

ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)  
18 octobre 2001 \*

Dans l'affaire C-19/00,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 234 CE, par la Supreme Court (Irlande) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

SIAC Construction Ltd

et

County Council of the County of Mayo,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 29 de 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), telle que modifiée par la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989 (JO L 210, p. 1),

\* Langue de procédure: l'anglais.

LA COUR (cinquième chambre),

composée de MM. P. Jann (rapporteur), président de chambre, A. La Pergola, L. Sevón, M. Wathelet et C. W. A. Timmermans, juges,

avocat général: M. F. G. Jacobs,  
greffier: M. H. A. Rühl, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

- pour SIAC Construction Ltd, par M. B. Shipsey, SC, mandaté par McCann Fitzgerald et Philip Lee, solicitors,
- pour le County Council of the County of Mayo, par M<sup>me</sup> M. Finlay, SC, M. M. Boyce et M<sup>me</sup> N. Hyland, BL, mandatés par King & McEllin, solicitors,
- pour le gouvernement irlandais, par M. L. A. Farrell, en qualité d'agent, assisté de MM. A. O'Brolchain, SC, et A. M. Collins, BL,
- pour le gouvernement autrichien, par M<sup>me</sup> C. Pesendorfer, en qualité d'agent,
- pour la Commission des Communautés européennes, par M. R. B. Wainwright, en qualité d'agent,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de SIAC Construction Ltd, représentée par M. B. Shipsey, du County Council of the County of Mayo, représenté par M<sup>mes</sup> M. Finlay et N. Hyland, du gouvernement irlandais, représenté par M. D. J. O'Hagan, en qualité d'agent, assisté de M. A. O'Brolchain, du gouvernement français, représenté par M. S. Pailler, en qualité d'agent, et de la Commission, représentée par M. R. B. Wainwright, à l'audience du 8 mars 2001,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 10 mai 2001,

rend le présent

### Arrêt

- 1 Par ordonnance du 30 juillet 1999, parvenue à la Cour le 24 janvier 2000, la Supreme Court a posé, en vertu de l'article 234 CE, une question préjudicielle sur l'interprétation de l'article 29 de 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), telle que modifiée par la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989 (JO L 210, p. 1, ci-après la «directive 71/305 modifiée»).
- 2 Cette question a été soulevée dans le cadre d'un litige opposant SIAC Construction Ltd (ci-après «SIAC») au County Council of the County of Mayo (ci-après le «County Council») au sujet d'une procédure d'adjudication d'un marché public de travaux.

## Le cadre juridique

3 L'article 29, paragraphes 1 et 2, de la directive 71/305 modifiée prévoit:

«1. Les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés sont:

— soit uniquement le prix le plus bas;

— soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché: par exemple, le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique.

2. Dans ce dernier cas, les pouvoirs adjudicateurs mentionnent, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont ils prévoient l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée.»

## Le litige au principal et la question préjudicielle

4 Le 20 février 1992, le County Council a publié au *Journal officiel des Communautés européennes* un avis de marché concernant un marché public qui devait être attribué par procédure ouverte et qui portait notamment sur la

pose d'égouts, de déversoirs d'orage, de colonnes de ventilation, de collecteurs d'eaux pluviales, de tubes de colonnes montantes et de conduites d'eau.

- 5 Ce marché relevait de la catégorie des marchés au mètre, où les quantités estimées de chaque poste de travaux sont indiquées dans un devis quantitatif. Pour ce type de marchés, le soumissionnaire complète le devis en mentionnant un taux pour chaque poste et un prix total pour la quantité estimée. Le prix à payer est déterminé en mesurant les quantités réelles après l'exécution des travaux et en les évaluant aux taux indiqués dans l'offre.
  
- 6 Dans l'avis de marché, il était indiqué sous l'intitulé «Critères d'attribution (autres que le prix)»:

«[L]e marché sera attribué à l'entrepreneur compétent présentant l'offre qui est jugée la plus avantageuse pour le Council du point de vue du coût et de la valeur technique, sous réserve de l'approbation du ministère de l'Environnement.»

- 7 Le dossier d'appel d'offres envoyé aux soumissionnaires comprenait notamment les instructions aux soumissionnaires, le devis quantitatif et le bordereau des prix de base, le cahier des charges ainsi que les termes et conditions du contrat.
  
- 8 Vingt-quatre entrepreneurs ont présenté des offres. Les trois soumissionnaires les moins-disants étaient SIAC, Mulcair et Pierce Contracting Ltd. Après vérifications arithmétiques et corrections, les prix totaux des offres étaient de 5 378 528 IEP pour SIAC, de 5 508 919 IEP pour Mulcair et de 5 623 966 IEP pour Pierce Contracting Ltd.

9 L'ingénieur-conseil que le County Council avait chargé de l'évaluation des offres a indiqué dans son rapport, notamment, que les offres des trois soumissionnaires les moins-disants étaient équivalentes du point de vue de leur valeur technique.

10 En revanche, il a signalé qu'il avait de sérieuses réserves en ce qui concerne l'offre présentée par SIAC et que le système de prix utilisé par celle-ci «réduisait assurément considérablement la liberté de l'ingénieur-conseil de gérer correctement et complètement le contrat de la manière qu'il considère la plus avantageuse économiquement pour le County Council».

11 Il a également fait observer que, sous la rubrique «matériaux», une somme provisoire de 90 000 IEP était prévue et que les soumissionnaires avaient été invités à ajouter un pourcentage à cette somme pour les frais généraux, la marge bénéficiaire, etc. SIAC, au contraire, aurait déduit 100 % de cette somme provisoire. L'ingénieur-conseil a estimé que SIAC n'était pas autorisée à procéder à cette déduction.

12 Le rapport de l'ingénieur-conseil poursuivait en constatant que l'approche suivie par SIAC réduisait de manière significative la maîtrise de tous les postes du devis quantitatif qui varieraient dans un sens ou dans un autre après le mesurage final. Plus particulièrement, SIAC aurait attribué un taux zéro à 27,5 % des postes, tandis que, par exemple, Mulcair aurait attribué un taux zéro uniquement à 18 % des postes et aurait fixé le prix de tous les principaux postes de travaux.

13 Le rapport de l'ingénieur-conseil en a tiré pour conclusion que, par rapport à SIAC, Mulcair avait soumis une offre «plus équilibrée», dont le rapport qualité/prix pourrait être supérieur et qui pourrait même se révéler moins onéreuse.

- 14 Dans ses recommandations, l'ingénieur-conseil a considéré que l'offre de Pierce Contracting Ltd devait être rejetée du seul fait que son prix corrigé était supérieur de 115 047,33 IEP à celui de l'offre de Mulcair. Il a recommandé de ne pas accepter l'offre de SIAC pour les raisons suivantes notamment:
- SIAC n'aurait pas soumis un «délai d'achèvement» à la date de l'offre,
  - SIAC aurait soustrait, au moyen d'une réduction de 100 %, une somme provisoire de 90 000 IEP au regard de laquelle elle était seulement autorisée à ajouter un pourcentage pour les frais généraux, la marge bénéficiaire, etc.,
  - SIAC n'aurait pas fixé de prix pour des postes importants de travaux mesurés dans l'ensemble des différents devis quantitatifs, ce qui fausserait son devis quantitatif et rendrait extrêmement difficiles, voire impossibles, la gestion et le contrôle.
- 15 En conséquence, l'ingénieur-conseil a recommandé d'accepter l'offre corrigée de Mulcair.
- 16 Le County Council a, dès lors, passé contrat avec Mulcair et ce contrat a été exécuté.
- 17 À la suite d'une demande de SIAC, le County Council a communiqué à cette dernière, par lettre du 30 août 1993, les motifs pour lesquels il n'avait pas accepté son offre.

18 Par la suite, SIAC a engagé devant la High Court (Irlande) deux procédures contre la décision du County Council de confier le marché concerné à Mulcair.

19 Par jugement et ordonnance de la High Court, rendus le 17 juin 1997, SIAC a été déboutée de ces deux actions.

20 La High Court a indiqué que, en choisissant les critères figurant dans l'avis de marché et développés dans d'autres documents, le County Council avait à bon droit exercé un pouvoir discrétionnaire de sélection qui reposait largement sur l'exercice d'un jugement professionnel.

21 La High Court a estimé devoir se limiter à examiner si la décision du County Council était déraisonnable. Elle est arrivée à la conclusion que tel n'était pas le cas.

22 SIAC a interjeté appel de ce jugement et de cette ordonnance de la High Court devant la Supreme Court.

23 Dans le cadre de son appel, SIAC soutient que le County Council était tenu d'accepter l'offre du soumissionnaire le moins-disant, à savoir l'offre qu'elle-même avait présentée. Étant donné qu'il avait été admis que tous les soumissionnaires avaient la valeur technique requise, le seul critère pertinent aurait été le coût, qui devrait être compris comme synonyme du prix de l'offre. Le critère de coût ou de prix n'aurait pu en aucun cas faire référence au coût final pour le County Council.



- 24 En prétendant tenir compte du coût final, le County Council se serait écarté des critères qui avaient été indiqués comme critères d'attribution. Il aurait ainsi enfreint les principes de transparence et de prévisibilité de la procédure d'adjudication ainsi que le principe d'égalité des soumissionnaires.
- 25 Le County Council, au contraire, soutient qu'il était en droit d'exercer un pouvoir d'appréciation discrétionnaire et d'attribuer le marché, sur la base d'une recommandation de son ingénieur-conseil, à l'offre qu'il jugeait la plus avantageuse du point de vue du coût et de la valeur technique. Il fait valoir, en outre, que, dans le contexte d'un marché au mètre, le critère du coût devrait être compris comme étant celui du coût du marché pour le County Council, c'est-à-dire du prix du contrat.
- 26 Par ailleurs, il résulterait, notamment, du cahier des charges que, lors de l'examen des devis quantitatifs, l'ingénieur-conseil était autorisé à effectuer des comparaisons entre les prix indiqués et ses propres estimations de coût. SIAC aurait d'ailleurs compris dès le début que le critère du coût se référait au coût probable du contrat pour le County Council.
- 27 Dans ces conditions, la Supreme Court a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Lorsqu'un pouvoir adjudicateur attribue un marché, conformément aux dispositions de l'article 29, paragraphe 1, second tiret, de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, telle qu'elle a été transposée dans le droit national d'un État membre, que le pouvoir adjudicateur a précisé que les *'critères d'attribution (autres que le prix)'* étaient tels que le marché serait attribué à *'l'entrepreneur compétent présentant l'offre qui est jugée la plus avantageuse pour le [pouvoir adjudicateur] du point de vue du coût et de la valeur technique'*, que les trois soumissionnaires les moins-disants sont des entrepreneurs dont la compétence est reconnue et qui ont soumis des offres valides dont la valeur technique est reconnue et que les prix des offres des trois soumissionnaires les

moins-disants ne divergent pas beaucoup, le pouvoir adjudicateur est-il tenu d'attribuer le marché à l'entrepreneur qui a présenté l'offre la plus basse ou le pouvoir adjudicateur est-il autorisé à attribuer le marché à l'entrepreneur qui a présenté la deuxième offre la plus basse sur la base du rapport professionnel de son ingénieur-conseil selon lequel le coût final du marché pour le pouvoir adjudicateur est susceptible d'être inférieur si le marché est attribué à l'entrepreneur qui a présenté la deuxième offre la plus basse par rapport à ce qu'il serait si le marché était attribué à l'entrepreneur qui a présenté l'offre la plus basse?»

### Sur la question préjudicielle

- 28 Par sa question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 29, paragraphes 1 et 2, de la directive 71/305 modifiée doit être interprété en ce sens qu'il permet à un pouvoir adjudicateur qui a choisi d'attribuer un marché à l'offre économiquement la plus avantageuse de l'attribuer au soumissionnaire qui a présenté l'offre dont le coût final est susceptible d'être le moins élevé selon le rapport professionnel d'un expert.
- 29 À titre liminaire, il y a lieu de relever qu'il existe un désaccord entre les parties au principal sur la question de savoir si les termes «prix» et «coût», utilisés dans le dossier d'appel d'offres, font référence au prix total de l'offre ou au coût final du marché. La High Court s'est à cet égard limitée à constater que les termes «prix» et «coût» avaient été utilisés de manière interchangeable.
- 30 Or, il y a lieu de constater que, dans le cadre d'une procédure en vertu de l'article 234 CE, la Cour ne saurait trancher un différend relatif à l'interprétation des termes utilisés dans le dossier d'un appel d'offres, interprétation qui relève du juge national.

- 31 Il est constant, en revanche, que les exigences de l'article 29, paragraphes 1 et 2, de la directive 71/305 modifiée doivent être examinées à la lumière du fait que le marché en cause au principal a été attribué à un soumissionnaire en considération du fait que son offre était, selon l'avis d'un expert, susceptible de représenter le coût final le moins élevé.
- 32 À cet égard, il convient de rappeler que la Cour a jugé que la coordination au niveau communautaire des procédures de passation des marchés publics vise à supprimer les entraves à la libre circulation des services et des marchandises et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un État membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre (voir, notamment, arrêt du 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, Rec. p. I-8035, point 16).
- 33 Conformément à cet objectif, le devoir de respecter le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires correspond à l'essence de la directive 71/305 modifiée (arrêt du 22 juin 1993, *Commission/Danemark*, C-243/89, Rec. p. I-3353, point 33).
- 34 Plus précisément, les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur (voir, en ce sens, arrêt du 25 avril 1996, *Commission/Belgique*, C-87/94, Rec. p. I-2043, point 54).
- 35 En ce qui concerne les critères pouvant être retenus à titre de critères d'attribution d'un marché public à l'offre économiquement la plus avantageuse, il convient de constater que l'article 29, paragraphe 1, second tiret, de la directive 71/305 modifiée ne les énumère pas de manière limitative.

- ¶ Si cette disposition laisse donc aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, ce choix ne peut toutefois porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (arrêt du 20 septembre 1988, *Beentjes*, 31/87, Rec. p. 4635, point 19).
- 37 En outre, serait incompatible avec l'article 29 de la directive 71/305 modifiée un critère d'attribution qui aurait pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché à un soumissionnaire (arrêt *Beentjes*, précité, point 26).
- 38 Le simple fait qu'un critère d'attribution porte sur une donnée qui ne sera connue avec précision qu'à un moment postérieur à l'attribution du marché ne saurait être considéré comme conférant au pouvoir adjudicateur une telle liberté inconditionnée.
- 39 La Cour a en effet déjà jugé que la sécurité d'approvisionnement peut en principe faire partie des critères d'attribution servant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (arrêt du 28 mars 1995, *Evans Medical et Macfarlan Smith*, C-324/93, Rec. p. I-563, point 44).
- 40 Toutefois, pour que l'utilisation d'un tel critère soit compatible avec les exigences de l'égalité de traitement des soumissionnaires, il faut, d'abord, comme le prévoit par ailleurs l'article 29, paragraphe 2, de la directive 71/305 modifiée, qu'il soit mentionné dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché.
- 41 Ensuite, le principe d'égalité de traitement implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect (voir, par analogie, arrêt du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S*, C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31).

- 42 Cela signifie, plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière.
- 43 Cette obligation de transparence implique également que le pouvoir adjudicateur doit s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure (voir, en ce sens, arrêt Commission/Belgique, précité, points 88 et 89).
- 44 Enfin, lors de l'évaluation des offres, les critères d'attribution doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires. Le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de recourir à l'avis d'un expert pour évaluer une donnée qui ne sera connue avec précision qu'à l'avenir est en principe apte à garantir le respect de cette condition.
- 45 À la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la question préjudicielle que l'article 29, paragraphes 1 et 2, de la directive 71/305 modifiée doit être interprété en ce sens qu'il permet à un pouvoir adjudicateur qui a choisi d'attribuer un marché à l'offre économiquement la plus avantageuse de l'attribuer au soumissionnaire qui a présenté l'offre dont le coût final est susceptible d'être le moins élevé selon le rapport professionnel d'un expert, à condition que l'égalité de traitement des soumissionnaires ait été respectée, ce qui suppose que la transparence et l'objectivité de la procédure aient été assurées et en particulier:
- que ce critère d'attribution ait été clairement mentionné dans l'avis de marché ou le cahier des charges, et

- que le rapport professionnel soit fondé, pour tous les points essentiels, sur des facteurs objectifs considérés, conformément aux règles de l'art, comme pertinents et appropriés pour l'appréciation opérée.

## Sur les dépens

- <sup>46</sup> Les frais exposés par les gouvernements irlandais, français et autrichien, ainsi que par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (cinquième chambre),

statuant sur la question à elle soumise par la Supreme Court, par ordonnance du 30 juillet 1999, dit pour droit:

L'article 29, paragraphes 1 et 2, de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, telle que modifiée par la directive 89/440/CEE du Conseil, du

18 juillet 1989, doit être interprété en ce sens qu'il permet à un pouvoir adjudicateur qui a choisi d'attribuer un marché à l'offre économiquement la plus avantageuse de l'attribuer au soumissionnaire qui a présenté l'offre dont le coût final est susceptible d'être le moins élevé selon le rapport professionnel d'un expert, à condition que l'égalité de traitement des soumissionnaires ait été respectée, ce qui suppose que la transparence et l'objectivité de la procédure aient été assurées et en particulier:

- que ce critère d'attribution ait été clairement mentionné dans l'avis de marché ou le cahier des charges, et
  
- que le rapport professionnel soit fondé, pour tous les points essentiels, sur des facteurs objectifs considérés, conformément aux règles de l'art, comme pertinents et appropriés pour l'appréciation opérée.

Jann

La Pergola

Sevón

Wathelet

Timmermans

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 18 octobre 2001.

Le greffier

Le président de la cinquième chambre

R. Grass

P. Jann