

Affaire C-443/22

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

5 juillet 2022

Juridiction de renvoi :

Varhoven administrativen sad (Bulgarie)

Date de la décision de renvoi :

mardi 21 juin 2022

Requérant au pourvoi :

Zamestnik-ministar na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po Programa INTERREG V-A Rumania-Balgaria 2014-2020

Défenderesse au pourvoi :

Obshtina Balchik

ORDONNANCE

[OMISSIS]

Procédure au titre des articles 208 et suivants du code de procédure administrative (Administrativnoprotsesualen kodeks, ci-après l'« APK »), lus en combinaison avec l'article 73, paragraphe 4, de la loi sur la gestion des fonds structurels et d'investissement européens (Zakon za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove, ci-après la « loi ZUSESIF »).

L'affaire a pour origine un pourvoi en cassation formé par le vice-ministre du Développement régional et des Travaux publics et chef de l'Autorité nationale pour le programme INTERREG V-A Roumanie-Bulgarie 2014-2020 contre une décision [OMISSIS] de l'Administrativen sad Dobrich (tribunal administratif de Dobrich, Bulgarie).

Eu égard au fait qu'elle connaît de l'affaire en tant que juridiction de dernière instance dont la décision n'est pas susceptible de recours, et considérant que la résolution correcte du litige requiert une interprétation des règles pertinentes du

droit de l'Union européenne, la chambre de céans du Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême, Bulgarie) estime nécessaire de saisir la Cour de justice de l'Union européenne conformément à l'article 267, premier alinéa, sous b), et troisième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

DEMANDE DE DÉCISION PRÉJUDICIELLE :

Juridiction de renvoi :

- 1 La juridiction de renvoi est le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) de la République de Bulgarie [OMISSIS].

[OMISSIS]

Parties :

- 2 Requérant au pourvoi, défendeur en première instance et émetteur de l'acte administratif contesté :

le Vice-ministre du Développement régional et des Travaux publics et chef de l'Autorité nationale pour le programme INTERREG V-A Roumanie-Bulgarie 2014-2020, ayant pour adresse : Sofia [OMISSIS]

- 3 Défenderesse au pourvoi, requérante en première instance et destinataire de l'acte administratif attaqué :

Obshtina Balchik (la municipalité de Balchik, Bulgarie) [OMISSIS]

- 4 Varhovna administrativna prokuratura (le ministère public près la Cour administrative suprême), ayant pour adresse : Sofia [OMISSIS]

Objet du litige :

- 5 Le contrôle juridictionnel de l'Administrativen sad Dobrich (tribunal administratif de Dobrich) porte sur la décision [OMISSIS] du vice-ministre du Développement régional et des Travaux publics et chef de l'Autorité nationale pour le programme INTERREG V-A Roumanie-Bulgarie 2014-2020, par laquelle la municipalité de Balchik s'est vue imposer une correction financière de 25 % sur les coûts éligibles issus – au sens de l'article 1, paragraphe 2, de la loi ZUSESIF – des Fonds européens structurels et d'investissement (fonds ESI), dans le cadre du contrat de marché public [OMISSIS] conclu entre la municipalité et [la société] Infra Expert AD, Sofia [OMISSIS] ; ce contrat avait pour objet l'« aménagement de la promenade côtière de la ville de Balchik, reliant l'institut culturel étatique “Dvoret” et le centre d'information culturel et touristique “Melnitsa” », et sa valeur était de 1 245 532,25 BGN.
- 6 La correction financière a été appliquée en raison d'une irrégularité au regard de l'article 70, paragraphe 1, point 9, de la loi ZUSESIF lu en combinaison avec le

point 23, sous a), de l'annexe n° 1 à l'article 2, paragraphe 1, de l'ordonnance (Naredba) définissant les irrégularités justifiant l'imposition de corrections financières et les pourcentages servant à déterminer le montant des corrections financières au titre de la loi ZUSESIF. Le pouvoir adjudicateur n'a pas prouvé que les conditions préalables de l'article 116, paragraphe 1, point 3, du zakon za obshtestvenite porachki (loi sur les marchés publics, ci-après la « loi sur les marchés publics ») étaient réunies. Dans l'hypothèse visée à l'article 116, paragraphe 5, points 1 et 2, de la loi sur les marchés publics, il y aurait eu modification matérielle substantielle illicite du contrat de marché public.

Les faits :

Fourniture d'un soutien financier :

- 7 La municipalité de Balchik est un bénéficiaire du programme INTERREG V-A. Roumanie-Bulgarie pour la coopération transfrontalière dans le cadre de la convention de subvention FEDER n° 156725/28.12.2018 et de la demande n° ROBG-422 qui a été approuvée. L'objet du contrat est l'octroi d'un financement du Fonds européen de développement régional (FEDER) pour la mise en œuvre du projet ROBG-422 "Synergie de la nature et de la culture – potentiel pour le développement de la région transfrontalière".
- 8 Le total des coûts éligibles selon le formulaire de demande approuvé pour la mise en œuvre du projet s'élève à 1 499 902,70 euros, dont 1 274 917,29 euros pour le FEDER, 194 972,36 euros pour le financement national et 30 013,05 euros pour la contribution propre du partenaire.

Attribution du marché public

- 9 Pour la mise en œuvre des activités financées par les Fonds ESI, la municipalité de Balchik, en tant qu'entité publique adjudicatrice, a mené une procédure de passation de marché public ayant pour objet l'« aménagement de la promenade côtière de la ville de Balchik, reliant l'institut culturel étatique "Dvoretz" et le centre d'information culturel et touristique "Melnitsa" ».

- 10 Détails du contrat :

Décision d'ouvrir la procédure : 2 janvier 2019 ;

Date d'envoi de l'avis : 24 avril 2019 ;

Type de procédure : ouverte (concours public) ;

Objet du contrat : Construction ;

Estimation du coût : 1 245 532,25 BGN, hors TVA ;

Nombre d'offres soumises : Deux.

Détermination de la correction financière :

Soupçon d'irrégularité :

- 11 Le rapport d'audit final [OMISSIS] relatif à l'audit des systèmes réalisé dans le cadre du programme Interreg V-A Roumanie Bulgarie 2014 -2020 [OMISSIS], approuvé par la décision de l'Union 886/12.02.2015, a fait naître dans le chef du ministère du développement régional et des travaux publics un soupçon de violation, qualifiée d'irrégularité au titre du point 23, sous a), de l'annexe n° 1 à l'article 2, paragraphe 1, de l'ordonnance (Naredba) définissant les irrégularités, violation qui aurait été commise au moyen d'une modification illégale du contrat de marché public dans la partie concernant la période d'exécution.
- 12 Au cours de l'enquête, par lettre n° [OMISSIS] du 15 septembre 2020, le chef de l'Autorité nationale [pour le programme INTERREG V-A Roumanie-Bulgarie 2014-2020] (ci-après, l'« autorité nationale ») a informé le bénéficiaire du soupçon d'irrégularité et de l'ouverture d'une procédure de détermination d'une correction financière, tout en lui donnant – ainsi que l'exige l'article 73, paragraphe 2, de la loi ZUSESIF – la possibilité de présenter des objections écrites sur le bien-fondé et le montant de la correction financière et, si nécessaire, d'y joindre des éléments de preuve.

Position du bénéficiaire :

- 13 Le bénéficiaire a introduit une objection écrite [OMISSIS] contestant la validité des allégations. Sans nier que le délai d'exécution du contrat de marché public est de 45 jours civils et que l'exécution effective de l'objet du marché a été réalisée en 250 jours, la municipalité motive les raisons objectives de la suspension de ce délai. Elle produit une note de l'Institut national de météorologie et d'hydrologie, antenne de Varna [OMISSIS], concernant la situation météorologique pour la période du 18 novembre 2019 au 30 janvier 2020. Elle affirme que les raisons de la suspension des travaux de construction sont les conditions météorologiques défavorables pour les périodes d'élaboration des actes du modèle n° 10, conformément à l'ordonnance (Naredba) n° 3 du 31 juillet 2003 relative à l'établissement des actes et des procès-verbaux pendant la construction. De plus, la disposition de l'article 15, paragraphe 1, du zakon za ustroystvo na chenomorskoto kraybrezhie (loi sur l'aménagement du littoral de la mer Noire) avait introduit une interdiction des travaux de construction et d'installation dans les stations balnéaires nationales le long de la côte de la mer Noire, du 15 mai au 1^{er} octobre.

Décision de l'Autorité – motifs.

- 14 Après vérification des faits, la procédure a été clôturée par l'adoption de la décision [OMISSIS] du 26 octobre 2020, par laquelle le chef de l'autorité nationale a appliqué à la municipalité de Balchik une correction financière de 25 % sur les coûts éligibles issus – au sens de l'article 1, paragraphe 2, de la loi ZUSESIF – des Fonds européens structurels et d'investissement (fonds ESI),

dans le cadre du contrat de marché public [OMISSIS] conclu entre la municipalité et [la société] Infra Expert AD, Sofia [OMISSIS], contrat qui avait pour objet l'« aménagement de la promenade côtière de la ville de Balchik, reliant l'institut culturel étatique “Dvorets” et le centre d'information culturelle et touristique “Melnitsa” » et dont la valeur était de 1 245 532,25 BGN.

- 15 Dans la motivation de la mesure administrative, le chef de l'autorité de gestion a considéré ce qui suit :
- 16 Concernant les faits :

Dans le cadre du projet, la municipalité de Balchik a mené une procédure de passation de marché public pour l'« aménagement de la promenade côtière de la ville de Balchik, reliant l'institut culturel étatique “Dvorets” et le centre d'information culturelle et touristique “Melnitsa” ».

Dans les documents du marché public, au sein de la section « Période d'exécution du contrat », il est prévu que la période d'exécution du contrat soit de 45 jours à 90 jours civils, courant à compter de la date d'établissement du procès-verbal de lancement du chantier et de fixation de l'alignement et du niveau de construction, et jusqu'à la signature de du document du modèle 15. Il est également indiqué que si un soumissionnaire propose un délai d'exécution des travaux inférieur au délai minimum ou supérieur au délai maximum fixé par le pouvoir adjudicateur, il sera exclu de la participation à la procédure, car son offre ne sera pas conforme aux termes du contrat annoncés précédemment (article 107, point 1, de la loi sur les marchés publics).

La passation de marché se fait par « concours public ».

Le soumissionnaire, Infra Expert AD, a proposé un délai d'exécution des travaux de 45 jours civils. Dans sa proposition technique, l'entrepreneur a indiqué que, lors de la planification de ses étapes techniques, il a anticipé les points critiques probables, les conditions météorologiques, la spécificité des types de travaux à effectuer, ainsi que les délais de réalisation. Il a présenté un calendrier linéaire comportant la séquence technique d'exécution du marché et incluant les activités de construction.

Par la décision n° 20 du 11 mars 2019 portant désignation du contractant du marché public, le maire de la commune de Balchik a approuvé les procès-verbaux des travaux de la commission qui lui ont été soumis et a déclaré le participant « Infra Expert » AD comme étant le premier classé, avec un prix proposé pour l'exécution de 1 245 532,35 BGN hors TVA, ou 1 494 638,70 BGN TVA incluse, et avec un délai d'exécution des travaux de 45 jours civils.

Le 19 avril 2019, le contrat n° 229 (ci-après, le « contrat ») a été conclu avec l'entrepreneur désigné. En vertu de l'article 2 de la section II du contrat, les parties fixent les délais d'exécution de l'objet du contrat conformément à la proposition technique du contractant, annexe 2, qui fait partie intégrante du

contrat, à savoir une période de 45 jours civils à compter du jour de la fixation de l'alignement et du niveau de construction (document du modèle 2 et 2a), conformément à l'ordonnance (Naredba) n° 3 du 31 juillet 2013 relative à l'établissement des actes et des procès-verbaux pendant la construction.

Les actes suivants ont été établis pendant l'exécution du contrat :

- Les documents du modèle n° 2 du 24 juin 2019 et du modèle n° 15 du 28 février 2020, sur la base desquels est constatée une durée effective de réalisation de 250 jours civils, parmi lesquels :
- Le document du modèle n° 10 constatant l'état de la construction lors de la suspension des travaux en date du 28 juin 2019 et le document du modèle n° 11 constatant l'état de la construction et des travaux de construction à la reprise des travaux, le 5 novembre 2019. Période de suspension des travaux du 28 juin 2019 au 5 novembre 2019, soit 144 jours. Motif de la suspension : la saison touristique.
- Le document du modèle n° 10 constatant l'état de la construction lors de la suspension des travaux en date du 18 novembre 2019 et le document du modèle n° 11 du 30 janvier 2020. Période de suspension des travaux du 18.11.2019 au 30.01.2020. Motif de la suspension : survenue de conditions météorologiques défavorables empêchant l'application de la technologie d'exécution des travaux.
- Le document du modèle n° 10 constatant l'état de la construction lors de la suspension des travaux en date du 5 février 2020 et le document du modèle n° 11 du 17 février 2020. Motif de la suspension : survenue de conditions météorologiques défavorables l'application de la technologie d'exécution des travaux.

Le constat d'établissement de l'aptitude à la réception des travaux (modèle n° 15), délivré le 28 février 2020, atteste que l'entrepreneur a rempli toutes ses obligations, sans rien dire du fait que les travaux ont été réalisés sur une période plus longue que celle prévue par l'avis de marché (délai maximum de 90 jours) et la proposition technique présentée (quarante-cinq jours civils), ou encore par le contrat d'attribution du marché public. Le pouvoir adjudicateur n'a pas réclamé de dommages-intérêts pour défaut d'exécution dans les délais.

Ces faits ne sont pas contestés par les parties.

17 Sur le plan juridique :

La décision [du vice-ministre du développement régional et des travaux publics et du chef de l'autorité nationale pour le programme INTERREG V-A Roumanie-Bulgarie 2014-2020, imposant une correction financière de 25 % sur les dépenses éligibles de la municipalité de Balchik] [OMISSIS] a été prise en vertu de l'article 73, paragraphe 1, et de l'article 70, paragraphe 1, point 9, de la loi ZUSESIF lus en combinaison avec le paragraphe 5, point 4 des dispositions complémentaires de cette loi et avec le paragraphe 1, point 2, des dispositions

complémentaires de l'ordonnance (Naredba) définissant les irrégularités justifiant l'imposition de corrections financières et les pourcentages servant à déterminer le montant des corrections financières au titre de la loi ZUSESIF, ainsi qu'avec le paragraphe 2, point 2.1, partie « Autorité nationale », point 3, sous k), et le paragraphe 2, point 2.3, sous A), point 1, du mémorandum d'exécution concernant les arrangements entre les États membres participant au programme INTERREG V-A Roumanie Bulgarie (ratifié par voie législative, DV n° 16 de 2016).

Afin d'étayer la violation de l'article 116, paragraphe 1, point 3, lu en combinaison avec l'article 116, paragraphe 5, points 1 et 2, de la loi sur les marchés publics, le chef de l'autorité nationale a considéré ce qui suit :

La période d'exécution a été fixée dans les documents contractuels avec une limite minimale et maximale (45 à 90 jours), et il est prévu qu'un soumissionnaire proposant une période en dehors de ces limites sera exclu. La mise en concurrence des soumissionnaires se fait par rapport à ce délai. Lors du calcul du délai d'exécution de l'objet du marché, tant le pouvoir adjudicateur que le soumissionnaire doivent avoir pris en compte toutes les circonstances prévisibles et pertinentes pour sa détermination. Dans le cas présent, alors que l'engagement contractuel prévoyait une exécution dans un délai de 45 jours civils, l'exécution effective a été réalisée dans un délai de 250 jours, comportant des actes de suspension des travaux.

Les mauvaises conditions météorologiques ont été l'une des raisons de la suspension des travaux. L'autorité nationale qualifie ces mêmes circonstances de circonstances saisonnières normales que tout entrepreneur expérimenté est en mesure de prendre en compte dans le calcul du délai d'exécution qu'il propose.

L'autre raison est le début de la saison touristique et l'interdiction, en vertu de l'article 15, paragraphe 1, de la loi sur l'aménagement du littoral de la mer Noire, d'effectuer des travaux de construction et d'installation dans les stations balnéaires nationales de la côte de la mer Noire entre le 15 mai et le 1^{er} octobre. Ce fait avait fait l'objet d'une publicité réglementaire avant la date du marché public et ne constitue pas une circonstance imprévisible. Il aurait donc dû être pris en compte lors du calcul de la durée d'exécution.

La proposition technique d'Infra Expert AD pour l'exécution du contrat indique un délai d'exécution de 45 jours avec un calendrier linéaire comportant la séquence technique d'exécution. S'il avait eu une diligence raisonnable et une préparation adéquate, le soumissionnaire aurait dû tenir compte, dans la détermination de la période d'exécution, de l'interdiction réglementaire et des possibilités de conditions météorologiques défavorables habituelles pendant les saisons concernées.

Attendu que le délai d'exécution des travaux est fixé dans la documentation d'une manière et dans des limites qui, si elles ne sont pas respectées, entraîneront l'exclusion du soumissionnaire (article 107, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics), attendu que ce délai détermine l'environnement concurrentiel, attendu que le délai d'exécution minimal proposé par l'adjudicataire est de 45 jours civils et compte tenu de la suspension répétée de la construction lorsqu'ont été constatées des conditions météorologiques défavorables habituelles et des interdictions réglementaires qui ne dépassent pas les limites de la diligence raisonnable et de l'anticipation (en dehors des hypothèses de l'article 116, paragraphe 1, point 3, de la loi sur les marchés publics), l'autorité nationale a conclu qu'il y avait eu dans les faits une modification substantielle de la teneur du contrat de marché public, en violation de la loi.

La période de construction réelle de 250 jours dépasse de 205 jours la période à laquelle le contractant s'est engagé. Dans sa proposition technique, le contractant a indiqué que la planification des étapes technologiques anticipait les points critiques probables, les conditions météorologiques, ainsi que la spécificité des types de travaux à effectuer, ce dont on déduit qu'il était conscient du risque que des conditions météorologiques défavorables surviennent pendant la période d'exécution du contrat. Les interdictions prévues par la loi sont connues de tous. Les conditions météorologiques défavorables ne constituent pas des circonstances imprévisibles au sens du paragraphe 2, point 27, des dispositions complémentaires de la loi sur les marchés publics.

La conclusion finale est que le contrat a été substantiellement modifié selon les hypothèses visées à l'article 116, paragraphe 5, points 1 et 2, de la loi sur les marchés publics, puisque l'environnement concurrentiel avait été créé par rapport au délai de réalisation inscrit dans la documentation ; un délai plus long pour l'exécution du contrat aurait eu une incidence sur les résultats de la sélection. Si le soumissionnaire avait proposé une période d'exécution conforme à l'exécution réelle, il aurait été exclu de la participation (article 107, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics).

Le litige :

Procédures de première instance :

- 18 La municipalité de Balchik a contesté en justice la décision de l'autorité nationale d'imposer une correction financière. [OMISSIS] L'Administrativen sad Dobrich (tribunal administratif de Dobrich) a annulé l'acte administratif contesté, au motif qu'il était illégal sur le fond.
- 19 Pour parvenir à ce résultat, le tribunal a estimé ce qui suit :

1. Le libellé de l'article 120 de la loi sur les marchés publics dispose que toutes les questions non réglées concernant la conclusion, l'exécution et la résiliation des contrats de marchés publics sont régies par les dispositions de la loi sur le commerce et de la loi relative aux obligations et aux contrats. Conformément à

l'article 288 de la loi sur le commerce (targovski zakon), les dispositions du droit civil s'appliquent aux transactions commerciales qui ne sont pas régies par cette loi. En vertu de l'article 20a de la loi relative aux obligations et aux contrats, les contrats entre les parties peuvent être modifiés par accord des parties ou pour les motifs prévus par la loi ; et au vu de la disposition de l'article 112, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics, la seule forme autorisée pour que des modifications du contrat de marché public soient valides est l'accord écrit. En ce sens, puisqu'elle a considéré que le contrat en question a été modifié par un accord tacite, l'autorité administrative a adopté son acte en violation du droit matériel.

2. Sur un plan formel, le contractant ne s'est pas exécuté exactement, c'est-à-dire qu'il n'a pas rempli son obligation à temps ; toutefois, cela ne constitue pas une modification du contrat mais un fait juridique pertinent qui donne lieu au droit du bénéficiaire d'imposer la pénalité convenue, qui est expressément et préalablement incluse dans le contenu du contrat. En ce sens, il n'est pas ici question d'une modification du contrat, mais de son exécution inadéquate, et il y a une différence significative entre une modification du contrat et une exécution inadéquate entraînant l'imposition d'une pénalité (voir arrêts du Varhoven administrativen sad [OMISSIS] n° 2775/2021 [OMISSIS] ; [OMISSIS] n° 1085/2021 [OMISSIS] ; [OMISSIS] n° 4745/2021 [OMISSIS] e.a.).

3. L'autorité administrative a commis une erreur en estimant que le délai fixé pour l'exécution du contrat aurait dû inclure et prévoir toutes les raisons possibles de suspension et de retard des travaux, notamment les mauvaises conditions météorologiques pendant la période hivernale et les interdictions réglementaires. Il n'est pas pertinent en droit de savoir quels étaient les motifs de la suspension de la construction et s'ils étaient imprévisibles pour les parties.

Procédure de cassation :

- 20 Le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) a été saisi d'un pourvoi en cassation formé par le chef de l'autorité nationale contre le jugement de l'Administrativen sad Dobrich (tribunal administratif de Dobrich), lequel avait annulé la correction financière imposée à la municipalité de Balchik.
- 21 Le requérant au pourvoi maintient, sur le fond du litige, la position exprimée dans les motifs de son acte administratif, en ajoutant que la « force majeure » est l'événement fortuit dont le contenu ne comprend pas les facteurs de risque de l'activité normale de l'entrepreneur. Les conditions météorologiques défavorables naturelles de la saison doivent être prises en compte par l'entrepreneur comme des risques normaux lors du calcul du temps d'exécution et de la bonne organisation. L'absence de prise en compte de ces éléments dans le calcul du délai d'exécution et, par la suite, l'exécution effective en dehors du délai contractuel, résultent en une impossibilité subjective et non objective d'exécution.

- 22 En sa qualité de défenderesse au pourvoi, l'entité adjudicatrice fait valoir que le pourvoi en cassation n'est pas fondé et ajoute ce qui suit :

Les conditions météorologiques défavorables ne font pas l'objet des documents du modèle n° 10. Le législateur n'a pas instauré d'obligation de motivation lors de l'établissement de ces documents. La reprise des travaux se fait par l'établissement du document du modèle n° 11, et non du fait que les circonstances ayant entraîné la suspension ont cessé d'exister. Les documents des modèles n° 10 et n° 11 sont établis moyennant un accord des cocontractants sur les contreparties.

Il ne peut être question de modification valide d'un contrat de marché public que si les parties conviennent par écrit de sa modification.

- 23 Le procureur du ministère public près la Cour administrative suprême, lequel est partie à l'instance, conclut au bien-fondé du jugement du tribunal de première instance, dont il partage le point de vue selon lequel la mesure de correction financière est illégale.

Le droit applicable :

La législation nationale :

- 24 Loi sur les marchés publics (DV n° 13 du 16 février 2016 [OMISSIS]) :

Article 2, paragraphe 1 : Les marchés publics sont passés dans le respect des principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), notamment ceux de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services et de la reconnaissance mutuelle, ainsi que des principes qui en découlent :

1. l'égalité de traitement et la non-discrimination ;
2. la libre concurrence.

Article 2, paragraphe 2 : Lors de la passation de marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent restreindre la concurrence en incluant des conditions ou des exigences qui confèrent un avantage injustifié ou qui restreignent de manière déraisonnable la participation des opérateurs économiques aux marchés publics et qui ne tiennent pas compte de l'objet, de la valeur, de la complexité, de la quantité ou du volume du marché public.

Article 5, paragraphe 1 : Les pouvoirs adjudicateurs sont responsables de la prévision adéquate, de la planification, du déroulement, de l'achèvement et de la prise en compte des résultats des marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs sont publics et sectoriels.

Article 5, paragraphe 2 : Les pouvoirs adjudicateurs publics sont :

9. les maires des communes, des arrondissements, des municipalités et, lorsqu'ils sont les ordonnateurs du budget, les représentants des maires ;

Article 18, paragraphe 2 : La procédure ouverte et la mise en concurrence publique sont des procédures dans le cadre desquelles toute personne intéressée peut présenter une offre.

Article 107. Outre que pour les motifs visés aux articles 54 et 55, le pouvoir adjudicateur exclut :

1. un candidat ou un soumissionnaire qui ne satisfait pas aux critères de sélection fixés ou ne remplit pas toute autre condition spécifiée dans l'avis de marché, l'invitation à confirmer l'intérêt ou l'invitation à négocier ou dans la documentation ;

Modification d'un contrat de marché public et d'un accord-cadre

Article 116. 1) Les marchés publics et les accords-cadres peuvent être modifiés lorsque :

2. en raison de circonstances imprévisibles, il s'avère nécessaire d'effectuer des fournitures, des services ou des travaux supplémentaires non prévus dans le marché initial si le remplacement du contractant :
 - a) est impossible pour des raisons économiques ou techniques, y compris des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants imposés par le contrat initial, et
 - b) entraînerait d'importantes difficultés d'entretien, d'exploitation et de service ou des coûts redondants pour l'agent contractant ;
3. En raison de circonstances que le pouvoir adjudicateur, dans l'exercice de sa diligence, ne pouvait pas prévoir, il est apparu nécessaire de procéder à une modification qui n'entraîne pas un changement de l'objet du contrat ou de l'accord-cadre ;
7. Sont requises des modifications qui ne sont pas substantielles.

(5) La modification d'un contrat de marché public est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point 7, lorsqu'une ou plusieurs des conditions suivantes sont remplies :

1. la modification introduit des conditions qui, si elles avaient fait partie de la procédure de passation de marché, auraient attiré des soumissionnaires ou candidats supplémentaires, auraient permis l'admission de soumissionnaires ou candidats autres que ceux initialement sélectionnés, ou auraient conduit à l'acceptation d'une offre différente de celle initialement retenue ;

2. la modification entraîne des avantages pour le contractant qui n'étaient pas connus des autres participants à la procédure ;

Article 120. Les dispositions de la loi sur le commerce et de la loi relative aux obligations et aux contrats s'appliquent à toutes les questions non résolues liées à la conclusion, à l'exécution et à la résiliation des contrats de marchés publics.

§ 3. La présente loi transpose les exigences de : la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65) ;

Paragraphe 2, point 27 des dispositions complémentaires de la loi sur les marchés publics : Les « circonstances imprévisibles » sont des circonstances qui sont survenues après la conclusion du contrat, qui n'auraient pas pu être prévues avec la diligence requise et qui ne résultent pas d'un acte ou d'une omission des parties, mais qui rendent impossible l'exécution dans les conditions convenues.

25 Loi relative aux obligations et aux contrats (DV n° 275 du 22 novembre 1950 [OMISSIS]) :

20a. Les contrats ont force de loi pour ceux qui les ont conclus.

Les contrats ne peuvent être modifiés, résiliés, annulés ou révoqués que d'un commun accord entre les parties ou pour des motifs prévus par la loi.

26 Loi sur la gestion des fonds structurels et d'investissement européens (loi ZUSESIF) (DV n° 101 du 22.12.2015 [OMISSIS]) :

Article 70, paragraphe 1 : Le soutien financier depuis des ressources des fonds ESI peut être supprimé en tout ou en partie au moyen d'une correction financière, pour les motifs suivants :

9. pour une irrégularité constitutive d'une violation des règles de désignation d'un adjudicataire visées au chapitre 4, effectuée par un acte ou une omission du bénéficiaire qui a ou aurait pour effet de porter préjudice aux ressources des fonds ESI.

(2) Les cas d'irrégularités pour lesquels des corrections financières sont appliquées en vertu du paragraphe 1, point 9, sont fixés par acte réglementaire du Conseil des ministres.

Article 73. (1) La correction financière est fixée, quant à son fondement et à son montant, par une décision motivée du chef de l'autorité de gestion qui a approuvé le projet.

§ 5. Pour autant que la législation européenne qui leur est applicable et les traités conclus entre les États, ratifiés, promulgués et en vigueur pour la République de Bulgarie, n'en disposent pas autrement, la présente loi s'applique également au

soutien financier dans le cadre des programmes de coopération territoriale européenne.

- 27 ORDONNANCE (Naredba) définissant les irrégularités justifiant l'imposition de corrections financières et les pourcentages servant à déterminer le montant des corrections financières au titre de la loi ZUSESIF (adoptée par le décret du Conseil des ministres n° 57 du 28 mars 2017 et publiée au DV n° 27 du 31 mars 2017 [OMISSIS]) :

Point 23 de l'annexe 1 à l'article 2, paragraphe 1 [de l'ordonnance] : Modifications illégales du contrat de marché public.

a) modifications du contrat (y compris une réduction de son champ d'application) qui ne sont pas conformes à l'article 116, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics.

Il y a modification substantielle des éléments du contrat (tels que le prix, la nature de l'ouvrage, le délai d'exécution, les conditions de paiement, les matériaux utilisés) lorsque la modification rend le contrat en cours d'exécution substantiellement différent de celui initialement conclu. En tout état de cause, une modification sera considérée comme substantielle si une ou plusieurs des conditions énoncées à l'article 116, paragraphe 5, de la loi sur les marchés publics sont remplies.

§ 1. L'Ordonnance s'applique également :

2. aux programmes de coopération territoriale européenne auxquels la République de Bulgarie participe pour la période 2014-2020 (programme de coopération transfrontalière INTERREG IPP Bulgarie Serbie 2014 - 2020, Programme de coopération transfrontalière INTERREG IPP Bulgarie Turquie 2014 - 2020, Programme de coopération transfrontalière INTERREG IPP Bulgarie-Ancienne République yougoslave de Macédoine 2014-2020, Programme de coopération INTERREG V-A Roumanie Bulgarie, programme de coopération INTERREG V-A Grèce Bulgarie, Programme de coopération transnationale Danube 2014 - 2020, Programme de coopération transnationale Balkans – mer Méditerranée 2014-2020, Programme de coopération interrégionale INTERREG EUROPE 2014 - 2020, Programme de coopération interrégionale URBACT III, Programme opérationnel conjoint pour la coopération transfrontalière dans le cadre de l'instrument européen de voisinage « Bassin de la mer Noire 2014 - 2020 ») ;

- 28 Ordonnance (Naredba) n° 3 du 31 juillet 2003 relative à l'établissement des actes et des procès-verbaux pendant la construction (adoptée par le ministre du développement régional et des travaux publics, publiée au DV n° 72 du 15 août 2003) [OMISSIS] :

Article 1. (1) La présente ordonnance fixe les conditions et la procédure d'établissement des actes et protocoles pour la préparation, l'ouverture du chantier

et la fixation de l'alignement et du niveau de construction, ainsi que pour la réception des types de travaux de construction et de montage achevés pendant l'exécution des travaux, par étapes ou par parties.

Article 7, paragraphe 3, point 10 : document constatant l'état de la construction lors de la suspension des travaux (modèle n° 10) – à établir par le maître d'ouvrage, le constructeur, les concepteurs des parties concernées de la construction achevée, les personnes techniquement compétentes des parties concernées, à l'intention de la personne exerçant la surveillance de la construction et de la personne exerçant la surveillance technique de la partie « construction » en cas de suspension de la construction en raison de : demandes de modification des projets ; manquement de l'une des parties à ses obligations contractuelles ; retard dans la livraison des machines et des équipements ; conditions géologiques défavorables ; changement de l'un des participants à la construction suivants : le maître de l'ouvrage, le constructeur et la personne exerçant la surveillance de la construction ; la suspension de la construction selon la procédure prévue par la loi sur l'aménagement du territoire ou pour toute autre raison ; le document doit contenir des indications précises sur l'état de la construction, les types de travaux de construction et de montage effectués, les matériaux, l'inventaire, les équipements, etc. fournis, les travaux effectués qui sont susceptibles d'être supprimés, les travaux nécessaires pour assurer la solidité et la stabilité spatiale en cas de conservation de la construction, les projets complémentaires, les expertises, etc. nécessaires et les délais pour leur présentation, pour les matériaux et installations nécessaires, pour les modifications nécessaires à la fourniture de machines et d'installations, ainsi que d'autres exigences et mesures de gel de la construction ;

Point 11. Document de constatation de l'état de la construction et des travaux de construction et d'installation en cas de poursuite de la construction pour tous les travaux de construction suspendus dans la procédure générale et les autres cas prévus au point 10 (annexe n° 11) – à établir par le maître d'ouvrage, le constructeur, les concepteurs pour les parties pertinentes de la construction achevée, la personne exerçant la surveillance de la construction, les personnes physiques techniquement compétentes pour les parties pertinentes de la construction achevée, à l'intention de la personne exerçant la surveillance de la construction et de la personne physique exerçant la surveillance technique pour la partie « construction », une fois supprimées les raisons qui avaient conduit à la suspension de la construction ; après établissement de ce document, les travaux de construction et de montage peuvent être poursuivis.

15. Constat d'établissement de l'aptitude à la réception des travaux (ou d'une partie ou étape de ceux-ci) (annexe n° 15) : établi, en vertu de l'article 176, paragraphe 1, de la loi sur l'aménagement du territoire, par le maître d'ouvrage, les concepteurs de toutes les parties du projet, le constructeur, la personne exerçant la surveillance de la construction et les personnes physiques techniquement qualifiées attachées au constructeur qui ont exercé la surveillance de la construction pour les parties concernées, ou par le surveillant technique des

travaux de construction de la cinquième catégorie ; ce document sert de base à l'établissement d'un rapport final par la personne exerçant la surveillance de la construction ; ce document est utilisé pour la livraison de la construction et de la documentation de construction par le constructeur au maître d'ouvrage ; le document comporte :

a) [OMISSIS] la description des contrats d'exécution des travaux, les documents de construction, la documentation d'exécution et les actes et procès-verbaux établis pendant la construction, la documentation du dossier de construction du chantier (actes, procès-verbaux, journaux, déclarations de performances/déclarations des caractéristiques des produits de construction incorporés et autres documents requis par la réglementation pertinente), ainsi que la documentation des essais effectués, des mesures, etc. prouvant la bonne exécution, etc. ;

b) les données de l'inspection du site et de ses environs (indiquant s'il a été remis ou non dans l'état où il se trouvait au moment de l'ouverture du chantier), y compris une description de la construction et des travaux en suspens, incomplets ou mal exécutés auxquels il doit être remédié avant la présentation d'une demande de délivrance d'une autorisation d'exploitation (certificat de mise en service), un procès-verbal de constat devant être dressé à ce titre, etc. ;

c) [OMISSIS] la preuve que les travaux ont été exécutés conformément aux projets d'investissement approuvés, aux documents d'exécution certifiés, aux exigences relatives aux travaux prévues à l'article 169, paragraphes 1 et 3, de la loi sur l'aménagement du territoire et les termes du contrat conclu, sur la base desquels les rédacteurs établissent l'aptitude à la réception des travaux, d'une partie ou d'une étape de celle-ci ;

29 LOI SUR L'AMÉNAGEMENT DU LITTORAL DE LA MER NOIRE (publiée au DV n° 48 du 15 juin 2007 ; en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008 [OMISSIS]) :

Article 15, paragraphe 1 : Il est interdit d'effectuer des travaux de construction et d'installation dans les stations balnéaires nationales de la côte de la mer Noire, du 15 mai au 1^{er} octobre.

Droit de l'Union européenne :

30 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

(58) Si les aspects essentiels d'une procédure de passation de marché tels que les documents de marché, les demandes de participation, les confirmations d'intérêt et les offres doivent toujours revêtir une forme écrite, il devrait néanmoins rester possible de communiquer oralement avec les opérateurs économiques, pour autant que le contenu de ces communications soit consigné d'une manière suffisante. Cette mesure est nécessaire pour garantir un niveau satisfaisant de transparence

qui permet de vérifier si le principe de l'égalité de traitement a été respecté. Il est en particulier essentiel que les communications orales avec les soumissionnaires, qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur le contenu et l'évaluation des offres, soient consignées d'une manière suffisante et par des moyens appropriés tels que des notes écrites ou des enregistrements audio ou des synthèses des principaux éléments de la communication.

(107) Il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière. Il y a lieu d'engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des modifications substantielles sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle. Ces modifications attestent l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles du marché. C'est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue.

(109) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent se trouver confrontés à des circonstances extérieures qu'ils ne pouvaient prévoir au moment de l'attribution du marché, notamment lorsque l'exécution de celui-ci s'étend sur une plus longue période. Dans un tel cas, une certaine marge de manœuvre est nécessaire pour pouvoir adapter le marché à ces circonstances sans engager de nouvelle procédure de passation de marché. Les circonstances imprévisibles sont celles que le pouvoir adjudicateur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial, n'aurait pu prévoir, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci. Toutefois, cette définition ne saurait s'appliquer en cas de modification altérant la nature de l'ensemble du marché, par exemple lorsque les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché sont remplacés par une commande différente ou que le type de marché est fondamentalement modifié, puisque l'on peut, dans ce cas, présumer que cette modification serait de nature à influencer éventuellement sur l'issue du marché.

Article 2, paragraphe 1, point 5) : « marchés publics », des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ;

Article 2, paragraphe 1, point 18) : « écrit(e) » ou « par écrit » : tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué, y compris les informations transmises et stockées par un moyen électronique ;

Article 72 : Modification de marchés en cours

1. Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants :

c) lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies :

(i) la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir ;

(ii) la modification ne change pas la nature globale du marché ;

(iii) toute augmentation de prix n'est pas supérieure à 50 % de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne visent pas à contourner les dispositions de la présente directive ;

e) lorsque les modifications, quelle qu'en soit la valeur, ne sont pas substantielles au sens du paragraphe 4.

4. Une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1, point e), lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. En tout état de cause, sans préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est considérée comme substantielle lorsqu'une au moins des conditions suivantes est remplie :

a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ;

b) elle modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ;

La jurisprudence :

Jurisprudence nationale :

- 31 La jurisprudence nationale n'est pas uniforme en ce qui concerne l'interprétation des dispositions de la législation interne et du droit de l'Union applicables en l'espèce. Il existe dans les arrêts rendus par le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) des positions opposées sur les points de droit soulevés dans la présente affaire. Aux fins d'une bonne résolution du litige, une interprétation des notions au regard de la directive 2014/24 est notamment nécessaire.

32 S'agissant des différentes opinions dans la jurisprudence :

Selon un point de vue (exprimé, par exemple, dans l'arrêt [OMISSIS] n° 6755/2020 [OMISSIS] du Varhoven administrativen sad), la volonté des parties à un contrat de marché public doit être interprétée non seulement par rapport à son contenu, mais aussi par une analyse des circonstances, des déclarations et du comportement des parties. Ce n'est pas seulement dans le cas d'un accord écrit valablement signé entre les parties qu'il peut y avoir modification illicite du contrat en violation de l'article 116, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics. L'existence ou non d'une modification illicite du contrat doit s'apprécier à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, y compris les déclarations et le comportement des parties dans l'exécution du contrat.

L'inexécution du marché dans le délai prévu – pour autant que l'exécution en dehors de ce délai, en l'absence de raisons objectives, modifie une condition essentielle de la documentation, de l'offre de l'adjudicataire et du contrat signé avec lui, et dès lors que le pouvoir adjudicateur ne demande pas de dommages-intérêts pour inexécution mais accepte sans remarque l'exécution tardive – constitue objectivement un cas de modification substantielle du contrat. L'environnement concurrentiel est déterminé par le délai prévu dans la documentation ; la modification permet de prévoir des conditions qui attirent d'autres soumissionnaires et modifie l'équilibre du contrat en faveur de l'adjudicataire.

Cette thèse se heurte à la thèse inverse (voir, par exemple, arrêt [OMISSIS] n° 7911/2020 [OMISSIS] du Varhoven administrativen sad), laquelle affirme ceci : Pour qu'il y ait une modification du contrat, il doit y avoir un accord écrit entre les parties visant à modifier une clause du contrat. Le fait de ne pas exercer le droit de réclamer des dommages et intérêts pour retard n'équivaut pas à une modification du contrat. Si l'on considère que la cause du retard dans l'exécution du marché public est imputable à l'entrepreneur, il ne s'agit pas d'une modification du contrat, mais d'une exécution inexacte du contrat par l'entrepreneur. Aucune disposition légale ne crée la fiction selon laquelle l'exécution retardée et non sanctionnée par l'exercice du droit aux pénalités contractuelles constituerait une « modification du contrat ».

33 S'agissant des fluctuations de la jurisprudence et du besoin d'interprétation des notions au regard de la directive 2014/24 :

Il est notamment nécessaire de préciser les notions de « diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial », de « circonstances imprévisibles » et de « circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir », au sens de la directive 2014/24.

Dans son jugement contesté devant le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême), le tribunal administratif a estimé que l'autorité administrative avait eu tort de considérer que toutes les raisons possibles et

prévisibles de la suspension et du retard des travaux de construction, y compris les mauvaises conditions météorologiques ou les interdictions réglementaires, auraient dû être incluses et prévues dans le délai d'exécution du contrat. Selon le tribunal, les causes de l'interruption de la construction et le fait qu'elles aient été ou non imprévisibles pour les parties sont sans importance en droit.

- 34 Compte tenu de ce qui précède, la résolution correcte du litige au principal nécessite une interprétation de l'article 72, paragraphe 1, sous e), lu en combinaison avec le paragraphe 4, sous a) et sous b), de la directive 2014/24 et de l'article 72, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/24, lu en combinaison avec son considérant [109], ainsi que des notions telles que celles de « circonstances imprévisibles », de « diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial » et de « circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir ».

La directive 2014/24 a pour objet les relations juridiques relatives à la mise en œuvre des marchés publics dans les États membres. La loi sur les marchés publics transpose ces règles dans le droit national.

En ce sens, la disposition de l'article 116 de la loi sur les marchés publics transpose l'article 72 de la directive 2014/24.

L'article 72, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/24 intègre, en tant qu'élément constitutif de la modification alléguée, la nécessité induite par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent n'aurait pas pu prévoir.

Selon le considérant [109] de la directive 2014/24, la notion d'imprévisibilité vise les circonstances qui n'auraient pas pu être prévues malgré une préparation suffisante de l'attribution initiale du marché par le pouvoir adjudicateur.

La loi nationale sur les marchés publics fournit une définition légale du terme « circonstances imprévisibles », qui désigne des circonstances survenues après la conclusion du contrat, qui n'auraient pas pu être prévues avec une diligence raisonnable, qui ne résultent pas d'un acte ou d'une omission des parties, mais qui rendent impossible l'exécution dans les conditions convenues.

À l'article 116, paragraphe 1, points 2 et 3, le législateur national prévoit la possibilité de modifier légalement le contrat de marché public en visant au point 2 les circonstances imprévisibles dans lesquelles il est nécessaire d'effectuer des fournitures, des services ou des travaux supplémentaires qui ne sont pas inclus dans le contrat de marché public initial, et au point 3 les circonstances que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas pu prévoir avec la diligence requise et qui nécessitent une modification laquelle n'entraîne pas un changement de l'objet du contrat ou de l'accord-cadre.

Se pose également la question de la régularité de la transposition de la directive dans le droit national au regard de la définition des « circonstances imprévisibles ».

Est également pertinente pour la solution du litige la question de savoir si, dans une situation telle que celle en cause au principal – dans laquelle le délai d'exécution du marché est fixé dans le dossier d'appel d'offres comme une condition suspensive, assortie de limites dont le non-respect entraîne l'exclusion du soumissionnaire – les dispositions de la directive 2014/24 permettent ou non une certaine flexibilité en ce qui concerne les modifications du contrat, après l'attribution du marché, par la prolongation de ce délai à travers l'établissement en cours de chantier de documents visant à suspendre la construction pour des raisons qui ne constituent pas un motif imprévisible, mais de mauvaises conditions météorologiques habituelles pour la saison ou encore des interdictions réglementaires, soit des motifs dont les parties au contrat auraient pu prendre connaissance lors de la conclusion du contrat si elles avaient fait preuve de la diligence requise. La modification illicite du contrat nécessite une action conjointe des parties.

Les conditions climatiques défavorables habituelles pour chaque saison et ayant une incidence sur l'exécution du contrat de marché public, et les interdictions réglementaires d'activités incluses dans l'objet de ce marché public, constituent-elles des risques que les parties au contrat auraient pu prévoir avant sa conclusion, en faisant preuve de préparation et de diligence ?

- 35 Compte tenu de ce qui précède, les règles de l'Union européenne en matière de marchés publics, qui ont été transposées en droit national, constituent une source d'obligations pour les pouvoirs adjudicateurs nationaux.

Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne :

- 36 Après avoir examiné la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la formation de céans n'a pas trouvé de décision préjudicielle de la Cour de justice interprétant les dispositions de l'article 72, paragraphe 1, sous e), lu en combinaison avec l'article 72, paragraphe 1, paragraphe 4, sous a) et sous b), de la directive 2014/24 et de l'article 72, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/24, et en combinaison avec le considérant [109] de cette directive, dans un cas de figure tel que celui de la procédure au principal.

Motifs de renvoi préjudiciel :

- 37 La correction financière contestée au principal est fondée sur une irrégularité commise par un acte du bénéficiaire constitutif d'une violation d'une disposition du droit de l'Union européenne transposée en droit national. Conformément à l'article 70, paragraphe 1, point 9, de la loi ZUSESIF, le soutien financier depuis des ressources des fonds ESI peut être supprimé en tout ou en partie au moyen d'une correction financière pour une irrégularité constituant une violation des règles de désignation d'un contractant au titre du chapitre quatre, commise par un acte ou une omission du bénéficiaire qui a ou aurait pour effet de porter préjudice aux ressources fonds ESI. Conformément à l'article 70, paragraphe 2, de la loi ZUSESIF, les cas d'irrégularités pour lesquels des corrections financières sont

effectuées en vertu du paragraphe 1, point 9, sont précisés dans un acte réglementaire du Conseil des ministres. L'acte réglementaire du Conseil des ministres en vigueur à la date de publication de l'acte administratif attaqué est l'ordonnance (Naredba) définissant les irrégularités justifiant l'imposition de corrections financières et les pourcentages servant à déterminer le montant des corrections financières au titre de la loi ZUSESIF. Conformément au point 23 de l'annexe n° 1 à l'article 2, paragraphe 1, de cette ordonnance, les modifications illégales du contrat de marché public constituent une irrégularité au sens de l'article 70, paragraphe 1, point 9, de la loi ZUSESIF, irrégularité au titre de laquelle l'autorité de gestion du programme (en l'occurrence l'autorité nationale) applique une correction financière. En l'espèce, c'est une irrégularité au titre du point 23, sous a), de l'annexe 1 à l'article 2, paragraphe 1 de ladite ordonnance qui est invoquée : il y a des modifications du contrat qui ne sont pas conformes à l'article 116, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics. L'autorité nationale invoque des modifications du contrat en violation de l'article 116, paragraphe 1, point 3, lu en combinaison avec l'article 116, paragraphe 5, points 1 et 2, de la loi sur les marchés publics, dispositions qui transposent l'article 72, paragraphe 1, sous c) et l'article 72, paragraphe 1, sous e), lu en combinaison avec son paragraphe 4, sous a) et sous b), de la directive 2014/24. L'autorité nationale affirme que le contrat de marché public financé par des ressources des fonds ESI a, au cours de son exécution, été illégalement modifié dans sa substance par une action commune des parties, en violation des dispositions relatives à la modification des contrats, au moyen d'une communication et de traces écrites établies au cours de cette communication, dont on peut déduire qu'il y a eu une volonté commune de procéder à la modification substantielle visée par laquelle des changements ont été apportés à la documentation dans la partie relative au délai d'exécution ; ces changements, qui auraient intéressé d'autres contractants, faussent l'équilibre économique du contrat. La modification est considérée comme substantielle car la documentation fixait initialement un délai minimum et maximum pour l'exécution du contrat, ce qui a permis de créer un environnement concurrentiel (et les soumissionnaires dont les offres étaient inférieures au délai minimum et supérieures au délai maximum ont été exclus de la participation) et car, au cours de l'exécution du contrat, le contractant a dans les faits dépassé, sans raisons objectives, le délai maximum prévu dans la documentation, ce qui a faussé l'environnement concurrentiel mis en place et a modifié l'équilibre économique du contrat en faveur du contractant.

D'autre part, l'autorité nationale chargée du programme a également examiné les raisons de la suspension de la construction, en soutenant qu'il n'y avait pas de « circonstances imprévisibles » constitutives d'un motif légitime et objectif de prolongation de la période d'exécution du contrat. L'autorité nationale a conclu que les parties auraient dû inclure dans le délai fixé pour l'exécution du contrat tous les risques, liés aux conditions météorologiques habituelles ou aux interdictions réglementaires publiées, lesquels concernaient les activités faisant l'objet du contrat et pouvaient nuire à l'exécution du contrat dans les délais. Selon l'autorité nationale, le fait de prévoir les risques habituels pour l'exécution du contrat en temps voulu est une manifestation de la bonne préparation du contrat et

de l'offre. Le tribunal de première instance a considéré que cette conclusion était erronée, la bonne solution du litige nécessitant une interprétation des notions de « circonstances imprévisibles », de « diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial » et de « circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir », au sens de la directive 2014/24.

- 38 Le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) est donc saisi d'un litige dont la résolution est liée à l'interprétation et à l'application de dispositions du droit de l'Union européenne, compte tenu du principe de la primauté du droit de l'Union européenne sur le droit interne en cas de conflit entre eux. Un argument supplémentaire au soutien de la recevabilité de la présente demande de décision préjudicielle est le fait que le budget de l'Union européenne est concerné, dans la mesure où le litige porte sur l'utilisation licite des fonds ESI.
- 39 Pour déterminer la correction financière, le chef de l'autorité nationale s'est fondé sur des dispositions nationales et du droit de l'Union européenne qui ont été violées. Le lien direct entre une disposition du droit de l'Union européenne et l'irrégularité alléguée rend nécessaire son interprétation en vue de la résolution correcte du litige devant la juridiction nationale. Dans la mesure où le contrôle juridictionnel à effectuer par la juridiction de cassation s'étend à l'examen de la question de l'existence d'une irrégularité en rapport avec un préjudice au budget de l'Union (la définition juridique de cette notion figure à l'article 2, point 36, du règlement n° 1303/2013), la clarification du sens précis des règles communautaires pertinentes en l'espèce nécessite une décision préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne, aux fins de l'application uniforme et précise du droit de l'Union européenne dans tous les États membres.
- 40 Attendu que la jurisprudence nationale n'est pas univoque dans son interprétation de l'article 116, paragraphe 1, point 7, lu en combinaison avec l'article 116, paragraphe 5, points 1 et 2, de la loi sur les marchés publics, dispositions qui transposent l'article 72, paragraphe 1, sous e), lu en combinaison avec son paragraphe 4, sous a) et sous b), de la directive 2014/24, et qu'il y a également des doutes quant à la transposition correcte de la directive dans la partie concernant la notion de « circonstances imprévisibles », ainsi que des hésitations de la jurisprudence quant à la prise en compte des risques prévisibles pour l'exécution du contrat lors de la soumission du délai d'exécution du contrat, les questions litigieuses suivantes se posent :
- 41 L'un des litiges porte sur la question de savoir s'il est possible de rechercher une modification illégale du contrat de passation de marché également dans l'hypothèse où il n'y aurait pas d'accord écrit de modification du contrat signé entre les parties, mais en présence d'autres formes de communication entre ces parties avec des traces écrites permettant de conclure à une modification effective des termes essentiels du contrat.

Il est certes vrai qu'un contrat de marché public, tel que défini à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, est un contrat écrit. Un

amendement valide dudit contrat nécessite un accord écrit entre les parties à cet effet, modifiant ses dispositions. Mais il est également vrai que l'article 2, paragraphe 1, point 18, de la directive 2014/24 définit comme « écrit(e) » ou « par écrit » tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué, y compris les informations transmises et stockées par un moyen électronique. Et aux termes du considérant 58 de la directive 2014/24, si les aspects essentiels d'une procédure de passation de marché tels que les documents de marché, les demandes de participation, les confirmations d'intérêt et les offres doivent toujours revêtir une forme écrite, il devrait néanmoins rester possible de communiquer oralement avec les opérateurs économiques, pour autant que le contenu de ces communications soit consigné d'une manière suffisante. L'interprétation divergente que la juridiction nationale fait des dispositions susmentionnées du droit dérivé de l'Union européenne suscite des doutes quant à leur signification.

Compte tenu de cette dissension, il convient de se poser la question suivante : L'article 72, paragraphe 1, sous e), lu en combinaison avec son paragraphe 4, sous a) et b), de la directive 2014/24 permet-il une réglementation nationale ou une jurisprudence nationale sur l'interprétation et l'application de cette réglementation selon laquelle une violation des règles relatives à la modification substantielle du contrat de marché public est présente uniquement lorsque les parties ont signé un accord écrit/une annexe dont l'objet est la modification du contrat ?

En cas de réponse négative à la première question : l'article 72, paragraphe 1, sous e), lu en combinaison avec son paragraphe 4, sous a) et b), de la directive 2014/24 permet-il à une réglementation nationale ou à une jurisprudence nationale sur l'interprétation et l'application de cette réglementation, selon laquelle une modification illicite des contrats de marchés publics peut avoir lieu non seulement lorsque les parties ont signé un accord écrit mais aussi à travers leurs actes conjoints effectués en violation des dispositions relatives à la modification des contrats, ces actes se manifestant par une communication et des traces écrites établies au cours de cette communication (comme celles du litige au principal) desquelles on peut déduire une concordance de volonté pour réaliser une modification ?

- 42 Les questions suivantes sont également justifiées par l'interprétation divergente et l'hésitation dans la jurisprudence, en ce qui concerne les conditions préalables dans lesquelles il est possible de rechercher une modification substantielle illégale des contrats de marchés publics en cas de mauvaise foi. En conséquence, afin de trancher le litige, il convient de répondre aux questions suivantes :

La notion de « diligence lors de la préparation du marché » – au sens du considérant [109] de la directive 2014/24 – dans la partie de l'offre relative au délai d'exécution des activités, inclut-elle également l'évaluation des risques de conditions météorologiques habituelles qui pourraient nuire à l'exécution du marché public dans le délai, ainsi qu'une évaluation des interdictions

réglementaires d'exécution de travaux au cours d'une certaine période qui est incluse dans la période d'exécution du marché ?

La notion de « circonstances imprévisibles » au sens de la directive 2014/24 comprend-elle uniquement des circonstances qui ont eu lieu après que le contrat a été conclu (à l'instar de la loi nationale, notamment le paragraphe 2, point 27 des dispositions complémentaires de la loi relative aux marchés publics), qui n'ont pas pu être prévues malgré la diligence requise, qui ne sont pas dues à des actes ou omissions des parties mais rendent l'exécution impossible dans le cadre des conditions conclues ? Ou bien la directive n'exige-t-elle pas que ces circonstances soient survenues après la conclusion du contrat ?

Des conditions météorologiques habituelles qui ne constituent pas des « circonstances imprévisibles » au sens du considérant [109] de la directive 2014/24 et l'interdiction réglementaire – publiée avant la passation du marché public – de construire au cours d'une certaine période, constituent-elles une justification objective de l'exécution du contrat en dehors du délai contractuel ? Dans ce contexte, le soumissionnaire est-il tenu, lors du calcul du délai qu'il proposera, d'inclure (avec diligence et bonne foi) dans sa proposition les risques habituels pertinents pour l'exécution du contrat dans les délais ?

L'article 72, paragraphe 1, sous e), lu en combinaison avec son paragraphe 4, sous a) et b), de la directive 2014/24 permet-il une réglementation, ou jurisprudence nationale d'interprétation et d'application de cette réglementation, qui considère qu'une modification illégale d'un contrat de marché public peut être effectuée dans une situation telle que celle en cause au principal, dès lors : que le délai d'exécution du marché endéans certaines limites est une condition de participation à la passation du marché (le non-respect de ces limites entraînant l'exclusion du soumissionnaire) ; que l'exécution du marché dépasse ce délai en raison de conditions météorologiques habituelles et d'une interdiction réglementaire – déjà connue avant la passation du marché – d'effectuer des travaux relevant de l'objet et de la période d'exécution du contrat, ces motifs de dépassement ne constituant pas des circonstances imprévisibles ; que l'exécution du contrat a été acceptée sans aucune réserve relative au délai ; qu'aucune pénalité contractuelle n'a été réclamée au titre du retard ; et que, en conséquence, une condition substantielle dans la documentation, et déterminante pour le milieu concurrentiel, a été modifiée et l'équilibre économique a été faussé en faveur du contractant ?

- 43 En ce qui concerne la directive 2014/24/UE, la formation de céans estime qu'elle n'est pas applicable dans le cadre de la procédure devant la juridiction nationale, dans la mesure où la valeur du marché public en cause est inférieure aux seuils de la directive. Par ailleurs, l'article 116 de la loi sur les marchés publics transpose l'article 72 de la directive 2014/24 et une interprétation est nécessaire pour l'application uniforme du droit dans les États membres de l'Union.

Ce qui précède amène le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) à opérer d'office le présent renvoi préjudiciel, avec les questions énoncées ci-après.

Pour les raisons exposées ci-dessus et conformément à l'article 267, troisième alinéa, en combinaison avec son paragraphe 1, point b), TFUE et conformément à l'article 631, paragraphe 3, du code de procédure civile (GPK) en combinaison avec l'article 144 du code de procédure administrative (APK), le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) de la République de Bulgarie

ORDONNE :

[OMISSIS]

RENVOIE à la Cour de justice de l'Union européenne une demande de décision préjudicielle comportant les questions suivantes :

1. L'article 72, paragraphe 1, sous e), lu en combinaison avec son paragraphe 4, sous a) et b), de la directive 2014/24 permet-il une réglementation nationale ou une jurisprudence nationale sur l'interprétation et l'application de cette réglementation selon laquelle une violation des règles relatives à la modification substantielle du contrat de marché public est présente uniquement lorsque les parties ont signé un accord écrit/une annexe dont l'objet est la modification du contrat ?
2. En cas de réponse négative à la première question : l'article 72, paragraphe 1, sous e), lu en combinaison avec son paragraphe 4, sous a) et b), de la directive 2014/24 permet-il à une réglementation nationale ou à une jurisprudence nationale sur l'interprétation et l'application de cette réglementation, selon laquelle une modification illicite des contrats de marchés publics peut avoir lieu non seulement lorsque les parties ont signé un accord écrit mais aussi à travers leurs actes conjoints effectués en violation des dispositions relatives à la modification des contrats, ces actes se manifestant par une communication et des traces écrites établies au cours de cette communication (comme celles du litige au principal) desquelles on peut déduire une concordance de volonté pour réaliser une modification ?
3. La notion de « diligence lors de la préparation du marché » – au sens du considérant [109] de la directive 2014/24 – dans la partie de l'offre relative au délai d'exécution des activités, inclut-elle également l'évaluation des risques de conditions météorologiques habituelles qui pourraient nuire à l'exécution du marché public dans le délai, ainsi qu'une évaluation des interdictions réglementaires d'exécution de travaux au cours d'une certaine période qui est incluse dans la période d'exécution du marché ?
4. La notion de « circonstances imprévisibles » au sens de la directive 2014/24 comprend-elle uniquement des circonstances qui ont eu lieu après que le contrat a été conclu (à l'instar de la loi nationale, notamment le paragraphe 2, point 27 des

dispositions complémentaires de la loi relative aux marchés publics), qui n'ont pas pu être prévues malgré la diligence requise, qui ne sont pas dues à des actes ou omissions des parties mais rendent l'exécution impossible dans le cadre des conditions conclues ? Ou bien la directive n'exige-t-elle pas que ces circonstances soient survenues après la conclusion du contrat ?

5. Des conditions météorologiques habituelles qui ne constituent pas des « circonstances imprévisibles » au sens du considérant [109] de la directive 2014/24 et l'interdiction réglementaire – publiée avant la passation du marché public – de construire au cours d'une certaine période, constituent-elles une justification objective de l'exécution du contrat en dehors du délai contractuel ? Dans ce contexte, le soumissionnaire est-il tenu, lors du calcul du délai qu'il proposera, d'inclure (avec diligence et bonne foi) dans sa proposition les risques habituels pertinents pour l'exécution du contrat dans les délais ?

6. L'article 72, paragraphe 1, sous e), lu en combinaison avec son paragraphe 4, sous a) et b), de la directive 2014/24 permet-il une réglementation, ou jurisprudence nationale d'interprétation et d'application de cette réglementation, qui considère qu'une modification illégale d'un contrat de marché public peut être effectuée dans une situation telle que celle en cause au principal, dès lors : que le délai d'exécution du marché endéans certaines limites est une condition de participation à la passation du marché (le non-respect de ces limites entraînant l'exclusion du soumissionnaire) ; que l'exécution du marché dépasse ce délai en raison de conditions météorologiques habituelles et d'une interdiction réglementaire – déjà connue avant la passation du marché – d'effectuer des travaux relevant de l'objet et de la période d'exécution du contrat, ces motifs de dépassement ne constituant pas des circonstances imprévisibles ; que l'exécution du contrat a été acceptée sans aucune réserve relative au délai ; qu'aucune pénalité contractuelle n'a été réclamée au titre du retard ; et que, en conséquence, une condition substantielle dans la documentation, et déterminante pour le milieu concurrentiel, a été modifiée et l'équilibre économique a été faussé en faveur du contractant ?

SURSOIT À STATUER dans le contentieux administratif [OMISSIS] jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée.

[OMISSIS]