

ARRÊT DE LA COUR

22 juin 1993 *

Dans l'affaire C-243/89,

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. Hans Peter Hartvig et Richard Wainwright, conseillers juridiques, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Nicola Annecchino, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie requérante,

contre

Royaume de Danemark, représenté par M. Jørgen Molde, conseiller juridique au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, assisté de M. Gregers Larsen, avocat, ayant élu domicile à Luxembourg au siège de l'ambassade du Danemark, 4, boulevard Royal,

partie défenderesse,

ayant pour objet de faire constater qu'en raison du fait que la société Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen a lancé une invitation à soumissionner sur la base d'une condition prévoyant l'utilisation la plus large possible de matériaux, de biens de consommation, de main-d'œuvre et de matériel danois et que les négociations avec le consortium retenu ont eu lieu sur la base d'une offre non conforme au cahier des charges, le royaume de Danemark a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire et qu'il a notamment enfreint les articles 30, 48 et 59 du traité CEE ainsi que la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, (JO L 185, p. 5),

* Langue de procédure: le danois.

LA COUR,

composée de MM. O. Due, président, C. N. Kakouris, G. C. Rodríguez Iglesias, M. Zuleeg et J. L. Murray, présidents de chambre, G. F. Mancini, R. Joliet, F. A. Schockweiler, J. C. Moitinho de Almeida, F. Grévisse et P. J. G. Kapteyn, juges,

avocat général: M. G. Tesauro

greffier: M. H. von Holstein, greffier adjoint

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les parties en leur plaidoirie à l'audience du 29 septembre 1992, au cours de laquelle le royaume de Danemark a été représenté par M. Jørgen Molde, en qualité d'agent, assisté de MM. Gregers Larsen et Sune F. Svendsen, avocats,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 17 novembre 1992,

rend le présent

Arrêt

1 Par requête déposée au greffe de la Cour le 2 août 1989, la Commission des Communautés européennes a introduit, en vertu de l'article 169 du traité CEE, un recours visant à faire constater qu'en raison du fait que

— d'une part, la société Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen a lancé une invitation à soumissionner sur la base d'une condition prévoyant l'utilisation la plus large possible de matériaux, de biens de consommation, de main-d'œuvre et de matériel danois,

— et que, d'autre part, les négociations avec le consortium retenu ont eu lieu sur la base d'une offre non conforme au cahier des charges,

le royaume de Danemark a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire et qu'il a notamment enfreint les articles 30, 48 et 59 du traité CEE ainsi que la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5, ci-après « directive »).

- 2 La « Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen » (ci-après « Storebælt ») est une société contrôlée à cent pour cent par l'État danois. Elle est chargée de l'élaboration du projet et, en tant que maître de l'ouvrage, de la construction d'une liaison routière et ferroviaire sur le Grand-Belt. Une partie de ce projet comporte la construction d'un pont sur le chenal ouest du Grand-Belt. La valeur du contrat portant sur le chantier du pont ouest est estimée à 3 milliards DKR.
- 3 Le 9 octobre 1987, Storebælt a publié, au *Supplément au Journal officiel des Communautés européennes* (S 196/16), un appel d'offres restreint relatif à la construction du pont sur le chenal ouest. Le 28 avril 1988, elle a invité cinq groupes de sociétés à soumissionner.
- 4 Les conditions communes qui font partie du cahier des charges (ci-après « conditions communes ») comportent à l'article 6, paragraphe 2, la disposition suivante (ci-après « clause relative au contenu danois »):

« L'entrepreneur est tenu dans toute la mesure du possible d'utiliser des matériaux et des biens de consommation danois, de la main-d'œuvre et des équipements danois. »

- 5 L'article 3, paragraphe 3, des conditions communes précise les conditions auxquelles sont soumises les offres alternatives portant sur un projet de substitution aux trois projets différents du pont que Storebælt elle-même avait conçus et qui servent de base d'appréciation à ces offres. Cette disposition prévoit en effet que le prix remis pour une telle offre implique l'élaboration par le soumissionnaire d'un projet détaillé qu'il présente au maître de l'ouvrage pour acceptation, et que le

soumissionnaire assume intégralement la responsabilité de l'établissement du projet et de son exécution. Le même article précise que le soumissionnaire assume le risque de variation des quantités sur lesquelles repose l'offre alternative. Enfin, selon la même disposition,

« lorsqu'il remet une offre portant sur un projet alternatif dont il assume la responsabilité, le soumissionnaire doit indiquer un prix tenant compte d'une réduction si le maître de l'ouvrage choisit d'effectuer lui-même la conception détaillée du projet ».

- 6 Cinq consortiums internationaux, regroupant au total vingt-huit entreprises, ont été invités à soumissionner. Un de ces cinq consortiums était le European Storebælt Group (ci-après « ESG »), groupement composé de l'entreprise néerlandaise Ballast Nedam, de l'entreprise suisse Losinger Ltd., de l'entreprise britannique Taylor Woodrow Construction Ltd. et de trois entreprises danoises de travaux publics. ESG a présenté à Storebælt une offre alternative concernant un projet de construction d'un pont en béton.
- 7 Storebælt a alors entamé des discussions avec les différents soumissionnaires afin de pouvoir comparer et évaluer leurs offres respectives de même que chiffrer les coûts des nombreuses réserves que comportaient ces offres. Après une réduction sensible du cercle des offres, Storebælt a continué à négocier avec ESG sur l'offre alternative qu'elle avait présentée. Ces négociations ont abouti à la signature, le 26 juin 1989, d'un contrat entre ESG et Storebælt.
- 8 Pour un plus ample exposé des faits du litige, du déroulement de la procédure ainsi que des moyens et arguments des parties, il est renvoyé au rapport d'audience. Ces éléments du dossier ne sont repris ci-dessous que dans la mesure nécessaire au raisonnement de la Cour.

Sur la recevabilité du recours

- 9 S'étant réservée le droit de compléter ou de développer au besoin les motifs invoqués à l'appui des deux griefs qu'elle avait mentionnés dans les conclusions de sa requête, la Commission a, dans son mémoire en réplique, développé ses arguments sur la base des informations fournies par le gouvernement danois dans le cadre de son mémoire en défense. En outre, elle a modifié les conclusions de sa requête sur deux points.
- 10 En premier lieu elle demande à la Cour, en ce qui concerne le deuxième grief, indiqué ci-dessus (point 1), de constater le manquement en raison du fait que Storebælt, « sur la base d'une offre non conforme au cahier des charges, a mené avec ESG des négociations ayant comme résultat que le contrat final contient des modifications des conditions de l'appel d'offres en faveur de ce seul soumissionnaire et portant notamment sur des éléments influant sur les prix ».
- 11 En deuxième lieu, en ce qui concerne les règles de droit qui auraient été enfreintes par le royaume de Danemark, la Commission déclare qu'il s'agit de la directive 71/305, précitée, « y compris le principe d'égalité de traitement qui est à la base de cette directive ».
- 12 Le gouvernement danois demande à la Cour de déclarer le recours irrecevable dans la mesure où la Commission a étendu l'objet du recours au delà de ce qui a fait objet de la phase précontentieuse.
- 13 Avant d'examiner cette demande, il y a lieu de rappeler la jurisprudence de la Cour (voir arrêt du 28 avril 1993, Commission/Italie, C-306/91, attendu 22, Rec. p. I-2133), selon laquelle, dans le cadre d'un recours en manquement, la phase précontentieuse délimite l'objet du litige, et celui-ci ne peut plus, ensuite, être étendu. En effet, la possibilité pour l'État concerné de présenter ses observations constitue une garantie essentielle voulue par le traité et une forme substantielle de la régularité de la procédure destinée à constater un manquement d'un État membre.

- 14 Le gouvernement danois estime d'abord que la Commission ne peut étendre dans sa requête et, en particulier, dans son mémoire en réplique, l'objet du litige à des éléments de fait et de droit autres que ceux qui ont été mentionnés dans la lettre de mise en demeure et dans l'avis motivé.
- 15 A cet égard, il convient de constater que seuls ont fait l'objet de la phase précontentieuse, les termes de l'article 6, paragraphe 2, des conditions communes, à savoir la clause relative au contenu danois, et l'ouverture de négociations sur la base d'une offre non conforme à l'article 3, paragraphe 3, des mêmes conditions et concernant les responsabilités du soumissionnaire en cas d'offre alternative portant sur un projet de substitution.
- 16 Il en découle que le recours n'est recevable que dans la mesure où les deux griefs portent sur ces deux dispositions des conditions communes.
- 17 Dans le cadre du grief portant sur la clause relative au contenu danois, rien ne s'oppose, toutefois, à ce que la Commission, afin d'étayer son argumentation à cet égard, se réfère à d'autres dispositions du cahier des charges qui en constituent une concrétisation sur des points spécifiques.
- 18 Le gouvernement danois fait valoir ensuite que, en reformulant les conclusions en cours d'instance, la Commission aurait modifié l'objet du litige et violé les droits de la défense dans la mesure où, en tant qu'État défendeur, il n'aurait pas eu la possibilité de se prononcer sur les points ainsi modifiés dans les délais et les formes prescrits. Le bien fondé du recours devrait, dès lors, selon ce gouvernement, être examiné uniquement au regard des conclusions contenues dans la requête introductive d'instance.
- 19 Ce moyen soulève les points de savoir, d'une part, si la reformulation du second volet des conclusions constitue un élargissement de ces conclusions, et, d'autre part, si la référence, dans le mémoire en réplique, au « principe d'égalité de traite-

ment qui est à la base de cette directive » ajoute un nouvel élément au fondement juridique du manquement allégué.

- 20 Quant au premier point, il suffit de constater qu'il s'agit d'une précision que la Commission était en droit d'apporter à ses conclusions afin de tenir compte des informations concernant le déroulement de la procédure d'appel d'offres et les négociations entre Storebælt et ESG telles que fournies par le gouvernement danois dans son mémoire en défense.
- 21 Quant au second point, il convient de constater d'abord, comme l'a exposé l'avocat général au point 13 de ses conclusions, que déjà au cours de la phase précontentieuse de la procédure la Commission avait fait grief au gouvernement danois d'avoir violé ce principe et que l'avis motivé comme la requête s'y réfèrent expressément. Dès lors, le gouvernement danois a eu la possibilité de s'exprimer à cet égard, ainsi que l'indiquent d'ailleurs tant sa réponse à l'avis motivé que les termes de son mémoire en défense.
- 22 Il y a lieu de constater ensuite que la thèse du gouvernement danois, selon laquelle le principe d'égalité de traitement constituerait une nouvelle base juridique du manquement allégué, soulève une question d'interprétation de la directive qui sera examinée avec le fond.

Sur le fond

Quant au premier grief concernant la clause relative au contenu danois

- 23 Il y a lieu de constater à titre liminaire que la clause relative au contenu danois telle que formulée à l'article 6, paragraphe 2, des conditions générales du cahier des charges est incompatible avec les articles 30, 48 et 59 du traité, ce qui d'ailleurs n'est pas contesté par le gouvernement danois.

- 24 Toutefois, le gouvernement danois fait valoir en premier lieu qu'il a supprimé la clause en question avant la signature du contrat avec ESG, le 26 juin 1989, et qu'il s'est ainsi conformé à l'avis motivé, même avant la notification de celui-ci, le 14 juillet 1989. Se référant à l'arrêt du 31 mars 1992, *Commission/Italie* (C-362/90, Rec. p. I-2353), le gouvernement danois a ajouté, au cours de l'audience, que la Commission n'avait pas agi en temps utile pour éviter, par les procédures qui sont à sa disposition, que le manquement reproché produise des effets juridiques.
- 25 Cette argumentation ne peut être accueillie.
- 26 Il convient en effet de constater tout d'abord que si la clause litigieuse a été supprimée peu avant la signature du contrat avec ESG et, dès lors, avant la notification de l'avis motivé, il n'en demeure pas moins que la procédure d'appel d'offres s'est déroulée sur la base d'une clause non conforme au droit communautaire, de nature à avoir une incidence tant sur la composition des différents consortiums que sur le contenu des offres soumises par les cinq consortiums présélectionnés. Il en résulte que la seule suppression de cette clause au stade ultime de la procédure ne saurait être considérée comme suffisante pour mettre fin au manquement allégué par la Commission.
- 27 Il convient de souligner ensuite que, dans sa lettre de mise en demeure du 21 juin 1989, la Commission a demandé au gouvernement danois de veiller à ce qu'il soit sursis à la signature du contrat en cause et que, dès lors, si celui-ci avait accédé à cette demande, le manquement reproché n'aurait produit aucun effet juridique.
- 28 Le gouvernement danois fait valoir en second lieu que, dans sa déclaration du 22 septembre 1989, remise à la Cour lors de la procédure de référé, il a non seulement reconnu que la clause relative au contenu danois constituait une infraction au droit communautaire, mais a également admis sa responsabilité à l'égard des entreprises soumissionnaires, de sorte que le recours sur ce point est devenu sans objet.

- 29 Cette argumentation doit être également rejetée.
- 30 Il importe d'observer à cet égard que, dans le cadre d'un recours en manquement, introduit en vertu de l'article 169 du traité par la Commission et dont celle-ci apprécie seule l'opportunité, il appartient à la Cour de constater si le manquement reproché existe ou non, même si l'État concerné ne conteste plus le manquement et reconnaît le droit à la réparation du préjudice éventuellement subi de ce fait par les particuliers. S'il en allait différemment, les États membres, en reconnaissant le manquement et admettant la responsabilité qui peut en découler, seraient libres, à tout moment lors d'une procédure de manquement pendante devant la Cour, de mettre fin à celle-ci sans que l'existence du manquement et le fondement de leur responsabilité aient été établis en justice.
- 31 Il résulte de ces considérations que le recours de la Commission est fondé quant au premier grief concernant la clause relative au contenu danois.

Quant au second grief concernant les négociations sur la base d'une offre non conforme au cahier des charges

- 32 La Commission faisant valoir dans ses conclusions, reformulées dans le cadre de son mémoire en réplique, que Storebælt n'a pas respecté le principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires, il convient, à titre liminaire, d'examiner tout d'abord la thèse du gouvernement danois selon laquelle ce principe ne serait pas visé par la directive et constituerait, partant, une nouvelle base juridique du manquement allégué.
- 33 A cet égard, il suffit de constater que si la directive ne fait pas expressément mention du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, il n'en demeure pas moins que le devoir de respecter ce principe correspond à l'essence même de cette directive qui, selon son neuvième considérant, vise notamment le développe-

ment d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics et qui, en son Titre IV, énonce des critères de sélection et d'attribution du marché tendant à garantir une telle concurrence.

- 34 Il y a lieu de rappeler ensuite que la Commission, dans son mémoire en réplique, a fondé ses conclusions sur toute une série d'éléments du contrat final qui constitueraient, selon elle, des modifications des conditions du cahier des charges et auraient certaines incidences sur les prix. Or, comme il a été indiqué ci-dessus (points 14 et 15), seules les modifications se rapportant aux conditions énoncées à l'article 3, paragraphe 3, des conditions communes peuvent être prises en considération par la Cour.
- 35 Le second grief de la Commission, ainsi délimité, tend, en substance, à faire constater par la Cour que le royaume de Danemark a violé le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires du fait que Storebælt, sur la base d'une offre non conforme au cahier des charges, a mené des négociations avec ESG qui ont abouti, dans le contrat final, à des modifications des conditions énoncées à l'article 3, paragraphe 3, précité, en faveur de ce seul soumissionnaire et qui portent sur des éléments ayant une incidence sur les prix.
- 36 Afin d'apprécier la compatibilité des négociations ainsi menées par Storebælt avec le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, il convient d'examiner d'emblée si ce principe s'opposait à ce que Storebælt prenne l'offre d'ESG en considération.
- 37 A cet égard, il convient de constater d'abord que le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires exige que toutes les offres soient conformes aux prescriptions du cahier des charges afin de garantir une comparaison objective entre les offres soumises par les différents soumissionnaires.

- 38 Cette constatation est corroborée par l'article 11 de la directive qui, tout en permettant à un soumissionnaire, lorsqu'il s'agit de la faculté de présenter des variations au projet de l'administration, d'utiliser une méthode de calcul des ouvrages différente de celle du pays où est passé le marché, pose toutefois la condition que l'offre soit compatible avec les prescriptions du cahier des charges.
- 39 Quant à l'argument du gouvernement danois selon lequel la législation danoise en matière de marchés publics prévoit la possibilité d'accepter des réserves, il y a lieu d'observer que cette législation ne saurait être appliquée qu'en respectant pleinement le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires qui est la base de la directive et qui exige la conformité des offres avec le cahier des charges.
- 40 Or, il ne serait pas satisfait à cette exigence s'il était permis aux soumissionnaires de s'écarter des prescriptions fondamentales du cahier des charges par des réserves, exception faite de la situation où ces prescriptions leur laissent expressément une telle faculté.
- 41 Il convient de constater ensuite que l'offre présentée par ESG, concernant un projet alternatif de construction d'un pont en béton, n'était pas conforme à l'article 3, paragraphe 3, des conditions communes dans la mesure où elle ne satisfaisait pas aux conditions y posées, à savoir que le prix proposé n'était pas fondé sur le fait qu'en tant que soumissionnaire elle devait élaborer un projet détaillé et assumer pleinement la responsabilité de ce projet, tant du point de vue de sa conception que de son exécution ainsi que le risque de variation des quantités par rapport à celles ainsi envisagées.
- 42 Il y a lieu de relever enfin que l'article 3, paragraphe 3, des conditions communes constitue une prescription fondamentale du cahier des charges en ce qu'il précise les conditions relatives au calcul des prix compte tenu de la responsabilité du

soumissionnaire d'effectuer la conception détaillée du projet, de l'exécuter et d'en assumer les risques.

- 43 Dans ces circonstances, et étant donné que la prescription en cause ne prévoit aucune faculté pour les soumissionnaires d'intégrer des réserves dans leurs offres, le principe d'égalité s'opposait à ce que Storebælt prenne l'offre d'ESG en considération.
- 44 Le recours de la Commission est, dès lors, également fondé quant au deuxième grief concernant les négociations sur la base d'une offre non conforme au cahier des charges.
- 45 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'en raison du fait que la société Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen a lancé une invitation à soumissionner sur la base d'une condition prévoyant l'utilisation la plus large possible de matériaux, de biens de consommation, de main d'œuvre et de matériel danois et que les négociations avec le consortium retenu ont eu lieu sur la base d'une offre non conforme au cahier de charges, le royaume de Danemark a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire et qu'il a notamment enfreint les articles 30, 48 et 59 du traité ainsi que la directive 71/305/CEE.

Sur les dépens

- 46 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. Le royaume de Danemark ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de le condamner aux dépens.

Par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

- 1) En raison du fait que la société Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen a lancé une invitation à soumissionner sur la base d'une condition prévoyant l'utilisation la plus large possible de matériaux, de biens de consommation, de main d'œuvre et de matériel danois et que les négociations avec le consortium retenu ont eu lieu sur la base d'une offre non conforme au cahier de charges, le royaume de Danemark a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire et a notamment enfreint les articles 30, 48 et 59 du traité ainsi que la directive 71/305/CEE.
- 2) Le royaume de Danemark est condamné aux dépens.

| | | | |
|--------------|---------------------|--------------------|---------|
| Due | Kakouris | Rodríguez Iglesias | Zuleeg |
| Murray | | Mancini | Joliet |
| Schockweiler | Moitinho de Almeida | Grévisse | Kapteyn |

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 22 juin 1993.

Le greffier
J.-G. Giraud

Le président
O. Due