

Affaire C-376/21**Demande de décision préjudicielle****Date de dépôt :**

17 juin 2021

Juridiction de renvoi :

Varhoven administrativen sad (Bulgarie)

Date de la décision de renvoi :

28 mai 2021

Partie requérante en cassation :

Zamestnik-ministar na regionalното razvitie i blagoustroystvoto et rakovoditel na Upravliavashtia organ na Operativna programa « Regioni v rastezh » 2014-2020

Partie défenderesse en cassation :

Obshtina Razlog

ORDONNANCE**Sofia, le 28 mai 2021**

Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) **de la République de Bulgarie** [OMISSIS] [La présente] procédure a été introduite au titre des articles 208 et suiv. de l'Administrativnoprotsesualen kodeks (Code de procédure administrative, ci-après l'APK), en combinaison avec l'article 73, paragraphe 4 du Zakon za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (loi relative à la gestion des fonds structurels et d'investissements européens, ci-après le ZUSESIF).

Elle a pour origine un pourvoi en cassation formé par le Zamestnik-ministar na regionalното razvitie i blagoustroystvoto (vice-ministre du développement régional et des travaux publics), en sa qualité de rakovoditel na Upravliavashtia organ na Operativna programa « Regioni v rastezh » 2014-2020 (chef de l'autorité de gestion du programme opérationnel « Régions en développement » contre la décision n° 1216, du 3 août 2020 [OMISSIS] de l'Administrativen sad (tribunal administratif) de Blagoevgrad.

Considérant qu'elle est saisie de l'affaire en dernière instance et que sa décision n'est pas susceptible de recours, et compte tenu de ce que, afin de parvenir à la bonne résolution du litige, il est nécessaire d'interpréter des dispositions pertinentes du droit de l'Union, la chambre de céans du Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) estime qu'il y a lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne, au titre de l'article 267, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne d'une

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 Partie demanderesse en cassation, partie défenderesse dans la procédure en première instance et autorité ayant adopté l'acte administratif attaqué : le vice-ministre du développement régional et des travaux publics, en sa qualité de chef de l'autorité de gestion du programme opérationnel « Régions en développement » 2014 – 2020, adresse : ville de Sofia [OMISSIS].
- 3 Partie défenderesse en cassation, partie requérante en première instance et destinataire de l'acte administratif attaqué : commune de Razlog [OMISSIS], adresse : ville de Razlog [OMISSIS].
- 4 Varhovna administrativna prokuratura (ministère public près la Cour administrative suprême), adresse : ville de Sofia [OMISSIS].

Objet du litige :

- 5 L'objet du litige devant l'administrativen sad (tribunal administratif) de Blagoevrad était la décision n° RD-02-36-472, du 15 avril 2020, du vice-ministre du développement régional et des travaux publics, en sa qualité de chef de l'autorité de gestion du programme opérationnel « Régions en développement » 2014 – 2020, par laquelle était appliquée à la commune de Razlog une correction financière à hauteur de 10 % sur les dépenses éligibles [au financement par] les Fonds structurels et d'investissements européens (ci-après les « Fonds ESI ») conformément à l'article 1, paragraphe 2, du ZUSESIF, eu égard au contrat n° 681 (n° BG16RFOP001-3.002-0025-C01/D-01), conclu le 29 décembre 2017 entre la commune en question et la « Dikar Konsult » OOD, dont le siège est à Pleven, et ayant pour objet « Fourniture d'équipement pour le façonnage des métaux pour les besoins du lycée professionnel pour la mécanisation de l'agriculture de la ville de Razlog », pour une valeur de 33 907 BGN hors TVA.

- 6 Ladite correction a été appliquée pour une violation de dispositions nationales (article 2, paragraphe 1, points 1 et 2, et article 2, paragraphe 2, du Zakon za obshtestvenite porachki – loi relative aux marchés publics, ci-après le « ZOP »), ainsi que de dispositions du droit de l'Union européenne [article 160 du Règlement (UE, Euratom) 2018/1046 du Parlement européen et du Conseil, du 18 juillet 2018, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, modifiant les règlements (UE) n° 1296/2013, (UE) n° 1301/2013, (UE) n° 1303/2013, (UE) n° 1304/2013, (UE) n° 1309/2013, (UE) n° 1316/2013, (UE) n° 223/2014, (UE) n° 283/2014 et la décision n° 541/2014/UE, et abrogeant le règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 (ci-après le « règlement 2018/1046 »), qualifiée comme irrégularité au sens de l'article 70, paragraphe 1, point 9, du ZUSESIF, lu en combinaison avec le point 11, sous a), de l'annexe 1 à l'article 2, paragraphe 1, de l'arrêté (naredba) indiquant les irrégularités donnant lieu à des corrections financières et les pourcentages appliqués pour déterminer la correction financière au titre du ZUSESIF (ci-après l'« arrêté indiquant les irrégularités » ou l'« arrêté »).

Les faits :

Octroi d'un soutien financier :

- 7 En vertu du contrat n° RD-02-37-294, du 9 décembre 2016, conclu entre la commune de Razlog et l'autorité de gestion (ci-après l'« AG »), une aide financière a été accordée à ladite commune au titre du programme opérationnel « Régions en développement » 2014 – 2020 – BG16RFOP001-3.002 « Soutien aux lycées professionnels en République de Bulgarie », ISUN [Informatsionna sistema za upravlenie i nablyudenie na sredstvata ot ES v Balgaria – Système d'information relatif à la gestion et à la surveillance des ressources de l'Union européenne en Bulgarie] n° BG16RFOP001-3.002-0025-C01.
- 8 Le soutien financier a été accordé au bénéficiaire pour l'exécution de la proposition de projet BG16RFOP001-3.002-0025 « Réalisation d'investissements pour l'amélioration de l'infrastructure scolaire, pour l'amélioration globale de l'enseignement dans le lycée professionnel pour la mécanisation de l'agriculture de la ville de Razlog ».

Attribution du marché public – première procédure :

- 9 Aux fins de la réalisation des actions financées avec les ressources des Fonds ESI, la commune de Razlog, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, a procédé à une attribution de marché public – mise en concurrence publique, ayant pour objet : « Fourniture de technique, d'équipement et de mobilier pour les besoins du lycée professionnel pour la mécanisation de l'agriculture de la ville de Razlog », le marché étant divisé en quatre lots.
- 10 La procédure d'appel d'offres a été clôturée par le pouvoir adjudicateur par la décision définitive n° RD-15-861, du 1^{er} novembre 2017, justifiée, en droit, par les conditions visées à l'article 110, paragraphe 1, points 1 et 2, du ZOP et, en fait,

par la circonstance que, dans le cadre du lot n° 2, intitulé « Équipement pour le façonnage des métaux », une seule offre a été déposée et elle n'était pas conforme aux conditions du marché préalablement annoncées, ce qui constitue, selon l'article 107, point 2, sous a), du ZOP, un motif pour le rejet d'une candidature à la participation à une procédure d'attribution de marché.

Attribution du marché public – deuxième procédure :

- 11 Par la décision n° RD-15-937, du 1^{er} décembre 2017, le pouvoir adjudicateur a appliqué la procédure au titre de l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP – « procédure négociée sans publication préalable », ayant pour objet la « Fourniture d'équipement pour le façonnage des métaux pour les besoins du lycée professionnel pour la mécanisation de l'agriculture de la ville de Razlog » et une valeur estimée du marché de 33 917,82 BGN hors TVA. Le choix de ce mode d'attribution a été motivé par l'absence d'une offre adéquate dans le cadre de la procédure d'attribution précédente (mise en concurrence publique) pour le lot ayant le même objet, et par l'absence de modification des conditions du marché initialement annoncées pour le lot clôturé.
- 12 Dans le cadre de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur a invité un seul opérateur économique à participer (la « Dikar Konsult » OOD, dont le siège est à Pleven) et a conclu avec celui-ci le contrat d'attribution d'un marché public n° 681 (n° BG16RFOP001-3.002-0025-C01/D-01), du 29 décembre 2017, ayant pour objet « Fourniture d'équipement pour le façonnage des métaux pour les besoins du lycée professionnel pour la mécanisation de l'agriculture de la ville de Razlog », pour une valeur de 33 907 BGN hors TVA.

Fixation de la correction financière :

Lancement d'alerte :

- 13 La procédure négociée sans publication préalable ainsi menée a fait l'objet d'un signalement d'alerte, sous le n° 1302, enregistré au Registre des signalements et irrégularités auprès de la direction générale « planification stratégique et programmes de développement régional », au sein du ministère du Développement régional et des Travaux publics, alléguant une violation entraînant des conséquences financières commise par le pouvoir adjudicateur et consistant à adresser une invitation à participer au marché à une seule personne déterminée, sans aucune justification, donnant ainsi un avantage injustifié à l'opérateur économique choisi et en restreignant au maximum la libre concurrence, en violation des principes visés à l'article 2, paragraphe 1, points 1 et 2, et paragraphe 2, du ZOP et à l'article 160 du règlement 2018/1046.
- 14 Par la lettre n° 99-00-6-220, du 20 mars 2020, le chef de l'AG a informé le bénéficiaire de l'alerte reçue et de l'ouverture d'une procédure de fixation d'une correction financière, en lui donnant la possibilité, conformément à l'exigence prévue à l'article 73, paragraphe 2, du ZUSESIF, de présenter des objections par

écrit quant au bien-fondé et au montant de la correction financière et, le cas échéant, de joindre des éléments de preuve.

Observations du bénéficiaire :

- 15 Le bénéficiaire a présenté des objections par écrit, dans lesquelles il a contesté le bien-fondé des allégations faites dans l'alerte lancée. Il a indiqué qu'en ce qui concerne la procédure d'appel d'offres en cause, aucune règle n'interdisait de négocier avec un seul opérateur économique, mais que le pouvoir adjudicateur pouvait, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation, négocier avec une ou plusieurs personnes déterminées (article 18, paragraphe 7, lu en combinaison avec le paragraphe 1, point 8, du ZOP). Selon ses observations, l'objectif de la loi (article 2 ZOP), conformément au principe visé à l'article 160 du règlement 2018/1046, est d'assurer la plus large concurrence dans le cadre des marchés publics, mais seulement lorsque cela est possible. Il a estimé que la procédure négociée sans publication préalable doit être considérée comme formant un ensemble avec la procédure de mise en concurrence publique qui l'a précédée et à laquelle toutes les personnes intéressées ont eu la possibilité de participer en soumettant une offre. En l'espèce, cependant, une seule offre a été présentée, laquelle dépassait le double de la valeur estimée du marché. Cette circonstance, selon le bénéficiaire, démontre l'absence d'intérêt à participer à la procédure, laquelle s'explique, à son tour, par la faiblesse des ressources financières fixées comme valeur maximale estimée pour l'exécution du marché. La procédure de mise en concurrence publique qui s'est terminée sans sélection d'un entrepreneur en raison de l'absence de participants adéquats a conditionné la décision du bénéficiaire d'adresser une invitation à une personne, dans la procédure négociée suivante, sans publication préalable. Celui-ci estime avoir fait le possible pour sélectionner au moins un entrepreneur qui soumette une offre respectant les conditions du marché, en vue de réaliser les actions prévues aux fins de la réalisation du projet financé par les Fonds ESI.

Décision de l'autorité. Motifs.

- 16 Le lancement d'alerte a donné lieu à l'adoption de la décision n° RD -02-36-472, du 15 avril 2020, par laquelle le chef de l'AG a fixé, pour la commune de Razlog, une correction financière de 10 % sur les dépenses éligibles eu égard au contrat n° 681 (n° BG16RFOP001-3.002-0025-C01/D-01), conclu le 29 décembre 2017 entre la commune en question et la « Dikar Konsult » OOD, dont le siège est à Pleven, et ayant pour objet « Fourniture d'équipement pour le façonnage des métaux pour les besoins du lycée professionnel pour la mécanisation de l'agriculture de la ville de Razlog », pour une valeur de 33 907 BGN hors TVA.
- 17 Dans les motifs de la mesure administrative, le chef de l'AG ne conteste pas le type de procédure appliqué par le pouvoir adjudicateur (procédure négociée sans publication préalable), dès lors que sont réunies les conditions légales pour sa réalisation prévues à l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP (clôture de la procédure de mise en concurrence publique précédente, portant sur un lot ayant le

même objet, en raison de la soumission d'une seule offre qui ne répondait pas aux exigences préalablement annoncées par le pouvoir adjudicateur[,] et conditions du marché inchangées). En se référant aux dispositions de l'article 160 du règlement 2018/1046 ainsi que de l'article 2, paragraphe 1, points 1 et 2, et de l'article 2, paragraphe 2, du ZOP, l'autorité qui a émis l'acte indique que le respect du principe de libre concurrence est impératif dans le cadre de la passation de marchés publics. L'exception à ce principe dans la procédure négociée sans publication préalable trouve sa raison d'être dans l'impossibilité d'assurer la concurrence « la plus large », et elle consiste en une restriction de concurrence admissible et justifiée, mais non dans son élimination totale, comme en l'espèce. L'autorité en question estime qu'une exclusion absolue du champ d'application du principe de libre concurrence est inadmissible et contraire aux fondements du droit puisque, même dans les cas où la concurrence est restreinte, le pouvoir adjudicateur est tenu de l'assurer chaque fois que c'est possible. Selon le chef de l'AG, le cas visé à l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP, ne saurait justifier l'attribution du marché en l'absence de toute concurrence, étant donné que les dispositions applicables à la relation juridique en cause dans le présent litige (article 64, paragraphes 1 et 3, du Pravilnik [za] prilagan na ZOP (règlement d'application du ZOP, ci-après le « PPZOP »), prévoient expressément une invitation à participer aux négociation adressée à plus d'une personne, étant donné le pluriel des « personnes » utilisé dans leur formulation. Eu égard aux recommandations de l'Agentsia po obshtestveni porachki (Agence des marchés publics), dans le Guide pratique pour la mise en œuvre de la législation en matière de marchés publics, selon lesquelles « dans un cadre juridique n'exigeant pas que l'objet du marché soit réalisé par une personne déterminée, et où il est objectivement possible d'assurer la concurrence, le pouvoir adjudicateur peut adresser l'invitation à plus d'un soumissionnaire et attribuer le marché sur la base d'un choix dans des conditions de concurrence », l'autorité en question a considéré que l'objet du marché public (fourniture d'équipement universel pour le façonnage des métaux), suppose que les activités visées par le marché puissent être réalisées par plus d'un opérateur économique. Elle a estimé qu'en l'absence de circonstances objectives imposant de ne négocier qu'avec un seul opérateur déterminé, le pouvoir adjudicateur était tenu de veiller à ce que la procédure se déroule dans des conditions de concurrence, en invitant plus d'une personne. En n'invitant que la « Dikar Konsult » OOD, le pouvoir adjudicateur a accordé un avantage injustifié à cet opérateur économique, sans qu'il y ait eu un fondement juridique et factuel à cet effet. En étant désigné comme adjudicataire en l'absence injustifiée de concurrence, l'unique soumissionnaire invité a été placé dans une situation plus favorable par rapport aux autres opérateurs économiques susceptibles et capables d'exécuter le marché. L'autorité a indiqué que le choix d'inviter une société déterminée à être l'adjudicataire n'était pas motivé, et il n'est pas clair pourquoi l'invitation a été adressées à ladite société en particulier. La négociation, en l'espèce, avec une seule personne est définie comme une violation des principes établis à l'article 2, paragraphe 1, points 1 et 2, du ZOP, en ce qu'elle a limité la participation d'un cercle indéfini d'opérateurs économiques intéressés par le marché. Au soutien de sa position, le chef de l'AG cite une

jurisprudence du Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) relative à l'application de l'article 102 du règlement abrogé (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil (ci-après le « règlement n° 966/2012 »), dont le contenu est identique à l'article 160 du règlement 2018/1046. Dans cette jurisprudence, il a été considéré que l'anomalie constatée dans le choix de l'adjudicataire constitue une irrégularité au sens de l'article 2, point 36, du règlement (UE) n° 1303/2013 – on est en présence d'une violation du droit de l'Union européenne (l'article 160 du règlement 2018/1046) et de dispositions nationales (article 2, paragraphe 1, points 1 et 2, et article 2, paragraphe 2, du ZOP) résultant d'un acte du bénéficiaire et qui a des conséquences financières (atteinte aux ressources des Fonds ESI, eu égard à l'impossibilité de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse en raison d'une absence illicite de concurrence dans le cadre de la procédure de passation de marché. Le montant de la correction financière est fixé en appliquant la méthode proportionnelle en raison de l'impossibilité de quantifier les conséquences financières de l'infraction qualifiée d'irrégularité dans l'hypothèse du point 11, sous a), de l'annexe n° 1 à l'article 2, paragraphe 1, de l'arrêté indiquant les irrégularités, lu en combinaison avec l'article 70, paragraphe 1, point 9, ZUSESIF.

La procédure juridictionnelle :

La procédure de première instance :

- 18 La décision du chef de l'AG de fixer une correction financière a fait l'objet d'un recours juridictionnel introduit par la commune de Razlog. Par la décision n° 1216, du 3 août 2020, [OMISSIS] l'Administrativen sad (Tribunal administratif, Bulgarie) de Blagoevrad a annulé l'acte administratif au motif qu'il était entaché d'une illégalité matérielle.
- 19 Le tribunal est parvenu à cette conclusion en considérant qu'il était constant entre les parties et qu'il ressortait des pièces du dossier que le choix du bénéficiaire d'attribuer le marché public suivant la procédure « négociée sans publication préalable », intervenue après la clôture d'une précédente procédure de « mise en concurrence publique » ayant un objet identique et en l'absence de modification des conditions du marché initialement annoncées dans ladite procédure précédente, était conforme à la loi, à savoir l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP. La solution du litige a été faite dépendre de la question de savoir si, dans le cadre de cette procédure ultérieure, le pouvoir adjudicateur n'avait eu la possibilité d'inviter qu'une seule personne et si cela constituait une violation des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de libre concurrence (article 2, paragraphes 1, points 1 et 2, du ZOP, et, respectivement, article 160, paragraphes 1 et 2, du règlement 2018/1046). En analysant le cadre juridique national et de l'Union applicable, la juridiction de première instance a considéré qu'une exception au principe de libre concurrence dans la passation des marchés publics était admise dans certaines hypothèses, et que le cas dont elle était saisie

relevait d'une de ces hypothèses. Elle a indiqué que la dérogation au principe de la garantie de la concurrence sur la base la plus large possible trouvait son expression dans la procédure négociée sans publication préalable, dont les conditions de déroulement entraînent une impossibilité matérielle générale d'appliquer ce principe, soit en raison de l'objet spécifique du marché, soit en l'absence d'offres appropriées soumises (point 11.1 de la section « Procédures de passation des marchés » de l'annexe I du règlement 2018/1046). Le juge a considéré que le bénéficiaire avait respecté les règles spécifiques pertinentes de la législation interne et du droit de l'Union excluant l'application du principe dont le chef de l'AG alléguait la violation, en invoquant les dispositions combinées de l'article 18, paragraphe 7, de l'article 18, paragraphe 1, point 8, et de l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP, en vertu desquelles les pouvoirs adjudicateurs disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, au cas par cas, le nombre de personnes avec lesquelles ils négocient, en fonction des exigences spécifiques liées à l'objet du marché, du délai de sa réalisation, et d'autres circonstances pertinentes pour mener à bien la procédure. Dans ce contexte, il est parvenu à la conclusion que le choix de l'une ou l'autre des possibilités également licites ne constitue pas une violation des règles de désignation d'un adjudicataire au titre ZOP, et qu'il n'y a pas d'irrégularité au sens de l'article 70, paragraphe 1, point 9, du ZUSESIF. La conclusion quant à la licéité de l'action du destinataire de la correction financière est fondée sur les circonstances dans lesquelles le marché en cause a été attribué (clôture d'une procédure d'appel d'offres précédente en raison de la soumission d'une offre inappropriée, réduction objective, par conséquent, des délais de négociation et de conclusion de contrat, ainsi que l'objet du marché lui-même). Selon le tribunal, en raison de l'impossibilité objective de choisir un adjudicataire à l'issue de la procédure de « mise en concurrence publique » initiale, dans le cadre de laquelle la plus large concurrence possible avait été assurée, dans la procédure négociée sans publication préalable ultérieure, le pouvoir adjudicateur a fait le nécessaire pour inviter un opérateur économique remplissant ses conditions et ayant la capacité d'exécuter le marché. Les allégations du chef de l'AG quant à l'absence de clarté et de motivation justifiant le choix de l'opérateur économique déterminé à inviter en tant qu'adjudicataire, ont été jugées non fondées, eu égard au fait que la réglementation donne expressément la possibilité au pouvoir adjudicateur de négocier les clauses du contrat avec une ou plusieurs personnes déterminées (article 18, paragraphe 7, du ZOP). Dans ces circonstances, le tribunal a fait droit au recours du bénéficiaire en première instance.

Procédure en cassation :

- 20 Le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) a été saisi d'un pourvoi en cassation par le chef de l'AG contre la décision de l'Administrativen sad (tribunal administratif) de Blagoevgrad d'annulation de la correction financière imposée à la commune de Razlog.
- 21 La partie requérante au pourvoi soutient sur le fond la position exprimée dans la motivation de l'acte administratif dont elle est l'auteur, en ajoutant que l'exercice

du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur ne saurait être contraire à la finalité de la loi et aux principes fondamentaux consacrés par le droit national et par le droit de l'Union européenne. Elle fait valoir que, en présence de deux possibilités légitimes ou plus, le pouvoir adjudicateur est tenu de choisir celle qui peut être réalisée de la manière la plus économique et la plus favorable à l'État et à la société.

- 22 En sa qualité de de partie défenderesse dans la présente procédure, le bénéficiaire invoque des arguments tirés du caractère non fondé du pourvoi en cassation. Outre les arguments déjà avancés devant l'autorité administrative et devant le juge de première instance, il fait valoir la position adoptée par le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) dans certaines décisions rendues dans des affaires similaires et reconnaissant le droit du pouvoir adjudicateur d'inviter, dans l'hypothèse qui nous occupe, un seul opérateur économique, indépendamment de l'objet du marché, et de la question de savoir si ce dernier pourrait être objectivement exécuté par d'autres opérateurs économiques qui n'ont pas été invités, excluant ainsi l'applicabilité du règlement 2018/1046 aux procédures de passation de marché menées par les pouvoirs adjudicateurs nationaux.
- 23 Le Prokuror ot Varhovna administrativna prokuratura (ministère public près la Cour administrative suprême, Bulgarie) participant à la procédure conclut au caractère correct de la décision du tribunal de première instance en partageant ses conclusions quant à l'illégalité de l'acte de correction financière. Il fait valoir que la juridiction de cassation est appelée à apprécier la nécessité d'introduire une demande de décision préjudicielle portant sur l'interprétation des articles 160, paragraphe 2, et 164, paragraphe 1, sous d), du règlement 2018/1046 et de l'article 32, paragraphes 2 à 5, de la directive n° 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, dans la mesure où des considérations contradictoires sont constatées dans des décisions juridictionnelles relatives à l'interprétation desdites dispositions.

Le droit applicable

Législation nationale :

- 24 Zakon za obshtestvenite porachki (loi relative aux marchés publics) (Publié au Darzhaven vestnik – journal officiel bulgare, ci-après le « DV » – n° 13, du 16 février 2016, en vigueur à compter du 15 avril 2016, [OMISSIS] [modifié en dernier lieu :] n° 85 du 24 octobre 2017) :

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

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

Article 2, paragraphe 2 : Lors de l'attribution de marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas le droit de restreindre la concurrence en prévoyant des conditions ou des exigences qui confèrent un avantage injustifié ou qui limitent indûment la participation d'opérateurs économiques à un marché public et qui ne sont pas liées à l'objet, à la valeur, à la complexité, à la quantité ou au volume du marché.

Article 5, paragraphe 1 : Les pouvoirs adjudicateurs sont responsables de la bonne analyse, de la planification, du déroulement, de l'achèvement et de l'évaluation 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, ainsi que les maires adjoints, lorsqu'ils sont ordonnateurs ;

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 18, paragraphe 7 : Dans le cadre des procédures négociées au sens du paragraphe 1, points 8 à 10, et point 13, le pouvoir adjudicateur négocie les clauses contractuelles avec une ou plusieurs personnes bien définies.

Article 18, paragraphe 1 : Les procédures au sens de la présente loi sont :

8. la négociation sans publication préalable ;
9. la négociation sans invitation préalable à participer ;
10. la négociation sans publication d'un avis de marché ;
13. la négociation directe.

Article 79, paragraphe 1 : Les pouvoir adjudicateurs publics ne peuvent recourir à une procédure négociée sans publication préalable que dans les cas suivants :

1. lorsque, dans le cadre d'une procédure ouverte ou restreinte, aucune offre ou demande de participation n'a été déposée ou lorsque les offres ou les demandes de participation n'étaient pas appropriées, et les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées ;

Article 182, paragraphe 1 : Le pouvoir adjudicateur peut négocier directement avec des personnes déterminées en présence de l'un des motifs prévus à l'article 79, paragraphe 1, points 3 et 5 à 9, ou bien lorsque :

2. la procédure d'adjudication au moyen d'une mise en concurrence publique a été clôturée au motif qu'aucune offre n'a été déposée ou que les offres déposées étaient inappropriées, et que les conditions initiales n'ont pas été modifiées de manière substantielle ;

Article 191, paragraphe 1 : Les pouvoirs adjudicateurs peuvent ne pas publier un avis, mais adresser une invitation à une ou plusieurs personnes déterminées en présence de l'un des motifs suivants :

1. aucune offre n'a été reçue, y compris après la prorogation du délai visé à l'article 188, paragraphe 2, et les conditions initiales du marché n'ont pas été modifiées ;

Article 110, paragraphe 1 : Le pouvoir adjudicateur clôture la procédure par une décision motivée, lorsque :

1. aucune offre, demande de participation ou projet concurrentiel n'a été déposé, ou bien lorsqu'aucun participant ne s'est présenté à la négociation ;
2. aucune des offres ou des demandes de participation ne remplissait les conditions de soumission, y compris en ce qui concerne les formes les modalités et les délais, ou n'étaient appropriées[.]

- 25 Zakon za upravljenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (Loi sur la gestion des ressources des Fonds ESI ; publié au DV n° 101 du 22 décembre 2015, [OMISSIS] [modifié et complété en dernier lieu :] DV n° 85 du 24 octobre 2017)

Article 70, paragraphe 1 : Un soutien financier par des Fonds ESI peut être annulé, en tout ou en partie, par une correction financière pour les motifs suivants :

9. en raison d'une irrégularité consistant en une violation des règles de désignation d'un adjudicataire visées au chapitre 4, commise par un acte ou une omission du bénéficiaire et qui a ou aurait pour effet de porter préjudice aux ressources des Fonds ESI ;

- 26 Pravilnik za prilagane na Zakona za obshtestvenite porachki (règlement concernant l'application du ZOP) ([OMISSIS] publié au DV n° 28, du 8 avril 2016, en vigueur à compter du 15 avril 2016) :

Article 64, paragraphe 1 : Dans la décision de clôture de la procédure visée à l'article 18, paragraphe 1, points 8 à 10 et 13, du ZOP, les pouvoirs adjudicateurs indiquent également les personnes qui seront invitées à participer à la négociation, sauf dans les cas visés à l'article 79, paragraphe 1, points 7 et 8, à l'article 138,

paragraphe 1, point 2, à l'article 164, paragraphe 1, points 9 et 10 du ZOP, ainsi que dans les cas visés à l'article 182, paragraphe 1, point 3, du ZOP.

Article 64, paragraphe 3 : L'invitation à participer à la procédure est adressée aux personnes indiquées dans la décision visée au paragraphe 1.

Droit de l'Union européenne :

27 Règlement 2018/1046 :

Article 160 « Principes applicables aux marchés et champ d'application » :

1. Tous les marchés financés totalement ou partiellement par le budget respectent les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination.

2. Tous les marchés font l'objet d'une mise en concurrence la plus large possible, sauf dans les cas de recours à la procédure visée à l'article 164, paragraphe 1, point d).

Article 164, paragraphe 1 : Les procédures de passation de marchés pour l'attribution de contrats de concession ou de marchés publics, y compris de contrats-cadres, prennent l'une des formes suivantes :

d) procédure négociée, y compris sans publication préalable[.]

28 Règlement n° 966/2012 :

Article 102 « Principes applicables aux marchés publics » :

1. Tous les marchés publics financés totalement ou partiellement par le budget respectent les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination.

2. Tous les marchés font l'objet d'une mise en concurrence la plus large, sauf dans les cas de recours à la procédure visée à l'article 104, paragraphe 1, point d).

Article 104, paragraphe 1 : Les procédures de passation de marché pour l'attribution de contrats de concession ou de marchés publics, y compris de contrats-cadres, prennent l'une des formes suivantes :

d) procédure négociée, y compris sans publication préalable[.]

Jurisprudence :

Jurisprudence nationale :

29 La jurisprudence nationale n'est pas unanime dans l'interprétation des dispositions précitées de la législation interne et du droit de l'Union. Il existe deux positions

opposées, exprimées dans les arrêts rendus par le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) sur les questions juridiques soulevées dans la présente procédure.

- 30 Selon l'une de ces approches, le fait de négocier seulement avec un opérateur économique déterminé, dans le cas de l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP, constitue une violation des règles de désignation d'un adjudicataire, car ce fait est contraire à l'article 2, paragraphe 1, point 2, et paragraphe 2, du ZOP, en ce qu'il conduit à éliminer indûment la concurrence et fait obstacle à la possibilité de choisir un opérateur économique susceptible d'obtenir le meilleur niveau de qualité d'exécution au prix le plus avantageux. À l'appui de cette thèse, les considérations suivantes sont avancées :
- 31 Le principe de libre concurrence s'applique à toutes les procédures d'attribution de marchés publics. La disposition de l'article 18, paragraphe 7, du ZOP prévoit, dans le cadre des procédures négociées sans publication préalable, sans invitation préalable à participer, sans publication d'un avis de marché, et dans le cadre de négociations directes, la possibilité générale pour le pouvoir adjudicateur de négocier avec une ou plusieurs personnes déterminées, mais les conditions concrètes de son application sont régies respectivement par les dispositions de l'article 79, de l'article 182, et de l'article 191, du ZOP. Une dérogation au principe de libre concurrence prévue par la réglementation ne signifie pas qu'elle puisse être transportée automatiquement et littéralement à toutes les hypothèses de négociation, y compris sans publication préalable, mais signifie qu'une limitation du cadre concurrentiel n'est admise que dans des circonstances qui le justifient. Étant donné que l'objet du marché peut être exécuté par plus d'un opérateur économique, il n'existe pas de base juridique valable pour n'adresser une invitation qu'à une seule personne préalablement désignée. La négociation avec un seul opérateur économique est légalement admissible seulement dans l'exception prévue à l'article 79, paragraphe 1, point 3, du ZOP (lorsque l'objectif du marché est de créer ou d'obtenir une œuvre d'art ou un produit artistique uniques ; en l'absence de concurrence pour des raisons techniques ; existence de droits exclusifs, notamment des droits de propriété intellectuelle). L'appréciation du pouvoir adjudicateur quant à la possibilité de négocier avec un seul ou plusieurs adjudicataires dépend de l'objet et des spécificités du marché, de son objectif, de la possibilité d'être réalisé par plusieurs adjudicataires, de l'existence de droits exclusifs, etc. En-dehors des cas d'urgence, de circonstances exceptionnelles, d'objectif spécifique, d'objets uniques ou d'autres caractéristiques particulières du marché, qui justifient de n'adresser une invitation qu'à un seul contractant, la négociation avec une seule personne est illicite. Une invitation adressée à un seul opérateur est contraire à la disposition de l'article 160, paragraphe 2, du règlement 2018/1046 (tous les marchés font l'objet d'une mise en concurrence la plus large possible), la dérogation prévue à cette disposition [concernant la procédure visée à l'article 164, paragraphe 1, sous d)] n'étant pas applicable au cas visé à l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP. La dérogation prévue pour la procédure visée à l'article 164, paragraphe 1, point d), du règlement en question ne suppose pas automatiquement une limitation totale du

cadre concurrentiel dans tous les cas visés à l'article 79, paragraphe 1, du ZOP. La lecture de la disposition communautaire précitée ne conduit pas de manière univoque à la conclusion que, dans le cadre de l'application de la procédure de négociation susmentionnée, la loi permet, dans tous les cas, d'adresser une invitation seulement à un opérateur économique, sans que cela soit imposé par les spécificités de la situation factuelle et l'objet du marché concret. La portée du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur comprend le fait d'apprécier combien et quelles personnes doivent être invitées à participer, mais cette appréciation doit toujours être expressément motivée. Le recours à la possibilité de négocier la définition des clauses contractuelles d'exécution du marché avec un seul opérateur économique, lorsque les activités attribuées ne présentent pas de spécificités, est susceptible de conduire à un abus de pouvoir de la part du pouvoir adjudicateur et à des abus de la part des opérateurs économiques intéressés, et pourrait ainsi entraîner de graves conséquences anticoncurrentielles et compromettre l'objectif de la loi visant à employer efficacement les ressources financières publiques (article 1 du ZOP).

Le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) s'est prononcé en ce sens dans ses décisions n° 15984, du 25 novembre 2019 [OMISSIS] ; n° 337, du 10 janvier 2020 [OMISSIS] ; n° 1177, du 24 janvier 2020 [OMISSIS] ; n° 3622, du 10 mars 2020 [OMISSIS] ; n° 3635, du 10 mars 2020 [OMISSIS] ; n° 5461, du 11 mai 2020 [OMISSIS] ; et n° 6313, du 28 mai 2020 [OMISSIS].

- 32 À ce point de vue s'oppose la thèse contraire qui admet la négociation avec seulement un opérateur économique déterminé dans les conditions prévues à l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP, comme étant licite sur la base des arguments suivants :

Dans l'hypothèse de l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP, le législateur a considéré comme admissible une limitation des principes qui régissent le déroulement d'un marché public, lorsque des faits et de circonstances échappant aux pouvoirs du pouvoir adjudicateur (absence d'intérêt des opérateurs économiques ou caractère inapproprié des offres) ont donné lieu à une situation objective dans laquelle ce dernier n'était pas en mesure de réaliser le marché, c'est-à-dire de satisfaire l'intérêt général en cause. La limitation est admise, dès lors que les principes ont été dûment respectés dans le cadre du premier appel d'offres, mais l'on n'est pas parvenu à choisir un adjudicataire en raison de l'absence d'un soumissionnaire répondant aux exigences pour exécuter le marché. S'il avait considéré que, pour garantir les principes du droit, dans la présente espèce, il avait été nécessaire que le pouvoir adjudicateur adresse une invitation à plus d'un opérateur économique, le législateur l'aurait prévu expressément. S'agissant du déroulement licite de la procédure selon les modalités visées à l'article 79, paragraphe 1, du ZOP, ce qui importe c'est le strict respect des conditions dans lesquelles celle-ci peut être menée. Son objectif est de fournir au pouvoir au pouvoir adjudicateur un moyen, en cas d'absence d'intérêt des opérateurs économiques potentiels, pour pouvoir satisfaire l'objectif d'intérêt général dont il est responsable dans le délai nécessaire. Dans l'hypothèse de

l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP, l'objet du marché public est en soi dénué d'importance juridique, de même que le fait de savoir si cet objet peut être également objectivement exécuté par un autre opérateur économique non invité. L'appréciation de la violation des limites du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur dans l'hypothèse de l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP, et par conséquent de la violation des principes d'égalité de traitement et de libre concurrence, ne saurait dépendre du fait de savoir si l'objet du marché peut ou ne peut pas être exécuté, en principe, également par un autre opérateur économique, puisque, dans cette hypothèse, le législateur a admis que le principe de libre concurrence a une portée moindre que dans les procédures ouvertes ou dans les procédures de mise en concurrence publiques. Dans le cas contraire, une violation commise par le pouvoir adjudicateur pourrait être constatée à tout moment, lorsque celui-ci n'a, par exemple, invité que deux opérateurs économiques potentiels, sur deux-cents susceptibles d'exécuter le marché. Une telle insécurité juridique (absence d'exigences et/ou de critères fixés par la réglementation), n'a pas été définie ou admise par le législateur, que ce soit expressément ou implicitement, car il a considéré que l'objectif de la publication, à savoir d'informer les opérateurs économiques potentiellement intéressés et leurs concurrents du marché concerné et donc de créer un cadre concurrentiel, a été déjà rempli et il n'était pas nécessaire de procéder à une nouvelle publication. Il n'existe pas non plus d'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de justifier pour quelle raison il n'invite qu'un seul opérateur économique sélectionné par lui.

- 33 Le règlement 2018/1046 a pour objet non pas les relations juridiques liées à la réalisation des marchés publics au sein des États membres, mais les relations juridiques liées à la fixation et à la mise en œuvre du budget de l'Union. Les dispositions des articles 160 et suiv. du règlement 2018/1046, qui prévoient des exigences en matière de marchés publics et notamment l'exigence de respecter les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination, ainsi que celui d'assurer la concurrence la plus large possible, sauf en ce qui concerne les procédures négociées, y compris celles sans publication préalable, s'appliquent aux pouvoirs adjudicateurs tels que définis dans ce règlement. Elles ne s'appliquent pas aux pouvoirs adjudicateurs nationaux.
- 34 Eu égard à ce qui précède, parmi les règles de l'Union européenne dans le domaine des marchés publics, ce sont les règles de la directive 2014/24 qui sont pertinentes pour les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés par le règlement 2018/1046, à savoir pour les pouvoirs adjudicateurs nationaux qui sont des bénéficiaires (au sens de l'article 2, point 5, du règlement 2018/1046 et de l'article 2, point 10 du règlement 1303/2013) d'une subvention des Fonds ESI. Ces règles, transposées en droit national, sont sources d'obligations dans le chef des pouvoirs adjudicateurs nationaux.

Le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) s'est prononcé en ce sens dans ses décisions n° 6053, du 26 mai 2020 [OMISSIS] ; n° 6054, du 26 mai 2020 [OMISSIS] ; n° 6796, du 5 juin 2020 [OMISSIS] ; n° 10287, du

27 juillet 2020 [OMISSIS] ; n° 10370, du 28 juillet 2020 [OMISSIS] ; n° 10157, du 23 juillet 2020 [OMISSIS] ; n° 10294, du 27 juillet 2020 [OMISSIS]

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

- 35 La chambre de céans, après examen de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, n'a pas constaté l'existence d'une décision préjudicielle de la Cour qui fournirait une interprétation des dispositions combinées des articles 160, paragraphes 1 et 2, et 164, paragraphe 1, sous d), du règlement 2018/1046 dans un cas comme celui de la présente espèce ou similaire (invitation à négocier adressée par un pouvoir adjudicateur public à une seule personne dans le cadre d'une procédure négociée, y compris sans publication préalable, précédée d'une procédure d'appel d'offres ouverte ou restreinte ou d'une procédure de mise en concurrence publique ayant le même objet et qui a été clôturée en raison de l'absence d'offres soumises ou appropriées, lorsque l'objet du marché ne présente aucune spécificité qui imposerait objectivement l'exécution par le seul opérateur économique invité.
- 36 Malgré cela, il est possible de citer certains arrêts rendus par le Tribunal de l'Union européenne concernant des dispositions abrogées en matière de passation de marchés publics, dans la mesure où celles-ci avaient un contenu analogue à celui des dispositions actuellement en vigueur et peuvent servir de référence : arrêt du 20 mai 2010, Allemagne/Commission (T-258/06, EU:T:2010:214) ; arrêt du 15 janvier 2013, Espagne/Commission (T-54/11, EU:T:2013:10) ; arrêt du 8 mai 2007, Citymo/Commission (T-271/04, EU:T:2007:128) ; arrêt du 7 juin 2017, Blaž Jamnik et Blaž/Parlement (T-726/15, EU:T:2017:376). Les deux derniers arrêts du Tribunal de l'Union européenne portent sur l'application de dispositions correspondant à l'article 160, paragraphes 1 et 2, en combinaison avec l'article 164, paragraphe 1, sous d), du règlement (UE, Euratom) n° 2018/1046, à savoir les dispositions des règlements abrogés (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil, du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, et (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil.

Motifs de la demande de décision préjudicielle :

- 37 La correction financière contestée dans la procédure au principal est fondée sur une violation d'une disposition du droit de l'Union européenne, l'article 160 du règlement 2018/1046, résultant d'un acte du bénéficiaire.
- 38 Par conséquent, le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) est saisi d'un litige dont la solution est liée à l'interprétation et à l'application de dispositions du droit de l'Union européenne, en tenant compte du principe de primauté du droit de l'Union européenne sur le droit interne en cas de conflit entre ces deux droits. Un argument supplémentaire au soutien de la recevabilité de la

présente demande de décision préjudicielle est la circonstance que le budget de l'Union européenne est affecté, dans la mesure où le litige porte sur l'usage conforme à la loi des ressources des Fonds ESI.

- 39 Le litige entre les parties, dans la présente procédure, ne concerne pas l'existence des conditions de licéité du recours à une procédure négociée sans publication préalable, mais concerne les modalités de sa réalisation, à savoir en invitant seulement un opérateur économique, eu égard à l'objet du marché (fourniture d'équipement universel pour le façonnage des métaux – fraiseuses, tours, machines à souder – pour les besoins didactiques du lycée professionnel en cause) et à la source de financement, à savoir le budget de l'Union européenne.
- 40 Lors de la détermination de la correction financière, le chef de l'AG a invoqué les dispositions nationales violées, l'article 2, paragraphe 1, points 1 et 2, et l'article 2, paragraphe 2, du ZOP, ainsi que la disposition de l'article 160 du règlement 2018/1046. Le lien direct de la disposition du droit de l'Union avec l'irrégularité alléguée entraîne la nécessité de son interprétation aux fins de la bonne résolution du litige porté devant la juridiction nationale saisie. Dans la mesure où le contrôle juridictionnel opéré par le juge en instance de cassation comprend l'appréciation de la question de l'existence d'une irrégularité en relation avec un préjudice pour le budget de l'Union, la clarification du sens exact des règles communautaires pertinentes en l'espèce suppose que la Cour de justice de l'Union européenne se prononce par voie de décision préjudicielle aux fins de l'application uniforme et précise du droit de l'Union dans tous les États membres.
- 41 Comme indiqué précédemment, il n'y a pas d'unanimité, dans la jurisprudence nationale, quant à l'interprétation de l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP, en combinaison avec l'article 160, paragraphe 2, et avec l'article 164, paragraphe 1, sous d), du règlement 2018/1046. Tandis qu'une partie des formations de jugement nient absolument l'applicabilité dudit règlement aux pouvoirs adjudicateurs nationaux, et considèrent que l'exception visée, indépendamment de l'objet du marché, permet au pouvoir adjudicateur de n'inviter qu'une seule opérateur économique, sans que cela soit contraire au principe de libre concurrence, une autre partie sont d'avis que, dans cette hypothèse spécifique, la négociation avec une personne unique est illégale et contraire aux principes visés à l'article 2 du ZOP et à l'article 160, paragraphe 2, du règlement 2018/1046. La différence constatée dans l'interprétation par les juridictions nationales des dispositions du droit de l'Union en cause soulève des doutes quant au sens qui doit leur être attribué.
- 42 Il est vrai que, dès lors qu'elle est expressément prévue, la dérogation au principe de concurrence sur la base la plus large possible doit être respectée. Toutefois, il est également vrai que, dans la mesure où elle constitue une exception à un principe fondamental, en règle générale, cette dérogation est d'interprétation stricte.

- 43 À cet égard, en ce qui concerne les limites et le contenu de l'exception légalement prévue à l'article 160, paragraphe 2, lu en combinaison avec l'article 164, paragraphe 1, sous d), du règlement 2018/1046, on peut se demander si cette exception permet de n'inviter qu'un seul opérateur économique et, dans l'affirmative, si cela vaut pour tous les cas de procédures négociées sans publication préalable et, en particulier, dans une hypothèse comme celle visée à l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP ; si l'objet du marché et le fait qu'il puisse objectivement être exécuté par plus d'un opérateur économique sont des éléments pertinents ; si le choix d'inviter un candidat particulier doit être justifié (et sur la base de quels critères le pouvoir adjudicateur a choisi d'inviter un opérateur déterminé, alors qu'il existe d'autres opérateurs économiques ayant les capacités et la possibilité d'exécuter le marché).
- 44 Dans la présente espèce, il est également important de se pencher sur la question de savoir comment se concrétise l'exception prévue à l'article 160, paragraphe 2, du règlement 2018/1046, à savoir s'il s'agit d'une élimination totale de la concurrence ou uniquement d'un cadre concurrentiel réduit par rapport au niveau le plus large possible. En d'autres termes, la limitation totale de la concurrence dans une procédure comme celle en cause ici, en l'absence d'une spécificité de l'objet du marché constitue-t-elle une dérogation licite au principe de la mise en concurrence sur la base la plus large possible dans la passation de marchés publics au sens du règlement ?
- 45 Il convient également de tenir compte du fait que la disposition de l'article 160, paragraphe 2, du règlement 2018/1046 permet, à titre exceptionnel, une dérogation au principe de la passation des marchés publics avec la concurrence la plus large possible, mais ne relègue pas au deuxième plan les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination (article 160, paragraphe 1, du règlement, article 2, paragraphe 1, du ZOP) que le chef de l'AG juge enfreints dans sa décision fixant une correction financière. En ce sens, c'est au regard non seulement du principe de libre concurrence, mais également des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, qu'il convient d'examiner la question de savoir si le droit de l'Union permet, en l'espèce, d'inviter une seule personne concrète à la conclusion d'un contrat.
- 46 La loi nationale (article 18, paragraphe 7, du ZOP) prévoit la possibilité, en principe, pour le pouvoir adjudicateur, dans les procédures négociées, de négocier la définition des clauses d'un contrat avec une ou plusieurs personnes déterminées, sans que la disposition en question, générale par nature, n'opère une distinction entre les différentes conditions dans lesquelles une attribution est permise selon ces modalités exceptionnelles. Les cas particuliers relevant du champ d'application de l'exception sont réglementés chacun à l'article qui leur est spécifiquement consacré dans l'économie de la loi (article 79 « Procédure négociée sans publication préalable », article 182 « Négociation directe avec des personnes déterminées », et article 191 « Invitation de certaines personnes déterminées », du ZOP).

- 47 Afin de répondre à la question soulevée dans la procédure au principal, il est nécessaire de comparer les différentes conditions justifiant l'application de la procédure négociée, y compris sans publication préalable. Selon l'article 164, paragraphe 4, première phrase, du règlement 2018/1046 : « Dans toutes les procédures faisant intervenir une négociation, le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires l'offre initiale et toutes les offres ultérieures éventuelles, ou des parties de celles-ci, à l'exception de leur offre finale, en vue d'en améliorer le contenu ». Force est de noter que, dans la formulation de cette disposition, le terme « soumissionnaire » n'est utilisé qu'au pluriel (« soumissionnaires »). Le législateur national a suivi une approche similaire dans l'article 64, paragraphes 1 et 3, du PPZOP, dans l'article 182, paragraphe 1, du ZOP, et, partiellement, dans l'article 191, paragraphe 1, du ZOP. C'est pourquoi l'appréciation de la question de savoir si, dans la présente espèce, les négociations menées avec un seul soumissionnaire invité par le pouvoir adjudicateur sont licites, exige un examen comparatif de tous les cas de figure de négociation.
- 48 La réponse à ces questions est essentielle pour parvenir à une conclusion finale concernant la question litigieuse de savoir si le fait de n'adresser l'invitation à conclure le marché qu'à une seule personne, dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, constitue une violation des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de libre concurrence, ou des règles de sélection de l'adjudicataire d'un marché public, lorsque la précédente procédure de mise en concurrence publique, dans laquelle tous les intéressés ont pu soumettre une offre, a été clôturée en raison de l'absence d'une offre appropriée, et qu'il n'y a pas de modification des conditions du marché dont l'objet n'est pas caractérisé par une spécificité imposant son exécution par le seul opérateur invité.
- 49 Dans le contexte d'un conflit entre les positions des parties en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 160, paragraphes 1 et 2, du règlement 2018/1046 aux pouvoirs adjudicateurs nationaux, la chambre de céans considère qu'une double lecture des dispositions de ce règlement est possible, ce qui rend nécessaire d'en préciser le sens exact au moyen d'un renvoi préjudiciel. D'une part, il est logique de considérer que l'applicabilité de ladite règle n'est pas conditionnée par le type de pouvoir adjudicateur (institution de l'Union ou pouvoir adjudicateur national), mais par la nature spécifique des ressources financières publiques engagées (le budget de l'Union européenne), c'est-à-dire que les dispositions du règlement s'appliquent chaque fois que des ressources du budget de l'Union sont dépensées. Le règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tous les États membres. Dès lors que les États membres exécutent le budget conjointement et indirectement, ils devraient être également soumis aux règles d'attribution prévues par le règlement. D'autre part, cependant, il y a lieu d'opposer à cela la définition du « marché public » de l'article 2, point 51, du règlement, qui vise uniquement les pouvoirs adjudicateurs au sens des articles 174 et 178, c'est-à-dire uniquement les institutions de l'UE. L'ambiguïté soulignée en ce qui concerne le champ d'application de l'article 160, paragraphes 1 et 2 du règlement au regard des marchés attribués par les bénéficiaires des ressources des Fonds ESI en leur qualité de pouvoirs adjudicateurs nationaux peut être surmontée

grâce à l'interprétation de la disposition en question par la Cour de justice de l'Union européenne.

- 50 Compte tenu de la validité des règles dans le temps, la chambre de céans considère que les faits juridiques pertinents dans la présente affaire se sont déroulés avant l'entrée en vigueur du règlement 2018/1046, c'est-à-dire sous l'empire du règlement n° 966/2012. Il y a lieu de relever que la décision de fixation de la correction financière a été adoptée après l'entrée en vigueur du règlement 2018/1046 et donc après l'abrogation du règlement 966/2012. Toutefois, étant donné que la disposition considérée comme violée par le chef de l'AG, à savoir l'article 160 du règlement 2018/1046, est identique, dans son contenu, à la disposition de l'article 102, paragraphes 1 et 2, en combinaison avec l'article 104, paragraphe 1, sous d), du règlement n° 966/2012, qui est effectivement applicable aux faits de l'espèce, une interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne desdites dispositions précitées du règlement abrogé, à la lumière du cas d'espèce, serait importante pour la solution de l'affaire, et ce pour des motifs analogues à ceux exposés ci-dessus.
- 51 En effet, les questions posées ci-dessus concernant les limites, le contenu et la façon dont se concrétise l'exception en cause sont également pertinentes dans le contexte de l'interprétation des dispositions combinées des articles 102, paragraphes 1 et 2, et 104, paragraphe 1, sous d), du règlement 966/2012. À cet égard, il y a lieu de souligner que le règlement délégué (UE) n° 1268/2012 de la Commission, du 29 octobre 2012, relatif aux règles d'application du règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (abrogé) n° 1268/2012 prévoit expressément un nombre minimal de trois candidats (article 128) comme garantie de la régularité de la procédure prévue à l'article 134, paragraphe 1, sous a), du règlement délégué (abrogé), qui est analogue à l'hypothèse visée à l'article 79, paragraphe 1, point 1, du ZOP. L'acte d'application du règlement abrogé a dégagé un critère selon lequel le nombre de candidats invités à déposer une offre, doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle [article 128 du règlement délégué (abrogé)].
- 52 Un argument en faveur de la recevabilité de la demande d'interprétation de l'article 160, paragraphes 1 et 2, en combinaison avec l'article 164, paragraphe 1, sous d), du règlement 2018/1046, et de l'article 102, paragraphes 1 et 2, en combinaison avec l'article 104, paragraphe 1, sous d), du règlement 966/2012, peut être tiré de la disposition de l'article 281, paragraphe 3, des dispositions finales et transitoires du règlement 2018/1046, selon laquelle les références faites au règlement abrogé s'entendent comme faites au présent règlement et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe II. Il ressort du tableau de correspondance figurant à l'annexe II que l'article 102 du règlement abrogé correspond à l'article 160 et l'article 164 correspond à l'article 104 abrogé. Les deux règlements en question régissent la même matière (règles financières applicables au budget général de l'Union) à des moments différents. La disposition de l'article Article 281, paragraphe 3, des dispositions finales et

transitoires du règlement 2018/1046 souligne le lien juridique, logique et historique existant entre les règles abrogées et celles en vigueur, eu égard aux périodes de validité établies et à la similitude des solutions retenues à l'égard des relations juridiques relevant de leur même objet normatif.

- 53 La nécessité d'une interprétation des dispositions pertinentes du règlement 966/2012 (abrogé) et du règlement 2018/1046 résulte également de la différence dans la définition des personnes visées en tant que « pouvoirs adjudicateurs » au sens de chacun de ces règlements. Dans la présente affaire, le marché, pour le financement duquel des ressources des Fonds ESI ont été allouées, a été attribué suivant les modalités prévues par le ZOP, par le maire de la commune de Razlog, en sa qualité de pouvoir adjudicateur public au sens de l'article 5, paragraphe 2, point 9, du ZOP.
- 54 En ce qui concerne la directive 2014/24/UE, la chambre de céans estime que celle-ci n'est pas applicable à la procédure devant la juridiction nationale, au motif que la valeur du marché public en cause est inférieure aux seuils de la directive.

Ce qui précède conduit le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) à introduire d'office la présente demande de décision préjudicielle sur les questions formulées ci-dessous.

Eu égard aux considérations exposées ci-dessus, et conformément à l'article 267, paragraphe 3, en combinaison avec le paragraphe 1, sous b), TFUE et à l'article 631, paragraphe 1, du grazhdanski protsesualen kodeks (code de procédure civile bulgare), en combinaison avec l'article 144 de l'APK, le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême) de la République de Bulgarie [OMISSIS],

ORDONNE :

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

1. L'article 160, paragraphes 1 et 2, du règlement 2018/1046 et l'article 102, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 966/2012 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'appliquent également aux pouvoirs adjudicateurs des États membres de l'Union européenne, lorsque les marchés publics qu'ils attribuent sont financés par les ressources des Fonds structurels et d'investissement européens ?

2. En cas de réponse affirmative à la première question, les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination, visés à l'article 160, paragraphe 1, du règlement 2018/1046 et à l'article 102, paragraphe 1, du règlement n° 966/2012, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils permettent une restriction totale de la concurrence dans le cadre de l'attribution d'un marché public au moyen d'une procédure négociée sans publication préalable, lorsque l'objet du marché public ne présente pas de spécificités imposant objectivement qu'il soit exécuté exclusivement par

l'opérateur invité ? En particulier, l'article 160, paragraphes 1 et 2, lu en combinaison avec l'article 164, paragraphe 1, sous d), du règlement 2018/1046, et l'article 102, paragraphes 1 et 2, lu en combinaison avec l'article 104, paragraphe 1, sous d), du règlement n° 966/2012, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause dans la procédure au principal, en vertu de laquelle, après la clôture d'une procédure d'attribution d'un marché public en raison du fait que l'unique offre soumise était inappropriée, le pouvoir adjudicateur peut adresser une invitation à participer à une procédure négociée sans publication préalable à un seul opérateur économique, lorsque l'objet du marché public ne présente pas de spécificités imposant objectivement qu'il soit exécuté exclusivement par l'opérateur invité ?

[OMISSIS] [procédure ; signatures]

DOCUMENT DE TRAVAIL