

Affaire C-737/22**Renvoi préjudiciel****Date de dépôt :**

1 décembre 2022

Jurisdiction de renvoi :

Østre Landsret (Danemark)

Date de la décision de renvoi :

11 novembre 2022

Partie requérante :

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Partie défenderesse :

BibMedia A/S

[OMISSIS]

- 1 L'affaire a été introduite par Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (ci-après « SKI ») contre Audio Visionary Music A/S (ci-après « AVM ») et porte sur la légalité d'une procédure de passation de marché mise en œuvre par SKI concernant un accord-cadre de fourniture de matériel de bibliothèque et de services préparatoires à cet égard.
- 2 L'Østre Landsret [la cour d'appel de la région Est, Danemark ; ci-après la « juridiction de céans »] a, en vertu de l'article 267, paragraphe 2, [TFUE], décidé de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande de décision préjudicielle portant sur l'interprétation de l'interdiction de négociation qui peut être inférée de la jurisprudence de la Cour relative aux principes fondamentaux d'égalité de traitement et de transparence, tels qu'exprimés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive [2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65 ; ci-après la « directive marchés publics »)]. En outre, la Cour est invitée à se prononcer sur le point de savoir si la portée de l'interdiction de négociation est affectée par le fait que l'affaire concerne une procédure ouverte visant à l'attribution de lots (voir articles 27 et 46 de la directive marchés publics).

CIRCONSTANCES ET DÉROULEMENT DE L’AFFAIRE

- 3 La partie requérante, SKI, est une centrale d’achat qui est la propriété de l’État danois et du Kommunernes Landsforening (la Fédération des communes du Royaume de Danemark), une organisation qui promeut les intérêts de l’ensemble des municipalités danoises. SKI a été créée pour rationaliser et professionnaliser la passation des marchés publics, y compris par le biais de l’élaboration, l’attribution et la gestion d’accords-cadres pour le compte de ses clients (à savoir les entités adjudicatrices de l’État et des municipalités).
- 4 Au moment de l’appel d’offres en cause, AVM opérait sur le marché des services de préparation de matériel de bibliothèque. Le 1^{er} mars 2021, BibMedia A/S a acquis la totalité des actions de cette société. AVM a ensuite été dissoute par sa fusion avec BibMedia A/S, laquelle est donc partie à la procédure.
- 5 Le 4 février 2020, SKI a lancé la procédure d’appel d’offres pour l’accord-cadre n° 50.05 « Matériel de bibliothèque », relatif à la fourniture de matériel de bibliothèque et de services préparatoires. L’accord-cadre est divisé en 8 lots et a une valeur globale estimée qui se situe entre 748 et 1 021 millions de couronnes danoises (DKK). Les lots concernés par la présente affaire sont le « Lot 1 – Livres et partitions danois (Est) », d’une valeur estimée à 253 millions de DKK, et le « Lot 2 – Livres et partitions danois (Ouest) », d’une valeur estimée à 475 millions de DKK.
- 6 Pour tous les lots, il était question d’un accord-cadre avec un seul fournisseur, et le critère d’attribution était le prix le plus bas. Les soumissions comprenaient des informations incluant quelques données de base relatives au soumissionnaire, un document unique de marché européen (DUME) rempli et une liste des offres avec l’indication des prix d’un nombre relativement limité de catégories de produits par lot.
- 7 Lors de la publication de la documentation relative à l’appel d’offres, le point 3.1 du cahier des charges précisait ce qui suit en ce qui concerne le modèle suivi pour l’attribution des lots 1 et 2 :

« Les lots 1 et 2 sont interdépendants (voir point 3.1.1) et, si un soumissionnaire présente une offre pour l’un de ces lots, celle-ci est automatiquement réputée avoir été présentée pour les deux. Aucune réserve n’est admissible à cet égard et il n’est donc pas possible de soumettre une offre pour l’un des deux lots concernant les livres et partitions danois.

Sous réserve de ce qui précède, il n’existe pas de limite inférieure ou supérieure quant au nombre de lots pour lesquels une offre peut/doit être présentée.

SKI prévoit une attribution à un seul fournisseur par lot. Un même fournisseur peut se voir attribuer plusieurs lots.

Le marché du matériel de bibliothèque se caractérise par le fait qu'il existe peu de fournisseurs spécialisés et de soumissionnaires potentiels. Pour les soumissionnaires potentiels, les livres et partitions danois constituent le plus grand groupe de produits en termes de chiffre d'affaires et sont commercialement importants. Afin d'assurer la concurrence future dans ce secteur, les marchés relatifs aux livres et partitions danois sont répartis géographiquement en deux lots. Les clients affiliés sont répartis en conséquence en deux catégories, respectivement "Est" et "Ouest". À l'annexe A, les municipalités qui relèvent du "Lot 1 – Livres et partitions danois (Est)" et celles qui relèvent du "Lot 2 – Livres et partitions danois (Ouest)" sont énumérées, respectivement, aux sous-annexes A.1 et A.2 ».

8 Au point 3.1.1 du cahier des charges était indiqué ce qui suit :

« Les marchés relatifs aux livres et partitions danois font l'objet d'une procédure d'appel d'offres selon le modèle dit "Est/Ouest", ce qui implique qu'il est prévu de désigner un fournisseur pour l'Est du Danemark et un autre fournisseur pour l'Ouest, mais que ce sont les mêmes prix proposés qui s'appliqueront à tous les clients, que ceux-ci soient situés dans l'Est ou l'Ouest du Danemark.

Les prix proposés par les soumissionnaires pour la marge bénéficiaire et la préparation doivent être identiques – et seront applicables – aussi bien pour le lot concernant l'Est que pour le lot concernant l'Ouest du Danemark.

Le soumissionnaire qui présente l'offre économiquement la plus avantageuse se verra attribuer le marché en tant que fournisseur pour le Lot 2 – Livres et partitions danois (Ouest).

Le soumissionnaire qui présente la deuxième offre économiquement la plus avantageuse se verra attribuer le marché en tant que fournisseur pour le Lot 1 – Livres et partitions danois (Est). Toutefois, ce soumissionnaire doit accepter que l'attribution qui lui est faite du marché en tant que fournisseur pour l'Est du Danemark implique qu'il doit fournir aux clients de l'Est les produits et services visés par l'accord-cadre aux mêmes prix exactement que ceux qui ont été proposés et seront appliqués dans l'Ouest du Danemark par le soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

Si le soumissionnaire ayant présenté la deuxième offre économiquement la plus avantageuse n'accepte pas d'être le fournisseur pour l'Est du Danemark, la possibilité en sera donnée au soumissionnaire ayant présenté la troisième offre économiquement la plus avantageuse, lequel doit également accepter que l'attribution qui lui est faite du marché en tant que fournisseur pour l'Est du Danemark implique qu'il doit fournir aux clients de l'Est les produits et services visés par l'accord-cadre aux mêmes prix exactement que ceux qui ont été proposés et seront appliqués dans l'Ouest du Danemark par le soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

Si ce soumissionnaire n'accepte pas non plus d'être le fournisseur pour l'Est du Danemark, la possibilité en sera donnée au soumissionnaire suivant sur la liste, et ainsi de suite. Si la liste des soumissionnaires dont les offres satisfont aux conditions de l'appel d'offres est épuisée et qu'aucun fournisseur pour l'Est du Danemark n'est trouvé parmi eux, le fournisseur qui a remporté le marché pour l'Ouest du Danemark se verra également attribuer le marché pour l'Est. Il deviendra, dans ce cas, le fournisseur pour l'ensemble du Danemark, c'est-à-dire à la fois pour les lots 1 et 2, et effectuera les fournitures et prestations aux mêmes prix dans tout le pays.

Pour les soumissionnaires, le modèle Est/Ouest implique que, s'il ressort de l'évaluation qu'ils ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, ils acceptent qu'ils devront donner aux autres soumissionnaires un accès complet à leurs prix proposés, cet accès devant être donné en premier lieu au soumissionnaire ayant présenté la deuxième offre économiquement la plus avantageuse et, si celui-ci n'accepte pas d'être le fournisseur pour l'Est du Danemark, au soumissionnaire suivant sur la liste, et ainsi de suite.

La raison pour laquelle c'est le fournisseur ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse qui se voit attribuer le marché pour l'Ouest du Danemark est qu'on peut s'attendre à ce que le chiffre d'affaires qui y sera réalisé sera plus élevé que dans l'Est. Ainsi, le soumissionnaire qui se pourrait se voir attribuer l'Est du pays devrait également être attentif au fait que, en acceptant les conditions pour devenir fournisseur dans l'Est, il devra veiller à ce que son activité, malgré les prix imposés, puisse être rentable compte tenu de ses propres coûts, même s'il faut s'attendre à ce que le chiffre d'affaires soit inférieur dans l'Est par rapport à l'Ouest. La répartition du chiffre d'affaires escompté entre, respectivement, l'Est et l'Ouest du Danemark figure dans la sous-annexe A.1 ».

- 9 À l'expiration du délai de présentation des soumissions, le 3 mars 2020, SKI a reçu des offres de la part d'AVM et de BibMedia A/S (les deux seuls réels fournisseurs sur le marché). Les deux soumissionnaires ont présenté des offres pour l'ensemble des lots.
- 10 L'évaluation a permis d'établir que BibMedia A/S avait présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (prix le plus bas) pour l'ensemble des lots, tandis qu'AVM avait présenté la deuxième offre économiquement la plus avantageuse pour l'ensemble des lots.
- 11 En application du modèle d'attribution des lots 1 et 2, tel que décrit dans le cahier des charges, SKI a adressé à AVM une communication proposant à celle-ci l'attribution du lot 1 (Est), et cela à la condition qu'AVM accepte d'effectuer les fournitures et prestations aux prix que BibMedia A/S avait proposés en tant que soumissionnaire moins-disant, prix dont AVM a été informée par cette communication.

- 12 AVM ayant accepté cela, SKI a fait parvenir, le 21 avril 2020, une notification de la décision d'attribution du marché.
- 13 Par la suite, le 30 avril [2020], AVM a saisi d'un recours le Klagenævnet for Udbud (la commission des recours en matière de marchés publics, Danemark ; ci-après la « commission des recours »). La commission des recours a été constituée aux fins de satisfaire aux obligations incombant au Danemark en vertu des directives sur les procédures de recours et a pour mission, entre autres, de traiter les plaintes relatives à d'éventuelles violations par les entités adjudicatrices publiques de l'*udbudsloven* [(lov nr 1564 af 15/12/2015) (la loi n° 1564, du 15 décembre 2015, sur les marchés publics ; ci-après la « loi sur les marchés publics »)], des directives de l'Union européenne en matière de marchés publics, du traité FUE – ainsi que des principes d'égalité de traitement et de transparence, notamment, qui en découlent – et du *tilbudsloven* [(lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentlig støttede kontrakter, LBK nr 1410 af 07/12/2007) (la loi relative aux appels d'offres pour certains contrats de marchés publics ou sur fonds publics, telle que refondue par l'arrêté de codification n° 1410 du 7 décembre 2007)].
- 14 La commission des recours, statuant dans l'affaire 20/05105 – Audio Visionary Music A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, a adopté une décision le 14 janvier 2021, dans laquelle elle a conclu comme suit :
- « [SKI] a violé le principe d'égalité de traitement, consacré à l'article 2, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics, ainsi que l'article 56 de la même loi en recourant à une procédure d'attribution des lots 1 et 2 selon laquelle le soumissionnaire ayant présenté la deuxième meilleure offre peut modifier son offre après la date limite impartie pour les soumissions et se voir ensuite attribuer le lot 1. »*
- 15 La commission a notamment motivé sa décision comme suit :
- « il est question ici d'une procédure ouverte et, une fois qu'un soumissionnaire a présenté son offre, celle-ci ne peut, en principe, plus être modifiée, que ce soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou à celle du soumissionnaire.*
- Ainsi, dans le cadre d'une procédure ouverte, les principes d'égalité de traitement et de transparence s'opposent à toute forme de négociation entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire. Si le soumissionnaire avait la faculté, après que l'entité adjudicatrice lui a envoyé la communication, de modifier (réduire) à un montant inférieur déterminé le prix proposé, cela impliquerait qu'il a la possibilité de modifier un terme essentiel de son offre, à savoir le montant exact de l'offre contenue dans la soumission initiale, et cela d'une manière qui profite à l'entité adjudicatrice et qui donne au soumissionnaire la possibilité d'améliorer son prix et, par là même, son offre en vue de remporter le marché. Selon la pratique courante, une telle manière de procéder est contraire au principe de l'interdiction de négociation.*

La question se pose de savoir si le fait que, dans ce cas particulier, une telle manière de procéder soit décrite dans le cahier des charges a pour conséquence qu'on peut alors la considérer comme conforme aux principes d'égalité de traitement et de transparence et, partant, comme légale. La commission décide qu'il ne peut pas être dérogé à l'interdiction de négociation dans les procédures ouvertes au seul motif que SKI aurait décrit, comme elle l'a fait concrètement, le modèle Est/Ouest dans le cahier des charges. »

- 16 Le 9 juillet 2021, SKI a introduit un recours juridictionnel devant le Retten i Glostrup (le tribunal municipal de Glostrup, Danemark) contre, notamment, ce volet de la décision de la commission des recours. Le 7 décembre 2021, l'affaire a été renvoyée devant la juridiction de céans en tant que juridiction de première instance.

LES RÈGLES DANOISES EN MATIÈRE DE PASSATION DES MARCHÉS

- 17 La directive marchés publics a été transposée en droit danois par la loi sur les marchés publics, telle que modifiée.
- 18 L'article 2 de la loi sur les marchés publics a transposé l'article 18, paragraphe 1, de la directive marchés publics et concerne les principes généraux mis en œuvre par la loi. Cette disposition est rédigée comme suit :

« Article 2

1. Dans les procédures de passation de marchés publics visées aux points II à IV, l'entité adjudicatrice se conforme aux principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité.

2. Une procédure ouverte ne peut être conçue dans l'intention de soustraire le marché au champ d'application de la présente loi ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsque la procédure est conçue dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment un ou plusieurs opérateurs économiques déterminés. »

- 19 L'article 49 de la loi a transposé l'article 46, paragraphes 1 à 3, de la directive marchés publics. Le paragraphe 3 de cet article concerne les exigences applicables en cas d'allotissement des marchés publics, et il est libellé comme suit :

« Article 49

[...]

3. Dans l'avis de marché, l'entité adjudicatrice indique :

1) si le soumissionnaire peut soumettre une offre pour un seul, plusieurs ou tous les lots,

2) *si le soumissionnaire peut se voir attribuer un seul, plusieurs ou tous les lots et, le cas échéant, les lots ou groupes de lots qui peuvent être réunis, et*

3) *les critères ou règles objectifs et non discriminatoires déterminant l'attribution des lots, notamment la manière dont les lots sont attribués lorsque l'application des critères ou règles conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal qui peut lui être attribué. »*

20 L'article 56 de la loi sur les marchés publics concerne les règles de procédure applicables aux procédures ouvertes et met en œuvre certaines dispositions de l'article 27 de la directive marchés publics. Cet article est rédigé comme suit :

« Article 56

Dans une procédure ouverte, tout opérateur économique peut soumettre une offre en réponse à l'avis de marché. L'avis de marché contient les informations prévues à l'annexe V, partie C, de la directive 2014/24/UE [...]. L'entité adjudicatrice utilise le formulaire type visé à l'article 128, paragraphe 3, de la présent loi. »

LES DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT DE L'UNION

21 Les règles du droit de l'Union que concerne la présente affaire sont précisément les principes fondamentaux d'égalité de traitement et de transparence, tels que consacrés à l'article 18 de la directive marchés publics, et les dispositions déterminant la portée de l'interdiction de négociation en ce qui concerne les lots (voir article 46 de la directive), ainsi que les dispositions relatives à la « procédure ouverte » de l'article 27 de la directive.

ARGUMENTS DE LA PARTIE REQUÉRANTE

22 SKI conteste avoir, en se servant du modèle Est/Ouest, violé le principe d'égalité de traitement tel que consacré à l'article 18, paragraphe 1, de la directive marchés publics. La conception choisie pour la procédure de passation est, nonobstant le recours à la procédure dite « ouverte », licite et conforme aux règles gouvernant les marchés publics, y compris les principes d'égalité de traitement et de transparence ainsi que l'interdiction de négociation et la pratique en matière de marchés publics qui en découlent.

23 La principale considération qui sous-tend le modèle Est/Ouest était le souhait de garantir la concurrence pour les fournitures et prestations relevant du lot 1 et du lot 2, étant entendu que ce dernier couvrait le secteur géographique visé par l'appel d'offres le plus important en termes de chiffre d'affaires. À ce propos, il est essentiel de garder à l'esprit qu'il n'y a pas de marché privé pour des fournitures et prestations similaires et qu'il n'existe pas d'autres entités adjudicatrices attribuant des contrats similaires. Dès lors, l'accord-cadre de SKI en cause représente, en fait, l'ensemble du marché. Les opérateurs économiques qui

ne se voient pas attribuer de lot risquent donc de se retrouver marginalisés, voire de faire faillite. Ainsi, ce secteur de fournitures a, pendant de nombreuses années, souffert de périodes de concurrence faible – voire carrément inexistante –, ce qui peut être très préjudiciable aux clients de SKI et, en fin de compte, aux contribuables. C'est pourquoi SKI a, au cours de la procédure relative à l'accord-cadre, accordé une très grande attention à la sauvegarde de la concurrence dans toute la mesure du possible, en particulier par la division de cette partie du marché public en deux lots (« Est » et « Ouest ») et par l'utilisation d'un modèle permettant qu'il y ait, en principe, deux fournisseurs différents, conformément à la ratio legis de l'article 46 de la directive marchés publics, telle qu'indiquée au considérant 79 de celle-ci. Ce considérant explique que, « [L]orsque les marchés sont divisés en lots, les pouvoirs adjudicateurs devraient être autorisés, par exemple en vue de préserver la concurrence ou d'assurer la fiabilité de l'approvisionnement, à limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut soumissionner ; il devrait également leur être permis de limiter le nombre de lots pouvant être attribués à un même soumissionnaire ». Ensuite, en imposant aussi l'exigence selon laquelle les fournitures et prestations devaient, pour les deux lots, avoir lieu aux mêmes prix que ceux proposés par le soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, SKI a cherché à faire en sorte qu'il n'y aurait pas de spéculation par la proposition de prix élevés pour l'un des lots, au détriment des clients de SKI et, en fin de compte, des contribuables. En effet, lorsqu'un soumissionnaire peut être certain de remporter au moins un marché, il pourrait escompter pouvoir soumissionner à des prix élevés pour les deux lots. Ce risque a été écarté en exigeant que les fournitures et prestations aient lieu aux mêmes prix que ceux proposés par le soumissionnaire ayant remporté le lot [2].

- 24 Une consultation des acteurs du marché a été réalisée avant l'appel d'offres. Il en est ressorti que les opérateurs économiques ont généralement trouvé le modèle à la fois objectif et propre à promouvoir la concurrence aussi bien dans le cas concret que sur le long terme. C'est ainsi qu'on peut, dans la réponse à ladite consultation reçue de BibMedia A/S – qui a également soumissionné dans le cadre de l'appel d'offres qui a suivi (voir ci-dessus) –, lire ce qui suit :

« La proposition de SKI de diviser le lot 1 concernant les livres danois et services préparatoires selon le modèle Est/Ouest, tel que décrit, nous paraît raisonnable, car le modèle décrit continue à inciter les soumissionnaires à présenter l'offre la plus intéressante afin de se voir attribuer la majeure partie du volume de fournitures et de prestations. En ayant plusieurs fournisseurs pour le lot 1, on s'assure qu'il y aura une forte concurrence dans les années qui suivent et que des solutions et des prestations continueront à être développées au bénéfice des bibliothèques. »

- 25 SKI soutient, dès lors, que le modèle en cause répond parfaitement à des considérations objectives qui sont, d'ailleurs, cruciales dans le droit des marchés publics, à savoir la nécessité d'assurer à la fois une utilisation efficace des fonds publics (voir considérant 2 de la directive marchés publics) et une concurrence

effective (voir considérants 90 et 69 de la directive), et cela aussi bien dans le cadre de la procédure en cause ici que pour l'avenir, compte tenu de la situation concurrentielle particulière qui caractérise le secteur en question.

26 À l'appui de sa conclusion selon laquelle le modèle est licite, elle fait ainsi valoir les arguments suivants :

- le fait que le soumissionnaire qui présente la deuxième offre économiquement la plus avantageuse ait la faculté d'accepter d'effectuer les fournitures et prestations aux mêmes prix que ceux offerts par le soumissionnaire le moins cher, et puisse ainsi se voir attribuer le lot 1, n'implique pas une « négociation » contraire à l'interdiction de négociation en droit des marchés publics, et, en particulier, contraire aux principes et considérations qui sous-tendent l'interdiction et à l'article 56 de la loi sur les marchés publics.
- le modèle Est/Ouest représente, au contraire, une procédure objective et automatique d'attribution qui est utilisée après que le classement des offres a été achevé, et sans interaction entre SKI et le soumissionnaire ayant présenté la deuxième offre économiquement la plus avantageuse autre que l'acceptation par celui-ci de réaliser les fournitures et prestations aux conditions prévues préalablement dans la documentation relative à l'appel d'offres et aux mêmes prix que ceux proposés par le soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre.
- il est, de plus, question ici d'une procédure d'attribution des lots qui est décrite de manière claire et transparente dans la documentation relative à l'appel d'offres. La procédure ne laisse aucunement à SKI une liberté de choix pour l'attribution qui soit contraire au principe de transparence tel que consacré à l'article 18 de la directive marchés publics, et elle ne donne pas davantage au soumissionnaire ayant présenté la deuxième meilleure offre la possibilité de modifier arbitrairement celle-ci après l'expiration du délai de présentation des soumissions et de se mettre ainsi dans une situation meilleure que celle à laquelle il pouvait prétendre au regard des conditions du cahier des charges, et cela en violation des principes d'égalité de traitement et de transparence en général. Au contraire, l'attribution des lots a lieu selon des critères préalablement définis à cette fin dans la documentation relative à l'appel d'offres, et dans le cadre déterminé par l'article 46 de la directive marchés publics, à l'issue d'un processus qui, en outre, échappe à l'influence aussi bien de SKI que du soumissionnaire concerné.
- l'attribution des lots selon le modèle Est/Ouest est donc effectuée de manière uniforme, sur la base de l'évaluation préalable des soumissions par application du critère d'attribution déterminé consistant dans le « prix le plus bas » et à l'issue d'une procédure d'attribution prédéfinie et clairement décrite. De plus, le modèle étant utilisé à un moment où le classement des

offres est achevé (c'est-à-dire après évaluation), il n'y a pas de risque de distorsion de la concurrence entre les soumissionnaires sous la forme d'une discrimination non objective.

ARGUMENTS DE LA PARTIE DÉFENDERESSE

- 27 La défenderesse soutient que la décision de la commission des recours et sa motivation sont correctes et doivent être confirmées.
- 28 Le principe d'égalité de traitement inscrit à l'article 18 de la directive marchés publics et à l'article 2, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics, ainsi que l'interdiction de négociation qui en découle, impliquent qu'une entité adjudicatrice ne peut pas négocier avec un seul soumissionnaire dans le cadre d'une procédure ouverte. Il ne fait aucune différence, dans ce contexte, que l'entité adjudicatrice ait décrit la faculté de négociation dans la documentation relative à l'appel d'offres.
- 29 La défenderesse soutient que le fait de donner à un soumissionnaire la possibilité de modifier son offre après l'expiration du délai de présentation des soumissions, de manière à ce que celle-ci corresponde sur le plan des prix à l'offre du soumissionnaire le moins disant, constitue une négociation.
- 30 Selon la défenderesse, la situation dans laquelle il est permis à un soumissionnaire de baisser les prix de son offre, de manière à ce qu'ils correspondent à ceux du soumissionnaire le moins disant, constitue une modification de l'offre, ce qui ne peut pas être autorisé après l'expiration du délai de présentation des soumissions.
- 31 En conséquence, le modèle Est/Ouest utilisé par SKI constitue une négociation au sens de la directive marchés publics.
- 32 La défenderesse fait ensuite valoir qu'une telle approche ne peut pas licitement être suivie dans le cadre de la procédure dite « ouverte » visée à l'article 27 de la directive marchés publics (voir article 56 de la loi sur les marchés publics). Ce type de procédure ne donne donc pas la possibilité de négocier, y compris en donnant à un seul soumissionnaire la faculté de modifier son offre après l'expiration du délai de présentation des soumissions.
- 33 SKI aurait plutôt dû mettre en œuvre la procédure de marché en respectant les limites définies par la directive marchés publics, et des possibilités existent d'utiliser des procédures licites qui sont susceptibles, dans une large mesure, de répondre aux objectifs que SKI souhaitait atteindre avec le modèle Est/Ouest. Ainsi, une entité adjudicatrice peut diviser un marché en lots et il est légal de restreindre la possibilité pour un même soumissionnaire de remporter tous les lots, afin que la concurrence soit garantie à l'avenir. Toutefois, il n'est pas possible, dans le cadre des procédures prévues par la directive marchés publics, à la fois d'avoir plusieurs fournisseurs potentiels et de faire en sorte que leurs prix soient identiques. L'entité adjudicatrice devrait donc choisir entre une solution où un

seul soumissionnaire remporterait l'ensemble des lots avec les mêmes prix et celle où les lots seraient attribués à plusieurs soumissionnaires différents, mais alors avec des prix différents. C'est pourquoi une entité adjudicatrice qui choisit de restreindre la possibilité pour un même soumissionnaire de se voir attribuer tous les lots doit alors accepter que le soumissionnaire ayant présenté la deuxième offre économiquement la plus avantageuse applique ses propres prix pour le lot de moindre importance.

MOTIVATION DU RENVOI PRÉJUDICIEL

- 34 Les arrêts rendus jusqu'à présent par la Cour au sujet du principe d'égalité de traitement et du principe de transparence consacrés par la directive marchés publics, ainsi que de la portée de l'interdiction de négociation qui en découle, concernent, notamment, les limites du traitement par l'entité adjudicatrice des réserves contenues dans une offre, ainsi que les limites à sa faculté de recueillir et de prendre en compte des informations complémentaires (voir, notamment, arrêts du 11 mai 2017, Archus et Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, et du 10 octobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647) ou de recueillir des informations absentes d'une offre ou imprécises (voir arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191).
- 35 En outre, la Cour semble avoir abordé la portée de l'interdiction de négociation en ce qui concerne le remplacement d'entreprises aux capacités desquelles un soumissionnaire entend recourir (voir, notamment, arrêt du 3 juin 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445).
- 36 Les arrêts rendus jusqu'à ce jour semblent avoir ceci en commun que la portée de l'interdiction de négociation est interprétée sous l'angle de la possibilité pour l'entité adjudicatrice de remédier au fait que le candidat/soumissionnaire ne remplit pas les exigences figurant dans la documentation relative à l'appel d'offres et, partant, concerne des situations dans lesquelles le candidat/soumissionnaire est susceptible d'acquérir un statut juridique auquel il n'avait pas droit selon ladite documentation et qui, par conséquent, est contraire aux principes fondamentaux du droit de l'Union (voir arrêts du 22 juin 1993, Commission/Danemark, C-243/89, EU:C:1993:257, du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, EU:C:1996:161, et du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214).
- 37 Toutefois, la Cour ne semble pas avoir eu l'occasion de se prononcer sur le point de savoir dans quelle mesure l'interdiction de négociation dans le cadre de l'attribution de lots dans une procédure de type « ouverte » s'oppose à ce qu'un soumissionnaire qui n'a pas présenté l'offre économiquement la plus avantageuse se voie, après l'expiration du délai de présentation des soumissions, et conformément aux modalités préalablement définies du cahier des charges, accorder la possibilité d'accepter d'effectuer dans le cadre d'un lot les fournitures et prestations faisant l'objet du marché aux mêmes prix que ceux proposés par le

soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse et qui, par conséquent, s'est vu attribuer un autre lot.

- 38 La juridiction de céans, saisie en tant que juridiction de première instance, estime, dans ce contexte, qu'il est nécessaire de poser à la Cour de justice la question préjudicielle formulée ci-dessous.

POUR CES MOTIFS :

- 39 La Cour de justice est invitée à répondre à la question suivante :

Les principes de transparence et d'égalité de traitement consacrés par l'article 18 de la directive marchés publics et l'interdiction de négociation qui en découle s'opposent-ils à ce qu'un soumissionnaire ayant, dans le cadre d'une procédure ouverte visant à l'attribution de lots, telle que visée aux articles 27 et 46 de ladite directive, présenté la deuxième offre économiquement la plus avantageuse se voie, après l'expiration du délai de présentation des soumissions, et conformément aux modalités préalablement définies du cahier des charges, accorder la possibilité d'effectuer dans le cadre d'un lot les fournitures et prestations faisant l'objet du marché aux mêmes conditions que celles proposées par le soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse et qui s'est vu, par conséquent, attribuer un autre lot dans le cadre du même marché ?