

Affaire C-210/24**Demande de décision préjudicielle****Date de dépôt :**

14 mars 2024

Juridiction de renvoi :

Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (organe administratif de la Communauté autonome du Pays basque compétent en matière de recours dans le domaine des marchés publics, Espagne)

Date de la décision de renvoi :

14 mars 2024

Partie requérante :

Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE)

Partie défenderesse :

Ayuntamiento de Ortuella

Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (organe administratif de la Communauté autonome du Pays basque compétent en matière de recours dans le domaine des marchés publics, Espagne)

Demande de décision préjudicielle adressée à la Cour de justice de l'Union européenne par la responsable de l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (organe administratif de la Communauté autonome du Pays basque compétent en matière de recours dans le domaine des marchés publics, ci-après l'« OARC ») dans le cadre d'un recours spécial en matière de marchés publics introduit par l'Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (association d'entreprises de services pour la dépendance, ci-après l'« AESTE ») contre le cahier des charges du marché de « Service d'aide à domicile de l'Ayuntamiento de Ortuella [municipalité d'Ortuella, Espagne] » passé par cette municipalité.

I) Nature juridique de l'OARC

- 1 L'OARC a été créé en vertu de la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011 (huitième disposition additionnelle de la loi n° 5, du 23 décembre 2010, adoptant le budget de la Communauté autonome du Pays basque pour l'exercice 2011)¹, en tant qu'organe permanent. Il a pour mission de trancher les réclamations et les recours spéciaux dont il est saisi en matière de marchés publics, conformément aux articles 44 et suivants de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (loi n° 9, du 8 novembre 2017, relative aux marchés publics, transposant dans l'ordre juridique espagnol les directives 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession et 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, ci-après la « LCSP »)², dispositions qui transposent en droit interne la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.
- 2 Les dispositions susmentionnées prévoient que l'OARC rend ses décisions sur la base de critères exclusivement juridiques au terme d'une procédure contradictoire. Il s'agit d'un organe permanent, indépendant, qui trouve son origine dans une disposition légale et qui exerce ses fonctions de manière objective, impartiale et en toute autonomie, sans être soumis à aucun lien hiérarchique et sans recevoir d'instruction de l'extérieur ; sa compétence ne dépend pas d'un accord entre les parties, qui sont liées par ses décisions. Par ailleurs, bien que ses décisions ne puissent être contestées que devant les juridictions administratives, l'OARC n'occupe en aucun cas la position de défendeur³ dans la procédure concernée ; voir, à cet égard, arrêt du 16 septembre 2020, Anesco e.a. (C-462/19, EU:C:2020:715, points 47 et 48).
- 3 En somme, l'OARC remplit les conditions qui permettent de le considérer comme une « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE, ainsi que l'a déjà jugé la Cour

¹ *Boletín Oficial del País Vasco* n° 250, du 30 décembre 2010 (<https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2010/12/1006482a.shtml>).

² La version applicable à la présente affaire est consultable à la page suivante : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902&tn=1&p=20191105>.

³ Voir article 21, paragraphe 3, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (loi n° 29, du 13 juillet 1998, portant organisation de la juridiction du contentieux administratif), consultable à la page suivante : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>.

aux points 20 à 25 de l'arrêt du 20 septembre 2018, Montte (C-546/16, EU:C:2018:752).

II) Objet du litige

- 4 Le 13 juin 2023, l'AESTE a introduit un recours spécial en matière de marchés publics devant l'OARC contre le cahier des charges du marché de « Service d'aide à domicile de l'Ayuntamiento de Ortuella », passé par cette municipalité ⁴. L'AESTE a qualité pour former un recours spécial en vertu de l'article 48 de la LCSP, dans la mesure où il s'agit d'une organisation professionnelle représentative du secteur concerné par le marché.
- 5 La municipalité d'Ortuella est un « pouvoir adjudicateur sous-central » en raison de sa qualité d'autorité locale, conformément à l'article 2, paragraphe 1, points 1 et 3, de la directive 2014/24.
- 6 Le marché litigieux est relatif à un service figurant à l'annexe IV de la LCSP, laquelle annexe correspond à l'annexe XIV de la directive 2014/24. Il s'agit plus précisément de « Services sociaux sans hébergement » (CPV – 85312000-9). La valeur estimée du marché s'élève à 166 250 euros. Le marché a pour objet « l'exécution du SERVICE D'AIDE À DOMICILE DE L'AYUNTAMIENTO DE ORTUELLA afin de fournir un service collectif à caractère social dans le cadre duquel sont exercées, grâce à un personnel préparé, formé et supervisé, des activités préventives, éducatives et d'assistance en faveur des familles et/ou des personnes ayant des difficultés à maintenir ou à préserver leur bien-être physique, social et/ou affectif, en essayant de faire en sorte que les usagers puissent continuer à vivre à leur domicile et/ou dans leur environnement tant que cela s'avère possible et approprié » ⁵.
- 7 Le recours tend à l'annulation du critère d'attribution suivant, figurant au paragraphe 19 B de l'annexe I (tableau des caractéristiques) du cahier des clauses administratives particulières :

2. Augmentation de la masse salariale : 40 points.

Il est tenu compte, en prenant comme référence les salaires fixés dans la convention collective du secteur, des salaires plus élevés (augmentation de la masse salariale) que l'entreprise soumissionnaire propose d'appliquer aux personnes exécutant le marché.

Le pourcentage d'augmentation salariale est pris en considération en tenant compte du salaire de base et du supplément de salaire prévu par

⁴ Figurant dans le classeur « Recurso especial interpuesto por AESTE » (« Recours spécial formé par l'AESTE ») du dossier administratif communiqué.

⁵ Paragraphe 1 des caractéristiques du marché.

la convention collective versés à tous les travailleurs devant être repris, en appliquant la formule suivante : $\text{points} = P \times A/B$.

Les points correspondent au nombre total de points attribués à la proposition.

P est le nombre maximal de points à attribuer, à savoir 40 points.

A est le pourcentage le plus élevé de toutes les offres soumises.

B est le pourcentage prévu par l'offre à évaluer.

Sont prises en considération les offres qui proposent un pourcentage d'augmentation à appliquer aux personnes exécutant le marché. Les offres qui ne proposent aucune augmentation se voient attribuer 0 point.

Dans un délai maximal d'un mois à compter de la conclusion du contrat, et après négociation avec les représentants du personnel, les éléments de la rémunération auxquels cette augmentation salariale s'applique sont précisés. De même, l'entreprise adjudicataire s'efforce de conclure un accord (convention collective du service d'aide à domicile d'Ortuella) régissant les conditions de travail du personnel affecté au marché.

III) Arguments des parties

- 8 Les arguments invoqués par l'AESTE à l'appui de sa demande d'annulation du critère d'attribution intitulé « Augmentation de la masse salariale : 40 points » sont, en résumé, les suivants :
- i) ce critère porte atteinte au libre accès à la procédure d'attribution sur un pied d'égalité en entravant la concurrence entre les opérateurs économiques et la concurrence pour l'obtention du marché ;
 - ii) le critère d'attribution contesté est sans rapport avec l'objet du marché, dans la mesure où il n'est pas réalisable de lier un meilleur salaire à l'obtention d'un meilleur résultat ; il serait absurde de créer des inégalités salariales entre les employés de l'entreprise en fonction du client qu'ils servent, ces différences devant être établies sur le fondement d'autres éléments (productivité, expérience, responsabilité exercée, etc.), et non sur la base des clauses d'un marché public ;
 - iii) ce critère ne fixe pas le montant maximal qui doit être atteint pour obtenir la note maximale, ce qui signifie que des montants disproportionnés pourraient être proposés sans lien avec la bonne exécution du marché ;

- iv) le critère d'attribution contesté interfère avec les relations de travail entre les entreprises et leurs travailleurs. L'obligation de donner effet à l'augmentation salariale dans une convention collective sur les conditions de travail du personnel affecté au marché signifie que la convention collective en vigueur ne s'applique plus, ce qui outrepassé les compétences du pouvoir adjudicateur.
- 9 La municipalité d'Ortuella conclut au rejet du recours pour les motifs résumés ci-après ⁶ :
- i) bien que la question soit débattue, l'inclusion du critère d'attribution contesté est justifiée en l'espèce au regard du contexte socioprofessionnel, de son lien avec l'objet du marché et de l'exécution de ce dernier ;
 - ii) dans les marchés de services à la personne, l'augmentation salariale est un élément lié à l'objet du marché, et en particulier à la garantie de la qualité et de la continuité du service, à condition qu'elle soit établie de manière objective et proportionnée, ainsi qu'à la nécessité de résoudre un conflit du travail (grèves, protestations, etc.) qui affecte la fourniture d'un service sensible, motivé en partie par la perte du pouvoir d'achat du personnel du secteur ;
 - iii) au vu de ce qui précède, tout en respectant le cadre des relations de travail, à l'égard duquel la municipalité n'a aucune compétence, le cahier des charges propose une augmentation volontaire de la masse salariale qui n'affecte pas la viabilité du marché, augmentation pour laquelle un accroissement adéquat du financement a déjà été prévu.
- 10 Par décision du 21 novembre 2023 ⁷, l'OARC a accordé à la partie requérante et au pouvoir adjudicateur un délai de cinq jours ouvrables pour formuler des observations :
- i) sur l'opportunité d'adresser une demande de décision préjudicielle à la Cour (article 267 TFUE) ⁸ ;
 - ii) sur la possibilité de prendre en compte, dans la décision à rendre par l'OARC, toute question qui n'aurait pas été soulevée initialement par les

⁶ Le document correspondant est le fichier dénommé « Informe OARC SAD Ortuella.pdf » (rapport OARC Services d'aide à domicile Ortuella), qui figure dans le classeur « Expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Ortuella » (« Dossier administratif communiqué par la municipalité d'Ortuella »).

⁷ Le document correspondant est le fichier dénommé « EB 2023 – 129 (audiencia de la cuestión prejudicial).pdf » (audience consacrée au renvoi préjudiciel).

⁸ Voir, par analogie, article 4 bis, paragraphe 2, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (loi organique n° 6/1985 relative au pouvoir judiciaire), consultable à la page suivante : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>.

parties, comme le permet l'article 119, paragraphe 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (loi n° 39/2015 relative à la procédure administrative commune des administrations publiques)⁹. Si la requête indique que le critère d'attribution contesté peut entraver l'accès à la procédure d'attribution et mentionne la sauvegarde de la libre concurrence, l'OARC a signalé aux parties la possibilité de formuler des arguments sur le point de savoir si le critère litigieux est contraire à l'article 56 TFUE et à la directive 2014/24 au motif qu'il empêcherait ou rendrait moins attractif l'exercice de la libre prestation de services.

Aucune observation n'a été reçue en réponse à cette décision.

IV) Le droit espagnol

- 11 S'agissant des aspects pertinents aux fins du présent renvoi préjudiciel, la LCSP énonce ce qui suit :

« Article 1^{er}. Objet et finalité

[...]

3 Dans toute passation de marché public, des critères sociaux et environnementaux sont inclus de manière transversale et impérative pour autant qu'ils soient liés à l'objet du marché, tant il est vrai que leur inclusion permet un meilleur rapport qualité-prix de la prestation contractuelle, ainsi qu'une plus grande et meilleure efficacité dans l'utilisation des fonds publics. L'accès aux marchés publics est également facilité pour les petites et moyennes entreprises et les entreprises de l'économie sociale. »

« Article 145. Exigences et types de critères d'attribution des marchés

1 Les marchés sont attribués en utilisant une pluralité de critères d'attribution sur la base du meilleur rapport qualité/prix. Pour autant que cela soit justifié au regard du dossier, les marchés peuvent être attribués selon des critères fondés sur une approche reposant sur le meilleur rapport coût/efficacité, sur la base du prix ou du coût, comme le calcul du coût du cycle de vie conformément à l'article 148.

2 Le meilleur rapport qualité-prix est évalué sur la base de critères économiques et qualitatifs.

Les critères qualitatifs fixés par le pouvoir adjudicateur pour évaluer le meilleur rapport qualité-prix peuvent inclure des aspects environnementaux ou sociaux, liés

⁹ Consultable à la page suivante : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>. Voir, dans le même sens, et applicable par analogie, article 65, paragraphe 2, de la Ley 29/1998 (loi n° 29/1998) citée à la note de bas de page 3.

à l'objet du marché de la manière prévue au paragraphe 6 du présent article, qui peuvent être, entre autres, les suivants :

1. la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception universelle ou la conception pour tous les usagers, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, ainsi que la commercialisation et ses conditions ;

[...]

Les caractéristiques sociales du marché portent notamment sur les finalités suivantes : la promotion de l'intégration sociale des personnes handicapées, défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables parmi les personnes affectées à l'exécution du marché et, de manière générale, l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou en situation ou menacées d'exclusion sociale ; la sous-traitance auprès de centres spéciaux d'emploi ou d'entreprises d'insertion ; les plans d'égalité entre les femmes et les hommes appliqués dans l'exécution du marché et, de manière générale, l'égalité entre les femmes et les hommes ; la promotion de l'embauche de femmes ; la conciliation de la vie professionnelle, personnelle et familiale ; l'amélioration des conditions de travail et des salaires ; la stabilité de l'emploi ; l'embauche d'un plus grand nombre de personnes pour l'exécution du marché ; la formation et la protection de la santé et de la sécurité au travail ; l'application de critères éthiques et de responsabilité sociale à l'exécution du marché ; ou les critères relatifs à la fourniture ou à l'utilisation de produits issus du commerce équitable lors de l'exécution du marché.

2. L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel affecté à l'exécution du marché, pour autant que la qualité de ce personnel puisse affecter de manière significative la meilleure exécution du marché.

[...]

Quarante-septième disposition additionnelle. Principes applicables aux contrats de concession de services énumérés à l'annexe IV et aux marchés de services à caractère social, éducatif ou de santé énumérés à l'annexe IV.

Sans préjudice de l'application des dispositions de la présente loi et, entre autres, de celles relatives à l'établissement des spécifications techniques, des conditions minimales de solvabilité, des critères d'attribution et des conditions particulières d'exécution, les pouvoirs adjudicateurs veillent, à tous les stades de la procédure de passation de contrats de concession de services énumérés à l'annexe IV et de marchés à caractère social, éducatif ou de santé également énumérés à l'annexe IV, à la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, de répondre aux besoins spécifiques des différentes catégories d'usagers, y compris les catégories défavorisées et vulnérables, et d'assurer l'implication des usagers des services, ainsi que l'innovation dans la fourniture du service.

En outre, lors de l'établissement des critères d'attribution des marchés visés dans la présente disposition additionnelle, le pouvoir adjudicateur peut se référer à des aspects tels que : l'expérience du personnel affecté au marché dans la fourniture de services destinés à des secteurs particulièrement défavorisés ou dans la prestation de services de nature analogue dans les conditions prévues à l'article 145 ; le réinvestissement des bénéfices tirés dans l'amélioration des services qu'il fournit ; la mise en place de mécanismes de participation, d'information et d'orientation des usagers. »

V) Le droit de l'Union

12 Le droit de l'Union applicable en la matière prévoit ce qui suit :

Article 56 TFUE

« Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation.

[...] »

Directive 2014/24

Considérant 98

« Il est essentiel que les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché concernant les aspects sociaux du processus de production aient trait aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché. En outre, ils devraient être appliqués conformément à la directive 96/71/CE, selon l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, et ne devraient pas être retenus ou appliqués de telle façon qu'ils créent une discrimination directe ou indirecte à l'encontre d'opérateurs économiques d'autres États membres ou de pays tiers parties à l'AMP ou à des accords de libre-échange auxquels l'Union est partie. Dès lors, les exigences concernant les conditions de travail de base réglementées par la directive 96/71/CE, telles que les taux minimaux de rémunération, devraient demeurer au niveau établi par le droit national ou par des conventions collectives appliqués conformément au droit de l'Union dans le cadre de ladite directive. »

Considérant 99

« Les mesures visant à protéger la santé du personnel participant au processus de production, à favoriser l'intégration des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables parmi les personnes chargées d'exécuter le marché ou à former aux compétences nécessaires pour le marché en question peuvent également faire l'objet de critères d'attribution ou de conditions d'exécution du marché, à condition d'être liées aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché. Par exemple, ces critères ou conditions pourraient porter, entre

autres choses, sur l'emploi de chômeurs de longue durée, la mise en œuvre de mesures de formation pour les chômeurs ou les jeunes au cours de l'exécution du marché à attribuer. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir dans les spécifications techniques des exigences sociales caractérisant directement le produit ou service concerné, telles que l'accessibilité des personnes handicapées ou la conception destinée à tous les utilisateurs. »

Article 18, paragraphe 1. Principes de la passation de marchés

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

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

Article 67. Critères d'attribution du marché

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

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

- a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;
- b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; ou
- c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés.

[...]

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

[...] »

Article 76. Principes d'attribution de marchés

« 1. Les États membres mettent en place, pour la passation des marchés relevant du présent chapitre, des règles nationales afin de garantir que les pouvoirs adjudicateurs respectent les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques. Les États membres sont libres de déterminer les règles de procédure applicables, tant que celles-ci permettent aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte les spécificités des services en question.

2. Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs puissent prendre en compte la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation. Les États membres peuvent également prévoir que le choix du prestataire de services est opéré sur la base de l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix, en tenant compte de critères de qualité et de durabilité en ce qui concerne les services à caractère social. »

13 Appréciation de l'OARC

A) Pertinence du renvoi préjudiciel

14 L'OARC considère que l'issue de la procédure de recours dépend de l'interprétation de diverses dispositions du droit de l'Union, comme il est expliqué dans les points suivants.

- 15 Bien que le marché litigieux ne relève pas du champ d'application de la directive 2014/24, compte tenu de son objet et de sa valeur estimée (voir point 6), l'organe de renvoi considère que s'applique la jurisprudence constante de la Cour qui prévoit que, lorsqu'une réglementation nationale se conforme, pour les solutions qu'elle apporte à des situations non couvertes par l'acte de l'Union concerné, à celles retenues par cet acte, il existe un intérêt certain de l'Union à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions reprises dudit acte reçoivent une interprétation uniforme. Ainsi, l'interprétation des dispositions d'un acte de l'Union dans des situations ne relevant pas du champ d'application de celui-ci se justifie lorsque ces dispositions ont été rendues applicables à de telles situations par le droit national de manière directe et inconditionnelle, afin d'assurer un traitement identique à ces situations et à celles qui relèvent de ce champ d'application (voir, en ce sens, arrêts du 18 octobre 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, points 46 et 47 ; du 7 novembre 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, points 22 et 23 ; du 14 janvier 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, points 17 à 20, et du 16 juin 2022, Obshtina Razlog, C-376/21, EU:C:2022:472, points 52 à 55).
- 16 La LCSP est, comme son nom complet l'indique (voir point 1), l'instrument législatif qui transpose la directive 2014/24 en droit espagnol. Le champ d'application de la LCSP est néanmoins plus large que celui de la directive susmentionnée ; cette loi régit, entre autres aspects, tous les marchés de services des pouvoirs adjudicateurs, indépendamment de leur valeur estimée. De manière générale, et à quelques exceptions près, la LCSP choisit d'imposer aux marchés ne relevant pas de la directive 2014/24 en raison de leur valeur estimée le même régime juridique que celui qu'elle prévoit pour les marchés soumis à cette directive. Tel est le cas des dispositions de la LCSP pertinentes en l'espèce (voir point 11), qui renvoient aux principes généraux des marchés publics et aux critères d'attribution et qui sont applicables à l'attribution des marchés de services, quelle que soit leur valeur estimée. En particulier, l'article 145 de la LCSP est applicable aux marchés de services énumérés à son annexe IV (correspondant à l'annexe XIV de la directive 2014/24) avec les spécificités de la quarante-septième disposition additionnelle de la LCSP (transposition de l'article 76 de la directive 2014/24).
- 17 L'article 145, paragraphe 2, point 1, de la LCSP dispose que les critères d'attribution relatifs aux caractéristiques sociales du marché font référence, entre autres finalités, à l'amélioration des conditions salariales du personnel exécutant le marché. Cependant, la portée et l'application de ce critère, son rapport avec la concurrence et la libre prestation de services, voire sa conformité même avec la directive 2014/24, font l'objet d'un débat doctrinal en Espagne et de décisions divergentes de la part des organes chargés de trancher les recours spéciaux en matière de marchés publics ¹⁰.

¹⁰ Voir, pour un résumé de l'état du débat, rapport 10/2023, du 24 octobre 2023, de la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (comité des marchés publics de la communauté autonome d'Aragon, Espagne), et en particulier les pages 7 à 9 (consultable à la

- 18 Selon l'organe de renvoi, l'on peut douter qu'un critère d'attribution tel que celui qui est contesté soit conforme au droit de l'Union (et tout particulièrement à la directive 2014/24), et ce à plusieurs égards, comme il est expliqué dans les points suivants.

B) Le renvoi préjudiciel

- 19 Il est douteux que le critère contesté permette d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (article 67, paragraphe 1, de la directive 2014/24). Le pouvoir adjudicateur justifie ce critère, en substance, par le fait que plus la rémunération du personnel assurant le service est élevée, moins les situations de grève ou de conflit collectif sont probables, ce qui favorise la stabilité et la continuité dans la fourniture du service ; à cet égard, il est soutenu que les travailleurs du secteur d'activité dont relève le marché ont subi une perte significative de leur pouvoir d'achat. Le lien entre l'augmentation salariale et l'amélioration du service semble toutefois trop hypothétique pour y voir un facteur favorable qui pourrait déterminer l'attribution du marché. Par ailleurs, la perte de pouvoir d'achat susmentionnée n'est pas spécifique à ce groupe, mais relativement fréquente dans de larges couches de la population salariée ; il ne paraît pas s'agir d'un groupe particulièrement défavorisé ou menacé d'exclusion.
- 20 Le considérant 98 de la directive 2014/24 indique, en substance, que les critères sociaux doivent être appliqués conformément à la directive 96/71/CE [du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services], selon l'interprétation de la Cour, et ne devraient pas être retenus ou appliqués de façon discriminatoire ; en particulier, le taux minimal de rémunération devrait demeurer au niveau établi par le droit national ou par des conventions collectives appliqués conformément au droit de l'Union, selon la directive 96/71. Indépendamment de la valeur juridique de ce considérant en tant que tel, il n'en demeure pas moins qu'il fait référence à une règle du droit de l'Union juridiquement contraignante et à la jurisprudence qui l'interprète (voir, par exemple, arrêts du 3 avril 2008, Rüffert, C-346/06, EU:C:2008:189, et du 17 novembre 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760).
- 21 À cet égard, un critère d'attribution tel que celui qui est contesté pourrait obliger une entreprise, si elle souhaite augmenter ses chances d'obtenir le marché, à verser aux travailleurs appelés à exécuter la prestation du marché des salaires plus élevés que ceux qu'ils percevaient (même si ces derniers étaient parfaitement légaux car conformes à la réglementation sur les conventions collectives et au salaire minimum légal), ce qui pourrait entraîner une charge économique supplémentaire qui est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins

attractant le dépôt d'une offre (voir arrêt du 17 novembre 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, point 69).

- 22 De même, le critère contesté pourrait porter préjudice de manière disproportionnée ou discriminatoire aux opérateurs dont la capacité financière de payer des salaires élevés est moindre (par exemple les PME), mais qui, en revanche, peuvent déposer des offres compétitives, assorties d'un bon rapport qualité/prix, en partie précisément parce que leurs coûts salariaux sont inférieurs.
- 23 Lorsque l'adjudicataire du marché a inclus dans son offre l'augmentation salariale visée par le critère d'attribution contesté, il précise, après une négociation collective, les éléments de la rémunération sur lesquels porte cette augmentation salariale et s'efforce de conclure une convention collective s'appliquant au personnel affecté au marché. Ces obligations pourraient entraîner une ingérence dans le droit à la négociation collective reconnu à l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il y a lieu de tenir compte du fait que le respect de cette convention collective pourrait conduire à l'exclusion du personnel exécutant le marché du champ d'application d'une convention en vigueur (par exemple d'un accord d'entreprise ou d'une convention sectorielle), ce qui pourrait également créer des inégalités salariales entre les travailleurs d'une même entreprise qui effectuent les mêmes tâches, justifiées uniquement par la personne du client pour lequel ces tâches sont exécutées.
- 24 Il pourrait également s'agir d'une mesure disproportionnée par rapport à la finalité alléguée du critère d'attribution, car la nouvelle convention collective pourrait avoir pour effet de consolider l'augmentation salariale au-delà du champ d'exécution du marché, entraînant la perte du lien avec l'objet de ce dernier qu'exige la directive 2014/24 en son article 67, paragraphe 3. À cet égard, il convient de noter que la jurisprudence nationale considère que les améliorations des conditions de travail imposées par un marché public ne constituent pas, en principe, une « condition plus avantageuse » qui se consolide en tant que droit du travailleur au-delà du champ d'exécution dudit marché ¹¹.

Eu égard aux considérations qui précèdent, l'OARC saisit la Cour de la question préjudicielle suivante au titre de l'article 267 TFUE ainsi que des articles 93 et suivants du règlement de procédure de la Cour :

Un critère d'attribution d'un marché de services tel que celui qui est décrit :

- **qui accorde une importance particulière à l'augmentation de la masse salariale, au-delà de la convention sectorielle en vigueur, que le soumissionnaire propose d'appliquer aux personnes exécutant le marché et**

¹¹ Voir arrêt du Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne) du 21 février 2018, n° 187/2018, ECLI:ES:TS:2018:753.

- **qui oblige l’adjudicataire à préciser, après une négociation collective avec les représentants du personnel, les éléments de la rémunération sur lesquels porte cette augmentation salariale et à s’efforcer de conclure une convention collective s’appliquant au personnel affecté au marché,**

permet-il d’identifier l’offre économiquement la plus avantageuse, comme l’exige l’article 67, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ?

Ce critère s’oppose-t-il à la libre prestation de services ou entrave-t-il la libre concurrence en violation de l’article 56 TFUE, de la directive 2014/24 et de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d’une prestation de services ?

Ledit critère porte-t-il atteinte au droit à la négociation collective reconnu à l’article 28 de la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne ?

Vitoria-Gasteiz, le 14 mars 2024

[OMISSIS] [Identification de la signataire]