualifié et la protection des informations sur les effectifs chargés d'exécuter les marchés. Les données sur les effectifs potentiels présenterait une importance économique pour le soumissionnaire. Elles se rapporteraient également aux règles de fonctionnement de son entreprise, à sa structure interne et à l'organisation de ses activités. La « conception du développement des projets » et la « description des modalités d'exécution du marché » auraient été préparées spécifiquement et en définiraient les conditions d'exécution proposées, en tenant compte des principes de fonctionnement de l'entreprise, de sa structure interne et de l'organisation de ses activités. Les informations contenues dans les documents susmentionnés auraient reposé sur de nombreuses années d'expérience et de connaissances du soumissionnaire, ce qui lui permettrait d'optimiser les coûts, de rationaliser le processus d'exécution et d'assurer la conduite de procédures de contrôle de la qualité. Les documents traités comme confidentiels auraient un caractère ponctuel, car ils auraient été établis aux fins d'une procédure donnée et à l'intention du pouvoir adjudicateur. Les procédures internes en vigueur dans l'entreprise du soumissionnaire garantiraient la confidentialité de ces informations (clauses de confidentialité liant les salariés participant à l'élaboration des études). Les informations ne seraient pas portées à la connaissance du public et aucun autre entrepreneur ne pourrait en prendre connaissance par les moyens habituels et autorisés.

Tous les soumissionnaires auraient produit, avec leur offre, les déclarations appropriées, accompagnées d'explications sur la couverture de différentes informations par le secret des affaires. Après en avoir pris connaissance et analysé la validité, le pouvoir adjudicateur aurait maintenu ce régime confidentiel. Le droit d'un soumissionnaire de protéger une partie de son offre en tant que secret d'affaires devrait être traité sur un pied d'égalité avec le principe de publicité de la procédure.

Il se déduirait de la jurisprudence que l'opérateur traitant certaines informations comme confidentielles devrait veiller à expliquer de manière plausible pourquoi elles relèvent [Or. 56] du secret des affaires et les revendications formulées à cet égard devraient être crédibles et l'argumentation développée à leur soutien, convaincante, cohérente et logique, eu égard aux caractéristiques de la procédure et des informations protégées. Or, tous les soumissionnaires auraient satisfait à cette obligation et précisé toutes les mesures adoptées qu'imposait la préservation de la confidentialité des informations protégées.

Puisque la nature du marché sous examen est spécifique et que des personnes possédant une formation et une expérience spécialisées doivent être affectées à son exécution, le soumissionnaire aurait protégé les données en cause, par crainte de la concurrence. Il ressort de la jurisprudence de la Chambre [Réf.] [OMISSIS] que, pour pouvoir traiter ainsi des données comme confidentielles, un soumissionnaire devrait démontrer que les effectifs et leur expérience mentionnés dans sa documentation ont un caractère unique, une spécialisation hors du commun et justifient la thèse qu'il peut exister sur le marché une pratique consistant à recruter ces personnes, ou que le nombre de collaborateurs disposant de l'expérience requise par le pouvoir adjudicateur est effectivement limité sur le marché. La protection par le soumissionnaire des données relatives à la liste des personnes serait sans aucun doute motivée par la crainte de la « captation » de ses salariés spécialistes par ses concurrents et de l'affaiblissement consécutif de sa position sur le marché. Les informations sur les données à caractère personnel et sous-jacentes à la disponibilité des collaborateurs relèveraient de l'organisation de l'entreprise et permettraient de déterminer les compétences propres au soumissionnaire, ce qui nuirait sans aucun doute à sa position sur le marché.

La doctrine considère que les informations présentant une « valeur commerciale » sont protégées en vertu de la loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale. La condition exigeant une valeur commerciale de l'information devrait être entendue comme élément constitutif supplémentaire du secret des affaires. Cette position serait également justifiée par l'article 39 de l'accord sur les ADPIC [accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (TRIPS), du 15 avril 1994, annexé à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce]. Selon cette disposition, la protection couvre les informations ayant une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes. Il résulterait de cette position juridique qu'il ne suffit pas d'affirmer qu'une information donnée est de nature technique ou technologique. Elle devrait aussi posséder une certaine valeur commerciale pour l'opérateur économique précisément parce qu'elle demeure secrète. Cette information pourrait être une source de profit quelconque pour le professionnel ou lui permettre d'économiser certains coûts. Il ne ferait aucun doute que la « conception du développement des projets » et la « description des modalités d'exécution du marché » sont des études d'auteur et exposent une conception inédite de l'exécution du marché, qui a une valeur commerciale pour un soumissionnaire donné et devrait rester confidentielle. En raison de leur nature spécifique, il ne serait pas possible d'utiliser les idées qu'elles comportent aux fins de la réalisation d'autres projets. Il résulterait de la jurisprudence [Réf] [OMISSIS] [de la Chambre] que « les solutions sélectionnées individuellement et [les solutions] constituant le savoir-faire du soumissionnaire peuvent être [Or. 57] traitées comme confidentielles au titre du secret des affaires. [...] ces éléments de la description d'une partie de l'offre, qui contiennent des descriptions détaillées des différentes solutions techniques personnelles proposées par le soumissionnaire, constituent un trait caractéristique de son offre et ne sauraient être divulgués à d'autres soumissionnaires ».

La « conception du développement des projets » et la « description des modalités d'exécution du marché » seraient des documents contenant des solutions propres aux entreprises. Elles représenteraient la valeur des offres à la lumière des critères de leur évaluation et, si elles étaient divulguées, elles pourraient être utilisées ultérieurement par les concurrents pour accroître la valeur de leurs propres offres dans des procédures similaires, réduisant ainsi les chances des sociétés auteur d'obtenir l'attribution des marchés dans le cadre de ces procédures. Il serait quasiment certain que les intérêts économiques des entreprises en seraient lésés, argument supplémentaire étayant l'adoption de la thèse de la confidentialité des secrets d'affaires. La requérante aurait elle-même réservé au titre du secret des affaires la confidentialité de sa « conception du développement des projets » et de sa « description des modalités d'exécution du marché », en avançant les mêmes arguments que les autres soumissionnaires. Dès lors que la requérante elle-même estime que ces données sont couvertes par le secret des affaires et satisfont à toutes les conditions de forme, il serait étrange qu'elle conteste la justification de la réserve de confidentialité portant sur les mêmes éléments des soumissions présentées par ses concurrents.

Au vu de ce qui précède, le pouvoir adjudicateur aurait estimé que les soumissionnaires avaient démontré la conformité des informations tenues pour confidentielles à toutes les conditions de la définition donnée au secret des affaires par l'article 11, paragraphe 2, de la loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale.

En ce qui concerne la liste des services et des références tenus pour confidentiels par CDM, il ressortirait de ses explications qu'elle a regardé ces documents comme couverts par le secret des affaires, dans la mesure où ils représentent une valeur commerciale lui permettant d'exercer son activité au plus haut niveau, source d'avantage concurrentiel. Le soumissionnaire traiterait la liste des services et des références en tant que document unique et indissociable, qu'il protège conformément aux normes et réglementations applicables. En raison des mesures prises par le soumissionnaire, les informations protégées n'auraient jamais été divulguées au public. En outre, le contenu des contrats conclus avec les clients constitueraient des secrets commerciaux qui n'ont également jamais été portés à la connaissance du public. La diffusion de ces informations pourrait menacer la position concurrentielle du soumissionnaire sur un segment de marché donné. Les informations contenues dans la liste des services constitueraient des acquis de nature à permettre aux concurrents de découvrir de nombreux aspects de l'activité du soumissionnaire (traçage du profil commercial à un moment donné, types de marchés exécutés et destinataires des services). Comme les informations contenues dans la liste ont une valeur commerciale pour le soumissionnaire, leur divulgation risquerait de lui causer un préjudice important se matérialisant par une diminution de ses revenus et par la perte d'une partie de sa clientèle ou par la nécessité d'engager des frais pour reconstituer [Or. 58] sa position sur le marché. La liste des services révélerait également le montant des recettes générées par leur prestation, ce qui constituerait également un secret d'affaires.

La liste du personnel protégée par CDM contiendrait des informations sur la formation et l'expérience de ses collaborateurs. Ces données constitueraient des secrets commerciaux présentant une valeur commerciale et seraient un facteur de compétitivité en raison de l'expérience des collaborateurs. La disponibilité d'experts dans les domaines requis par le pouvoir adjudicateur serait un atout assurant la prestation par le soumissionnaire de services de la plus haute qualité. Conformément à la pratique du soumissionnaire, ces informations ne seraient pas ni n'auraient été portées à la connaissance du public. La liste en cause constituerait un capital important que le soumissionnaire protège de ses concurrents pour conserver une avance technologique et commerciale. En outre, la liste renfermerait des informations permettant d'identifier ses effectifs, ce qui serait de nature à l'exposer à des pertes si ses concurrents tentaient de les recruter. Conformément à sa stratégie commerciale de longue date, le soumissionnaire se serait soigneusement préparé à la procédure sous examen et se serait donc assuré de la collaboration d'effectifs adéquats, spécialisés et experts, ce qui constituerait un élément important de son développement. Le recrutement de l'équipe de spécialistes requis par le pouvoir adjudicateur aurait revêtu une importance essentielle pour garantir l'exécution du marché et la perte éventuelle d'effectifs spécialisés pourrait entraîner un préjudice économique pour la société. Comme la sélection d'une équipe de personnes dotées de compétences uniques est d'une importance cruciale pour l'exécution du marché, la liste des personnes produite revêtirait un caractère économique. En raison de la nature spécifique et sectorielle du marché, l'expertise de personnes spécialisées dans les services de conseil présenterait une valeur commerciale décisive pour le soumissionnaire et mériterait sans aucun doute le statut de secret d'affaires.

Au soutien du traitement confidentiel des points 5 et 13 du formulaire d'appel d'offres, CDM aurait indiqué qu'elle exécuterait le marché avec la participation de sous-traitants et produit des engagements des tiers pourvoyeurs de ressources, ce qui constituerait un secret d'affaires, dans la mesure où ces points contiennent diverses données spécifiques sur ces opérateurs et des détails sur les ressources constituées par l'expérience des experts mis à la disposition de CDM. Les engagements des tiers définiraient les règles régissant l'apport de leurs connaissances, de leur expérience et de leurs collaborateurs. Pour le soumissionnaire, ces informations auraient une valeur commerciale et lui permettraient de fournir des services du plus haut niveau. En outre, il observerait une pratique interne de protection et de confidentialité de ces informations vis-à-vis du public, afin de préserver son avance technologique et commerciale. Il aurait également indiqué les adresses des sites Internet lui donnant gratuitement accès à la consultation des documents de l'entreprise des sous-traitants. Elles auraient été précisées d'une manière indiquant clairement les noms des entités tierces **[Or. 59]** mettant leurs capacités à sa disposition. Les obligations des tiers fournisseurs de ressources étant couvertes par le secret des affaires, le pouvoir adjudicateur ne pourrait pas rendre public le contenu du point 13 du formulaire d'appel d'offres.

Le pouvoir adjudicateur aurait évalué chacune des thématiques (relevant des sous-critères 15.4.2.1 et 15.4.2.2) et chacun des sous-critères et critères, conformément à la procédure et aux règles décrites dans le cahier des charges. Chaque offre aurait été analysée en détail et l'évaluation aurait été assortie d'une motivation élaborée, transmise aux soumissionnaires le 12 mars 2020. En abordant la rédaction des motifs, la commission d'adjudication aurait considéré que la motivation fournie porterait sur les paramètres influant sur l'abaissement de la notation (erreur de fait, non-respect des conditions de la documentation de l'appel d'offres, brièveté ou ambiguïté de la description, solutions non optimales ou ne garantissant pas un niveau élevé de qualité et de fiabilité du résultat des prestations) ou sur la réduction de la valeur ajoutée. Ainsi la motivation n'aurait pas relevé chaque cas de description claire et complète d'une thématique donnée, mais toutes les occurrences de description ambiguë ou brève. Selon le pouvoir adjudicateur, le niveau des détails apportés à la motivation de la notation communiquée à tous les soumissionnaires aurait permis de vérifier aisément le bien-fondé du nombre de points attribués et de calculer, d'une part, le nombre de cas où une thématique donnée a été regardée, selon l'évaluation effectuée par le pouvoir adjudicateur en conformité avec les clauses du cahier des charges, comme ayant été décrite clairement et exhaustivement et, d'autre part, la fraction de la valeur ajoutée déclarée que le pouvoir adjudicateur a admise. Un tel examen aurait présupposé une familiarisation et une compréhension détaillées des règles d'évaluation des offres, à laquelle la requérante ne serait pas parvenue, comme le prouvent ses allégations et son interprétation erronée de divers passages. Dans son interprétation, la requérante confondrait et brouillerait les notions en traitant comme équivalents les éléments d'évaluation concernant les caractéristiques de la description des thématiques (clarté et cohérence, caractère optimal des solutions et garantie d'un niveau élevé de qualité et de fiabilité du résultat des prestations) et les valeurs ajoutées.

La seule démonstration par (chaque) soumissionnaire de l'existence d'une valeur ajoutée ne serait pas une condition suffisante pour attribuer à l'offre des points supplémentaires au titre d'un sous-critère donné. Le pouvoir adjudicateur devrait vérifier et confirmer dans chaque cas si un élément donné de l'offre n'a effectivement pas été inclus dans l'annexe 1 au cahier des charges et apprécier également s'il a exercé une incidence positive sur la qualité et l'exécution de l'objet du marché. Il incomberait au soumissionnaire de justifier cette « positivité » de la valeur ajoutée et de démontrer qu'un tel élément supplémentaire de l'offre devait être souhaité par le pouvoir adjudicateur et qu'il produirait sans aucun doute un effet positif sur la qualité et l'exécution du marché. **[Or. 60]** Le pouvoir adjudicateur serait en droit de souscrire ou de ne pas souscrire aux arguments du soumissionnaire. Dans la seconde hypothèse, le pouvoir adjudicateur aurait exprimé chaque fois sa position dans la motivation de son appréciation.

Pour traiter correctement les griefs de la requérante, le pouvoir adjudicateur aurait procédé à une nouvelle analyse détaillée de la motivation justifiant l'évaluation de son offre, en la comparant à l'argumentation développée au soutien du recours. Le

pouvoir adjudicateur aurait tiré de cette analyse la conclusion que la requérante n'avait pas lu minutieusement la motivation communiquée, mais en avait pris seulement connaissance par extraits, ou en avait mal interprété le contenu. Il n'y aurait en effet aucune autre explication aux griefs tirés par la requérante de la description brève ou ambiguë des différentes thématiques, alors que les justifications sont livrées au soutien de la motivation de l'évaluation. La requérante aurait par exemple souligné qu'au titre d'un sous-critère, le pouvoir adjudicateur n'avait pas indiqué qu'il était rédigé brièvement et de façon équivoque et avait reconnu en outre la valeur ajoutée sous la forme de lignes directrices. Or, dans la motivation de la notation de ce sous-critère, le pouvoir adjudicateur relèverait à trois reprises sur trois thématiques consécutives la brièveté de la description : « la description de la thématique est brève et ne garantit pas l'application de solutions optimales » – au sujet de la démarche méthodologique de l'identification des ouvrages – « le soumissionnaire présente de manière générique la démarche méthodologique de la description » – s'agissant de la détermination du point de savoir si les structures sont équipées d'installations pour la migration des poissons – et « la description de cette thématique est brève » – à propos de l'évaluation du fonctionnement des dispositifs existants de migration des poissons. Certes, le pouvoir adjudicateur aurait « en outre reconnu la valeur ajoutée sous forme de lignes directrices », mais dans le cas de l'offre de la requérante, cette précision aurait seulement valeur d'information et n'aurait aucune incidence sur la notation, car la manière dont le sous-critère est évalué indiquerait clairement que les valeurs ajoutées n'influent sur la notation que si le soumissionnaire a décrit clairement et exhaustivement tous les éléments du sous-critère.

Quant aux statisticiens auxquels devait être confiée une partie des travaux analytiques, d'une part, la requérante affirmerait qu'ils auraient été des personnes surnuméraires de l'équipe et qu'(un) statisticien aurait été inclus dans son offre et, d'autre part, elle reprocherait au pouvoir adjudicateur d'avoir relevé à tort que des statisticiens ne font pas partie de son équipe.

Le pouvoir adjudicateur aurait analysé en détail toutes les soumissions, en les évaluant cas par cas conformément aux critères énoncés dans les clauses du cahier des charges et selon la méthode d'évaluation décrite en son point 15. L'argumentation de la requérante démontrerait qu'elle ne comprend pas la structure de l'évaluation des différents critères et sous-critères et qu'elle est ainsi amenée à formuler dans son recours des thèses et des conclusions erronées reprochant au pouvoir adjudicateur des irrégularités ou sa partialité présumées. **[Or. 61]** Trois critères auraient fait l'objet d'une évaluation (point 15.2 du cahier des charges) : le prix brut, la conception du développement des projets et la description des modalités d'exécution du marché. Les critères 15.2.2 (« conception du développement des projets ») et 15.2.3 (« description de la méthode d'exécution du marché ») auraient été évalués par l'attribution de points au regard des sous-critères : quatre points pour la conception du développement des projets et deux points pour la description des modalités d'exécution du marché. En outre, le sous-critère 15.4.2.1 « démarche méthodologique de la mise

en œuvre de l'ensemble des tâches » a été ventilé en thématiques, et le sous-critère 15.4.2.2 « démarche méthodologique de l'identification des activités de continuité morphologique » en différentes composantes. Les thématiques et les composantes auraient été respectivement définies dans le cahier des charges et leur évaluation d'ensemble aurait servi de base à la notation attribuée au titre du sous-critère en cause.

Il découlerait du modèle d'examen ci-dessus que les critères 15.2.2 et 15.2.3 ont été appréciés en fonction du total des points attribués au titre des différents sous-critères, lesquels ont été notés globalement sur la base des thématiques qu'ils comportaient. Les thématiques n'ont pas été notées individuellement. La notation des sous-critères aurait dépendu du nombre des thématiques satisfaisant à certaines conditions (caractère optimal des solutions et garantie d'un niveau élevé de qualité et de fiabilité du résultat des travaux), ainsi que du nombre d'éléments allant au-delà de la description de l'objet du marché et considérés comme influant favorablement sur la qualité de l'exécution du marché. En outre, sous le tableau définissant les règles de la notation, le pouvoir adjudicateur aurait précisé que l'expression « caractère optimal des solutions et garantie d'un niveau élevé de qualité et de fiabilité du résultat des travaux » impliquait que « le soumissionnaire appliquera un niveau approprié de détail dans les analyses et/ou des dispositifs appropriés et/ou effectuera une vérification efficace et de fond des données source et/ou prendra des mesures efficaces assurant l'exhaustivité des données et des analyses ». L'explication ci-dessus montrerait clairement que la condition relative aux « solutions optimales et garantissant un niveau élevé de qualité et de fiabilité du résultat des travaux » était remplie pour la thématique évaluée si la description fournie à cet égard par le soumissionnaire permettait de conclure à la satisfaction d'au moins une des conditions décrites dans ladite explication. Indépendamment du nombre de thématiques répondant à la caractéristique précitée et du nombre de valeurs ajoutées figurant dans la soumission et non incluses dans les clauses du cahier des charges, 3 points auraient été attribués au titre du sous-critère évalué en cas de description ambiguë ou brève de l'une ou de plusieurs thématiques, ou 0 point en cas d'erreurs de fait commises dans la soumission ou si toutes les conditions du dossier d'appel d'offres n'avaient pas été remplies.

L'interprétation du critère d'attribution de 0 point que la requérante a tirée de la clause « tout en satisfaisant à toutes les conditions posées par le dossier d'appel d'offres » serait logiquement erronée. L'obtention d'un minimum de 3 points au titre de chacun des sous-critères aurait été subordonnée à la condition que soient réunies toutes les conditions posées par la documentation d'appel d'offres [Or. 62], faute de quoi, c'est-à-dire si au moins l'une des exigences n'était pas satisfaite, la soumission obtenait la note 0 au titre du sous-critère évalué. L'adoption de l'interprétation erronée de la requérante impliquerait que le pouvoir adjudicateur aurait dû attribuer des points à des offres partiellement incompatibles avec les clauses du cahier des charges. Tel aurait été le cas si la description des règles d'attribution des points avait précisé qu'aucun point ne serait attribué si « aucune des exigences résultant du dossier d'appel d'offres n'était remplie ». Or,

la clause du cahier des charges serait différente et devrait être lue conjointement aux autres critères d'attribution des différentes notations.

De même, une erreur de fait aurait entraîné l'attribution de 0 point pour un sous-critère donné, quelles que soient les caractéristiques des thématiques décrites et le nombre de valeurs ajoutées non incluses dans la description détaillée de l'objet du marché.

La commission d'adjudication aurait appliqué en toute cohérence lors de l'évaluation de chaque offre les règles énoncées ci-dessus, lesquelles n'auraient suscité aucun doute dans l'esprit de la requérante ou des autres soumissionnaires au cours de la procédure de passation du marché. Les modalités d'évaluation des offres adoptées par le pouvoir adjudicateur n'auraient suscité aucune incertitude, car aucune question n'aurait été posée sur les clauses du cahier des charge et aucune demande de modification n'aurait été présentée à cet égard. Aussi le pouvoir adjudicateur considérerait-il qu'elles ont été correctement formulées.

La commission d'adjudication aurait appliqué en toute cohérence à toutes les évaluations des offres la procédure d'évaluation décrite dans les clauses du cahier des charges, conformément aux principes de concurrence loyale. Les allégations de la requérante ne seraient donc pas fondées.

Avant le début de l'évaluation des offres par la commission d'adjudication, son président aurait défini les règles de fonctionnement énoncées ci-dessous, qu'il a portées à la connaissance de tous les membres de la commission et qu'il a obligé les intéressés à respecter :

- 1) application cohérente des règles d'évaluation et de notation définies dans le cahier des charges, c'est-à-dire le respect des critères et de la méthode d'évaluation des offres repris au point 15 du cahier des charges ;
- 2) interdiction de comparer les offres quant aux solutions proposées ;
- 3) analyse et évaluation détaillées de chacune des offres envisagée en fonction de ses éléments et dans sa globalité ;
- 4) évaluation des différents critères sur la seule base du dossier d'offre, sans autre interprétation ou conjecture ;
- 5) addition des points au terme même des travaux de la commission, après évaluation de tous les critères de chacune des offres ;
- 6) clôture de l'évaluation des offres dès l'achèvement de l'addition des points, sans possibilité de réévaluation de l'un quelconque des critères pour l'une quelconque des offres.

Il découlerait des principes énoncés ci-dessus qu'il n'existe aucun lien de cause à effet entre la motivation de la valeur de la notation donnée à une offre et celle attribuée à une autre, [Or. 63] ce que reproche la requérante au pouvoir adjudicateur. Un tel lien ne pourrait exister qu'en cas de comparaison des offres. Le pouvoir adjudicateur * aurait relevé que « l'absence d'une juste motivation, de la part du pouvoir adjudicateur, justifiant la notation attribuée lors de son évaluation » des offres autres que celle de la requérante a pu avoir pour effet d'attribuer à ces offres une notation trop élevée ou trop faible. Or, cela n'aurait aucune incidence sur la notation de l'offre de la requérante.

Le pouvoir adjudicateur aurait procédé à une évaluation des offres crédible et conforme au cahier des charges et aurait donc sélectionné l'offre de CDM comme la plus avantageuse. La soumission sélectionnée aurait satisfait à toutes les conditions posées par le cahier des charges et obtenu la meilleure notation sur la base des critères d'évaluation des offres. Le pouvoir adjudicateur aurait immédiatement informé tous les soumissionnaires du choix de l'offre la plus avantageuse, en fournissant une motivation détaillée en fait et en droit.

C. Argumentation de CDM, partie intervenante

CDM a conclu au rejet de l'intégralité du recours pour défaut de fondement.

CDM a maintenu sa position sur le traitement confidentiel d'une partie de son offre au titre du secret des affaires. Elle a relevé sa qualité de société membre d'un groupe international opérant dans le monde entier et employant plus de 5 000 collaborateurs. L'un de ses domaines d'activité serait les services de conseil, de consultation et de conception prestés dans le secteur de la gestion des eaux. CDM mettrait en œuvre les principes d'une politique de qualité consistant notamment à fournir des prestations du plus haut niveau et fondées sur les compétences des meilleurs spécialistes du secteur et sur leur amélioration constante. Dans le secteur des services de consultation, il serait particulièrement important d'exercer ses activités conformément à toutes les dispositions légales et aux normes de conduite les plus strictes.

Les actifs uniques et particulièrement protégés d'un entrepreneur opérant dans le secteur de la consultation seraient constitués par ses actifs incorporels, notamment les informations de nature économique relatives à l'organisation et aux modalités de prestation de ses services. Il s'agirait notamment du capital intellectuel de l'entreprise. Dans le cas de CDM, son capital intellectuel, entendu au sens de ressources conditionnant l'efficacité de son activité, serait d'une importance cruciale et ferait donc de sa part l'objet d'une protection particulière. Il s'agirait en effet d'un potentiel lui permettant d'acquérir un avantage compétitif sur ses concurrents du secteur et de faire ce qu'il leur est impossible ou difficile de faire. À cet égard, CDM agirait de manière cohérente et veillerait à ce que ses

* Ndt : lire plutôt « la requérante ».

informations présentant une importance économique ne soient pas divulguées en dehors des cas où cela se révèle nécessaire ou justifié. Il en serait ainsi en raison non seulement de ses règles de fonctionnement, mais surtout [Or. 64] de sa politique en tant qu'entreprise internationale. Les dérogations ou manquements à ces règles pourraient entraîner des pertes importantes et exercer une incidence négative sur le fonctionnement de son organisation. Pour ces raisons, l'un des principes fondamentaux de l'entreprise consisterait à garantir une sécurité adéquate des informations constituant ses secrets d'affaires.

Un entrepreneur rationnel préparerait et mettrait en œuvre une stratégie d'entreprise déterminée, dont une composante consiste à définir les orientations de son développement et de ses objectifs contractuels, qui comprennent également sa participation aux procédures d'appels d'offres dans le cadre des marchés publics. En tant qu'entrepreneur rationnel, CDM planifierait toutes ses activités commerciales importantes. Leur mise en œuvre nécessiterait une préparation adéquate et, s'agissant concrètement des procédures de consultation et de conseil, l'organisation et la garantie de ressources appropriées, notamment humaines. Les effectifs de CDM constitueraient une valeur commerciale quantifiable. Ils formeraient un groupe structuré de personnes possédant des compétences strictement définies et hautement spécialisées. Le nombre d'experts opérant dans des domaines de connaissances restreints, comme dans la procédure faisant l'objet du présent litige, serait limité et leur recrutement à titre exclusif serait crucial pour la mise en œuvre efficace de la politique de développement de la société. CDM aurait dû effectuer des dépenses substantielles pour constituer et organiser une équipe d'experts aussi importante, composée d'experts externes, de scientifiques et de chercheurs. Il s'agirait d'une équipe de collaborateurs soigneusement sélectionnés, auxquels ont été confiés des rôles spécifiques d'experts et d'organisation au sein de l'équipe. Le départ de membres de l'équipe pourrait accroître sensiblement les dangers liés à un projet et, par conséquent, le risque pesant sur l'exécution d'un marché public. C'est pourquoi les informations portant aussi bien sur les effectifs que sur les activités qu'ils exercent dans le cadre de l'exécution des marchés présenteraient une grande valeur commerciale, que CDM protège au titre du secret des affaires. L'abandon de cette forme de protection pourrait l'exposer à des pertes. La divulgation d'informations sur la mise à disposition de personnes déterminées, dotées de qualifications et d'expérience spécifiques, pourrait inciter ses concurrents à les recruter et, par conséquent, menacer la position de CDM sur le marché qu'elle a développée, valorisée et dont elle assure la protection par voie de conséquence.

Son équipe de salariés et de collaborateurs serait composée d'experts internationaux (polonais et irlandais), qui collaborent avec l'entreprise sur une base permanente ou ponctuelle et appartiennent à différents groupes d'experts en diverses formations adaptées à des entreprises commerciales déterminées. Cette équipe représenterait une valeur constituée au fil des ans, employée par CDM de façon constante et permanente. L'équipe des personnes assignées à l'exécution du marché en question constituerait un effectif incarnant le savoir-faire de CDM et aurait donc une valeur commerciale quantifiable. [Or. 65]

L'importance des informations de CDM couvertes par le secret des affaires serait également démontrée par l'attribution par le pouvoir adjudicateur diligentant la procédure d'une pondération atteignant 60 % au titre des critères relatifs à la « conception du développement des projets » et à la « description des modalités d'exécution du marché ». Cette pondération traduirait la nécessité de créer une conception innovante, distincte des autres éléments proposés dans les offres des autres soumissionnaires. Le pouvoir adjudicateur escompterait obtenir un projet tendant à l'exécution d'un marché contribuant à des économies et améliorant son fonctionnement à l'avenir. Il serait évident que CDM a proposé les meilleures modalités d'exécution de ce marché, en tenant compte de la nécessité de fournir les ressources humaines, intellectuelles et organisationnelles adéquates qu'exige l'exécution du marché selon un calendrier très serré. La conception de la réalisation des tâches visée par la procédure d'appel d'offres et de la soumission présentée par CDM serait novatrice et constituerait, avec les documents établissant son expérience et les ressources mises à sa disposition, un ensemble cohérent lui permettant d'exécuter le marché de manière inédite, inconnue jusqu'ici en Pologne. La violation de ces secrets risquerait d'engendrer de graves pertes et pourrait être source de responsabilité civile et pénale.

La directive 2016/943 aurait été adoptée pour protéger les informations qui constituent la valeur de l'économie de la connaissance et procurent un avantage concurrentiel. Les entreprises accorderaient autant de valeur à ces données qu'aux brevets et aux autres types de droits de propriété intellectuelle. Il ressortirait clairement de son considérant 18 que la directive 2016/943 n'exonère pas les autorités publiques de leur obligation de préserver également dans les procédures de marchés publics la confidentialité des secrets d'affaires qui leur sont communiqués. L'obligation de préserver la confidentialité d'une sélection de données qualifiées de secrets d'affaires par le soumissionnaire découle de l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24. Le principe général de publicité des procédures de marchés publics posé par l'article 8, paragraphe 1, de la loi sur le droit des marchés publics ferait l'objet, à son article 8, paragraphe 3, d'une dérogation sous la forme du principe de protection des données constituant des secrets d'affaires, au sens de la définition donnée à cette notion par l'article 11, paragraphe 2, de la loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale.

La doctrine pertinente soulignerait que la protection des secrets d'affaires consiste dans la sauvegarde d'un type spécifique d'actifs incorporels. Ces actifs seraient protégés par le droit à la confidentialité, défini comme un droit subjectif de nature absolue. L'objet de la protection serait alors l'information confidentielle liée aux activités de l'entreprise. Ce bien serait caractérisé par son caractère immatériel et la meilleure preuve de sa valeur résiderait dans la volonté de l'entrepreneur d'en garder secret le contenu. Il ne saurait donc être contesté que l'information peut elle-même faire l'objet [Or. 66] d'une transaction juridique (par exemple une licence) et son propriétaire (l'entrepreneur) devrait bénéficier d'un droit à une protection similaire à celle du droit de propriété au sens économique du terme.

L'amendement apporté en 2018 à la loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale aurait modifié la définition du secret des affaires précédemment en vigueur en précisant que la nature des informations (d'un ensemble d'informations) peut être également conditionnée par la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments. En d'autres termes, même des informations accessibles au public pourraient acquérir le statut de secrets d'affaires, dans les conditions spécifiques d'un cas d'espèce, lorsqu'elles sont convenablement associées et ont par exemple fait l'objet d'un traitement.

Le principe de publicité des procédures de marchés publics ne serait pas absolu. Le pouvoir adjudicateur évaluerait ce qui constitue ou non des informations légalement protégées et, en fonction de cette décision, prendrait des mesures de protection supplémentaires. C'est pourquoi les activités du pouvoir adjudicateur devraient être empreintes d'une extrême prudence et du souci de respecter les intérêts essentiels du soumissionnaire, indépendamment de la nature éventuellement subjective de ces intérêts. Les actions du pouvoir adjudicateur ne devraient pas exposer les soumissionnaires au risque de subir un dommage en raison de la déclassification de leurs informations.

Le secret des affaires au sens de la réglementation des marchés publics aurait pour objet de protéger les intérêts du soumissionnaire, qui ne sont sauvegardés par aucune autre réglementation ; un secret tenu pour confidentiel dans une soumission ne serait pas couvert par des dispositions spéciales autres que celles précitées.

Les moyens du recours pris du défaut de déclassification de données ayant déterminé l'attribution de points au regard des critères d'évaluation des offres, d'une part, et d'informations qui auraient été regardées en vain comme couvertes par le secret des affaires, d'autre part, ne seraient pas fondés. Le principe de publicité des procédures de marchés publics devrait être traité sur un pied d'égalité avec le droit d'un soumissionnaire de couvrir dans les limites légales une partie de son offre par le secret des affaires. À cet égard, la thèse de la primauté du principe de publicité de la procédure et de ses conséquences serait erronée.

CDM aurait rempli toutes les conditions légales pour préserver utilement ses secrets d'affaires et, par conséquent, efficacement couvert par le secret des affaires une partie sélectionnée de son offre. En déposant sa soumission, CDM en aurait indiqué les parties constituant des secrets d'affaires, les aurait présentées dans un dossier séparé en identifiant clairement les passages tenus pour confidentiels et elle aurait indiqué sans ambiguïté dans la partie de l'offre couverte par le secret des affaires, les documents constituant la partie confidentielle de son offre et expliqué en détail les raisons pour lesquelles ces documents ont été présentés séparément dans un dossier distinct.

CDM aurait prouvé que le secret des affaires couvrait des documents contenant des informations techniques, organisationnelles et d'une autre nature, présentant une valeur commerciale. Ces données, aussi bien dans leur globalité qu'en tant

qu'éléments de l'offre constituant une configuration et un assemblage exacts de données, n'auraient pas été divulguées auparavant et, en tant que telles, ne seraient pas généralement connues [Or. 67] des personnes traitant ce type d'informations. CDM aurait constamment pris des mesures et des précautions pour que les informations couvertes par le secret des affaires ne soit pas divulguées dans l'exercice de ses activités courantes et dans le cadre d'autres procédures de conclusion de transactions commerciales, qu'elles soient ou non de nature publique. CDM ferait preuve d'une attention constante à cet égard, en prenant les mesures spécifiques énoncées dans la partie de son offre couverte par le secret des affaires. Il s'agirait de mesures effectives et efficaces, ce qui confirme le caractère erroné des allégations de la requérante déduites de la nature publique des informations traitées comme confidentielles et de leur accessibilité universelle et consistant à exposer une thèse erronée à propos des éléments confidentiels (liste des partenaires et références). La requérante démontrerait ainsi que les informations que CDM a couvertes par le secret des affaires ne sont pas généralement connues ni aisément accessibles.

Les informations tenues pour confidentielles au titre du secret des affaires auraient une grande valeur commerciale. La nature même des prestations fournies sur le marché des services de conseil montrerait que les informations traitées comme confidentielles par CDM présentent une valeur commerciale. Il s'agirait d'informations sur les modalités d'exécution des services qu'elle a précisées de façon détaillée et exhaustive dans sa soumission.

Les informations sur les clients, les prix et l'objet des services qui leur sont fournis auraient une valeur commerciale et seraient importantes pour acquérir et maintenir une position sur le marché. Leur divulgation pourrait permettre de conquérir des clients et de fixer la politique tarifaire applicable, notamment, lorsque les services sont prestés à des particuliers. Il en irait de même du danger créé par la divulgation des listes des participants à l'exécution du marché couvertes par le secret des affaires, ainsi que de tous les documents permettant d'identifier certaines personnes figurant sur cette liste. La doctrine soulignerait expressément le risque que des concurrents fassent obstacle à l'exécution du marché en captant certains spécialistes de pointe et, par voie de conséquence, limitent ainsi les capacités compétitives des opérateurs, voire même fassent obstacle au jeu normal de la concurrence sur un marché donné. Aussi la protection par le secret des affaires couvrirait-elle tant la liste des personnes elle-même que tous les documents susceptibles de permettre leur identification, tels que les certificats, déclarations et engagements souscrits par les collaborateurs offrant leurs capacités.

Le pouvoir adjudicateur aurait exigé dans le cadre de la procédure la preuve que le soumissionnaire satisfaisait à la condition de participation à la procédure en soumettant une liste de personnes affectées à l'exécution du marché public. Les clauses de ce marché auraient en outre stipulé que la structure organique de l'équipe et, au sein de cette structure, les rôles et le domaine de responsabilités de ses différents membres, entre autres précisions, constituent l'un des éléments

obligatoires de la description des modalités d'exécution du marché et sont évalués par le pouvoir adjudicateur en fonction de critères non tarifaires. Cette seule circonstance démontrerait que les informations sur les personnes dont le soumissionnaire déclare la participation à l'exécution du marché [Or. 68] (soit les membres de l'équipe), en précisant leurs qualifications, revêtent une importance économique substantielle et constituent en soi la valeur distinguant l'offre du soumissionnaire des autres offres. Cette singularité constituerait le fondement du jugement porté sur le respect de la condition de participation à la procédure et de la notation du pouvoir adjudicateur et influencerait sensiblement sur la probabilité d'obtenir la meilleure évaluation possible de la soumission. Par conséquent, l'attribution même d'une pondération aussi importante à l'équipe constituée par le soumissionnaire révélerait la nature économique de ces informations et son grand intérêt à en préserver la confidentialité.

Le soumissionnaire aurait utilement réservé la confidentialité des documents se rapportant étroitement à l'objet du marché, soit la conception du développement des projets et la description des modalités d'exécution du marché. Ces deux documents auraient une nature similaire à celle d'une œuvre dont l'objet est une création originale et qui constitue la manifestation d'une activité créatrice. La nature de ces deux études serait clairement déterminée par les exigences énoncées par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges, en particulier, dans sa partie consacrée aux critères d'évaluation des offres. Le pouvoir adjudicateur aurait exigé que le soumissionnaire présente une conception originale de son étude au soutien de son offre. Cette conception aurait été évaluée en fonction de sous-critères spécifiques définissant les exigences du pouvoir adjudicateur relatives à l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur aurait demandé aux soumissionnaires de proposer des solutions originales au sujet qu'il avait défini, c'est-à-dire la mise en œuvre d'un ensemble d'activités, la définition d'une démarche méthodologique d'identification des actions dans le cadre des objectifs environnementaux, une conception de l'identification des écarts par rapport à la réalisation des objectifs environnementaux et une méthode de visualisation sur fond de carte. De même, des conditions auraient été posées à la description de la méthode d'exécution du marché, dans laquelle le soumissionnaire devait proposer une solution au problème consistant à décrire les risques potentiels et présenter une structure détaillée de l'organisation de son équipe. Le pouvoir adjudicateur aurait entendu obtenir des soumissionnaires les propositions les plus attrayantes pour résoudre un problème spécifique. Les solutions proposées par les soumissionnaires devaient être originales (différentes entre elles), en ce sens que le pouvoir adjudicateur devait pouvoir sélectionner parmi ces solutions celle qui répondait le mieux aux critères précisément définis. Tant la conception du développement des projets que la description des modalités d'exécution du marché auraient alors acquis la valeur d'un ensemble d'informations organisationnelles et techniques de nature économique et présentant une valeur commerciale substantielle. CDM aurait tenu ces documents secrets et ils devraient le demeurer en raison de cette valeur commerciale substantielle, surtout dans l'hypothèse où le soumissionnaire serait en mesure de les utiliser à l'avenir.

Le droit de réserver la confidentialité d'informations au titre du secret des affaires serait un droit subjectif du soumissionnaire et devrait être traité sur un pied d'égalité avec le droit à l'information. La qualification d'informations comme secrets d'affaires serait un droit du soumissionnaire présentant une offre dans une procédure et serait assujettie à l'appréciation du pouvoir adjudicateur. Celui-ci aurait considéré à bon droit [Or. 69] les documents comme confidentiels et décidé à juste titre de ne pas les divulguer. La conception, les références, les sous-traitants, les solutions en matière d'organisation ainsi que la sélection des experts et des équipes devraient être protégés en tant que secrets d'affaires. Ces données représenteraient, à l'évidence, une valeur commerciale, tant dans leur ensemble que dans les différents éléments de la soumission. Leur divulgation pourrait engendrer de graves pertes pour CDM et lui rendre impossible ou sensiblement plus difficile l'exercice de la concurrence avec les autres opérateurs présents sur le secteur des marchés publics et non publics.

[partie de l'argumentation de CDM portant sur des points dénués de pertinences au regard des questions préjudicielles] [OMISSIS]

[OMISSIS] [Or. 70] [OMISSIS] [Or. 71] [OMISSIS] [Or. 72] [OMISSIS]

D. Argumentation de Multiconsult, partie intervenante

Multiconsult conclut au rejet de l'intégralité du recours comme dénué de fondement.

Multiconsult souligne avoir protégé au titre du secret des affaires sa « conception du développement des projets » et sa « description des modalités d'exécution du marché », car ces documents constitueraient des études d'auteur qu'elle avait élaborées aux fins spécifiques de la procédure en cause. Les critères d'évaluation des offres, soit une pondération de 42 % et de 18 % appliquée, respectivement, à la conception du développement des projets et à la description des modalités d'exécution du marché, attesteraient de l'importance que les idées d'auteur originales revêtaient pour le pouvoir adjudicateur.

Celui-ci aurait privilégié les méthodologies non reproduites par d'autres soumissionnaires, ainsi que les conceptions généralement connues et accessibles liées aux solutions de fond et d'organisation adaptées à la spécificité du projet. Le pouvoir adjudicateur aurait accordé une importance essentielle à l'ingéniosité des soumissionnaires et à leur approche originale dans l'exécution de l'objet du marché, comme l'atteste par ailleurs la détermination du respect des conditions auxquelles était subordonnée l'attribution de la notation maximum aux différentes composantes de l'offre (critères).

Les soumissionnaires auraient été chargés dans le cadre de la procédure de présenter au pouvoir adjudicateur des conceptions et des solutions d'auteur uniques, ce qui aurait exigé une charge de travail correspondante de la part de

Multiconsult et des autres soumissionnaires au stade de la préparation de leur offre.

Multiconsult exercerait une activité économique consistant à fournir des services de conseil et ne posséderait donc aucun autre patrimoine productif que la propriété intellectuelle générée par ses collaborateurs. Par conséquent, tout emprunt non autorisé par des tiers des méthodes développées par Multiconsult pour mettre en œuvre des projets et des conceptions constituerait une méconnaissance du principe de protection de ses droits subjectifs dans le domaine de la propriété intellectuelle. L'activité de conseil serait l'une des activités à la croissance la plus dynamique du secteur des services, ce qui traduirait également l'intensité de la concurrence exercée sur le marché. Pour être compétitifs et pouvoir remporter de nouveaux marchés, les soumissionnaires seraient confrontés à la nécessité d'introduire certains changements dans leur activité économique, phénomène particulièrement évident à l'heure actuelle, où l'on constate un progrès technique important et la mondialisation des processus économiques. Les soumissionnaires auraient donc deux options : soit [Or. 73] décider de recruter des salariés possédant les connaissances et l'expérience requises, ce qui pourrait également impliquer l'engagement d'employés de concurrents, soit utiliser des capacités (connaissances, expérience) déjà acquises par d'autres opérateurs économiques sur le marché, en recourant, par exemple, à des méthodes non concurrentielles d'acquisition des informations en cause. Les soumissionnaires pourraient ainsi accéder aux connaissances et à l'expérience nécessaires pour apporter à leur activité les changements et les innovations appropriés. Il importerait donc que des documents tels que la « conception du développement des projets » ou la « description des modalités d'exécution du marché », élaborés pour les besoins de la procédure sous examen en tant que conceptions d'auteur uniques de Multiconsult bénéficient d'une protection particulière.

La divulgation de ces données causerait un préjudice quantifiable à Multiconsult, dans la mesure où les solutions qu'elle propose en termes de conception pourraient ne plus être aussi originales dans les procédures de passation de marchés publics ultérieures auxquelles elle prendrait part et, pour remporter de nouveaux marchés, elle serait contrainte de baisser le prix de son offre, ce qui affecterait ses bénéfices.

En définitive, la déclassification des informations aurait pour effet que les idées de Multiconsult pourraient être reprises par ses concurrents. Elle serait alors contrainte d'engager de nouvelles ressources humaines et financières, afin d'apporter des solutions novatrices aux méthodologies adoptées jusqu'ici, ce qui l'amènerait alors directement à devoir relever les prix de ses soumissions. Une telle situation affecterait ses possibilités de remporter de nouveaux marchés. Les documents traités comme confidentiels par Multiconsult présenteraient sans aucun doute une valeur commerciale. Les développements qui précèdent augureraient également du préjudice patrimonial que Multiconsult serait effectivement amenée à subir.

Les documents tenus pour confidentiels engloberaient plus généralement l'ensemble des expériences, des connaissances et de l'expertise utiles à l'exercice des activités de conseil, notamment aux fins de l'exécution des marchés publics publiés par le pouvoir adjudicateur.

Les deux éléments de l'évaluation de fond seraient cohérents, en raison des méthodes adoptées pour décrire la démarche suivie pour la mise en œuvre des différentes parties du marché et les éléments d'organisation proposés, qui font de ces composantes une partie intégrante du contenu de la soumission de Multiconsult. Les éléments tenus pour confidentiels contiendraient une interprétation d'auteur donnée à la description de l'objet du marché, complétée par des « valeurs ajoutées », absolument spécifiques à leur auteur et constituant sa propriété intellectuelle. Il serait ainsi impossible de séparer les éléments de la description de l'objet du marché et ceux de l'interprétation d'auteur et des « valeurs ajoutées ». Cela ressortirait directement des conditions posées par le cahier des charges qui exigent de Multiconsult un exposé de la description de son offre qui soit cohérent, clair, complet et adapté aux spécifications du pouvoir adjudicateur, ainsi qu'une préparation correspondante de la soumission. Il en résulterait que le secret des affaires de Multiconsult devrait porter sur l'ensemble des données contenues dans la « conception du développement des projets » [Or. 74] et la « description des modalités d'exécution du marché », ainsi que l'a utilement demandé Multiconsult. Ainsi, la valeur commerciale serait celle de l'ensemble de la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution du marché », en tant que corps de données et d'informations, et non la valeur de leurs différentes composantes. Tous les éléments concourant à la composition des documents précités représenteraient une valeur et devraient être abordés de ce point de vue.

La seule circonstance que tous les soumissionnaires, y compris la requérante elle-même, ont qualifié de secrets d'affaires les informations précitées démontrerait que les documents en cause présentent une valeur commerciale pour les autres soumissionnaires ayant participé à la procédure.

La requérante solliciterait la déclassification de documents, confirmant ainsi qu'ils ne présentent pas uniquement pour Multiconsult une valeur commerciale. L'offre de Multiconsult figurerait en troisième position dans le classement des soumissionnaires et ne menacerait donc en aucune façon l'offre de la requérante. En d'autres termes, il serait possible de présumer que la demande de déclassification des documents de l'offre n'est pas motivée par le contrôle de la notation attribuée à Multiconsult par le pouvoir adjudicateur au titre des critères d'évaluation des offres et que les documents tenus pour confidentiels peuvent également présenter une valeur commerciale pour la requérante.

E. Arup, partie intervenante

Arup n'a pas présenté d'observations dans le cadre de la présente instance.

Il convient d'ajouter que toutes les parties intervenantes ont demandé en cours d'instance au pouvoir adjudicateur de ne pas divulguer les documents tenus pour confidentiels (par lettre du 3 juin 2020, jointe en annexe à la présente ordonnance).

IV. Motifs du renvoi préjudiciel de la Chambre

A. Observations générales

[Primauté du droit de l'Union] [OMISSIS]

La Chambre est parvenue à la conclusion qu'une interprétation des dispositions du droit de l'Union lui est nécessaire pour se prononcer sur le bien-fondé des moyens du recours. Elle estime à cet égard que seule une prise de position de la Cour sur le sens et les conditions d'application des dispositions visées dans les questions est de nature à [Or. 75] garantir dans toute la mesure du possible la stabilité et l'uniformité de la pratique dans le cadre du présent litige, ainsi que sa conformité avec les dispositions du droit de l'Union.

[article 267 TFUE] [OMISSIS] [Recevabilité des questions de la Chambre] [OMISSIS]

Au vu des doutes nourris sur l'interprétation des dispositions précitées des directives, la Chambre a estimé opportun de saisir la Cour à titre préjudiciel, conformément aux dispositions précitées de l'article 267 TFUE.

La Chambre estime qu'une réponse aux questions posées lui est nécessaire pour statuer sur le présent litige. Elle peut ordonner dans son arrêt au pouvoir adjudicateur d'exécuter ou d'annuler différentes mesures, entraînant des conséquences différentes pour lui et les soumissionnaires à la procédure d'appel d'offres, y compris l'annulation de celle-ci en cas de constat d'un vice rédhibitoire rendant impossible la conclusion d'un contrat de marché public qui ne soit pas entaché d'une cause d'annulation, par exemple en faisant obstacle à l'évaluation objective des soumissions selon les critères d'appréciation établis. La Chambre a donc estimé nécessaire d'examiner exhaustivement les questions soulevées afin de sauvegarder une concurrence loyale et l'égalité de traitement des soumissionnaires.

De l'avis de la Chambre, il importe ainsi de poser des questions préjudicielles recouvrant de nombreux sujets liés au litige pendant devant elle. En raison de la complexité de la problématique, et afin d'assurer la clarté et la précision aussi bien des questions que des réponses, les questions préjudicielles ont été subdivisées en différentes parties.

Le renvoi préjudiciel comporte deux groupes de thèmes. Le premier se rapporte aux informations que les soumissionnaires tiennent pour confidentielles au titre du secret des affaires, tandis que le second concerne la fixation par le pouvoir

adjudicateur de critères non tarifaires d'évaluation des soumissions ainsi que des modalités de cette évaluation. Si les modalités d'évaluation des offres sur la base de ces critères n'ont peut-être pas soulevé de doutes au moment où les soumissionnaires ont pris connaissance de leur description dans le cahier des charges, des irrégularités ont pu néanmoins apparaître lorsque le pouvoir adjudicateur s'est employé à évaluer concrètement les offres sur le fondement de ces critères. [Or. 76]

La nature des questions soulevées dans le présent renvoi préjudiciel présente également une importance considérable pour les prestations de services transfrontalières.

La Cour n'a pas encore statué jusqu'ici sur les questions de droit posées, en ce sens qu'elle ne s'est pas encore prononcée sur l'interprétation correcte des dispositions précitées dans le domaine en cause.

B. Sur les questions préjudicielles

Une concurrence loyale entre soumissionnaires à un marché public, y compris un traitement équitable des uns et des autres, un traitement à tout le moins égal et non discriminatoire des soumissionnaires par le pouvoir adjudicateur, ainsi que son action transparente et proportionnée, constituent le fondement de la réglementation des marchés publics de l'Union.

Il résulte clairement des procédures des marchés publics définies dans la directive 2014/24 et dans la loi sur le droit des marchés publics que ceux-ci doivent être attribués au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse dans une procédure donnée, après que le pouvoir adjudicateur ait vérifié, en premier lieu, l'aptitude personnelle des soumissionnaires sur la base de critères concernant, entre autres, leur statut juridique, économique et financier, leurs connaissances et leurs capacités professionnelles et techniques, y compris leurs aptitudes minimales érigées par le pouvoir adjudicateur en conditions de participation à la procédure, en deuxième lieu, la conformité des soumissions aux spécifications énoncées en la matière dans le dossier d'appel d'offres (dans le cahier des charges) et, en troisième lieu, la valeur des offres appréciée sur le fondement de leurs critères d'évaluation.

Cette prémisse est pertinente, car, d'une part, elle démontre le souci de dépenser correctement les fonds publics et minimise le risque d'inexécution ou de mauvaise exécution du marché, et d'autre part, elle favorise les soumissionnaires expérimentés et fiables et c'est aussi la meilleure façon d'exécuter le marché, laquelle favorise le maintien d'une concurrence loyale.

Il ne fait pas non plus de doute que, pour ces raisons, les marchés publics ne devraient être attribués qu'aux opérateurs qui, selon le pouvoir adjudicateur, et tout aussi important, selon leurs concurrents, sont jugés aptes à exécuter un marché financé sur fonds publics, et à l'égard desquels ces opérateurs concurrents

peuvent convenir que les attributaires ont présenté la meilleure offre. Même s'ils n'en conviennent pas, ils sont à tout le moins en mesure de vérifier quelle offre leurs concurrents ont soumise et si le pouvoir adjudicateur l'a retenue conformément aux prémisses retenues. S'ils estiment que tel n'est pas le cas, ils disposent de la possibilité d'attaquer la décision en cause du pouvoir adjudicateur. Il est donc incontestable que l'un des objectifs d'une procédure de marché public transparente consiste à veiller à ce que les soumissionnaires qui n'ont pas remporté le marché, aient le sentiment, malgré leur échec, d'avoir été traités dans un esprit d'équité et de justice [Or. 77]. Le sentiment des soumissionnaires d'être considérés dans le respect des conditions de concurrence loyale n'est pas moins important pour la réglementation des marchés publics que le simple fait que les pouvoirs adjudicateurs agissent effectivement dans le respect des conditions d'une concurrence loyale. Cet aspect a été relevé par la Cour dans l'arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a. (C-599/10, EU:C:2012:191, point 41), considérant qu'il incombe au pouvoir adjudicateur de traiter les différents candidats de manière égale et loyale, de telle sorte que la demande de clarification ne puisse pas apparaître à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats. La Chambre en déduit à plus forte raison qu'une telle impression ne devrait pas résulter de la procédure même du marché résultant de la formulation et de l'interprétation des dispositions applicables.

L'obtention d'un tel résultat est directement liée à la transparence de l'attribution des marchés, qui est elle-même tributaire de leur ouverture aux participants aux procédures. Certes, il est précisé que l'ouverture d'une procédure peut être limitée (il peut être dérogé au principe d'ouverture posé à l'article 8, paragraphe 1, de la loi sur le droit des marchés publics en vertu, notamment, de son article 8, paragraphe 3). Néanmoins, aucune restriction de cette nature n'a été apportée aux principes énoncés à l'article 7, paragraphe 1, de la loi sur le droit des marchés publics, à savoir la concurrence loyale, l'égalité de traitement et la transparence des procédures. De même, les dispositions de l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24 et de l'article 2, point 1, de la directive 2016/943 ne doivent pas entraîner la méconnaissance des principes édictés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24. Il est indubitable que l'admission abusive du traitement confidentiel de documents au titre du secret des affaires constitue une violation du principe de concurrence loyale dans l'esprit des soumissionnaires concurrents et peut être directement tenue dans les cas extrêmes pour un acte de concurrence déloyale procédant d'une violation des bonnes pratiques, au détriment des autres soumissionnaires ainsi que du pouvoir adjudicateur lui-même.

Il ressort de la longue expérience de la Chambre que les soumissionnaires ont habituellement pour pratique de surveiller le déroulement des procédures des marchés publics nationaux, de consulter les soumissions de leurs concurrents et de vérifier également ces offres et les informations fournies au pouvoir adjudicateur. Cette attitude ressort également à l'évidence du recours par les soumissionnaires aux voies de droit sous la forme de recours introduits devant la Chambre, et de l'invocation privilégiée dans ces recours des griefs tirés du défaut de rejet d'offres

invalides et de l'exclusion de soumissionnaires n'ayant pas démontré qu'ils remplissaient les conditions de participation à la procédure ou ayant fourni de fausses informations au pouvoir adjudicateur.

Les soumissionnaires examinent ainsi minutieusement les données produites dans les soumissions, vérifient les déclarations et les documents produits par leurs concurrents et disposent souvent à ces fins de connaissances professionnelles sensiblement plus étendues que les pouvoirs adjudicateurs sur l'objet des marchés et la situation du secteur concerné (en particulier, l'identité de l'opérateur ayant exécuté tel marché et pour tel client [Or. 78] et en obtenant tel résultat). Ils entendent également se prévaloir de l'accès aux informations publiques pour vérifier les informations fournies par leurs concurrents, ce qui conduit souvent à l'exclusion de soumissionnaires et au rejet de soumissions pour défaut de conformité aux conditions posées par le pouvoir adjudicateur et, par voie de conséquence, à la modification de l'issue de la procédure.

Toutefois, une pratique visant à contrecarrer cette tendance s'est progressivement manifestée, au cours de ces dernières années, sous la forme du traitement confidentiel total ou partiel de documents produits dans le cadre des procédures, au motif qu'ils comportent des secrets d'affaires. Mais, comme les pouvoirs adjudicateurs ont pour pratique de demander la production à la procédure des seuls documents concernant les motifs d'exclusion des soumissionnaires, le respect des conditions de participation à la procédure, la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges du marché, ainsi que les critères d'évaluation des offres, il est contesté que ces documents et les informations qu'ils contiennent constituent généralement des secrets d'affaires. Cette attitude est plutôt perçue comme une volonté de dissimuler aux concurrents le contenu des documents en cause, afin qu'ils ne perçoivent pas les motifs d'exclusion de soumissionnaires de la procédure ou du rejet de leur offre, que le pouvoir adjudicateur lui-même n'aurait pas relevés, ni ne remettent en cause le cas échéant, l'évaluation de l'offre selon les critères d'évaluation. Il est en effet notoire que, dans de nombreux marchés, le pouvoir adjudicateur est davantage un consommateur des biens et des services acquis qu'un professionnel du domaine considéré et que les connaissances de ses collaborateurs ne valent pas celles des soumissionnaires d'un secteur donné. Lorsqu'il procède à son évaluation, le pouvoir adjudicateur lui-même se fonde précisément sur le contenu des documents produits par un soumissionnaire donné, lesquels sont ensuite remis en cause par un autre soumissionnaire.

En droit polonais, les soumissionnaires ont en principe pleinement accès à la documentation de la procédure des marchés publics (article 96 de la loi sur le droit des marchés publics), ce qui est perçu positivement par les soumissionnaires et doit être généralement tenu pour un moyen permettant d'accroître la confiance dans le fonctionnement des autorités publiques. Par ailleurs, l'absence ou la limitation de cet accès sape la confiance des soumissionnaires dans les décisions des pouvoirs adjudicateurs et, par conséquent, dans l'ensemble du système des marchés publics. Il ne s'agit pas là du simple constat par les soumissionnaires que

le pouvoir adjudicateur aurait agi de manière partielle ou avec incompetence, mais surtout d'une méfiance suscitée par le défaut d'ouverture et de la possibilité de vérifier les actes du pouvoir adjudicateur et, principalement, des concurrents. Cela place également les soumissionnaires devant la difficulté, voir même l'impossibilité, de se prévaloir utilement des voies de recours.

Le législateur a lui aussi relevé le problème lié à l'usage abusif de la faculté de recourir au traitement confidentiel de documents et l'a jugé suffisamment grave pour s'y opposer en introduisant des dispositions visant à prévenir une telle pratique. En atteste la modification apportée à l'article 8, paragraphe 3, de la loi sur le droit des marchés publics introduite par la loi modificative **[Or. 79]** (ustawa o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych), du 29 août 2014 (Dz. U. de 2014, position 1232), qui impose aux soumissionnaires l'obligation de démontrer que les informations traitées comme confidentielles constituent des secrets d'affaires. [Résumé de la motivation du projet de loi dans la phrase suivante] **[OMISSIS]** Le législateur **[OMISSIS]** a visé une situation constatée par les participants aux marchés publics, à savoir le traitement confidentiel de données au titre du secret des affaires, alors qu'elles ne présentent pas cette nature, et la perception de cette pratique par les soumissionnaires concurrents comme un abus de droit visant à empêcher les concurrents de vérifier le respect des conditions posées par les pouvoirs adjudicateurs. Le législateur a porté sur cette pratique un jugement critique, la qualifiant d'« abus pathologique ».

[OMISSIS] [Référence à une résolution de 2005 du Sąd Najwyższy (Cour suprême de Pologne)] considérant que le traitement confidentiel d'informations à titre de secrets d'affaires, alors qu'elles ne présentent pas cette nature, n'emporte pas le rejet de l'offre pour défaut de conformité aux dispositions de la loi (ce qui était la pratique antérieure), mais seulement l'obligation de vérifier la confidentialité des données et leur divulgation par le pouvoir adjudicateur. Il en est alors résulté une situation où les soumissionnaires ont peu à peu **[Or. 80]** commencé à traiter comme confidentielles un nombre croissant d'informations, puisqu'un tel traitement n'emportait pour eux aucune conséquence négative en dehors d'une éventuelle divulgation. Il s'en est suivi que les soumissionnaires qui ne traitaient pas leurs documents comme confidentiels ont été désavantagés, car leurs offres ont pu être contestées par les concurrents (qui traitaient eux-mêmes souvent leurs offres comme confidentielles), entraînant ainsi le risque du rejet de leurs soumissions ou leur exclusion de la procédure. Les intéressés se sont donc mis eux aussi à émettre des réserves de confidentialité (dès lors que celles de leurs concurrents avaient été admises), de sorte que le problème a commencé à s'aggraver.

Il ressort également de la pratique de la Chambre que le traitement confidentiel d'informations a une portée instrumentale, en ce sens que les soumissionnaires traitent comme confidentielles ou divulguent les mêmes informations selon qu'elles leur sont ou non défavorables (en occultant, par exemple, les factures délivrées par les fournisseurs, lorsqu'ils justifient le niveau anormalement bas du prix de leur offre, mais en divulguant les mêmes factures pour montrer que ce sont

les concurrents qui pratiquent un prix anormalement bas). Il convient d'ajouter que, d'une part, les pouvoirs adjudicateurs craignent de divulguer des documents traités comme confidentiels, même s'ils ne les tiennent pas pour des secrets d'affaires, par peur de s'exposer à d'éventuelles difficultés et d'être tenus à indemnisation. D'autre part, de telles réserves de confidentialité leur conviennent, car les autres soumissionnaires n'ont alors aucun droit de regard sur les documents en cause, ce qui ne leur permet pas de contester utilement les offres ou les demandes de participation à la procédure, ou sur d'autres documents, ce qui limite donc l'ouverture des voies de recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur.

En outre, certaines dispositions adoptées ces dernières années aussi bien dans la directive 2014/24 que dans la directive 2016/943 sont de nature à engendrer auprès des pouvoirs adjudicateurs et des organes appelés à statuer une incertitude croissante sur la possibilité réelle ouverte aux soumissionnaires de traiter des informations comme confidentielles dans les procédures des marchés publics. Ces doutes portent principalement sur les termes utilisés dans ces directives.

En effet, l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24 dispose que le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les informations que les opérateurs économiques lui ont communiquées à titre confidentiel, y compris, entre autres, les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres. Or, l'article 2, point 1, de la directive 2016/943 qualifie de secrets d'affaires des informations dans la mesure où « dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments elles ne sont pas généralement connues » et « ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ».

Ces dispositions visent ainsi le seul fait du traitement confidentiel par l'entrepreneur de certaines données en tant que secrets d'affaires et non pas leur nature, comme cela était le cas des dispositions, devenues caduques, de l'article 11, paragraphe 4, de la loi relative à la lutte contre la concurrence déloyale : « les informations techniques, technologiques, organisationnelles de l'entreprise ou d'autres informations ayant une valeur commerciale ne sont pas livrées à la connaissance du public ». Le libellé actuel de cette disposition (article 11, paragraphe 2) mentionne les « informations techniques, technologiques, organisationnelles de l'entreprise ou **[Or. 81]** d'autres données ayant une valeur commerciale et qui, prises dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ne sont pas généralement connues des personnes qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ». Les dispositions des directives ne soulignent pas non plus l'obligation du soumissionnaire de prouver qu'une information donnée ou un document constitue un secret d'affaires, ni non plus l'obligation du pouvoir adjudicateur de vérifier si la réserve de confidentialité est justifiée.

La question de l'obligation incombant aux pouvoirs adjudicateurs d'examiner la validité de la réserve de confidentialité a été tranchée dans l'arrêt précité de la Cour suprême et cette question ne soulève donc aucun doute. Il en est également

ainsi pour cette autre raison qu'il est difficile de remettre en cause une telle position, car elle s'inscrit dans le cadre des principes de concurrence loyale, d'égalité de traitement, de transparence et d'ouverture des procédures, dont le respect doit être précisément contrôlé par le pouvoir adjudicateur en cours de procédure.

Toutefois, sur la question technique du traitement confidentiel des informations et des documents complets, la jurisprudence nationale souligne le principe de minimisation, en ce sens que le soumissionnaire ne doit réserver que le minimum nécessaire, c'est-à-dire une information, des données, un élément ou un extrait concret qu'il considère comme confidentiel, au lieu du document intégral, si cela ne se révèle pas nécessaire.

Comme il ressort de la pratique, les soumissionnaires tentent de tirer profit du libellé très général des dispositions des directives et de les interpréter, en particulier, l'article 2, point 1, de la directive 2016/943, comme leur permettant de traiter comme confidentiels toute information ou tout document qu'ils ne souhaitent pas divulguer aux autres soumissionnaires en cours de procédure. En effet, tous les documents préparés séparément aux fins d'une procédure d'appel d'offres, tels que, par exemple, la description, dans la soumission, des éléments de son objet, ou la liste des fournitures et services prestés, conformément aux exigences spécifiques d'un pouvoir adjudicateur, en particulier, la configuration et l'assemblage de leurs éléments produits dans une procédure donnée, ne sont pas généralement connus et les autres soumissionnaires ne savent pas ce que leur concurrent a mentionné dans un document, tant qu'ils n'en ont pas pris connaissance.

On peut relever à titre d'illustration de ce qui précède que, si un pouvoir adjudicateur commande ne serait-ce que de simples produits, tels que des produits d'entretien sous forme de liquide de nettoyage de sols, de vitres, de vaisselle, de désinfectants et de savon, le soumissionnaire offrant des liquides de nettoyage pour sols de la société A au prix A1, du liquide de nettoyage pour vitres de la société B au prix B1, du liquide de nettoyage de vaisselle de la société C au prix C1, du liquide désinfectant de l'entreprise D au prix D1 et du savon de l'entreprise E au prix E1, pourrait, si son offre se révélait la plus avantageuse en termes de prix ou au regard du critère prix/qualité, protéger son offre par le secret des affaires. Il pourrait affirmer à cet égard que cet ensemble exact n'est pas généralement connu (il ne l'a mis en définitive à la disposition d'aucune personne auparavant, puisqu'il l'a constitué pour les besoins de cette soumission), constitue **[Or. 82]** son savoir-faire (sous la forme d'un mode de sélection des produits chimiques pour préparer une offre avantageuse) et présente une valeur commerciale, parce qu'il est couvert par le secret des affaires (si un concurrent le découvrirait, il pourrait offrir une configuration identique à l'avenir, voire même la contester, par exemple, au regard de sa conformité aux conditions posées, ou de son prix anormalement bas). Le soumissionnaire pourrait ainsi traiter comme confidentiels non seulement la désignation des produits, mais aussi leur prix (le niveau des prix est, après tout, l'un des moyens les plus importants de se

constituer un avantage concurrentiel). Un soumissionnaire pourrait alors exciper de la confidentialité de chaque élément important de son offre. En outre, une telle exception pourrait être opposée par tous les soumissionnaires participant à la procédure, car lors du dépôt des offres, on ignore l'offre qui sera jugée la plus avantageuse, et même si elle ne remporte pas un appel d'offres donné, il se peut toujours qu'une telle configuration de produits et de prix puisse être utilisée pour constituer à l'avenir un avantage concurrentiel.

On ne peut même pas reprocher aux opérateurs traitant des informations comme confidentielles que la valeur commerciale de ces informations n'est pas précisément due au fait qu'elles sont couvertes par le secret des affaires. En effet, si elles ne l'étaient pas, les concurrents pourraient déceler dans les offres des lacunes de nature à entraîner l'exclusion du soumissionnaire, le rejet des offres ou un score inférieur au titre des critères d'évaluation, de sorte que l'offre perdrait sa valeur commerciale en tant qu'offre la plus avantageuse.

Cette valeur peut également se refléter dans la notation de la soumission. Par exemple, avec une pondération de 60 % retenue en l'espèce au titre des critères d'évaluation des études, leur « valeur » s'élève en l'espèce à 600 000 PLN par tranche de prix d'un million de PLN et, dans le cas de l'offre sélectionnée comme la moins chère, elle s'élève à 3,4 millions PLN à la suite de l'obtention d'un score impossible à vérifier en raison du traitement confidentiel réservé au contenu des études.

Toutefois, tel ne semble pas être l'objet de la faculté de protéger leurs données ouverte aux soumissionnaires par l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24 et par la directive 2016/943. Cela ne correspond pas non plus à la notion commune d'activité exercée dans des conditions de concurrence loyale.

La procédure sous examen porte sur la remise en cause du traitement confidentiel de deux types de documents exposant, d'une part, la situation personnelle du soumissionnaire sélectionné se rapportant à son expérience, aux entités et aux effectifs qu'il propose aux fins de l'exécution du marché et, d'autre part, les modalités d'exécution du marché.

Le pouvoir adjudicateur a indiqué au point 7.2.1 du cahier des charges le niveau minimum d'expérience que doit démontrer un soumissionnaire à la procédure de passation du marché et, au point 7.2.2, l'équipe qu'il devrait affecter à l'exécution des prestations faisant l'objet du marché, en précisant l'expérience, la formation et les qualifications minimales requises des membres de cette équipe. Le pouvoir adjudicateur a également rappelé qu'un soumissionnaire recourant aux ressources d'autres entités doit prouver que, lors de l'exécution du marché, il disposera de leurs ressources requises, notamment en [Or. 83] présentant leur engagement de mettre à sa disposition les effectifs nécessaires à l'exécution du marché. Conformément à l'article 36b, paragraphe 1, de la loi sur le droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur a également exigé des informations sur les sous-traitants.

Les soumissionnaires ont été tenus de produire à titre de preuves les documents type de procédure de passation des marchés publics :

1. le document unique de marché européen ;
2. la liste des prestations fournies, précisant la valeur, l'objet, la date d'exécution et les entités bénéficiaires, établie selon le modèle figurant dans le cahier des charges (en son point 10.4.1) ;
3. les éléments de preuve démontrant que les prestations énumérées dans la liste susmentionnée ont été correctement exécutées – les références ou autres documents délivrés par l'entité bénéficiaire des services prestés ou une déclaration du soumissionnaire (point 10.4.2 du cahier des charges) ;
4. la liste, établie selon le modèle figurant au point 10.4.3 du cahier des charges, des effectifs assignés par le soumissionnaire à l'exécution du marché public, comportant les données relatives à leur formation, leurs qualifications professionnelles et leur expérience nécessaires à l'exécution du marché public, ainsi que le domaine des activités exercées par les intéressés et la base légale de leur mise à disposition ;
5. le document unique de marché européen et les documents concernant les entités apportant leurs ressources au soumissionnaire, telles que mentionnées aux points 10.3.2 à 10.3.6 du cahier des charges.

Certaines informations concernant les sous-traitants et les entités mettant leurs ressources à disposition ont été également reprises dans le formulaire d'appel d'offres (points 5 et 13).

Au point 5 du formulaire d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 36b, paragraphe 1, de la loi sur le droit des marchés publics, a demandé aux soumissionnaires de préciser s'ils allaient exécuter le marché avec la collaboration de sous-traitants et d'indiquer le nom (la raison sociale) du sous-traitant et la partie du marché dont l'exécution lui serait confiée. CDM a déclaré qu'elle exécuterait le marché avec la participation de sous-traitants et rempli le tableau figurant au point 5, en indiquant le nom du sous-traitant et la partie du marché à exécuter par celui-ci.

Il convenait d'indiquer au point 13 du formulaire d'appel d'offres les documents susceptibles d'être obtenus à partir de bases de données gratuites et librement accessibles (le nom du document et l'adresse du site Internet). CDM s'est référée aux sites Internet du registre central des informations sur les activités économiques (Centralna Ewidencja I Informacja O Działalności Gospodarczej) et du registre du commerce (Krajowy Rejestr Sądowy). Elle a expliqué le traitement confidentiel de ces informations par la volonté de ne pas divulguer les données relatives aux entités visées par ces registres.

Les documents et renseignements susmentionnés requis par le pouvoir adjudicateur sont donc des documents et des informations standard exigés dans les marchés publics et définis par les articles 59 et 60 et l'annexe XII à la directive 2014/24, ainsi que par la loi sur le droit des marchés publics [Or. 84] et le règlement relatif au type de documents exigibles, par le pouvoir adjudicateur, des soumissionnaires aux procédures de passation des marchés publics.

Comme il résulte de la partie II de l'annexe XII précitée, les données telles que, notamment, la liste des fournitures ou des services indiquant les montants, les dates d'exécution et les destinataires, publics ou privés, la mention des effectifs techniques recrutés, une description des mesures employées par le soumissionnaire pour s'assurer de la qualité des prestations, ainsi qu'une description des procédés d'étude et de recherche de l'entreprise, ont été qualifiées par le législateur européen d'informations officielles type fournies aux pouvoirs adjudicateurs. Des dispositions analogues applicables à ce type de documents existaient également sous l'empire de la réglementation précédente. En application de ces dispositions, le législateur national a également précisé les documents exigés par les pouvoirs adjudicateurs nationaux.

Comme le législateur de l'Union a indiqué les informations spécifiques à fournir au pouvoir adjudicateur, il est permis d'en conclure que, par définition, il ne les a pas regardées comme des données constituant des secrets d'affaires. En outre, la plupart de ces informations sont de nature très générale et leur portée est par ailleurs encadrée par les exigences du pouvoir adjudicateur, qui servent à confirmer si une prestation a été fournie au cours des 6 dernières années, si sa valeur s'est élevée au moins à 500 000,00 PLN brut, si elle a porté sur la réalisation de tâches dans un domaine de la gestion de l'eau lié aux questions découlant de la directive-cadre sur l'eau, de la directive sur les inondations, en rapport avec la sécheresse, la rétention, la renaturalisation, la navigation intérieure, ou s'il s'est agi de la réalisation d'une procédure d'évaluation stratégique des effets sur l'environnement et qui en était le bénéficiaire. Le pouvoir adjudicateur n'a pas exigé de précisions sur le marché, notamment, sur les données financières et autres données sensibles. De même, s'agissant des effectifs, le pouvoir adjudicateur a exigé par exemple que la personne proposée comme chef de projet adjoint, d'une part, soit un spécialiste en ingénierie environnementale ou en gestion de l'eau, titulaire d'un master supérieur en ingénierie environnementale ou en protection de l'environnement, en géographie ou en gestion de l'eau ou en hydrologie et possède une expérience professionnelle d'au moins 60 mois acquise au titre de la réalisation de travaux dans le domaine de la gestion de l'eau ou de l'hydrologie, y compris en rapport avec la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau, une expérience dans la gestion de projets impliquant l'exécution d'au moins 3 travaux ou projets d'une valeur minimale de 150 000 PLN brut chacun dans les domaines de la protection de l'eau ou de l'hydrologie ou de la gestion de l'eau et, d'autre part, dispose d'une connaissance de la méthodologie de la gestion de projets. Les informations que le soumissionnaire doit produire à titre de preuve des éléments précédents sont les suivantes :

- une déclaration confirmant la possession d'un diplôme d'études supérieures (avec mention de l'orientation et de la spécialisation/spécialité) ;
- une déclaration confirmant l'expérience professionnelle (mentionnant le client/employeur, l'identification/intitulé et de la durée des travaux et le domaine de responsabilités) ; **[Or. 85]**
- une déclaration confirmant l'expérience de la gestion de projets (mentionnant l'identification/intitulé et la durée d'exécution des projets, leur valeur et le domaine de responsabilités confiées dans le cadre du projet) ;
- une déclaration relative à la possession de diplômes attestant des connaissances et des compétences dans le domaine de la gestion de projets, sanctionnées par un examen (dates d'obtention, durée de validité et intitulé des diplômes) ;
- des informations sur la base légale de la mise à disposition du collaborateur concerné (qualité de salarié du soumissionnaire, de mandataire, ou de collaborateur mis à disposition par l'entité fournissant ses ressources, etc.).

Il ne s'agit donc pas d'informations sensibles pour les soumissionnaires ou révélant des détails confidentiels sur les marchés. La pratique permet même de spécifier la valeur du marché en indiquant non pas un montant précis, mais des données génériques telles que : « excédant 500 000 PLN » (ou, dans le même ordre d'idées, « la capacité financière du soumissionnaire est supérieure à... », « le montant des fonds détenus sur le compte bancaire dépasse... », avec l'indication du montant spécifié dans la clause par le pouvoir adjudicateur).

Pour attirer de futurs clients et gagner en prestige, de nombreuses entreprises vont même jusqu'à promouvoir et à poster sur leurs sites Internet ce type d'informations, c'est-à-dire des informations sur les projets menés à bien avec des références des bénéficiaires, ainsi que sur les qualifications spécifiques du personnel ou des chercheurs. Il ne s'agit donc pas de secrets d'affaires par nature. C'est pourquoi les concurrents perçoivent leur traitement confidentiel dans les procédures de marchés publics comme une volonté de limiter leur capacité à vérifier si les réalisations ou les qualifications du personnel indiquées répondent effectivement aux exigences définies par le pouvoir adjudicateur.

En outre, l'expérience acquise et les projets déjà réalisés constituent des données révolues, de sorte qu'un concurrent n'est pas en mesure de soustraire ces acquis au soumissionnaire ; il peut tout au plus les contester en alléguant leur caractère mensonger ou leur absence de conformité aux conditions posées.

En soutenant que le motif du traitement confidentiel d'informations données réside dans la possibilité de recruter ou de « capter » soit les personnes proposées pour constituer l'équipe chargée d'exécuter le marché, soit les entités fournissant leurs ressources/sous-traitants, les soumissionnaires suscitent des doutes sur leur véritable relation avec le collaborateur ou l'entité qu'ils indiquent, sur leur possibilité effective de disposer des services de ces personnes ou de ces entités,

ainsi que de leurs ressources. En effet, étant donné que, comme le soulignent les soumissionnaires, la simple divulgation des noms des collaborateurs ou la raison sociale des entités peut mettre un terme à cette relation éphémère (dans la mesure où ils seront « captés »), ils ne sauraient convaincre en soutenant qu'il s'agit là de ressources dont ils peuvent se prévaloir. Dans ces conditions, leur déclaration selon laquelle ils remplissent les conditions de participation à la procédure définies par le pouvoir adjudicateur suscite des interrogations. Il en va d'autant plus ainsi [Or. 86] lorsqu'il s'agit de personnes mentionnées au titre de l'évaluation d'un critère et dont la participation à la procédure donne lieu à l'attribution de points supplémentaires à la soumission. La présente ordonnance et les questions posées soulèvent cette problématique, car il s'agit d'un argument développé en jurisprudence dans le contexte du traitement confidentiel non autorisé d'informations. La Chambre considère ainsi qu'un soumissionnaire devrait décider si, en utilisant un tel argument aux fins d'assurer la confidentialité de ses secrets d'affaires, il peut effectivement invoquer la disponibilité réelle des ressources indiquées, qui, en l'espèce, se rapportent non seulement au respect des exigences minimales posées par le pouvoir adjudicateur, mais aussi aux critères d'évaluation des offres. Inversement, s'il a effectivement obtenu un engagement de collaboration de la part de ces personnes et entités, ce qui lui permet d'en faire état au titre de ses capacités, il ne saurait alors utilement tirer argument du recrutement de ces personnes par ses concurrents. De même, si ces entités ou ces personnes ne sont recrutées qu'aux fins d'une collaboration occasionnelle avec le soumissionnaire sur un projet qui fait l'objet de la soumission à la présente procédure, l'intéressé ne saurait en réalité valablement se prétendre privé des capacités lui conférant un avantage concurrentiel. Il est donc important de répondre à la question concernant ce point pour déterminer si le soumissionnaire a démontré avoir des raisons de qualifier ces informations de secrets d'affaires.

Il convient de noter à cet égard que la Chambre n'a jamais identifié comme un réel problème au cours de sa longue pratique l'existence dans le secteur des marchés publics de « captations » d'effectifs ou de tiers/sous-traitants, ni d'autres pratiques excédant les limites des mouvements naturels de personnel entre employeurs/destinataires de services (recherche d'un meilleur emploi par les salariés et d'employés qualifiés, par les entreprises, respectivement) ou du choix normal de partenaires dans le cadre de la liberté contractuelle entre entreprises (y compris les rapports de sous-traitance). Des actions de cette nature, exercées à la faveur des données des offres et visant à empêcher un soumissionnaire de contracter avec un pouvoir adjudicateur donné, seraient sans aucun doute jugées contraires à une concurrence loyale et combattues par les tribunaux, en particulier, par l'exclusion des procédures des opérateurs économiques recourant à de telles pratiques déloyales.

Il est naturel qu'à plus long terme, perspective des soumissionnaires, les salariés recherchent de nouveaux emplois au même titre que les employeurs emploient de nouveaux collaborateurs, en particulier, s'il s'agit de personnes recrutées pour des projets spécifiques. Il n'est donc ni possible, ni indiqué, ni légal de priver de cette faculté les deux parties prenantes. Les salariés spécialisés, quant à eux, qui sont

très recherchés dans un secteur particulier, surtout s'ils possèdent une spécialisation de pointe, sont le plus souvent connus dans le secteur en cause en raison de leur nom comme de leurs qualifications et l'entité souhaitant les recruter [Or. 87] est à même de les contacter, et il existe également des sociétés spécialisées dans les ressources humaines.

De plus, mention a été faite, dans le cas de CDM, de l'identité de personnes au sujet desquelles on peut constater, une fois comparés leurs noms et les postes/fonctions qu'ils ont assumés, que, d'une part, l'activité qu'elles exercent pour cette société ne relève pas du secret des affaires (car elle est divulguée dans des documents officiels), et d'autre part, leur lien avec une société donnée doit être si étroit, du fait de ces postes/fonctions, que l'argument de la « captation » semble exagéré. Il en va d'autant plus ainsi que, comme il est possible de se renseigner auprès d'autres sources sur leur collaboration avec l'entreprise, il est douteux que l'offre soumise au pouvoir adjudicateur soit vraiment le motif incitant les concurrents à recruter une personne donnée.

La Chambre ne doute pas que ce type d'informations figurant dans une offre puisse constituer des secrets d'affaires. Mais avant la présentation de cette offre, lorsque les soumissionnaires sélectionnent les éléments de leur offre de manière à bénéficier de la plus grande probabilité de soumettre l'offre la plus avantageuse (en termes de rapport prix/autres paramètres notés), ils recherchent des effectifs, des sous-traitants, des entités pourvoyeuses de ressources, etc. et s'emploient à présenter une meilleure offre que celle de leurs concurrents. Toutefois, après la soumission des offres et compte tenu de l'interdiction d'en modifier le contenu (en vertu de l'article 87, paragraphe 1, de la loi sur le droit des marchés publics), la connaissance de l'identité des collaborateurs ou des entités avec lesquelles un concurrent entend coopérer est inutile aux fins de la présentation de leur propre offre, puisqu'ils ont déjà constitué leurs propres ressources avant de soumettre leur offre et que celle-ci a été jugée conforme aux exigences du pouvoir adjudicateur ou rejetée dans le cas contraire. Par ailleurs, l'utilité de ces personnes dans d'autres procédures est discutable, car elle dépend de leur capacité à répondre aux exigences spécifiques qui seront définies et différentes sources pourront être à l'origine de la connaissance future de l'existence de ces personnes ou de leurs qualifications. En outre, si un soumissionnaire dispose déjà de sa propre équipe expérimentée de collaborateurs/sous-traitants/opérateurs tiers, il pourra aussi n'avoir aucun intérêt à recourir à d'autres ressources.

Enfin, les personnes en cause figurent en qualité d'auteurs d'études produites (sur les méthodologies, les mises à jour ou la planification) et n'occultent pas non plus leurs réalisations professionnelles, mais les dévoilent souvent au public, surtout si elles effectuent des travaux scientifiques. En outre, si une fonction donnée est intéressante et prestigieuse du point de vue professionnel ou lucratif, les intéressés souhaiteront l'exercer, quelle que soit l'entité pour laquelle elles devraient travailler. De même, les sous-traitants exerçant leur activité économique dans un but lucratif peuvent travailler à la demande de plusieurs entreprises mutuellement concurrentes. Rien n'interdit non plus à plusieurs soumissionnaires d'indiquer la

même personne, le même sous-traitant ou la même entité proposant son expérience. En définitive, un seul soumissionnaire remportera le marché en tout état de cause. Le facteur décisif réside donc plutôt dans l'identité du soumissionnaire qui remportera le marché en cause (en cas d'échec, l'intéressé n'aura pas besoin de s'attacher les services de la personne/du tiers/du sous-traitant en cause), ainsi que dans les conditions de collaboration qu'il proposera et qui encourageront la personne ou l'entité donnée à coopérer ou l'en dissuaderont [Or. 88]. Comme il ressort de son article 1^{er}, paragraphe 3, et de son considérant 13, la directive 2016/943 ne doit pas être interprétée de manière à restreindre la liberté d'établissement, la libre circulation des travailleurs ni la mobilité des travailleurs.

Le second type de documents tenus pour confidentiels par les parties intervenantes est constitué par les études requises par le pouvoir adjudicateur et destinées à évaluer les offres selon leurs critères d'évaluation, c'est-à-dire la « conception du développement des projets » et la « description des modalités d'exécution du marché ».

Ainsi qu'il ressort du point 15.4.2 du cahier des charges, la « conception du développement des projets » devait :

1. contenir une description, matériellement correcte et intégrant l'objet du marché, de la démarche méthodologique pour la mise en œuvre d'un ensemble d'activités visées au point 6.3 de l'étape I de la description de l'objet du marché et comportant des informations sur les thématiques suivantes :

- une méthode d'évaluation de l'efficacité et de la faisabilité des mesures de base et complémentaires proposées, sélectionnées pour atteindre les objectifs environnementaux des différentes masses d'eau ;
- une méthode d'analyse coût-efficacité des mesures de base et complémentaires proposées, sélectionnées pour atteindre les objectifs environnementaux des différentes masses d'eau ;
- une méthode de détermination de l'impact produit par la mise en œuvre des mesures sur les masses d'eau en aval/en amont objet de la mesure projetée (modalités de l'impact des mesures sur les masses d'eau en aval/en amont) ;
- une méthode de détermination des coûts de la mise en œuvre des différentes mesures et de leurs sources de financement, eu égard, notamment, aux fonds nationaux et européens ;
- des modalités de mise en œuvre des programmes d'action à l'épreuve du climat conformément, entre autres, au document d'orientation n° 24 de la Commission ;
- une méthode de détermination des effets socio-économiques de la mise en œuvre des différentes mesures ;

- des modalités de priorisation des mesures ;
- une description des synergies potentielles dans la sélection des mesures résultant de l'existence d'autres documents de planification établis par exemple au niveau du pays, de la voïvodie, du district et de la commune ;
- des modalités d'évaluation de l'efficacité de toutes les mesures prévues pour une masse d'eau donnée (point de savoir si l'ensemble des activités proposées pour une masse d'eau donnée permettra d'atteindre les objectifs environnementaux), eu égard également à la mise en œuvre des mesures prévues pour les masses d'eau voisines ;

2. comporter une approche méthodologique, matériellement correcte et intégrant au moins tous les éléments énoncés dans le cahier des charges, aux fins d'identifier les mesures afférentes au maintien de la continuité morphologique dans le cadre des objectifs environnementaux prévus pour les masses d'eau de surface, y compris [Or. 89] la méthode d'analyse/évaluation du fonctionnement des installations de migration des poissons existantes, telle que visée au point 6.3, sous e), de l'étape I de la description de l'objet du marché, y compris :

- une démarche méthodologique d'identification des structures faisant obstacle à la migration dans le cadre de la réalisation des objectifs environnementaux, ainsi que de leurs propriétaires ;
- une démarche méthodologique visant à déterminer si les structures identifiées sont équipées de dispositifs permettant la migration des poissons ;
- une démarche méthodologique destinée à évaluer le fonctionnement des installations de migration des poissons existantes dans le cadre de la réalisation des objectifs environnementaux ;
- une démarche méthodologique d'identification des actions entreprises dans ce domaine.

3. présenter une conception motivée de l'identification, visée au point 3.5 de l'étape I de la description de l'objet du marché, des écarts par rapport à la réalisation des objectifs environnementaux ;

4. adopter une illustration sur support cartographique des sites des masses d'eaux de surface et souterraines, de façon à permettre la localisation des utilisations ponctuelles des eaux, s'agissant, à tout le moins, des localités visées au point 28, sous r), de l'étape IV de la description de l'objet du marché.

Par ailleurs, la « description des modalités d'exécution du marché » devait inclure :

1. une description des risques potentiels pour la bonne exécution des différentes tâches afférentes à chaque étape du marché, assortie d'une indication

du délai possible de leur survenance et d'une proposition de méthodes de prévention et de lutte sous la forme d'un registre des risques comportant une estimation de leur probabilité potentielle et du niveau de leur gravité ;

2. une présentation de la structure de l'équipe : structure proposée de son organisation, fonctions et domaines de responsabilités impartis à ses différents membres ; répartition de leurs rôles et de leurs responsabilités eu égard à l'objet du marché ; fonctions au regard de leurs compétences matérielles déclarées ; méthode proposée pour une communication des informations entre les membres de l'équipe assurant l'exécution des commandes en temps opportun ;

3. des propositions de valeurs ajoutées non incluses dans la description détaillée de l'objet du marché, qui influent sur la qualité et l'exécution de l'objet du marché.

Il résulte de la position adoptée par le pouvoir adjudicateur au cours de l'audience les éléments suivants :

- il est de règle dans les procédures que ce type d'études soit tenu confidentiel ;
- le pouvoir adjudicateur a limité le nombre de pages des études, afin d'éviter que les soumissionnaires produisent, comme dans le passé, des documents inutiles, tels que des actes juridiques ou des études obtenues sur Internet ;
- chacune de ces études est effectuée pour les besoins d'une procédure donnée et propose des solutions uniques, une étude donnée mettant en œuvre une sélection d'informations aux fins d'un marché donné ;
- ces solutions ne sont pas innovantes, mais existent déjà et le pouvoir adjudicateur n'escompte pas d'innovations, mais la conformité aux clauses du cahier des charges et l'étude n'était pas censée contenir de solutions innovantes [Or. 90], mais simplement tendre à obtenir les meilleurs résultats possibles, les solutions devant être correctes ;
- c'est l'élaboration de l'étude qui est unique, non les idées qu'elle contient, c'est le document de l'étude lui-même qui doit présenter une approche innovante ;
- les soumissionnaires utilisent des modèles de motivation du traitement confidentiel de leurs données ;
- les documents requis par le pouvoir adjudicateur sont interdépendants et ne peuvent pas être dissociés ;
- il peut arriver qu'un concurrent puisse déduire de l'étude l'identité de celui qui participera à la mise en œuvre et qu'une personne donnée puisse être captée ;
- chaque solution appelle le recrutement d'une personne et cette nouvelle recrue représente une valeur ajoutée qu'un soumissionnaire donné souhaite protéger,

l'étoffement d'une équipe constituant en soi une valeur pour le soumissionnaire ;

- il existe un risque qu'un salarié donné soit capté par des concurrents et que le soumissionnaire doive rechercher d'autres collaborateurs ;
- une étude peut amener le soumissionnaire à proposer un délai de réalisation plus court ou un prix inférieur ;
- -chaque étude comporte des solutions uniques, absentes des autres ;
- -une étude ne constitue pas une action ponctuelle, car un marché donné est corrélé à d'autres et des spécialistes ou des entreprises peuvent se manifester pour différents marchés.

Le pouvoir adjudicateur a également produit des imprimés de la « conception du développement des projets » et de la « description des modalités d'exécution des tâches » préparées par la requérante et les parties intervenantes et identifiant les passages censés constituer des secrets d'affaires.

De même, CDM a souligné au cours de l'audience que :

- le mode d'organisation du soumissionnaire est un facteur majeur de compétitivité ;
- les études en cause sont des créations intellectuelles, qui ne sont pas élaborées pour les seuls besoins de la procédure en cause, laquelle n'en constitue pas une utilisation exhaustive ;
- il a été fait application dans les études en cause d'un grand nombre d'études nouvelles par rapport aux précédentes et ces études représentent une nouvelle étape vers d'autres études ;
- si les études étaient divulguées, tout opérateur bénéficierait gratuitement d'une valeur substantielle générée par les travaux réalisés par le soumissionnaire ;
- les études comportent une démarche unique et ne sont pas standard.

Pour sa part, Multiconsult soutient que :

- les études contiennent une interprétation d'auteur donnée de la description de l'objet du marché et les valeurs ajoutées sont des valeurs intellectuelles ;
- les connaissances et l'expérience sont le seul atout d'une société de conseil et constituent son savoir-faire et son potentiel économique, influant ainsi sur la santé économique de l'entreprise ; **[Or. 91]**
- la non-divulgence d'informations au public et leur confidentialité peuvent résulter des coutumes et pratiques d'un secteur déterminé.

En indiquant les motifs du traitement confidentiel appliqué aux documents en cause, les parties intervenantes et le pouvoir adjudicateur ont donc surtout relevé que ces documents constituent des études d'auteur et des œuvres présentant une valeur intellectuelle, bien qu'il ne s'agisse pas de solutions innovantes ou inconnues du secteur. La Chambre doute néanmoins que la seule étude d'une thématique quelconque effectuée par une entité donnée conformément aux conditions posées par le droit de l'Union, aux normes applicables, aux exigences définies par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges, aux plans de gestion des eaux précédents, aux méthodes de gestion des eaux connues des professionnels et aux instruments similaires, puisse être en soi érigée en secret d'affaires en ce qu'elle peut être tenue pour une œuvre protégée par le droit d'auteur. Tel pourrait être le cas, en effet, si cette étude avait été élaborée pour le propre usage de l'entreprise du soumissionnaire, mais elle a été soumise au pouvoir adjudicateur dans le but de remporter un marché public dans le cadre d'une procédure donnée. À défaut de cet objectif, il est difficile d'attribuer une quelconque valeur à de telles études, car aucune autre entité ne gère les eaux faisant l'objet de l'étude. De même, les mises à jour ultérieures des plans de gestion de ces eaux ou des eaux d'autres cours d'eau, susceptibles d'être commandées à l'avenir, ne seront pas effectuées selon les prémisses actuelles, mais en fonction du cadre factuel et juridique et des objectifs appropriés proposés pour un marché à venir.

La Chambre doute que la seule qualification de propriété intellectuelle susceptible d'être donnée à une partie d'une offre emporte le constat qu'elle peut être tenue pour un secret d'affaires. En effet, l'offre est élaborée en fonction des conditions requises par le cahier des charges pour servir de fondement, d'une part, à l'examen de la conformité de l'offre à ces mêmes conditions (description de l'objet du marché) et, d'autre part, à l'évaluation de l'offre selon les critères d'évaluation des offres. De même, le seul fait qu'une étude puisse être tenue pour une œuvre intellectuelle d'un soumissionnaire donné ne signifie pas qu'elle constitue un secret d'affaires, car les œuvres ont pour caractéristique d'être rendues publiques avec l'indication de l'auteur.

En outre, la confiance que les auteurs placent dans la haute valeur intellectuelle de leurs propres études ne doit pas nécessairement être objectivement justifiée. En effet, comme toutes les études sont couvertes par le secret des affaires, elles ne font pas l'objet d'une comparaison avec les études des concurrents. La juridiction saisie doit procéder elle-même, après avoir pris connaissance du contenu des différentes études, à sa propre appréciation aussi bien de leurs mérites et de leur éligibilité au statut de secrets d'affaires, que de l'évaluation opérée par le pouvoir adjudicateur (en l'espèce, la Chambre a écarté cet aspect, ainsi que les références au contenu des études, dans la mesure où elles sont couvertes par le secret des affaires). **[Or. 92]**

Le pouvoir adjudicateur n'a pas été non plus contesté lorsqu'il a affirmé que les études ne proposent pas de solutions innovantes dans le secteur et renferment donc des connaissances accessibles aux professionnels. On peut donc douter que la

simple aptitude à décrire habilement une thématique puisse être considérée comme un secret d'affaires.

En outre, même si l'on admet que les soumissionnaires concurrents utiliseront dans leurs études ultérieures les solutions notées par le pouvoir adjudicateur et amélioreront ainsi leurs propres études, une telle façon d'agir est, dans d'autres secteurs, une modalité communément acceptée de développement technologique et de concurrence loyale. En effet, les fabricants, après s'être familiarisés avec les produits de leurs concurrents, s'emploient à développer leurs propres produits (plus efficaces, plus esthétiques, moins chers, plus fonctionnels et dotés de meilleures caractéristiques et, avant de se porter acquéreurs, les clients compareront les qualités des produits proposés), qui tombent dans le domaine public. Il est donc difficile de comprendre pourquoi les produits proposés dans le cadre de marchés publics devraient précisément faire exception.

Il faut également noter que l'argumentation tirée par les parties intervenantes de l'« avantage concurrentiel » pourrait être développée dans n'importe quelle procédure d'appel d'offres. Comme indiqué dans l'exemple précité, même un soumissionnaire proposant une offre ayant un objet aussi banal que la vente de produits de nettoyage ou de denrées alimentaires pourrait soutenir que la divulgation des noms ou des prix des articles qu'il propose à la vente en pouvant pratiquer un prix avantageux, lui confère un avantage concurrentiel sur les autres soumissionnaires présentant des produits plus chers. Ceux-ci, après s'être familiarisés avec les noms de ses produits ou également avec leurs prix concrets, pourront offrir eux aussi ces produits à l'avenir, neutralisant ainsi l'« avantage concurrentiel » de l'intéressé. Toutefois, l'établissement d'une liste de produits répondant à la fois aux exigences du pouvoir adjudicateur et bien notés au titre des critères d'évaluation des offres ressortit à son savoir-faire, lequel constitue un secret d'affaires. Un tel raisonnement n'est pas logiquement erroné, car l'aptitude à préparer une telle offre, qui permet de remporter un appel d'offres, révèle effectivement la haute compétence commerciale de l'entrepreneur.

L'adoption d'une telle prémisse conduirait les soumissionnaires à traiter comme confidentiel chaque détail de leur offre. L'expérience de la Chambre montre également qu'il faut aborder très prudemment l'autorisation donnée aux entrepreneurs de s'écarter des règles. Au fil du temps et de l'accoutumance à une pratique donnée, cette autorisation commence en effet à être interprétée de plus en plus librement (non seulement par les soumissionnaires, mais aussi par les pouvoirs adjudicateurs et les organes appelés à statuer) et la limite initiale posée à cette autorisation commence à être repoussée, ce qui peut conduire à des situations très néfastes du point de vue de la réglementation de la procédure des marchés publics. Tel a été le cas, par exemple, de la possibilité de démontrer la satisfaction des conditions de participation à la procédure – depuis l'impossibilité de modifier les documents initialement soumis, en passant par une première autorisation, jusqu'à la tolérance intégrale et à ce qu'il est convenu d'appeler le « commerce de référence ». [Or. 93] Des modifications de la loi et des arrêts de la Cour de justice se sont même révélés nécessaires pour rétablir une pratique acceptable.

Une situation similaire se présente également en matière de traitement confidentiel de données au titre du secret des affaires, depuis l'absence d'une telle pratique de la part des soumissionnaires jusqu'au traitement confidentiel d'éléments qui, par définition, ne constituent pas des secrets d'affaires, comme, par exemple :

- la présentation d'un compteur électrique commandé par une entreprise d'électricité en vue d'un usage généralisé par les ménages (et, par conséquent, accessible au public) ;
- les déclarations de conformité UE ;
- les documents élaborés par le pouvoir adjudicateur et présentés à remplir par le soumissionnaire (au titre de son savoir-faire) ;
- la liste des composants des ensembles informatiques obtenue du producteur, selon le catalogue et les exigences en matière de paramètres fixés par le pouvoir adjudicateur et établie d'office par le producteur d'équipements informatiques dans le configurateur en ligne mis à la disposition des vendeurs ou par un employé du producteur, à la demande de tout soumissionnaire intéressé (considérée comme secret d'affaires propre à l'entreprise du soumissionnaire) ;
- les annonces publiques de location de logements sur Internet ;
- la jurisprudence et la doctrine citées dans les lettres ;
- les explications du motif du traitement confidentiel réservé à des documents par le soumissionnaire, au titre du secret des affaires ;
- la critique de la demande de clarification du niveau de prix par l'entrepreneur et du mode de clarification escompté par le pouvoir adjudicateur ;
- la critique des clauses du cahier des charges (dans un recours d'un soumissionnaire dont l'offre a été rejetée) ;
- des copies d'actes juridiques ou d'autres documents généralement accessibles.

D'ailleurs, ces problématiques ont été soulevées devant la Chambre parce qu'elles n'avaient pas été identifiées par les pouvoirs adjudicateurs.

La pratique de la Chambre montre également que les soumissionnaires traitent souvent comme confidentiels des documents entiers et que, lorsqu'ils sont invités à l'audience à indiquer les passages spécifiques renfermant un secret d'affaires et pour quels motifs, ils sont incapables de fournir une réponse ou n'indiquent que des données individuelles ou de courts extraits.

Selon le considérant 14 de la directive 2016/943, des informations peuvent être considérées comme des secrets d'affaires lorsqu'il existe à la fois un intérêt légitime à les garder confidentielles et une attente légitime de protection de cette

confidentialité. Ces savoir-faire ou informations devraient avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle. **[Or. 94]**

Les positions du pouvoir adjudicateur et des parties intervenantes comportent toutefois trop de prémisses spéculatives et contredisant les arguments invoqués pour ne pas susciter de doutes sur la réalité des motifs invoqués au soutien du traitement confidentiel des informations et sur la véritable valeur commerciale, au sens du considérant 14 précité, des documents traités comme confidentiels. Mais par ailleurs, les parties intervenantes manifestent une opposition cohérente et résolue à la divulgation des informations et le libellé des dispositions de la directive 2016/943 soulève des doutes sur ce qui est autorisé à cet égard. La Chambre attache donc beaucoup d'importance à ce que la Cour détermine si les soumissionnaires sont fondés à escompter que le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les documents en cause.

Le traitement confidentiel de certaines informations à titre de secrets d'affaires a également pour effet d'entraver – et souvent même d'empêcher – l'introduction des voies de recours par les autres soumissionnaires, comme le montrent les moyens et arguments invoqués au soutien du présent recours. La requérante y souligne à plusieurs reprises ne pas être en mesure d'étayer plus amplement son argumentation, en raison de son défaut d'accès aux données. Bien qu'elle ait contesté l'évaluation de l'offre de CDM, elle a elle-même affirmé ne pas être en mesure d'étayer correctement ses allégations, par manque, non pas de la diligence requise, mais d'accès aux informations qui lui auraient permis d'articuler une argumentation.

La possibilité d'exercer les voies de recours, conformément à la directive « recours », ainsi qu'à la loi sur le droit des marchés publics, est limitée du point de vue aussi bien temporel que matériel.

L'article 182 de la loi sur le droit des marchés publics contient des dispositions fixant les délais des recours introduits contre les actes du pouvoir adjudicateur. En particulier, le paragraphe 1, point 1, de cette disposition précise que le recours doit être introduit dans les 10 jours de la notification de l'acte contesté du pouvoir adjudicateur, lorsqu'il est notifié selon les modalités définies à l'article 180, paragraphe 5, deuxième phrase, ou dans un délai de 15 jours, lorsqu'il est notifié selon d'autres modalités, quand la valeur du marché est égale ou supérieure aux montants définis par les dispositions édictées sur le fondement de l'article 11, paragraphe 8, de la loi sur le droit des marchés publics. Pour sa part, l'article 182, paragraphe 3, dispose qu'un recours contre les actes autres que ceux visés au paragraphe 1 doit être introduit 1) soit dans les 10 jours, 2) soit dans les 5 jours à compter de la date à laquelle la connaissance des faits donnant lieu au recours a été acquise ou aurait pu l'être en observant une diligence raisonnable, selon que la valeur du marché est, respectivement, soit égale ou supérieure, soit inférieure aux montants définis dans les dispositions édictées sur le fondement de l'article 11, paragraphe 8. **[Or. 95]**

Cela signifie, comme en l'espèce, que les informations sur la sélection de l'offre la plus avantageuse étant communiquées par le pouvoir adjudicateur, un recours ne peut être introduit que dans un délai de 10 jours à compter de la date de la notification par le pouvoir adjudicateur de ces informations et du résultat de l'examen et de l'évaluation des offres. Après l'expiration de ce délai, le soumissionnaire est déchu de son droit de recours et le délai ne peut renaître (à défaut de dispositions en ce sens). Il résulte donc de la réglementation précitée qu'un soumissionnaire ne peut pas contester l'offre d'un concurrent qui n'a pas été rejetée (aussi, comme on peut l'imaginer, la requérante a-t-elle introduit un recours contre le traitement confidentiel de données contenues dans toutes les autres offres, même si elles figuraient en moins bonne position dans le classement des offres, car elle ne pourrait pas contester ultérieurement ce traitement confidentiel, même en cas de modification du classement des offres à la suite d'une nouvelle intervention du pouvoir adjudicateur. De même, la requérante a contesté l'évaluation de l'offre de CDM, sans toutefois en connaître le fondement).

Or, l'article 189, paragraphe 2, points 4 et 5, de la loi sur le droit des marchés publics dispose que la Chambre rejette le recours lorsqu'elle constate que le requérant se limite à invoquer les mêmes faits que ceux jugés par la Chambre dans un autre recours concernant la même procédure et introduit par le même requérant, ou lorsque le recours est dirigé contre un acte que le pouvoir adjudicateur a adopté en se conformant à une décision de la Chambre ou d'un tribunal ou à la demande présentée dans un recours, en cas d'accueil des moyens de celui-ci.

Au cas où un soumissionnaire soulèverait, comme en l'espèce, plusieurs griefs dans son recours et où la Chambre estimerait que seuls certains d'entre eux sont fondés, comme, par exemple, le défaut de divulgation de documents, à l'exclusion de ceux contestant l'évaluation des offres (cette situation se produit souvent en cas de contestation simultanée du défaut de divulgation d'explications sur le niveau de prix et de non-rejet d'une offre au prix anormalement bas), le pouvoir adjudicateur serait tenu de divulguer uniquement les documents et la sélection de l'offre demeurerait inchangée, de sorte que le soumissionnaire ne pourrait plus contester l'offre d'un soumissionnaire après en avoir examiné l'ensemble du contenu. Le délai de suspension serait également expiré et le pouvoir adjudicateur pourrait conclure le marché plus tôt. Ainsi, comme la requérante a déjà soulevé des griefs contre l'évaluation de l'offre de CDM, il est douteux qu'elle puisse les invoquer si la Chambre n'en accueille dans son arrêt qu'une partie, dirigée, par exemple, contre le traitement confidentiel non autorisé de documents.

Les développements précédents soulèvent la question de savoir si, lorsque la Chambre constate que les documents traités comme confidentiels ne constituent pas des secrets d'affaires, ce qui conduit à ordonner leur déclassification par le pouvoir adjudicateur, ce constat ouvre au soumissionnaire la possibilité d'introduire à nouveau un recours dirigé contre leur contenu, dont il n'avait pas connaissance auparavant [Or. 96], motif pour lequel il n'a pas pu exercer

utilement une voie de recours. Par conséquent, lorsque cette faculté n'est pas directement ouverte au soumissionnaire par l'effet de la loi (de sa teneur ou de son interprétation), on peut se demander si la Chambre ne devrait pas lui ménager cette possibilité dans sa décision, par exemple, non seulement en ordonnant la divulgation des documents, mais aussi en annulant la décision de sélection de l'offre la plus avantageuse, permettant ainsi le dépôt d'un recours contre la nouvelle sélection de l'offre. Il se pose, à titre subsidiaire, le point de savoir si une telle possibilité résulte directement des dispositions de la directive « recours » ou de leur juste interprétation.

Il se déduit de l'article 67, paragraphe 4, de la directive 2014/24 que les critères de sélection des offres établis par le pouvoir adjudicateur n'ont pas pour effet de lui conférer une liberté de choix illimitée, mais doivent garantir la possibilité d'une véritable concurrence et permettre de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires, pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. Cela signifie par conséquent que le pouvoir adjudicateur doit également garantir la possibilité de vérifier son appréciation.

Les critères non tarifaires définis par le pouvoir adjudicateur portant sur l'évaluation des tâches afférentes à la « conception du développement des projets » et à la « description des modalités d'exécution du marché » suscitent des doutes à cet égard pour plusieurs motifs.

En premier lieu, ils ne reposent pas sur des données objectives aisément comparables et mathématiquement ou physiquement quantifiables, comme les différents paramètres concernant la productivité, l'endurance, la fonctionnalité, etc. Ils sont fondés au contraire sur une appréciation individuelle définie par le pouvoir adjudicateur en utilisant des notions indéterminées, telles que la « description ambiguë », la « description claire et exhaustive », l'« absence de description de certains éléments », les « solutions proposées sont optimales et garantissent un niveau élevé de qualité et de fiabilité des résultats » ou encore « [l'absence de garantie d'un] niveau élevé de qualité et de fiabilité des résultats » et la « [présence de] valeurs ajoutées influant sur la qualité et la réalisation de l'objet du marché ».

En deuxième lieu, ces paramètres sont tributaires de la propre opinion des caractéristiques précitées que se forge le pouvoir adjudicateur. Il n'est même pas non plus possible, comme il l'a lui-même déclaré au cours de l'audience, de nommer un expert chargé d'évaluer le contenu des études préparées par les soumissionnaires, car elles ne comportent pas de paramètres vérifiables, de sorte qu'un expert n'est pas en mesure de les évaluer.

En troisième lieu, comme il ressort du point de vue adopté par la requérante sur les thématiques dont elle a estimé incorrecte la notation (à raison de 0 point, en général) et des explications que le pouvoir adjudicateur a livrées sur cette évaluation au cours de l'audience, il convient d'examiner également l'affaire en vérifiant si les soumissionnaires disposaient effectivement d'une possibilité réelle

de préparer convenablement leurs offres selon une méthode d'évaluation connue d'avance. La situation de la requérante montre en effet que, dans les cas où elle a, par exemple, proposé une certaine solution qu'elle tenait pour une bonification spécifique de l'étude qui devait être hautement appréciée, le pouvoir adjudicateur a considéré qu'elle n'était pas conforme à ses exigences [Or. 97] ou également jugé qu'une thématique donnée n'était pas expliquée de manière à lui permettre d'attribuer le nombre de points escompté par la requérante.

En quatrième lieu, il a été déjà relevé que les soumissionnaires se sont trouvés dans l'impossibilité de se familiariser avec les éléments évalués par le pouvoir adjudicateur et de les juger dans leur intégralité, y compris la possibilité d'apprécier s'ils avaient fait l'objet d'une appréciation selon des modalités comparables quant aux qualités et lacunes de leurs études.

Même si le pouvoir adjudicateur n'a pas utilisé une notation proportionnelle au titre d'un critère, comme dans le cas du prix, mais une notation individuelle indépendante de l'évaluation des autres offres, les offres ont néanmoins fait l'objet d'une comparaison. En effet, telle est la nature d'une appréciation en fonction de critères et la notation attribuée est déjà en soi une comparaison des offres selon leur classement en première, deuxième place, etc. Les soumissionnaires souhaitent donc naturellement découvrir comment s'est déroulée cette comparaison. Tel est, en particulier, le cas d'un soumissionnaire qui, comme la requérante, a appris au moment de l'ouverture des offres qu'il avait présenté l'offre au prix le plus bas et a escompté que son offre obtiendrait également une notation élevée au titre des critères non tarifaires et remporterait ainsi le marché en cause.

En cinquième lieu, l'impossibilité à laquelle la requérante a été confrontée, pour les motifs précités, indépendants de sa volonté, de formuler à l'appui de son recours des moyens concrets contre de nombreux éléments de l'évaluation, a eu pour effet de remettre en cause les règles établies par la directive « recours ». Comme le prévoit, l'article 192, paragraphe 7, de la loi sur le droit des marchés publics, la Chambre statue dans le cadre des moyens soulevés et ne saurait se substituer à la requérante à cet égard.

La requérante soutient qu'elle n'a pas su quels moyens concrets formuler à l'encontre de l'évaluation de sa propre soumission et encore moins à l'encontre de celle de CDM. Si le pouvoir adjudicateur s'est, certes, efforcé de préparer plusieurs pages de motivation au soutien de son évaluation, il est évident qu'il n'est pas en mesure de fournir une justification exhaustive de son évaluation si les études elles-mêmes sont couvertes par le secret des affaires.

Même la motivation complète de l'évaluation de sa soumission à laquelle la requérante a eu accès ne lui a pas apporté de clarification et le pouvoir adjudicateur a dû fournir à l'audience des explications supplémentaires sur le fondement de son évaluation. La motivation donnée à la requérante a été traitée comme confidentielle par le pouvoir adjudicateur en raison de sa référence à des informations que ce soumissionnaire avait tenues pour confidentielles à titre de

secrets d'affaires. Toutefois, en comparant la teneur de cette motivation avec les allégations émises dans le recours et à l'audience, il est possible de juger si l'appréciation a été clairement motivée par le pouvoir adjudicateur ou seulement incomprise par la requérante ou encore taxée d'ambiguïté aux seules fins du recours. De même, en ce qui concerne l'évaluation de l'offre de CDM (ainsi que de celle des autres soumissionnaires) les concurrents ont certes reçu une motivation détaillée et volumineuse, mais certaines de ses données essentielles ont été [Or. 98] remplacées par des mentions [SECRET D'AFFAIRES], de sorte qu'elle n'a pas pu être vérifiée. D'où le grief tiré du défaut de motivation.

La requérante a expliqué en détail dans l'argumentation de son recours les raisons pour lesquelles elle estime que son offre, de même que celle de CDM, n'a pas été convenablement évaluée, comme il a été dit dans les développements précédents des motifs de la présente ordonnance.

On peut donc douter que même l'effort particulier d'évaluation correcte, objective et fiable produit par le pouvoir adjudicateur, comme il l'a relevé au cours de l'audience, permette de considérer que l'évaluation opérée satisfait aux conditions énoncées à l'article 67, paragraphe 4, de la directive 2014/24.

En sixième lieu, un autre doute surgit à propos du fait que le marché comporte une obligation de résultat, et non de moyens, en vertu de laquelle l'entrepreneur doit réaliser une tâche sous la forme de projets de mise à jour des plans de gestion des eaux ainsi que de méthodologies. Toutefois, le pouvoir adjudicateur a exigé des études prenant la forme, non pas, par exemple, d'échantillons de projets de mises à jour ou de méthodologies, mais de descriptions des méthodes d'intervention prévues par les soumissionnaires. Il est donc difficile de savoir comment ces études se traduiront au stade final dans les mises à jour et les méthodologies et il y a lieu de craindre qu'en réalité le jugement porte sur la capacité à produire des études convenant au pouvoir adjudicateur (« conception du développement des projets » et « description des modalités d'exécution du marché »), plutôt que sur la qualité des études requises (mises à jour et méthodologies).

Le pouvoir adjudicateur a ainsi établi dans la procédure de passation de marché en cause, des critères d'évaluation des offres sous forme de prix (à raison de 40 %) et des critères non tarifaires sous forme de « conception du développement des projets » et de « description des modalités d'exécution du marché », à raison d'une pondération totale de 60 %. Ces critères sont fondés sur une évaluation libre du pouvoir adjudicateur, non sur des facteurs mathématiquement ou physiquement vérifiables, tels que des données chiffrées, des paramètres, des fonctionnalités, etc., ce qui rend en soi à tout le moins très difficile le contrôle de l'évaluation des offres par le pouvoir adjudicateur. En outre, tous les soumissionnaires ont traité les études en question comme confidentielles au titre du secret des affaires, ce qu'aurait escompté ou pu escompter le pouvoir adjudicateur en définissant les critères, au vu du traitement confidentiel appliqué dans le passé à des documents similaires. Il se révèle ainsi impossible de vérifier non seulement l'évaluation des offres par le pouvoir adjudicateur, mais aussi les offres elles-mêmes. Par

conséquent, le pouvoir adjudicateur a sélectionné parmi les soumissions présentées celle proposant le prix le plus élevé, seul critère accessible et vérifiable, tandis que les autres critères déterminant le classement des offres sont difficilement vérifiables.

En outre, il n'existe pas de jurisprudence uniforme et bien établie sur la possibilité de traiter comme confidentielles ce type d'informations au titre du secret des affaires et le libellé des dispositions relativement [Or. 99] récentes de la directive 2014/24 et de la directive 2016/943 suscite d'autant plus de doutes à cet égard.

La Chambre considère que les doutes émis ci-dessus à propos de l'interprétation des dispositions du droit de l'Union justifient le sursis à statuer sur le recours et le renvoi à la Cour des questions préjudicielles énoncées à titre liminaire, afin d'obtenir une solution d'ensemble aux problèmes exposés.

DOCUMENT DE TRAVAIL