

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 17 novembre 1992 \*

*Monsieur le Président,  
Messieurs les Juges,*

1. Par le présent recours, la Commission demande à la Cour de constater que le Royaume de Danemark a manqué, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres relative à la construction d'un pont sur le chenal ouest du Grand-Belt, aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 30, 48 et 59 du traité ainsi que de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux<sup>1</sup>. Deux aspects de la procédure d'adjudication sont contestés par la Commission: a) la présence, dans le cahier des charges, d'une clause invitant à soumissionner à condition d'utiliser dans la plus large mesure possible des matériaux et biens de consommation danois, ainsi que de la main-d'œuvre et du matériel danois (ci-après la « réserve danoise »); b) le fait que les négociations avec le consortium retenu auraient eu lieu sur la base d'une offre non conforme au cahier des charges.

2. Les faits et la procédure précontentieuse sont décrits en détail dans le rapport d'audience, auquel nous renvoyons. Nous nous limiterons donc ici à rappeler, dans la mesure nécessaire pour rendre plus aisée la lecture des observations qui suivent, les données essentielles de la question.

Le marché pour la construction du pont sur le chenal ouest du Grand-Belt a été adjugé à l'European Storebælt Group (ci-après « ESG »), un des cinq consortiums internationaux invités à soumissionner dans le cadre de l'appel d'offres restreint lancé par l'« Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen » (ci-après « Storebælt »), société contrôlée à 100 % par l'État danois et maître de l'ouvrage en question. Storebælt, qui avait élaboré trois différents projets devant servir de base aux offres, a entamé des discussions avec les entreprises présélectionnées et a ensuite poursuivi les négociations avec ESG, qui avait fait usage de la possibilité, prévue à l'article 3, paragraphe 3, du cahier des charges, de présenter une offre alternative; ces négociations ont abouti à la signature du contrat le 26 juin 1989.

3. Le 18 mai 1989, la Commission s'était mise en contact avec les autorités danoises en exprimant des doutes quant à la conformité avec le droit communautaire tant de la réserve danoise que de la conduite des négociations avec ESG sur la base d'une offre non conforme à l'article 3, paragraphe 3, du cahier des charges. Non satisfaite par les explications du gouvernement danois, la Commission a envoyé le 21 juin 1989 la lettre de mise en demeure par laquelle elle demandait, entre autres, de ne pas procéder à la signature du contrat. En réponse à cette lettre, les autorités danoises lui ont fait savoir qu'elles n'avaient pas jugé opportun de renvoyer à plus tard la signature du contrat mais qu'elles avaient demandé à Storebælt, par lettre du 21 juin, de supprimer la réserve danoise, de sorte que cette dernière n'apparaissait plus dans le contrat définitif.

\* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 185, p. 5.

Estimant qu'une infraction avait été commise et que l'élimination de la clause en question postérieurement à l'adjudication n'avait pas fait disparaître le manquement, la Commission a, par télex du 14 juillet 1989, notifié au Danemark un avis motivé dans lequel, entre autres, elle affirmait que l'unique moyen de remédier à la situation créée, étant donné la signature déjà intervenue du contrat, consistait à demander à Storebaelt d'annuler le contrat conclu avec ESG et de rouvrir la procédure d'adjudication.

Le Royaume de Danemark ne s'étant pas conformé à l'avis motivé, la Commission a introduit un recours au titre de l'article 169, ainsi qu'une demande de mesures provisoires en vertu de l'article 186 du traité, demande portant uniquement sur le moyen tiré de la réserve danoise.

4. A l'audience relative à la procédure de référé, qui s'est tenue le 22 septembre 1989, le gouvernement danois a fait une déclaration par laquelle il reconnaissait que la réserve danoise constituait une violation du principe fondamental de non-discrimination consacré par le traité CEE et il s'engageait: a) à éviter toute clause ou pratique discriminatoire dans les futurs marchés publics de travaux ou de fournitures; b) à garantir la réparation du préjudice subi par les entreprises soumissionnaires pour autant qu'elles soient en mesure de prouver que leurs prétentions sont fondées en droit danois; c) à garantir en tout état de cause le remboursement des frais de soumission par le biais d'une procédure d'arbitrage: et ce sans que les entreprises en question doivent prouver que la portée discriminatoire de la réserve danoise a été la cause de leur exclusion.

A la suite de cette déclaration, la Commission a retiré sa demande de mesures provisoires, en maintenant toutefois, également en ce qui concerne le grief faisant l'objet de cette demande, le recours au titre de l'article 169. Par ailleurs, après cette date, la Commission, qui s'était réservée dans l'acte introductif d'instance de compléter et de développer ultérieurement les moyens produits à l'appui dudit recours, a demandé au gouvernement danois — et dans une large mesure obtenu — différents documents relatifs à la procédure d'adjudication et au contrat définitif, sur la base desquels elle a ensuite, dans sa réplique, avancé de nouveaux moyens à l'appui de son recours. Cette manière d'agir a conduit le gouvernement danois à opposer, dans sa duplique, une série d'exceptions d'irrecevabilité, tant eu égard au grief concernant la réserve danoise qu'en ce qui concerne celui relatif aux négociations intervenues entre Storebaelt et ESG. Ces exceptions du gouvernement danois sont examinées ci-après dans le cadre des deux moyens invoqués par la Commission.

#### a) *La réserve danoise*

5. Le gouvernement danois s'oppose à ce que la Commission étende l'objet du litige à des clauses du cahier des charges autres que celles mentionnées dans la lettre de mise en demeure et dans l'avis motivé, dans la mesure où il s'agirait — en substance — de nouveaux moyens contenus et développés uniquement dans le mémoire en réplique.

De fait, dans la phase précontentieuse, la Commission s'était référée uniquement à la réserve danoise telle que formulée à l'article 6, paragraphe 2, des conditions générales du cahier des charges; dans le recours, et

surtout dans le mémoire en réplique, elle avait par contre contesté différentes autres clauses contenues dans ledit cahier des charges ou directement introduites pour la première fois dans le contrat définitif et dont il résulterait que des conditions relatives à la réserve danoise apparaissent encore dans le contrat de marché, sous forme, en particulier, de prescriptions afférentes aux matériaux.

La Commission justifie un tel comportement en soutenant que dans la phase précontentieuse elle a voulu contester de manière générale la réserve danoise et que, par conséquent, les moyens avancés dans la réplique doivent être lus comme de simples précisions de ce grief plus général et ne constituent pas des moyens autonomes et nouveaux. Et il est certes incontestable que les clauses citées par la Commission dans l'acte introductif d'instance et dans la réplique ne sont rien d'autre, en substance, que l'expression concrète de spécifications de la réserve danoise telle que formulée à l'article 6, paragraphe 2, des conditions générales du cahier des charges.

6. Cela dit, il y a lieu de relever que, conformément à une jurisprudence constante de la Cour<sup>2</sup>, l'objet du recours introduit au titre de l'article 169 du traité est circonscrit par la phase administrative précontentieuse prévue à cette disposition, ainsi que par les conclusions du recours; et l'avis motivé et le recours doivent être fondés sur les mêmes motifs et moyens. S'il est vrai en outre que la Cour reconnaît la possibilité d'invoquer dans le recours des faits nouveaux qui sont « de même nature que ceux qui étaient visés par l'avis motivé et sont constitutifs du même comporte-

ment »<sup>3</sup>, il doit toutefois s'agir, conformément à l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure, de faits intervenus ultérieurement à l'avis motivé ou en tout état de cause non connus du requérant lors du dépôt de son recours.

Or, dans la mesure où les griefs soulevés pour la première fois par la Commission dans le recours et la réplique concernent des clauses du cahier des charges, donc des clauses existant déjà au moment de la lettre de mise en demeure, on ne peut manquer d'observer, conformément à la jurisprudence de la Cour, que la Commission aurait dû, ou pour le moins pu, en avoir connaissance.

Il s'ensuit que ces clauses « discriminatoires » ne peuvent pas être prises en considération dans la présente procédure: l'exception d'irrecevabilité du gouvernement danois doit donc être accueillie.

A cet égard, nous ne pouvons toutefois manquer d'ajouter que, posé en ces termes, le problème est purement formel. Nous nous expliquons: dans la mesure où la réserve danoise est incompatible avec le droit communautaire, circonstance qui est, elle, incontestée, il nous semble que l'État qui est en infraction est en tout état de cause tenu d'en tirer les conséquences évidentes, c'est-à-dire de supprimer toutes les dispositions qui sont l'expression de la réserve en question. Et le fait que le gouvernement danois en était bien conscient se déduit tant du fait que dans la réponse à l'avis motivé il a assuré que le contrat définitif ne contenait aucune clause du type de la réserve danoise, que de l'affirmation du même gouvernement

2 — Voir, en dernier lieu, l'arrêt du 31 mars 1992, Commission/Danemark, point 23 des motifs (C-52/90, Rec. p. I-2187).

3 — Voir arrêt du 22 mars 1983, Commission/France (42/82, Rec. p. 1013), et arrêt du 4 février 1988, Commission/Italie (113/86, Rec. p. 607).

selon laquelle, ayant dû procéder à la suppression de la réserve danoise avant la signature du contrat, donc dans des délais très brefs, certaines indications concrètes relatives à l'utilisation de matériaux danois lui auraient échappé; et ce précisément pour cause de hâte<sup>4</sup>.

7. En ce qui concerne en outre les clauses insérées pour la première fois dans le contrat définitif et qui, de l'avis de la Commission, sont également des spécifications de la réserve danoise, il convient avant tout de relever que les conclusions de la Commission sur le moyen examiné concernent uniquement l'irrégularité de la procédure d'adjudication et que donc, à la différence des clauses « discriminatoires » contenues dans les conditions générales et particulières du cahier des charges, celles ajoutées dans le contrat définitif ne peuvent avoir eu aucune incidence sur le déroulement de cette procédure<sup>5</sup>. En toute rigueur, par conséquent, ces clauses pourraient constituer le fondement d'une procédure autonome d'infraction: il est évident en effet que, si elles étaient illégitimes, elles constitueraient une infraction actuelle au droit communautaire, les travaux pour la construction du pont étant encore en cours.

Certes, on pourrait aussi soutenir que la prise en considération, aux fins de la présente procédure, des éventuelles prescriptions illicites contenues dans ces clauses n'est pas de nature à entraîner une variation substantielle de l'objet du recours, puisqu'il

s'agit de griefs de la même nature que ceux invoqués dans l'avis motivé et qui sont constitutifs du même comportement. En outre, s'il est vrai que le contrat définitif a été conclu avant l'envoi de l'avis motivé, il est également vrai que l'institution requérante, qui par ailleurs ne peut être accusée ni d'inertie ni de négligence étant donné les délais extrêmement brefs dans lesquels elle a instruit la présente procédure et l'introduction du recours il s'est écoulé moins d'un mois), n'en a eu matériellement connaissance qu'à une date postérieure à l'introduction du recours.

Toutefois, étant donné la rigueur dont la Cour a fait preuve, lorsqu'il s'est agi d'élargir l'objet du recours à des faits non connus de la requérante au moment de l'envoi de l'avis motivé, nous proposons, eu égard aux principes procéduraires qui régissent le recours au titre de l'article 169, d'accueillir également sur ce point l'exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement danois.

8. Étant établi que l'objet du moyen examiné est limité à la réserve danoise telle que formulée à l'article 6, paragraphe 2, des conditions générales du cahier des charges, et en rappelant que l'incompatibilité de cette réserve avec les articles 30, 48 et 59 du traité est en l'espèce incontestée, il convient en premier lieu d'examiner si le gouvernement danois, en éliminant la réserve en question, s'est ou non conformé à l'avis motivé. En réalité, comme on s'en souviendra, cette clause a été supprimée avant la signature du contrat (26 juin) et donc encore avant que la Commission notifie au gouvernement danois l'avis motivé (14 juillet). Et c'est précisément en invoquant cette circonstance que ledit gouvernement soutient que le recours devrait être

4 — Voir p. 44 de la duplique. En effet, le gouvernement danois a expressément reconnu que certaines dispositions du contrat, définies comme secondaires, contiennent encore des prescriptions relatives à la réserve danoise.

5 — Bien entendu les remarques que nous venons de formuler s'appliquent dans ce cas aussi: il serait en effet pour le moins illogique qu'après avoir reconnu l'incompatibilité de la réserve danoise avec le droit communautaire et en avoir donc demandé la suppression, le gouvernement danois permette ensuite que des prescriptions illicites du même type soient introduites dans le contrat définitif.

déclaré irrecevable, ou pour le moins rejeté, par analogie avec l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire C-362/90<sup>6</sup>. A cet égard, nous dirons d'emblée que nous ne pensons pas que l'affaire qui nous occupe puisse être assimilée à celle que l'on vient de citer.

réouverture de la procédure d'adjudication. D'autre part, dans la mesure où le contrat de marché a été conclu sur la base d'une adjudication irrégulière, il nous semble — l'illégitimité de la réserve danoise étant incontestée — qu'on ne puisse pas douter de l'existence de l'infraction.

En effet, nous rappelons que dans l'affaire C-362/90, l'infraction contestée avait déjà entièrement produit ses effets au moment de l'envoi de l'avis motivé et que, en outre, la Cour a en particulier fait grief à la Commission de ne pas avoir « agi en temps utile pour éviter, par les procédures qui sont à sa disposition, que le manquement reproché sorte des effets, et n'a même pas invoqué l'existence de circonstances qui l'auraient empêchée de mener à terme la procédure précontentieuse, prévue à l'article 169 du traité, avant qu'il n'ait cessé d'exister »<sup>7</sup>.

Il est en effet évident que seule une nouvelle procédure d'adjudication aurait été de nature à éliminer l'infraction, étant donné que la procédure avait été conduite en pleine violation du droit communautaire. En d'autres termes, la réserve danoise ayant influencé la présentation des offres, il est incontestable que son élimination ultérieure, même si elle est intervenue avant la signature du contrat, ne peut en aucun cas avoir réparé un vice d'une telle importance dans la procédure d'adjudication du marché.

9. Dans le cas d'espèce, la situation se présente par contre tout à fait différemment. Comme nous l'avons déjà dit, en effet, la Commission avait demandé dans la lettre de mise en demeure non seulement de fournir les explications requises dans un délai de sept jours, mais également de surseoir, en attendant, à la signature du contrat. Le gouvernement danois pouvait donc éviter de « consommer » le manquement en accédant aux demandes de la Commission; au contraire, justement au cours de la procédure d'infraction, il a communiqué, dans la réponse à la lettre de mise en demeure, que Storebælt avait déjà procédé à la signature du contrat. Une telle manière d'agir a empêché la réouverture de la procédure d'adjudication, ce qui a conduit l'institution requérante à demander dans l'avis motivé, comme seul remède pour mettre fin au manquement, la résolution du contrat et la

Nous doutons en outre que le gouvernement danois puisse se prévaloir de l'affirmation de la Commission, selon laquelle il n'est plus possible, au stade actuel, d'obtenir le plein respect du droit communautaire, pour soutenir que les conclusions de cette dernière sur le moyen visant la réserve danoise ne seraient plus pertinentes. De fait, il serait pour le moins singulier qu'un État membre qui avait la possibilité d'empêcher que l'infraction produise des effets définitifs puisse ensuite invoquer la circonstance que ledit manquement a déjà été consommé pour... éviter sa « constatation » en vertu de l'article 171. Un éventuel arrêt de la Cour en ce sens n'est en effet pas destiné à faire déclarer que Storebælt aurait dû rouvrir la procédure d'adjudication, mais bien plus simplement à faire constater que la procédure en question s'est déroulée en violation des dispositions de droit communautaire applicables.

6 — Arrêt du 31 mars 1992, Commission/Italie, Rec. p. I-2353.

7 — Arrêt du 31 mars 1992, précité, point 12 des motifs.

En définitive, accepter la thèse du gouvernement défendeur selon laquelle dès avant l'envoi de l'avis motivé la réserve danoise avait été supprimée et que donc et en tout état de cause le grief concernant cette réserve ne serait plus pertinent après la signature du contrat, reviendrait à récompenser le fait que le manquement a été « consommé » malgré la procédure d'infraction en cours.

Une dernière remarque sur ce point. Il ne nous semble que trop évident que si la Cour adhère à la thèse du gouvernement danois, la procédure d'infraction perdrait toute raison d'être chaque fois qu'il s'agit de manquements ponctuels, c'est-à-dire par rapport auxquels on risque que l'infraction soit déjà « consommée » pendant la phase précontentieuse, éventuellement avant l'envoi de l'avis motivé. Il s'agit d'un risque qui, à l'évidence, est presque normal dans un secteur tel que celui des marchés publics. Dans cette optique, et à moins de vider de son sens et de dévaloriser la procédure au titre de l'article 169 en ce qui concerne les manquements du type en question, on ne peut utilement invoquer ni l'affirmation de la Cour selon laquelle elle « ne peut être saisie que si l'État en cause ne s'est pas conformé à l'avis motivé »<sup>8</sup>, pas plus qu'on ne peut soutenir, comme dans l'affaire C-362/90, déjà citée, que « à la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé le manquement reproché n'existait plus », dans la mesure où il avait produit tous ses effets. Dans le cas d'espèce, en effet, la Commission a entamé la procédure d'infraction en temps utile pour éviter que le manquement invoqué produise des effets, en ce sens que, le contrat définitif n'étant pas encore signé, l'État visé avait la possibilité de rouvrir la procédure d'adjudication.

10. Après cette précision, il convient ensuite d'établir si, et éventuellement dans quelle mesure, la déclaration du 22 septembre 1989 du gouvernement danois au cours de la procédure de référé a une incidence aux fins de la présente instance. A cet égard, le gouvernement danois fait valoir que par cette déclaration il a non seulement reconnu l'existence de l'infraction, mais également admis sa responsabilité patrimoniale à l'égard des entreprises soumissionnaires, de sorte que la déclaration en question vaudrait, au même titre qu'un arrêt, constatation définitive de l'infraction.

Or, s'il est vrai que le gouvernement danois a reconnu l'infraction et garanti la réparation des dommages subis par les entreprises soumissionnaires, il est également vrai — à notre avis — qu'une telle circonstance n'est pas de nature à faire disparaître l'intérêt à la poursuite de l'instance. Le fait que cette déclaration ait conduit l'institution requérante à retirer sa demande de mesures provisoires est simplement le fruit d'un accord intervenu entre les parties exclusivement en fonction de la procédure de référé et en particulier pour y mettre fin à l'amiable. Toutefois, il ne nous semble pas correct de déduire d'un tel comportement de la Commission l'irrecevabilité ou en tout état de cause le caractère non fondé du recours. Sinon, cela reviendrait à établir le principe selon lequel la Commission *est tenue* de renoncer au recours chaque fois qu'au cours de la procédure l'infraction cesse d'être contestée et qu'en même temps il y a reconnaissance du droit à réparation du préjudice éventuellement subi par les particuliers du fait de cette infraction.

11. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence de la Cour en la matière, qui a souligné parfois de manière expresse que l'intérêt à la poursuite de l'action peut

<sup>8</sup> — Arrêt du 15 janvier 1986, Commission/Italie, point 10 des motifs (121/84, Rec. p. 107).

consister à établir le fondement d'une responsabilité pouvant incomber à un État membre en conséquence de son manquement<sup>9</sup>, que l'on doit en tout état de cause présumer que la Commission a intérêt aux procédures qu'elle intente au titre de l'article 169, même en cas d'infractions non contestées<sup>10</sup>.

En définitive, comme l'a reconnu la Cour<sup>11</sup>, la Commission n'est pas tenue de démontrer son intérêt à agir pour pouvoir poursuivre son action. En tant que « gardienne » des traités, la Commission a en tout état de cause un intérêt à voir le manquement constaté par un arrêt de la Cour: dans ce but, l'unique élément pertinent est que l'État en question n'a pas mis fin à l'infraction qui lui est reprochée dans les délais fixés par l'avis motivé. La circonstance que l'infraction en question soit reconnue dès avant l'envoi de l'avis motivé est par contre, à la différence de ce que pense le gouvernement danois, dénuée de pertinence.

À la lumière des considérations qui précèdent, nous considérons donc que Storebaelt ayant procédé à l'adjudication d'un marché de travaux publics sur la base d'une clause qui invitait à soumissionner à condition d'utiliser dans la plus large mesure possible des matériaux et de la main-d'œuvre danois, le Royaume du Danemark a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 30, 48 et 59 du traité.

<sup>9</sup> — Voir, en dernier lieu, arrêt du 18 mars 1992, Commission/Grèce, point 12 des motifs (C-29/90, Rec. p. I-1971).

<sup>10</sup> — À cet égard, il suffit d'observer que la Cour n'a jamais contesté l'intérêt de la Commission à voir condamner un État membre pour infraction; et ce même lorsque le manquement en question était amplement reconnu par l'État membre et ne posait, à l'évidence, aucun problème de réparation du préjudice subi.

<sup>11</sup> — Voir arrêt du 4 avril 1977, Commission/France, point 15 des motifs (167/73, Rec. p. 359).

b) *Les négociations menées sur la base d'une offre non conforme au cahier des charges*

12. Relativement à ce moyen aussi, le gouvernement danois a opposé une série d'exceptions d'irrecevabilité, concernant tant les circonstances de faits supplémentaires que la Commission aurait ajoutées dans son mémoire en réplique à l'appui du grief en question, que — et surtout — une prétendue modification des conclusions, se traduisant par leur ampliation.

Quant aux faits cités par la Commission pour la première fois dans sa réplique, c'est-à-dire les « présumées » négociations intervenues entre Storebaelt et ESG et dont auraient découlé des dispositions du contrat définitif incompatibles avec les clauses du cahier des charges<sup>12</sup>, on peut leur appliquer les mêmes remarques que celles déjà formulées à propos du moyen tiré de la réserve danoise. Conformément à la jurisprudence précitée de la Cour, il est en effet à exclure que la Commission puisse invoquer à l'appui dudit moyen des faits non reprochés dans la phase précontentieuse.

Par contre, l'examen relatif à la reformulation des conclusions s'avère plus délicat. De fait, la Commission a à l'origine fait grief au gouvernement danois de ce que Storebaelt ait mené avec ESG des négociations sur la base d'une offre non conforme à l'article 3, paragraphe 3, du cahier des charges. Dans sa réplique, la Commission a ensuite reformulé cette conclusion en soutenant qu'en se

12 — Dans le mémoire en réplique, la Commission ne s'est en effet plus référée uniquement aux négociations concernant la réserve posée par ESG relativement à l'article 3, paragraphe 3, du cahier des charges, mais également à des négociations qui se seraient déroulées au sujet du prix unitaire pour le sable de remblayage, aux pénalités et au rattrapage des retards, à la contribution de soutien du marché de l'emploi, à la formule d'adaptation des prix, etc.

basant sur une offre non conforme au cahier des charges, Storebaelt a mené avec ESG des négociations ayant comme résultat que le contrat final contient des modifications aux conditions de l'appel d'offres en faveur de ce seul soumissionnaire, portant notamment sur des éléments ayant une incidence sur les prix. En outre, la Commission a ajouté une référence explicite au principe de l'égalité de traitement en tant que fondement de la directive 71/305, alors que dans les conclusions telles que formulées dans l'acte introductif d'instance elle s'était référée, en particulier, au titre IV de cette directive.

Le gouvernement danois soutient que la reformulation des conclusions sur ce point constitue un élargissement de ces dernières et invoque la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle une partie ne peut pas modifier l'objet du litige en cours d'instance et que, par conséquent, le bien-fondé du recours doit être examiné uniquement au regard des conclusions contenues dans la requête introductive<sup>13</sup>. En outre, toujours de l'avis du gouvernement défendeur, les conclusions ainsi reformulées sont fondées sur une nouvelle base juridique, à savoir le principe de l'égalité de traitement dont s'inspire la directive. Une telle manière de procéder ne serait pas acceptable dans la mesure où elle comporterait une violation des prérogatives de la défense, l'État défendeur n'ayant pas eu la possibilité de se prononcer sur ce point dans les formes et délais prescrits.

13. Nous dirons d'emblée que nous n'estimons pas pouvoir partager cette thèse. En premier lieu, comme l'a reconnu le gouvernement danois lui-même, une reformulation

des conclusions est légitime dès lors qu'elle tend à délimiter, dans le sens de « restreindre », les conclusions. Et telle est précisément, à notre avis, la situation dans le cas d'espèce, dans la mesure où, n'invoquant plus, de manière générale, le fait que les négociations ont été menées sur la base d'une offre non conforme au cahier des charges, mais le fait qu'elles ont eu pour objet une clause du cahier des charges à laquelle il est impossible de déroger et ont conduit à des résultats manifestement contraires au principe qui inspire la directive 71/305 — à savoir l'égalité de traitement entre soumissionnaires — la Commission finit en substance par délimiter et limiter la portée du grief tel que formulé dans l'avis motivé.

En ce qui concerne ensuite la thèse selon laquelle le principe de l'égalité de traitement constituerait une nouvelle base juridique, nous observons d'abord que s'il est vrai qu'un tel principe a été introduit matériellement dans les conclusions pour la première fois dans la réplique, il est tout aussi vrai que déjà au cours de la phase précontentieuse la Commission avait fait grief au gouvernement danois d'avoir violé ce principe. En particulier, nous rappelons que dans l'avis motivé la Commission a expressément affirmé que le fait d'avoir mené des négociations sur la base d'une offre non conforme au cahier des charges « infringed the principle of equal treatment of all contractors which lies at the heart just as much of national laws in the field of procurement as of Council Directive 71/305. » Il s'ensuit donc que le gouvernement danois a eu la possibilité de s'exprimer sur cet aspect, ainsi qu'il résulte d'ailleurs tant de la réponse à l'avis motivé que du mémoire en défense.

13 — Voir, par exemple, arrêt du 14 octobre 1987, Commission/Danemark (278/85, Rec. p. 4069).

14. Cela dit, passons à l'examen au fond de ce grief. Il paraît utile de rappeler d'abord le contenu de l'article 3, paragraphe 3, du cahier des charges, c'est-à-dire la teneur de la clause à laquelle ESG ne se serait pas conformée dans la soumission de son offre.

En application de cette disposition, le prix indiqué pour une offre alternative doit comprendre les coûts de l'élaboration détaillée du projet présenté par le soumissionnaire au maître d'ouvrage pour acceptation; en outre, le soumissionnaire doit assumer intégralement la responsabilité de la réalisation et de l'exécution dudit projet, y compris le risque inhérent aux variations de quantités liées à l'offre alternative. Ce même article 3, paragraphe 3 prévoit ensuite que le soumissionnaire est tenu d'indiquer, pour le cas où le maître d'ouvrage décide de se charger lui-même de l'élaboration détaillée du projet, la réduction applicable au prix du projet. Dans ce cas, la responsabilité de la conception du projet et les risques inhérents aux variations de quantités, dans la limite où elles sont la conséquence de l'élaboration détaillée du projet, sont à la charge du maître d'ouvrage.

Or, l'offre alternative présentée par ESG, consistant en un pont en béton armé, prévoit au point 6.1 (offre actuelle) que le maître d'ouvrage se charge de l'élaboration détaillée du projet et assume intégralement la responsabilité de la réalisation de celui-ci, ainsi que le risque inhérent aux variations quantitatives. Comme variante, ESG proposait, au point 6.2 de son offre, de se charger elle-même de l'élaboration du projet pour un coût supplémentaire de 42 millions de couronnes; même dans ce cas, toutefois, le soumissionnaire en question considérait que la responsabilité de la réalisation du projet et le risque inhérent aux variations de quantités, risque évalué à environ 5 millions de

couronnes, devait incomber au maître d'ouvrage.

15. La non-conformité avec l'article 3, paragraphe 3 du cahier des charges d'une telle offre nous semble résulter sans équivoque de la formulation du point 6.2. La thèse du gouvernement danois, selon laquelle la mise à la charge du maître d'ouvrage de la responsabilité de l'exécution du projet et des risques inhérents aux variations de quantités se réfère uniquement à l'hypothèse dans laquelle ledit maître d'ouvrage se charge de l'élaboration du projet, est au reste contredite par Storebaelt elle-même, ainsi qu'il résulte de la note du 21 juin 1989 jointe à la réponse du gouvernement danois à la demande d'explication de la part de la Commission<sup>14</sup>.

En raison de la non-conformité d'une telle offre avec le cahier des charges, la Commission a d'abord soutenu que le fait même que Storebaelt l'ait prise en considération, et ait entamé les négociations sur cette base, constituerait une violation du principe de l'égalité de traitement tel qu'il découle du titre IV de la directive 71/305.

En particulier, tout en reconnaissant que les entreprises soumissionnaires peuvent insérer des réserves dans leurs offres, la Commission estime qu'une telle faculté trouve une limite dans les prescriptions fondamentales du cahier des charges, dont fait assurément partie l'article 3, paragraphe 3. Il s'ensuit que Storebaelt n'a pas procédé à une comparaison objective des offres présentées dans

14 — Dans cette note, aux fins de démontrer que l'offre d'ESG, dans les termes indiqués au point 6.2, n'aurait eu aucune incidence sur le résultat des négociations, Storebaelt affirme en effet ne pas avoir accueilli la proposition d'ESG sur la base de laquelle le maître d'ouvrage aurait assumé le risque lié à la conception du projet et aux quantités, même si l'entrepreneur effectuait cette conception.

des conditions identiques, avec la conséquence supplémentaire que la phase ultime de la procédure d'adjudication ne s'est pas déroulée régulièrement à l'égard des autres entreprises soumissionnaires. Dans la réplique, comme on l'a déjà dit, la Commission a ensuite précisé le moyen en question, en affirmant que les négociations entre ESG et Storebælt sont incompatibles avec le droit communautaire dans la mesure où elles ont eu une incidence sur les prix.

16. De fait, comme nous venons de le mettre en évidence, ESG s'était engagée à se charger de l'élaboration détaillée du projet pour un montant fixe de 42 millions de couronnes, mais ne s'était pas engagée à en assumer la responsabilité ni les risques. Ces conditions ont donc nécessairement fait l'objet de négociations et on peut présumer qu'il en a été de même pour le risque inhérent aux variations de quantités.

Étant donné le refus du gouvernement danois de fournir à la Commission les documents concernant les négociations en question<sup>15</sup>, il n'est pas possible d'indiquer dans quelle mesure Storebælt a tenu compte des réserves en question et fixé les prix relatifs. Il n'en reste pas moins que certaines conditions du cahier des charges ont été modifiées au cours des négociations avec pour conséquence — étant donné la nature même de ces conditions — que le prix du marché, tel que fixé dans l'offre, s'est trouvé modifié.

En outre, ainsi qu'il résulte des documents présentés par la Commission, le contrat conclu avec ESG limite sa responsabilité à 300 millions de couronnes pour une durée

maximum de 6 ans: ce qui est à l'évidence contraire non seulement à l'article 3, paragraphe 3, du cahier des charges, en vertu duquel l'entrepreneur doit assumer intégralement la responsabilité de la réalisation et de l'exécution du projet, mais également et surtout au principe de l'égalité de traitement: il est en effet clair que les autres soumissionnaires ont fixé le prix du marché en tenant compte du fait qu'ils avaient à assumer l'entière responsabilité des travaux. Quant en outre au risque de variation des quantités, le contrat prévoit un montant fixe de 5 millions de couronnes, correspondant à l'estimation faite par ESG dans la variante de l'offre: il est donc clair que les négociations en question ont eu une incidence sur les prix.

Tous ces éléments ne peuvent que conduire à la conclusion que les conditions de l'adjudication, telles qu'établies dans le cahier des charges (et, pour ce qui intéresse l'espèce, dans l'article 3, paragraphe 3), ont été modifiées en faveur d'un seul soumissionnaire. Il s'ensuit, en définitive, que les conditions de concurrence entre les soumissionnaires ont ainsi été faussées, de sorte que le principe de l'égalité de traitement entre eux a été violé.

17. Le gouvernement danois objecte toutefois que l'augmentation du prix a été tout à fait proportionnée par rapport au coût total des travaux en question, et que, en tout état de cause, les faits qui lui sont reprochés par la Commission ne sont pas régis par le droit communautaire; en particulier, la possibilité d'accepter des offres qui prévoient des réserves et la faculté pour le maître d'œuvre de mener des négociations avec les entreprises soumissionnaires relèverait des dispositions nationales. Il insiste donc sur le fait que la directive 71/305 ne régit pas la question des limites dans lesquelles peuvent se

15 — Refus motivé par le fait que: a) il s'agirait de documents confidentiels; et b) Storebælt n'aurait pas eu, en tout état de cause, l'obligation de déterminer le prix des réserves en question.

dérouler les négociations et que le droit national pertinent a été appliqué sans aucune discrimination entre les différents soumissionnaires.

A cet égard, nous dirons d'emblée qu'il ne nous semble pas utile de commenter spécialement l'affirmation du gouvernement danois selon laquelle « on ne peut inférer de la directive 71/305 une règle imposant aux États membres des obligations supérieures aux exigences du droit danois en matière de marchés publics en ce qui concerne le fait de ne pas prendre en considération une offre comportant une réserve ou de s'abstenir absolument de toute négociation »<sup>16</sup>. En effet, il va de soi que, dans la mesure où les règles danoises se révéleraient incompatibles avec le droit communautaire, c'est ce dernier qui aurait la primauté.

D'ailleurs, nous ne parvenons pas davantage à saisir le sens du grief fait par le même gouvernement à la Commission, d'avoir interprété la directive comme étant inspirée du principe de l'égalité de traitement. Il serait pour le moins singulier de considérer que, dans la mesure où il n'est codifié expressément dans aucune des dispositions de la directive en question, ce principe est étranger à la directive, alors que celle-ci a justement pour objectif de garantir, avant tout et surtout, l'égalité entre tous les participants à une procédure d'adjudication.

18. De fait, il est certain que la directive 71/305 ne contient aucune disposition spécifique sur les réserves, ni encore moins codifie expressément le principe de l'égalité de traitement; cela n'implique pas, toutefois, que le droit national puisse régir tous les

éléments liés aux marchés sans tenir compte d'un principe aussi fondamental. Et franchement il est étonnant que les parties aient dépensé tant d'énergie à démontrer et, respectivement, contester que le principe de l'égalité de traitement est ou non à la base de la directive 71/305. A cet égard, il est à peine nécessaire de souligner, en effet, que dans le cadre d'une adjudication de marché, justement parce qu'il s'agit d'une procédure de mise en concurrence, il faudra nécessairement garantir l'égalité de tous les participants à cette procédure: autrement il ne s'agirait pas d'une adjudication de marché mais plutôt d'une négociation... privée. En somme, l'égalité de traitement est à la base de toute réglementation des procédures d'adjudication des marchés dans la mesure où elle en constitue l'essence même.

Par ailleurs, tant les considérants de la directive 71/305 que ses dispositions, considérées dans leur ensemble, sont plus qu'indicatives à cet égard. Il suffit de rappeler qu'il est expressément affirmé que l'élaboration des critères objectifs de participation constitue un des principes fondamentaux dont le respect doit être assuré dans le cadre des procédures d'adjudication (troisième considérant); que les offres doivent être présentées conformément aux conditions prescrites dans l'avis de marché, aux fins d'assurer « le développement d'une concurrence effective »: et ce à plus forte raison dans le cadre de procédures restreintes (avant-dernier considérant).

19. En ce qui concerne en outre la déclaration commune de juillet 1989<sup>17</sup>, jointe à la directive 89/440 du Conseil<sup>18</sup>, déclaration excluant dans les procédures ouvertes ou

17 — JO L 210, p. 22.

18 — Directive du 18 juillet 1989 qui modifie la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 210, p. 1).

16 — Voir p. 54 de la duplique du gouvernement danois.

restreintes toute négociation avec les soumissionnaires sur les éléments fondamentaux des contrats dont la modification pourrait fausser la concurrence, en particulier sur les prix, il nous semble qu'il n'est pas possible d'accueillir la thèse du gouvernement danois selon laquelle il s'agirait d'une déclaration n'ayant aucune portée juridique et qui, en tout état de cause, étant postérieure aux faits de la cause, n'aurait aucune valeur à l'égard de la présente procédure.

Nous n'estimons pas davantage, vu les observations qui précèdent, que le gouvernement danois puisse se prévaloir de l'affirmation de la Cour, dans l'arrêt Antonissen<sup>19</sup>, selon laquelle la pertinence d'une déclaration dépend de son contenu et du fait de savoir si elle trouve écho dans le texte de la disposition à laquelle on se réfère. Il est en effet incontestable, à notre avis, que la déclaration précitée a une valeur purement déclarative, le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, principe qui dans le domaine qui nous occupe a comme objectif — en particulier — de garantir que la concurrence ne soit pas faussée entre les participants à la procédure d'adjudication, constituant le fondement

même de la réglementation examinée en l'espèce.

Une dernière observation. La circonstance invoquée par le gouvernement défendeur, selon laquelle le droit national en matière d'adjudication aurait été appliqué sans aucune discrimination à tous les participants à l'adjudication du marché, pose la question de savoir si, dans ce cas, on peut considérer qu'il y a violation de l'interdiction de discrimination telle que consacrée par la directive 71/305. Personnellement nous n'avons aucun doute à cet égard: si, comme dans le cas d'espèce, la réglementation danoise en matière de marché est telle que — même si elle est appliquée sans discrimination — elle est contraire au principe de l'égalité de traitement tel qu'il résulte de la directive 71/305 et tel qu'il a été réaffirmé dans la déclaration commune de juillet 1989, cette réglementation doit être considérée incompatible avec le droit communautaire.

20. A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons par conséquent à la Cour d'accueillir le recours et de condamner l'État défendeur aux dépens.

<sup>19</sup> — Arrêt du 26 février 1991 (C-292/89, Rec. p. I-745).