

# Marchés & Contrats Publics

## Overheidsopdrachten & -Overeenkomsten

---

2011/4

---

### Table des matières Inhoudstafel

Doctrine Rechtsleer	379	<i>La transposition de la directive recours au Grand-Duché de Luxembourg</i> MARC THEWES ET THIBAUT CHEVRIER
	395	<i>De oplevering bij overheidsopdrachten</i> ISABELLE COOREMAN ET KAROLIEN PHILIPS
	411	<i>L'application de la réglementation des marchés publics aux opérations immobilières des pouvoirs publics et aux P.P.P. immobiliers</i> FRANÇOIS MOISES ET AURELIEN VANDEBURIE
Notes de jurisprudence Rechtspraak in het kort	437	<i>La Cour constitutionnelle n'annule pas les articles 65/22, §2, et 65/32 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics</i> <i>Note sous C. const., 30 mars 2011, n° 47/2011</i> PATRICK GOFFAUX
Actualités Actualia	455	<i>Actualités législatives et réglementaires / Nieuwe regelgeving</i> SAMUEL WAUTHIER
	461	<i>Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak</i> ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS
	473	<i>Jurisprudence Conseil d'État / Rechtspraak Raad van State</i> INGE VOS ET ERIC THIBAUT
	495	<i>Décisions judiciaires récentes / Recente gerechtelijke uitspraken</i> ISABELLE COOREMAN ET PATRICK THIEL

**Actualités**  
**Actualia**



# Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak

ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS

**Ger. (4<sup>de</sup> k.), 13 september 2011, *Dredging International n.v. en Ondernemingen Jan de Nul n.v. tegen Europees Agentschap voor maritieme veiligheid (EMSA)*, zaak T-8/09**

**T.U.E. (4<sup>e</sup> ch.), 13 septembre 2011, *Dredging International n.v. en Ondernemingen Jan de Nul n.v. contre Agence européenne de sécurité maritime*, aff. T-8/09**

*Overheidsopdrachten voor diensten – Procedures voor plaatsen van overheidsopdrachten van EMSA – Beschikbaarheid van olieopruimschepen – Afwijzing van inschrijving – Beroep tot nietigverklaring – Niet-overeenstemming van inschrijving met voorwerp van opdracht – Gevolgen – Gelijke behandeling – Evenredigheid – Omschrijving van voorwerp van opdracht – Geen mededeling van kenmerken en relatieve voordelen van gekozen inschrijving – Motivering – Gunning van opdracht – Geen procesbelang – Verzoek tot nietigverklaring van met gekozen inschrijver gesloten overeenkomst – Verzoek tot schadevergoeding*  
*Marchés publics de services – Procédures de passation des marchés de l’EMSA – Intervention de navires de secours pour la lutte contre la pollution par les hydrocarbures – Rejet de l’offre – Recours en annulation – Non-conformité de l’offre avec l’objet du marché – Conséquences – Égalité de traitement – Proportionnalité – Définition de l’objet du marché – Absence de communication des caractéristiques et des avantages relatifs de l’offre retenue – Motivation – Attribution du marché – Absence d’intérêt à agir – Demande en déclaration de nullité du contrat conclu avec l’attributaire – Demande de dommages-intérêts*

Wanneer een inschrijving niet in overeenstemming is met de looptijd van de overeenkomst, en het feit dat bijgevolg het begrotingsplafond werd overschreven, vormt dit geen uitsluitingsgrond in de zin van de artikelen 93 tot en met 96 van het algemeen financieel reglement. Deze omstandigheden houden immers geen verband met het doel van deze bepalingen, dat erin bestaat de algemene betrouwbaarheid en de moraliteit van de inschrijvers na te gaan en te verifiëren of er belangenconflicten bestaan.

Deze omstandigheden vormen evenmin selectiecriteria in de zin van artikel 97, lid 1, van het algemeen financieel reglement en van de artikelen 135 tot en met 137 van de algemene uitvoeringsvoorschriften, aangezien de financiële, economische en technische draagkracht en de vakbekwaamheid daardoor niet rechtstreeks in het gedrang komen.

Deze vaststellingen vinden steun in het feit dat de aanbestedende overheid na de oproep tot de gegadigden waarbij met name is nagegaan of was voldaan aan de uitsluitings- en selectiecriteria, een

onderneming een uitnodiging tot inschrijving hebben verstuurd.

De vraag of een inschrijving in overeenstemming is met de looptijd van de overeenkomst en dus met een begrotingsplafond, vormt daarentegen geen onderdeel van de vergelijking met de andere ingediende inschrijvingen en maakt het dus niet mogelijk uit te maken welke inschrijving naargelang het geval de economisch voordeligste of de laagste is. Bijgevolg vormen deze omstandigheden geen gunningcriteria in de zin van artikel 97 van het algemeen financieel reglement en artikel 138 van de algemene uitvoeringsvoorschriften.

Deze omstandigheden houden immers verband met de voorwaarden waaraan een inschrijving moet voldoen om te voorzien in de behoeften van de aanbestedende overheid. Zij vormen dus een onderdeel van de omschrijving van het voorwerp van de opdracht. Zo bepaalt de voorziene looptijd van een overeenkomst voor diensten mede het voorwerp van de opdracht voor deze diensten, aangezien op basis

van deze looptijd de prijzen worden berekend en inzonderheid de startinvesteringen worden afgeschreven. Op dezelfde wijze bepaalt de aanbestedende overheid, wanneer zij een begrotingsplafond vastlegt, een voorwaarde voor verwezenlijking van het voorwerp van de opdracht en wordt aldus dit voorwerp nader omschreven.

De omschrijving van het voorwerp van de opdracht is aan de orde in artikel 92 van het algemeen financieel reglement dat bepaalt dat “[i]n de inschrijvingsdocumenten [...] een volledige, duidelijke en precieze beschrijving van het voorwerp van de opdracht [wordt] gegeven en [...] de uitsluitings-, selectie- en gunningscriteria voor de opdracht [worden] vermeld”. Uit deze bepaling volgt dat de omschrijving van het voorwerp van de opdracht losstaat van de uitsluitings-, selectie- en gunningscriteria.

Aangaande de gevolgen van niet-overeenstemming van een inschrijving met het voorwerp van de opdracht bepaalt artikel 146, lid 3, eerste alinea, van de algemene uitvoeringsvoorschriften dat “[d]eelnemingsverzoeken en offertes die niet alle in de inschrijvingsdocumenten geëiste essentiële elementen bevatten of die niet aan de daarin gestelde specifieke eisen voldoen, worden uitgesloten”.

In dit verband dient daaraan te worden toegevoegd dat het doel van de procedure voor plaatsing van een overheidsopdracht erin bestaat zo goed mogelijk te voorzien in de behoeften van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid moet dus het voorwerp van een overheidsopdracht vrij kunnen omschrijven in relatie tot haar behoeften, hetgeen betekent dat deze overheid niet ertoe verplicht kan worden, rekening te houden met een inschrijving die betrekking heeft op een ander voorwerp dan het voorwerp dat zij nastreeft, zoals omschreven in de inschrijvingsdocumenten.

Wanneer het voorwerp van de opdracht niet in acht wordt genomen, maakt dit doorgaans een effectieve vergelijking van de ingediende inschrijvingen onmogelijk doordat het gemeenschappelijke referentiepunt wegvalt.

Wanneer de aanbestedende overheid van de inschrijvingsdocumenten afwijkt door inschrijvingen te aanvaarden die niet in overeenstemming zijn met het voorwerp van de opdracht, zoals dat is omschreven in deze documenten, is dit bovendien onverenigbaar met het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling.

Voorts is het volgens de rechtspraak van wezenlijk belang dat de aanbestedende overheid in staat is zich nauwkeurig van de inhoud van de inschrijving te vergewissen en met name van de overeenstemming ervan met de voorwaarden van de aanbestedingsdocumenten. Wanneer een inschrijving dubbelzinnig is en de aanbestedende overheid niet snel en doeltreffend kan vaststellen wat de werkelijke inhoud ervan is, heeft deze overheid geen andere keuze dan deze inschrijving af te wijzen. Dezelfde gevolgtrekking geldt *a fortiori* wanneer zoals in casu de inschrijving kennelijk niet in overeenstemming is met het voorwerp van de opdracht.

Aldus dient te worden aangenomen dat overeenstemming met het voorwerp van de opdracht, zoals dat is omschreven in de inschrijvingsdocumenten, een voorafgaande voorwaarde vormt waaraan elke inschrijving moet voldoen om in aanmerking te kunnen worden genomen in een aanbestedingsprocedure. Wanneer niet is voldaan aan deze voorwaarde, moet de aanbestedende overheid de betrokken inschrijving zonder meer weren, zonder dat deze inschrijving met de andere ingediende inschrijvingen wordt vergeleken.

**Ger. (1<sup>ste</sup> k.), 9 september 2011,**

***Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE tegen Europese Commissie, zaak T-232/06***

**T.U.E. (1<sup>re</sup> ch.), 9 septembre 2011,**

***Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contre Commission européenne, aff. T-232/06***

*Overheidsopdracht van diensten – Algemene offerteaanvraag – Dienstverlening m.b.t. de specificatie, de ontwikkeling, het onderhoud en de bijstand inzake informaticasystemen voor de douane en betrekking hebben op bepaalde informaticaprojecten – Afwijzing van de offerte van een inschrijver – Gunning van de opdracht aan een andere inschrijver – Vraag tot schadevergoeding – Miskenning van vormvereisten – Onontvankelijkheid – Verzoekschrift tot nietigverklaring – Ontvangsttermijn offertes – Termijn voor vragen naar informatie – Gelijke behandeling – Kennelijke dwaling bij de beoordeling*

*Marchés publics de services – Procédure d’appel d’offres – Prestation de services visant à couvrir la spécification, le développement, la maintenance et le soutien des systèmes informatiques douaniers relatifs à certains projets informatiques – Rejet de l’offre d’un soumissionnaire – Attribution du marché à un autre soumissionnaire – Recours en indemnité – Méconnaissance des exigences de forme – Irrecevabilité – Recours en annulation – Délai de réception des offres – Délai de présentation des demandes de renseignements – Égalité de traitement – Erreur manifeste d’appréciation*

Aucune base juridique ne permet au pouvoir adjudicateur de fixer la date limite de présentation des demandes de renseignements plus de trois semaines avant la date limite de réception des offres lorsque cette dernière a été prorogée au-delà de la date initialement prévue dans l’avis de marché. En effet, il ressort du libellé de l’article 141, paragraphe 2, des modalités d’exécution dans sa version applicable en l’espèce, tout comme de celui de l’article 141, paragraphe 2, des modalités d’exécution dans sa version modifiée qui est entrée en vigueur le 5 août 2005 qui vise précisément à permettre au pouvoir adjudicateur de ne pas être confronté à des demandes de renseignements présentés à la dernière minute auxquelles il ne pourrait pas répondre de manière satisfaisante en pratique, que la question de la limitation du délai de présentation des demandes de renseignements doit être distinguée de celle de la prorogation du délai de réception des offres.

La Commission ne dispose pas, en ce qui concerne la limitation du délai de présentation des demandes de renseignements, d’une marge d’appréciation pour établir le délai raisonnable à prendre à considération comme c’est le cas pour déterminer le délai raisonnable et approprié pour préparer et déposer les offres. Le délai à prendre en considération dépend de la date limite de réception des offres, laquelle a été modifiée par un rectificatif du 23 août 2005 susceptible d’engendrer tous les effets qui y sont associés, notamment pour ce qui est de la prorogation accessoire et parallèle du délai de présentation des demandes de renseignements.

Une irrégularité procédurale ne peut toutefois entraîner l’annulation que s’il est établi que, en l’absence de cette irrégularité, la procédure admi-

nistrative aurait pu aboutir à un résultat différent dans l’hypothèse où la requérante aurait eu la possibilité de présenter des demandes de renseignements complémentaires jusqu’à la date limite de réception des offres et s’il existait, à cet égard, une chance – même réduite – que la requérante ait pu faire aboutir la procédure administrative à un résultat différent en considération des réponses susceptibles d’être apportées par le pouvoir adjudicateur.

Le principe d’égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale en matière de passation de marchés publics, le principe d’égalité de traitement prend une importance toute particulière. Le pouvoir adjudicateur est tenu au respect du principe d’égalité de traitement des soumissionnaires. L’avantage dont bénéficie un contractant en place ou le soumissionnaire lié à celui-ci dans le cadre d’un contrat de sous-traitance est en réalité inévitable, puisqu’il est inhérent à toute situation dans laquelle un pouvoir adjudicateur décide d’ouvrir une procédure d’appel d’offres pour l’attribution d’un marché qui a été exécuté, jusque-là, par un seul contractant. Cette circonstance constitue en quelque sorte un « avantage *de facto* inhérent ».

La Commission dispose d’un large pouvoir d’appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d’une décision de passer un marché sur appel d’offres et le contrôle du Tribunal doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l’exactitude matérielle des faits, de l’absence d’erreur manifeste d’appréciation et de détournement de pouvoir.

**Ger. (4<sup>de</sup> k.), 20 september 2011,  
*Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*  
*tegen Europese Investeringsbank, zaak T-461/08***

**T.U.E. (4<sup>e</sup> ch.), 20 septembre 2011,  
*Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*  
*contre Banque européenne d'investissement (BEI), aff. T-461/08***

*Overheidsopdracht van diensten – Algemene offerteaanvraag – Dienstverlening m.b.t. de specificatie, de ontwikkeling, het onderhoud en de bijstand inzake informaticasystemen voor de douane en betrekking hebben op bepaalde informaticaprojecten – Afwijzing van de offerte van een inschrijver – Gunning van de opdracht aan een andere inschrijver – Verzoek tot nietigverklaring – Ontvankelijkheid – Bevoegdheid – Motiveringsplicht – Recht op een effectief beroep – Transparantie – Evenredigheid – Gelijke behandeling en non-discriminatie – Selectie- en gunningscriteria – Verzoek tot schadevergoeding – Ontvankelijkheid – Verlies van een kans*

*Marchés publics de services – Procédure d'appel d'offres – Prestation de service d'aide à la maintenance, au support et au développement d'un système informatique – Rejet de l'offre d'un soumissionnaire – Attribution du marché à un autre soumissionnaire – Recours en annulation – Recevabilité – Compétence – Obligation de motivation – Droit à un recours effectif – Transparence – Proportionnalité – Égalité de traitement et non-discrimination – Critères de sélection et d'attribution – Recours en indemnité – Recevabilité – Manque à gagner*

La compétence du Tribunal étant une question d'ordre public, elle peut être examinée d'office par celui-ci. Le Tribunal n'est donc pas lié par la position des parties concernant sa compétence à connaître du présent recours et il lui appartient d'examiner s'il ne doit pas, les parties entendues, relever d'office une fin de non-recevoir tirée de son incompétence à connaître, en tout ou partie, dudit recours.

Un recours en annulation intenté par une personne physique ou morale n'est recevable que dans la mesure où cette personne a un intérêt à voir annuler l'acte attaqué, ce qui suppose que l'annulation de l'acte attaqué soit susceptible, par elle-même, d'avoir des conséquences juridiques et que le recours puisse ainsi, par son résultat, procurer un bénéfice à la partie qui l'a introduit. Les conditions de recevabilité d'un recours, notamment le défaut d'intérêt à agir, relevant des fins de non-recevoir d'ordre public, il appartient au Tribunal de vérifier d'office si les parties requérantes ont un intérêt à obtenir l'annulation de la décision attaquée. Cette jurisprudence est applicable, par analogie, aux demandes en annulation formulées dans le cadre de recours contenant, accessoirement, une demande en indemnité.

Même dans l'hypothèse où une décision d'attribution aurait été pleinement exécutée en faveur d'autres compétiteurs, un soumissionnaire

conserve un intérêt à voir annuler cette décision, soit pour obtenir du pouvoir adjudicateur une remise en état adéquate de sa situation, soit pour amener le pouvoir adjudicateur à apporter, à l'avenir, les modifications appropriées aux procédures d'appel d'offres, au cas où celles-ci seraient reconnues comme étant contraires à certaines exigences juridiques.

Le fait que le contrat portant sur l'exécution d'un marché public a été signé, voire exécuté, avant le prononcé de la décision mettant fin au recours au principal, introduit par un soumissionnaire évincé contre la décision d'attribution dudit marché, et que le pouvoir adjudicateur est contractuellement lié à l'attributaire ne fait pas obstacle à l'obligation qui incombe, si le recours au principal est accueilli, au pouvoir adjudicateur, en vertu de l'article 233 CE, d'arrêter les mesures nécessaires pour assurer une protection appropriée des intérêts du soumissionnaire évincé.

Lorsque, à la suite du recours d'un soumissionnaire évincé d'un marché public, la décision d'attribution est annulée, mais que le pouvoir adjudicateur n'est plus en mesure de rouvrir la procédure d'appel d'offres portant sur le marché public en cause, les intérêts de ce soumissionnaire peuvent être sauvegardés, par exemple, par une compensation pécuniaire correspondant à la perte de chance de se voir attribuer le marché ou, s'il peut

être établi de manière certaine que le soumissionnaire devait se voir attribuer le marché, au manque à gagner. Il peut être attribué une valeur économique à la perte de chance de se voir attribuer un marché public, subie par un soumissionnaire évincé dudit marché par l'effet d'une décision illégale.

Le cahier des charges ne peut être considéré comme un acte qui concerne chaque soumissionnaire de manière individuelle. En effet, à l'instar de l'ensemble des documents d'appel à la concurrence émis par le pouvoir adjudicateur, le cahier des charges s'applique à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite. Dès lors, il présente un caractère général et sa communication individuelle aux soumissionnaires par le pouvoir adjudicateur ne permet pas d'individualiser chacun de ces soumissionnaires par rapport à toute autre personne, au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE.

En vertu de l'article 21 du statut de la Cour et de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure, toute requête doit contenir l'objet du litige et l'exposé sommaire des moyens invoqués. Cette indication doit être suffisamment claire et précise pour permettre à la partie défenderesse de préparer sa défense et au Tribunal de statuer sur le recours, le cas échéant sans autres informations à l'appui. Afin de garantir la sécurité juridique et une bonne administration de la justice, il faut, pour qu'un recours soit recevable, que les éléments essentiels de fait et de droit sur lesquels celui-ci se fonde ressortent, à tout le moins sommairement, mais d'une façon cohérente et compréhensible, du texte de la requête elle-même.

Pour satisfaire à ces exigences, une requête visant à la réparation de dommages causés par une institution ou tout autre organe ou organisme communautaire doit contenir les éléments qui permettent d'identifier le comportement que le requérant reproche à cette institution, cet organe ou cet organisme, les raisons pour lesquelles il estime qu'un lien de causalité existe entre ce comportement et le préjudice qu'il prétend avoir subi ainsi que le caractère et l'étendue de ce préjudice.

En ce qui concerne les procédures de passation de marchés publics communautaires, le pouvoir adjudicateur est soumis aux règles fondamentales du traité CE, aux principes généraux du droit ainsi qu'aux objectifs de la charte. Même si les directives concernant la passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ne régissent que

des marchés passés par les entités ou les pouvoirs adjudicateurs des États membres et ne sont pas directement applicables aux marchés publics passés par l'administration communautaire, les règles ou principes édictés ou dégagés dans le cadre de ces directives peuvent être invoqués à l'encontre de ladite administration lorsqu'ils n'apparaissent, eux-mêmes, que comme l'expression spécifique de règles fondamentales du traité CE et de principes généraux du droit qui s'imposent directement à l'administration communautaire. En effet, dans une communauté de droit, l'application uniforme du droit est une exigence fondamentale et tout sujet de droit est soumis au principe du respect de la légalité. Ainsi, les institutions sont tenues de respecter les règles du traité CE et les principes généraux du droit qui leur sont applicables, de la même manière que tout autre sujet de droit. Par ailleurs, les règles ou principes édictés ou dégagés dans le cadre de ces directives peuvent être invoqués à l'encontre de l'administration communautaire lorsque, dans l'exercice de son autonomie fonctionnelle et institutionnelle, et dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le traité CE, celle-ci a adopté un acte qui renvoie expressément, pour régir les marchés publics qu'elle passe pour son propre compte, à certaines règles ou à certains principes énoncés dans les directives et par l'effet duquel lesdites règles et lesdits principes trouvent à s'appliquer, conformément au principe *patere legem quam ipse fecisti*. Lorsque l'acte en cause exige une interprétation, il doit être interprété, dans la mesure du possible, dans le sens de l'application uniforme du droit communautaire et de sa conformité avec les dispositions du traité CE et les principes généraux du droit.

Lorsque l'administration communautaire dispose d'un large pouvoir d'appréciation, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties, figure, notamment, l'obligation pour ladite administration de motiver de façon suffisante ses décisions. C'est seulement ainsi que le juge est en mesure de vérifier si les éléments de fait et de droit dont dépend l'exercice du pouvoir d'appréciation ont été réunis. L'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passer un marché sur appel d'offres.

La finalité de l'obligation de motivation inscrite à l'article 253 CE est de nature à permettre au juge d'exercer son contrôle de légalité et à l'intéressé de connaître les justifications de la mesure prise, afin



de pouvoir défendre ses droits et de vérifier si la décision est ou non bien fondée. Dans le contexte des procédures d'appel d'offres, le fait que les soumissionnaires intéressés ne reçoivent une décision motivée qu'en réponse à une demande expresse de leur part ne restreint nullement la possibilité dont ils disposent de faire valoir leurs droits devant le Tribunal. En effet, le délai de recours prévu à l'article 230, cinquième alinéa, CE commence à courir seulement au moment de la notification de la décision motivée, à condition que le soumissionnaire ait introduit sa demande d'obtenir une décision motivée dans un délai raisonnable après avoir pris connaissance du rejet de son offre.

Compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont il dispose dans le cadre des procédures d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur est tenu de fournir une motivation suffisante aux soumissionnaires écartés qui en font la demande, ce qui suppose qu'il veille soigneusement à refléter, dans les motifs qu'il communique, tous les éléments sur lesquels il a fondé sa décision.

Le respect de l'obligation de motivation doit être apprécié en fonction des éléments d'information dont la requérante dispose au moment de l'introduction de son recours. La motivation ne peut être explicitée pour la première fois et *a posteriori* devant le juge, sauf circonstances exceptionnelles.

S'agissant d'une procédure d'appel d'offres dans le cadre de laquelle la requérante était la moins-disante, en ce sens qu'elle avait soumis l'offre la moins élevée de toutes les offres à comparer, et n'avait donc vu son offre être rejetée qu'en raison de ce que la valeur technique de ladite offre avait été jugée relativement moins bonne que celle de l'offre du soumissionnaire retenu, il y a lieu de constater que cette motivation, si elle constituait un début d'explication, ne pouvait toutefois être considérée comme étant suffisante au regard de l'exigence selon laquelle la motivation doit faire apparaître, d'une façon claire et non équivoque, le raisonnement de l'auteur de l'acte. En effet, la lettre du 1<sup>er</sup> août 2008 ne contient pas d'informations sur les raisons qui, selon la BEI, ont justifié les notes attribuées pour les critères techniques respectivement à l'offre de la requérante et à celle du soumissionnaire retenu. En outre, lesdites notes contenues dans cette lettre n'ont pas été complétées par des commentaires généraux donnant des précisions sur les raisons qui ont conduit la BEI à attribuer davantage de points à l'offre du soumissionnaire retenu qu'à celle de la requérante, pour chacun des critères techniques, qui auraient permis de considérer la motivation de la décision attaquée comme suffisante.

S'agissant de la violation alléguée du principe du droit à un recours effectif, il importe de rappeler que l'accès au juge est l'un des éléments constitutifs d'une communauté de droit et qu'il est garanti dans l'ordre juridique fondé sur le traité CE du fait que celui-ci a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes de l'administration communautaire. En outre, la Cour fonde sur les traditions constitutionnelles communes aux États membres et sur les articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, le droit à un recours effectif devant une juridiction compétente. Enfin, le droit à un recours effectif pour toute personne dont les droits et les libertés garantis par le droit communautaire ont été violés a, en outre, été proclamé à l'article 47 de la charte.

Dans le cadre des procédures d'appel d'offres, il convient de protéger les soumissionnaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur en leur garantissant que les décisions illégales prises par ce dernier puissent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible.

Une protection juridique complète des soumissionnaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur suppose donc, tout d'abord, l'obligation d'informer l'ensemble des soumissionnaires de la décision d'attribution du marché avant la conclusion du contrat, afin que ceux-ci disposent d'une réelle possibilité d'intenter un recours ayant pour objet l'annulation de cette décision, lorsque les conditions qui y sont afférentes sont réunies.

Cette protection juridique complète exige, ensuite, de prévoir la possibilité pour le soumissionnaire évincé d'examiner en temps utile la question de la validité de la décision d'attribution, ce qui suppose qu'un délai raisonnable doit s'écouler entre le moment où la décision d'attribution est communiquée aux soumissionnaires évincés et la signature du contrat, afin notamment de permettre à ces derniers d'introduire une demande en référé, au titre des dispositions combinées des articles 242 CE et 243 CE ainsi que de l'article 225, paragraphe 1, CE, visant à ce que le juge des référés ordonne le sursis à l'exécution de la décision attaquée jusqu'à ce que le juge du fond se prononce sur leur recours principal en annulation de cette décision. En effet, le droit à une protection juridictionnelle complète et effective implique que puisse être assurée la protection provisoire des justiciables, si elle est nécessaire pour garantir la pleine efficacité de la décision à intervenir au prin-

cial, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par les juridictions compétentes.

Pour que l'exigence d'une protection juridictionnelle effective soit préservée, il faut que le pouvoir adjudicateur respecte l'obligation de motivation qui lui incombe en fournissant une motivation suffisante à tout soumissionnaire écarté qui en fait la demande, afin que ce dernier puisse user de ce droit dans les meilleures conditions possibles et se voie reconnaître la faculté de décider, en pleine connaissance de cause, s'il est utile pour lui de saisir le juge compétent. En effet, la motivation de la décision attaquée est une forme substantielle visant notamment à garantir le droit de la personne, à laquelle l'acte fait grief, à un recours effectif.

S'agissant de la violation alléguée des principes d'égalité de traitement et de transparence en ce qui concerne les procédures d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur est tenu au respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, qui n'est qu'une expression spécifique du principe d'égalité de traitement. Le pouvoir adjudicateur est tenu, à chaque phase d'une procédure d'appel d'offres, au respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et, par voie de conséquence, au respect de l'égalité des chances de tous les soumissionnaires. Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, en outre, une obligation de transparence, qui consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché public à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication

S'agissant de la violation alléguée du principe de bonne administration, ce principe peut constituer une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers, lorsqu'il constitue l'expression de droits spécifiques.

Peuvent être considérées comme substantielles les formes conçues pour entourer les mesures de toutes les garanties de circonspection et de prudence. Dans le cadre de la passation d'un marché public, le droit d'un soumissionnaire évincé à un recours effectif contre la décision qui attribue le marché public à un autre soumissionnaire de même que l'obligation corrélative qui incombe au pouvoir adjudicateur de lui communiquer, sur demande, les motifs de sa décision doivent être regardés comme des formes substantielles au sens de la jurisprudence précitée, dans la mesure où celles-ci entourent l'élaboration de la décision d'attribution de garanties qui permettent l'exercice

d'un contrôle effectif sur l'impartialité de la procédure d'appel d'offres qui a abouti à cette décision.

Un pouvoir adjudicateur jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer tant le contenu que la mise en œuvre des règles applicables à la passation, pour son propre compte, d'un marché public par appel d'offres. La faculté laissée au pouvoir adjudicateur de choisir librement les critères d'attribution sur la base desquels elle entend attribuer les marchés publics qu'elle passe, pour son propre compte, lui permet de prendre en considération la nature, l'objet et les spécificités propres à chaque marché.

Les dispositions du Guide mentionnées au point 140 ci-dessus visent à garantir que la faculté laissée à la BEI dans le choix des critères d'attribution s'exerce dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence au stade de l'évaluation des offres en vue de l'attribution du marché. Le but de ces dispositions est, en effet, de permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'interpréter les critères d'attribution de la même manière et de disposer, par conséquent, des mêmes chances dans la formulation des termes de leur offre.

De plus, ces dispositions visent à garantir le respect du principe de proportionnalité, qui exige que les actes des institutions ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés. S'il est vrai que les critères pouvant être retenus par le pouvoir adjudicateur lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse ne sont pas énumérés de manière limitative au point 2.5.1.2 du Guide et que ce point laisse au pouvoir adjudicateur la faculté de choisir les critères d'attribution du marché public qui lui semblent les mieux appropriés, ce choix ne peut donc porter que sur des critères qui visent à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Partant, sont exclus, en tant que critères d'attribution, des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question. La qualité des offres est à évaluer sur la base des offres elles-mêmes et non pas à partir de l'expérience acquise par les soumissionnaires avec le pouvoir adjudicateur lors de précédents contrats ou sur la base de critères, tels que la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché, qui relèvent de

la phase de sélection des soumissionnaires et ne peuvent pas être pris en compte aux fins de l'évaluation comparative des offres.

Quant au choix même du critère d'attribution intitulé «Capacité à fournir une équipe issue de ses ressources propres», il convient, enfin, de relever que ni le point 2.5.1.2 du Guide ni les principes généraux du droit ne peuvent être interprétés en ce sens que chacun des critères d'attribution retenus par la BEI afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse devait nécessairement être de nature quantitative ou orienté exclusivement vers les prix. En effet, divers facteurs qui ne sont pas de nature purement quantitative, tels que la qualité du personnel employé ou, plus généralement, la valeur technique de l'offre, peuvent influencer sur la qualité de l'exécution d'un marché de prestation de services et, par conséquent, la valeur économique de l'offre d'un soumissionnaire à un tel marché.

Il ressort des documents d'appel d'offre que le critère d'attribution intitulé «Capacité à fournir une équipe issue de ses ressources propres» porte notamment sur la capacité du personnel employé par le soumissionnaire et par ses sous-traitants identifiés, tel que décrit dans la table des profils du personnel, à répondre, en termes d'expérience, de qualifications et de nombre, à des besoins supplémentaires exprimés par le pouvoir adjudicateur. Il s'agit donc d'un critère qui concerne, au moins pour partie, l'aptitude des soumissionnaires à exécuter l'intégralité du marché, en ce incluses les prestations de services supplémentaires. Dans cette mesure, un tel critère n'a pas la qualité d'un «critère d'attribution» au sens du point 2.5.1.2 du Guide, lequel ne se rapporterait qu'à la qualité des prestations de services supplémentaires susceptibles d'être délivrées par chaque soumissionnaire au vu des ressources propres de celui-ci et, partant, à l'avantage économique relatif de chacune des offres concernant de telles prestations.

Alors que le critère d'attribution intitulé «Capacité à fournir une équipe issue de ses ressources propres» devait notamment permettre d'apprécier si le soumissionnaire disposait d'un personnel disposant des compétences et de l'expérience requises «en nombre suffisant» pour répondre aux demandes de services supplémentaires de la BEI, celui-ci était formulé de manière vague et imprécise, puisque, comme il ressort notamment du point 4.2 du cahier des charges, aucun «nombre optimal» n'avait été prédéfini concernant ledit personnel et que la BEI n'avait pas donné, à cet égard, d'indications quantitatives précises aux soumissionnaires. Certes, le point 1.2 du cahier des charges, concernant la «[d]escription du

domaine» couvert par le marché, indiquait que dix personnes extérieures au personnel de la BEI étaient dédiées à l'activité de projets en rapport avec l'application informatique en cause et qu'une dizaine de projets était actuellement en cours. Il était, en outre, indiqué que, dans les années à venir, le volume de l'activité de projets, en particulier, devrait diminuer, de sorte que les chiffres mentionnés dans le cahier des charges devaient être considérés comme un maximum par les soumissionnaires potentiels. Toutefois, il était immédiatement précisé qu'il n'était pas exclu que de nouveaux mandats de prêt ou de nouvelles opérations spécifiques ayant été approuvés par la BEI puissent engendrer de nouveaux pics d'activité en matière de projets.

Or, dans la mesure où le soumissionnaire retenu était aussi le prestataire de services en place en charge du développement, de la maintenance, du support et des activités de projets relatifs à l'application informatique en cause, celui-ci était aussi le mieux à même, de par son expérience, d'évaluer quels pourraient être les besoins réels de la BEI, en termes de capacité à fournir une équipe issue de ses ressources propres pour répondre aux demandes de prestations de services supplémentaires qui pourraient être exprimées par la BEI dans le cadre de l'exécution du marché. Il s'ensuit que l'imprécision du critère d'attribution intitulé «Capacité à fournir une équipe issue de ses ressources propres» a pu, en pratique, conduire à favoriser le soumissionnaire en place, au détriment des autres soumissionnaires et, notamment, de la requérante, et ce en violation du principe d'égalité de traitement, en vertu duquel les soumissionnaires doivent disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leur offre.

Si l'offre d'un soumissionnaire, qui n'a pas été exclu de la procédure d'appel d'offres et répond aux critères de sélection énoncés dans l'avis de marché ou le cahier des charges, n'apparaît pas, du point de vue du pouvoir adjudicateur, comme étant économiquement la plus avantageuse, au regard des critères d'attribution énoncés dans l'avis de marché ou le cahier des charges, elle doit être écartée par le pouvoir adjudicateur, celui-ci n'étant toutefois pas autorisé à altérer l'économie générale du marché en modifiant l'une des conditions essentielles de son attribution. En effet, si le pouvoir adjudicateur était autorisé à modifier à son gré, lors de la procédure d'appel d'offres, les conditions mêmes de l'attribution, en l'absence d'habilitation expresse en ce sens figurant dans les dispositions pertinentes applicables, les termes régissant l'attribution du marché, tels que stipulés initialement,

seraient dénaturés. De plus, une telle pratique entraînerait inéluctablement une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires, puisque l'application uniforme des conditions d'attribution et l'objectivité de la procédure ne seraient plus garanties.

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse laisse les pouvoirs adjudicateurs libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché, mais également de déterminer les pondérations relatives de ceux-ci, pour autant qu'elles permettent une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Par ailleurs, conformément au principe d'égalité de traitement et de non-discrimination, les pondérations relatives des différents critères ou des sous-critères ne doivent pas avoir été adoptées en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

L'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté en vertu de l'article 288, deuxième alinéa, CE, suppose la réunion d'un ensemble de conditions en ce qui concerne le caractère illégal du comportement reproché à l'institution, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre ce comportement et le préjudice allégué. Il en résulte que la responsabilité de la Communauté ne pourrait être engagée sans que soient réunies toutes ces conditions.

S'agissant de la condition relative à l'existence d'un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice invoqué, il ressort d'une jurisprudence constante que le préjudice allégué doit découler de façon suffisamment directe du comportement reproché, ce dernier devant constituer la cause déterminante du préjudice. Il appartient aux parties requérantes d'apporter la preuve d'un tel lien de causalité.

**Ger. (7<sup>de</sup> k.), 22 september 2011,  
*Evropaïki Dynamiki – Proigmaena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*  
*tegen Europese Commissie, zaak T-86/09***

**T.U.E. (7<sup>e</sup> ch.), 22 septembre 2011,  
*Evropaïki Dynamiki – Proigmaena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*  
*contre Commission européenne, aff. T-86/09***

*Overheidsopdracht van diensten – Algemene offerteaanvraag – Informaticadiensten inbegrepen het onderhoud en de ontwikkeling van informaticasystemen van de algemene directie van de visserij en maritieme zaken – Weigering van de offerte van een inschrijver – Motiveringsplicht – Gelijke behandeling – Transparantie – Gunningscriteria – Belangenconflict – Kennelijke dwaling in de beoordeling – Niet contractuele aansprakelijkheid*

*Marchés publics de services – Procédure d'appel d'offres – Prestation de services informatiques, y compris la maintenance et le développement des systèmes d'information de la direction générale de la pêche et des affaires maritimes – Rejet de l'offre d'un soumissionnaire – Obligation de motivation – Égalité de traitement – Transparence – Critères d'attribution – Conflit d'intérêts – Erreur manifeste d'appréciation – Responsabilité non contractuelle*

Le fait qu'un soumissionnaire ait été déclaré en défaut grave d'exécution de ses obligations dans le cadre d'un autre marché ne conduit pas automatiquement à l'adoption de sanctions administratives. C'est seulement dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur décide de lui infliger une sanction administrative sur le fondement de l'article 96, paragraphe 1, du règlement financier qu'un soumissionnaire sera exclu de la participation aux procédures de passation de marchés sur le fondement de l'article 93, paragraphe 1, sous f), du règlement financier. En outre, il y a lieu de souligner que l'article 134<sup>ter</sup> des modalités d'exécution prévoit

uniquement que les soumissionnaires déclarés en défaut grave d'exécution de leurs obligations contractuelles peuvent être exclus des marchés.

Le pouvoir adjudicateur est tenu de veiller, à chaque phase d'une procédure d'appel d'offres, au respect du principe d'égalité de traitement et, par voie de conséquence, à l'égalité des chances de tous les soumissionnaires.

Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché

public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs. Le principe d'égalité de traitement implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect.

Le principe de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et de comportement arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Il implique que toutes les conditions et modalités de la procédure de passation soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le principe de transparence implique donc que toutes les informations techniques pertinentes pour la bonne compréhension de l'avis de marché ou du cahier des charges soient mises, dès que possible, à la disposition de l'ensemble des entreprises participant à une procédure de passation de marchés publics, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause.

L'atteinte au droit à l'information des parties concernées, qui est une irrégularité procédurale, ne pourrait entraîner l'annulation de la décision que s'il était établi que, en l'absence de cette irrégularité,

la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent dans l'hypothèse où la requérante aurait eu accès aux informations en question et s'il existait, à cet égard, une chance – même réduite – que la requérante ait pu faire aboutir la procédure administrative à un résultat différent.

Tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative doivent être connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leur offre.

La Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passer un marché sur appel d'offres. Le contrôle juridictionnel appliqué à l'exercice de ce pouvoir d'appréciation se limite, dès lors, à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir.

L'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté suppose que la requérante prouve l'illégalité du comportement reproché à l'institution concernée, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre ce comportement et le préjudice invoqué. Dès lors que l'une de ces conditions n'est pas remplie, le recours doit être rejeté dans son ensemble sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions de ladite responsabilité.

**HvJ (7<sup>de</sup> k.), 21 juli 2011,**

***Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE tegen Europees Agentschap voor maritieme veiligheid (EMSA), zaak C-252/10 P***

**C.J.U.E. (7<sup>e</sup> ch.), 21 juillet 2011,**

***Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, contre Agence européenne de sécurité maritime, aff. C-252/10 P***

*Overheidsopdrachten – Europees Agentschap voor maritieme veiligheid – Offerteaanvraag betreffende de toepassing 'SafeSeaNet' – Beslissing tot verwerpen van de offerte van de inschrijver – Gunningsvoorschrift – Subcriteria – Motiveringsplicht*

*Marchés publics – Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA) – Appel d'offres relatif à l'application 'SafeSeaNet' – Décision rejetant l'offre d'un soumissionnaire – Critères d'attribution d'un marché – Sous-critères – Obligation de motivation*

Lorsque l'attribution d'un marché se fait par attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur doit définir et préciser, dans le cahier des charges, les critères d'attribution

permettant l'évaluation du contenu des offres. Ces critères doivent être justifiés par l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur doit aussi préciser, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, la

pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces dispositions visent à garantir le respect de l'égalité de traitement et de la transparence au stade de l'évaluation des offres en vue de l'attribution du marché.

Afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et si possible leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres. Il s'ensuit qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer, pour les critères d'attribution, des sous-critères qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires.

La Cour a interprété dans l'affaire *Lianakis* la directive 92/50 lue à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de l'obligation de transparence qui en découle. Ainsi, la légalité de l'utilisation des sous-critères et de la pondération correspondante doit toujours être exa-

minée en fonction de ces principes. La Cour n'a pas établi une interdiction totale et absolue pour le pouvoir adjudicateur de spécifier plus en détail un critère préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires et de lui accorder une pondération.

Il est ainsi possible pour un pouvoir adjudicateur de déterminer, après l'expiration du délai de présentation des offres, des coefficients de pondération pour les sous-critères qui correspondent en substance aux critères préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires, sous trois conditions, à savoir que cette détermination ex post, premièrement, ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, deuxièmement, ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation et, troisièmement, n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.