

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. M. POIARES MADURO

présentées le 17 décembre 2008¹

1. Le présent recours, introduit par la Commission des Communautés européennes contre la République hellénique, concerne un marché public relatif à une centrale électrique en Crète. La Commission soutient que, en s'abstenant, premièrement, de publier un avis d'appel d'offres et, deuxièmement, de communiquer dans les meilleurs délais les motifs du rejet de l'une des offres, le pouvoir adjudicateur a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications².

Le contexte factuel

2. En juillet 2003, la Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (entreprise publique d'électricité de Grèce, ci-après la «DEI») a publié un appel d'offres pour l'acquisition et l'installation de deux unités thermoélectriques pour la centrale électrique d'Atherinolakkos, en Crète. La DEI a estimé que les offres déposées n'étaient pas entièrement conformes aux

conditions de l'appel d'offres, c'est pourquoi elle a suspendu le projet. En mai 2004, un nouvel avis de mise en concurrence, légèrement différent du premier, a été publié pour le même projet. Les cinq offres déposées en réponse au deuxième appel d'offres ont toutes été jugées «inappropriées» et rejetées, car elles n'étaient pas entièrement conformes à certaines spécifications techniques; encore une fois, la procédure a été interrompue.

3. Le 14 décembre 2004, sans publier de nouvel appel d'offres, la DEI a écrit aux cinq soumissionnaires qui avaient participé au deuxième appel d'offres, pour leur demander de remettre leurs «offres financières finales» dans les quinze jours, en corrigeant tous les écarts, notamment techniques, entre leur offres antérieures et les spécifications du projet. Dans cette lettre, la DEI expliquait qu'elle avait décidé de se passer d'une mise en concurrence, en raison, notamment, de l'«historique de toute l'affaire»; du «temps nécessaire à l'installation des deux nouvelles unités, qui est respectivement de 29 et 31 mois»; de «la nécessité de répondre en électricité du système de la Crète à partir de 2007», et du «retard imprévisible de l'attribution du projet faute de résultats des appels d'offres précités». Les cinq soumissionnaires qui avaient participé à la deuxième étape ont tous soumis de nouvelles offres.

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — JO L 199, p. 84.

4. Le 7 février 2005, la DEI a écrit à l'un des soumissionnaires pour rejeter son offre, sans indiquer aucun motif. Ce soumissionnaire a envoyé trois lettres à la DEI, les 10 et 11 février 2005, ainsi que le 10 mars 2005, et deux lettres au ministère du Développement, les 17 et 31 mars 2005, pour demander qu'on l'informe des motifs du rejet de son offre. La DEI a finalement répondu le 4 avril 2005. Le soumissionnaire a ensuite introduit une demande de mesures provisoires auprès du Monomeles Protodikeio Athinon (tribunal de première instance d'Athènes), mais celle-ci a été rejetée le 7 juillet 2005. La DEI a conclu le contrat avec un autre soumissionnaire le 15 septembre 2005.

5. Le soumissionnaire écarté a porté plainte auprès de la Commission qui, considérant que le déroulement de la procédure menée par la DEI n'était pas conforme au droit communautaire et prenant en compte le budget très élevé du marché, a engagé une procédure d'infraction contre la République hellénique. Estimant que la réponse des autorités grecques à sa lettre de mise en demeure et à son avis motivé n'était pas satisfaisante, la Commission a introduit devant la Cour un recours visant à faire constater que la République hellénique avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38, relatif aux procédures de passation de marchés sans mise en concurrence préalable, et en vertu de l'article 41, paragraphe 4, de ladite directive, relatif à l'obligation de communiquer aux soumissionnaires écartés les motifs du rejet de leur offre.

I — L'absence de mise en concurrence

6. La disposition applicable est l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38, qui prévoit que: «[l]es entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants [...] lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure avec mise en concurrence préalable, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées». Comme le gouvernement grec le fait observer à juste titre, cette disposition permet aux pouvoirs adjudicateurs d'être dispensé de l'obligation de mise en concurrence quand les trois conditions suivantes sont réunies: i) il y a déjà eu une telle mise en concurrence, ii) aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée et iii) les conditions initiales du marché sont restées substantiellement identiques.

7. Il est évident que, en l'espèce, la première condition est remplie. Le gouvernement et la Commission sont en désaccord sur la question de savoir si la deuxième et la troisième condition sont également remplies.

La notion d'offres inappropriées

8. La DEI a rejeté les offres déposées en réponse à la deuxième mise en concurrence, les considérant comme «inappropriées», car

elles n'étaient pas entièrement conformes à certaines spécifications techniques. Avait-elle raison de qualifier ainsi les offres? En d'autres termes, comment faut-il interpréter le terme «inapproprié»? C'est une question importante, car, selon la réponse qui lui est apportée, le pouvoir adjudicateur peut, ou non, attribuer le marché sans publier un appel d'offres. Si l'on peut, à bon escient, qualifier les offres déposées d'«inappropriées», il n'est pas nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence; si, en revanche, les offres rejetées ne peuvent être considérées comme «inappropriées», le pouvoir adjudicateur est dans l'obligation de recommencer toute la procédure.

9. La Commission est d'avis que seule une offre qui ne peut, de manière évidente, pas satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur entre dans la catégorie des offres «inappropriées»; d'autres écarts, moins importants, peuvent justifier le rejet d'une offre, mais ne peuvent pas la rendre «inappropriée» et ainsi permettre au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sans suivre la procédure habituelle de mise en concurrence. En revanche, le gouvernement grec plaide pour une définition plus large du terme «inapproprié». En insistant très fortement sur le quarante-cinquième considérant du préambule de la directive, qui énonce que «les règles à appliquer par les entités concernées doivent créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité», il soutient qu'il faudrait reconnaître aux pouvoirs adjudicateurs une large marge d'appréciation, les autorisant à rejeter, en les considérant comme «inappropriées», toutes les offres qui ne satisfont pas totalement aux critères fixés dans l'appel d'offres, et leur permettre ensuite de continuer la procédure sans nouvelle mise en concurrence.

10. Je pense que l'interprétation proposée par le gouvernement grec est trop large. Pour évaluer la marge d'appréciation dont disposent les pouvoirs adjudicateurs, il conviendrait de commencer par les exigences du traité CE. Dans l'arrêt *Telaustria et Telefonadress*, la Cour a estimé que les concessions de service public étaient exclues du champ d'application des directives en matière de marchés publics, mais elle a jugé que les entités adjudicatrices les concluant étaient, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce qui impliquait une obligation de transparence³. La Cour a poursuivi en expliquant le contenu de cette obligation de transparence: «[c]ette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication»⁴. Par conséquent, en matière de marchés publics, la transparence est une obligation relevant du droit communautaire primaire qui suppose, à tout le moins, une certaine publicité. La publicité est importante à deux titres: premièrement, elle informe les soumissionnaires potentiels de l'existence d'une opportunité commerciale, ce qui peut, par voie de conséquence, conduire à aviver la concurrence pour l'obtention du marché, puisqu'il est probable que les offres déposées seront plus nombreuses; deuxièmement, la publicité protège de la partialité et de la corruption, dans la mesure où elle facilite le contrôle des

3 — Arrêt du 7 décembre 2000 (C-324/98, Rec. p. I-10745, points 60 et 61).

4 — *Ibidem*, point 62.

procédures de marchés publics⁵. Dans la jurisprudence de la Cour, la transparence est liée à la non-discrimination et considérée comme un mécanisme assurant le respect de ce principe fondamental du droit communautaire⁶.

11. Pour interpréter le terme «inapproprié» il faut également tenir compte de ce que les règles régissant les marchés publics ont notamment pour objectif de développer une concurrence effective sur le marché. Dans son arrêt récent *Commission/Italie*, où la Commission soutenait que la République italienne avait manqué à ses obligations en vertu d'un certain nombre de directives, dont la directive 93/38, la Cour a affirmé à propos de ces dernières qu'«[e]lles visent à éliminer les pratiques qui restreignent la concurrence en général et la participation aux marchés publics des ressortissants d'autres États membres afin de mettre en œuvre, notamment, la liberté d'établissement et la libre prestation des services consacrées, respectivement, aux articles 43 CE et 49 CE»⁷. Comme la Cour l'a expliqué dans un arrêt plus ancien, concernant la directive 93/37/CEE⁸, «l'objectif primordial de la

directive [...] est [...] la mise en concurrence des marchés publics de travaux. En effet, c'est l'ouverture à la concurrence communautaire selon les procédures prévues par la directive qui garantit l'absence de risque de favoritisme de la part des pouvoirs publics»⁹. La concurrence effective supprime alors les barrières empêchant de nouveaux acteurs d'accéder au marché; elle profite aux entités adjudicatrices, qui peuvent choisir parmi un plus grand nombre de soumissionnaires et ont, par conséquent, plus de chances d'obtenir un bon rapport qualité-prix; elle contribue également à préserver l'intégrité des procédures de passation de marchés publics en tant que telles.

12. Comme le montrent les arrêts cités précédemment, l'obligation de mise en concurrence est fondée sur le droit communautaire primaire et doit évidemment être respectée. L'attribution de marchés sans appel d'offres préalable peut porter préjudice non seulement aux soumissionnaires potentiels, mais aussi aux citoyens, qui financent les projets attribués avec leurs impôts, et est susceptible de fausser le caractère concurrentiel du secteur des marchés publics, en portant atteinte à l'effet utile des règles du traité relatives aux libertés communautaires fondamentales. C'est pourquoi une disposition qui permet à un pouvoir adjudicateur de se passer d'appel d'offres devrait être d'interprétation stricte. L'article 20, paragraphe 2, de la directive 93/38 est une disposition de ce

5 — Les nouvelles directives en matière de marchés publics imposent expressément une obligation de transparence aux pouvoirs adjudicateurs. L'article 2 de la nouvelle directive «secteur public» (directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134, p. 114) et l'article 10 de la nouvelle directive «secteurs spéciaux» (directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JO L 134, p. 1) prévoient qu'ils doivent «agir dans la transparence».

6 — Voir, notamment, arrêts du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S* (C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31); du 18 octobre 2001, *SIAC Construction* (C-19/00, Rec. p. I-7725, point 41), et du 19 juin 2008, *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, Rec. p. I-4401, point 32).

7 — Arrêt du 21 février 2008 (C-412/04, Rec. p. I-619, point 2).

8 — Directive du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54).

9 — Arrêt du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti e.a.* (C-399/98, Rec. p. I-5409, point 75). Voir, dans le même sens, arrêts du 27 novembre 2001, *Lombardini et Mantovani* (C-285/99 et C-286/99, Rec. p. I-9233, point 35), et du 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau* (C-26/03, Rec. p. I-1, point 44).

type. Il commence par indiquer qu'un pouvoir adjudicateur peut attribuer un marché sans mise en concurrence préalable et continue en énonçant, de manière exhaustive, les cas dans lesquels cela est possible. La Cour a déjà statué sur l'approche qu'il convient d'adopter pour interpréter cette disposition dans l'arrêt Commission/Grèce, qui concernait ladite disposition, sous c) et d), portant, respectivement, sur les marchés qui ne peuvent être exécutés que par un contractant particulier, pour des raisons techniques ou artistiques, et les cas d'extrême urgence: «il convient, à titre liminaire, de rappeler que, en tant que dérogations aux règles relatives aux procédures de passation des marchés publics, les dispositions de l'article 20, paragraphe 2, sous c) et d), de la directive 93/38 doivent faire l'objet d'une interprétation stricte»¹⁰. Il convient de trancher dans la présente affaire à l'aune de ladite disposition, sous a) (concernant l'absence d'offre ou d'offre «appropriée»), qui devrait être interprétée de façon tout aussi stricte que ladite disposition, sous c) et d), étant donné que rien, ni dans l'esprit ou dans la lettre de l'article 20, paragraphe 2, ni dans l'arrêt Commission/Grèce, ne saurait justifier une interprétation différente.

13. À la lumière de l'analyse qui précède, l'interprétation large du terme «inapproprié» défendue par le gouvernement grec ne saurait être admise. Permettre aux entités adjudicatrices de se fonder sur des écarts, mêmes mineurs, dans les offres déposées, pour les rejeter au motif qu'elles sont «inappropriées», revient, dans la pratique, à leur donner toute latitude pour décider s'il convient ou non de publier un avis de mise en concurrence. Un pouvoir adjudicateur qui souhaite pratiquer le «favoritisme», pour reprendre le terme utilisé

par la Cour dans l'arrêt *Ordine degli Architetti e.a.*, précité, peut facilement identifier un point sur lequel une offre déposée n'est pas entièrement conforme aux spécifications du marché, la rejeter au motif qu'elle est «inappropriée», puis attribuer le marché sans procéder au préalable à un nouvel appel d'offres. Cela concerne surtout des projets importants, requérant une expertise technique avancée, dans lesquels, logiquement, les spécifications du marché sont très complexes. Cependant, c'est exactement le danger auquel les règles communautaires en matière de passation de marchés publics visent à parer, qu'elles soient inscrites dans le traité ou dans le droit dérivé. En revanche, l'interprétation proposée par la Commission, selon laquelle une offre ne peut être considérée comme «inappropriée» et rejetée, autorisant ainsi l'entité adjudicatrice à poursuivre sans mise en concurrence, que lorsqu'elle ne peut pas couvrir les besoins de cette entité, laisse une latitude suffisante au pouvoir adjudicateur pour évaluer les offres déposées, tout en garantissant que les règles communautaires en matière de marchés publics ne soient pas contournées.

14. À l'appui de son interprétation large de l'article 20, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38, le gouvernement grec s'est essentiellement fondé sur le quarante-cinquième considérant de la directive, qui fait référence à la nécessité d'un «maximum de flexibilité» concernant les règles en matière de marchés publics pour les services d'utilité publique. Il en déduit que, dans ce secteur, les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une large marge d'appréciation pour appliquer les dispositions de la directive, dont celle concernant les offres «inappropriées», et l'attribution de marchés sans mise en concurrence préalable. Il y a deux objections à opposer à cet argument.

10 — Arrêt du 2 juin 2005 (C-394/02, Rec. p. I-4713, point 33).

15. Premièrement, le quarante-cinquième considérant ne constitue pas une disposition autonome susceptible d'accorder des droits ou d'imposer des obligations. Il a plutôt, comme tous les préambules de directives, une fonction explicative, c'est-à-dire qu'il est destiné à aider ceux qui interprètent la directive à comprendre ses objectifs et l'esprit dans lequel elle a été adoptée. En l'espèce, le quarante-cinquième considérant explique pourquoi le législateur européen a adopté, pour le secteur des services d'utilité publique, un ensemble de règles en matière de marchés publics, qui sont moins strictes que celles adoptées pour d'autres secteurs, comme les services et les fournitures. Qui plus est, l'article 20, paragraphe 2, est lui-même l'expression de l'approche plus flexible adoptée pour le secteur des services d'utilité publique, puisque les cas où elle permet aux pouvoirs adjudicateurs de se passer d'appel d'offres sont plus nombreux que dans les directives régissant d'autres secteurs¹¹. En d'autres termes, le législateur communautaire a lui-même décidé de ce en quoi les règles concernant les services d'utilité publique devaient être plus flexibles, en adoptant les dispositions spécifiques de la directive 93/38, et il serait erroné de considérer que le quarante-cinquième considérant accorde une flexibilité autonome aux pouvoirs adjudicateurs, en plus de celle déjà inhérente aux dispositions de la directive.

16. Deuxièmement, comme je l'ai déjà relevé, la Cour a considéré que la publicité était une obligation positive, imposée aux entités adjudicatrices par le traité. Les exceptions à cette obligation doivent être prévues expressément par le droit et être interprétées strictement. Même s'il existait un tel principe général de flexibilité en matière d'interprétation de la directive 93/38, il ne pourrait pas prévaloir sur les obligations résultant du droit communautaire primaire.

17. Enfin, il faut parler des liens entre les différentes directives en matière de marchés publics. Le gouvernement grec s'est vigoureusement opposé à la suggestion de la Commission selon laquelle une lecture parallèle des directives secteur public pouvait aider à interpréter la directive 93/38. Il affirme que cette dernière introduit un système de règles particulier aux services d'utilité publique et que l'on aurait tort de les comparer avec des règles régissant des marchés de travaux ou de fournitures. Je ne suis pas d'accord avec cette affirmation. Il est très rare de rencontrer des dispositions juridiques isolées. Il convient de placer les règles dans leur contexte; elles prennent tout leur sens quand on les interprète dans le cadre juridique global dans lequel elles s'appliquent. Dans le domaine des marchés publics, la Cour a souvent fait référence aux directives en matière de marchés publics comme à un corps de règles poursuivant des objectifs communs et basées sur des principes communs. J'ai déjà mentionné l'arrêt *Commission/Italie*, dans lequel elle a affirmé que les directives 92/50/CEE¹², 93/36/CEE¹³, 93/37 et 93/38

11 — Comme le fait observer la Commission, cette approche consistant à considérer que la «flexibilité» caractérise les règles de passation de marché de la directive 93/38 est confortée, par analogie, par le vingt-huitième considérant de la nouvelle directive secteurs spéciaux, qui a remplacé la directive 93/38. Il indique, à propos des services postaux: «il convient de prévoir que les marchés passés par les entités adjudicatrices offrant des services postaux soient soumis aux règles de la présente directive, y compris celles de l'article 30, qui, tout en sauvegardant l'application des principes visés au considérant 9, créent un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettent plus de flexibilité que n'en offrent les dispositions de la directive 2004/18/CE [...]». La nouvelle directive secteurs spéciaux est ici comparée avec la nouvelle directive secteur public, afin d'expliquer dans quelle mesure les dispositions de la première sont plus flexibles que celles de la seconde.

12 — Directive du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1).

13 — Directive du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1).

avaient pour objectif commun d'éliminer les pratiques anticoncurrentielles en matière de marchés publics¹⁴, et il y a d'autres exemples récents dans lesquels elle a employé des formules indiquant qu'il convenait d'adopter une approche systématique et cohérente des directives en matière de marchés publics¹⁵. La Cour a-t-elle ensuite oublié que chacune des directives réglemente un secteur différent des marchés publics et qu'il existe des différences entre les règles qu'elles fixent? Certainement pas. La Cour voulait dire que, en dépit de leurs différences, les directives constituaient un réseau de règles dont l'objectif commun était de garantir que les procédures de passation de marchés publics soient équitables, ouvertes et efficaces.

18. Pour conclure, je considère que, en qualifiant l'offre rejetée d'«inappropriée» et en s'abstenant de publier un avis de mise en concurrence, la DEI ne s'est pas conformée à l'article 20, paragraphe 2, de la directive 93/38.

14 — Arrêt précité, point 2.

15 — Voir, notamment, arrêt du 27 février 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931, point 42; «il résulte également d'une jurisprudence constante que l'objectif des directives communautaires relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics est d'exclure à la fois le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques»); arrêt *pressetext Nachrichtenagentur*, précité note 6, point 31; «Il ressort de la jurisprudence que l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics est d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres». Dans l'arrêt du 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99, Rec. p. I-7213, point 91), la Cour a également considéré qu'«il n'y a aucune raison d'interpréter de manière différente deux dispositions relevant du même domaine du droit communautaire et libellées de manière substantiellement identique». La Cour nous indique ici que c'est la substance de la disposition à interpréter qui constitue le critère; si la substance est la même, l'interprétation devrait être la même.

Les conditions du marché

19. Étant donné que la deuxième des trois conditions de l'article 20, paragraphe 2, sous a), n'était pas remplie, la DEI ne pouvait pas se prévaloir de cette disposition, que les conditions initiales soient restées les mêmes ou non. Cependant, dans un souci d'exhaustivité, j'expliquerai brièvement pourquoi je pense que la Commission a raison d'affirmer qu'il y a eu une modification substantielle des conditions initiales.

20. Le deuxième avis de mise en concurrence indiquait que les écarts entre les spécifications techniques imposées par le pouvoir adjudicateur et celles proposées par les soumissionnaires n'étaient pas permis. Cependant, des offres qui n'étaient pas entièrement conformes à ces spécifications pouvaient être acceptées, à condition que tous les écarts concernent les caractéristiques techniques du matériel que le soumissionnaire proposait d'utiliser, qu'ils figurent sur une liste séparée dans le dossier de soumission et qu'ils n'affectent pas les performances globales de la centrale électrique. Dans ce cas, le soumissionnaire n'était nullement obligé de corriger les écarts et de supporter la charge financière supplémentaire. Pourtant, dans la troisième phase de la procédure, il a été demandé aux soumissionnaires de corriger tous les écarts que comportaient leurs offres précédentes, en supportant eux-mêmes le coût de ces corrections, et de remettre une déclaration contraignante à cet égard.

21. Le gouvernement grec soutient que l'article 20, paragraphe 2, n'interdit pas toutes les modifications des conditions initiales du marché, mais seulement les modifications «substantielles». À l'audience, quand le juge rapporteur a demandé comment le gouvernement pouvait concilier son affirmation, selon laquelle les cinq offres déposées à la deuxième étape étaient toutes inappropriées et qu'aucune modification substantielle n'était permise à la troisième étape, avec le fait que le marché ait finalement été attribué à l'un des cinq soumissionnaires dont les offres avaient initialement été rejetées, le représentant du gouvernement a soutenu que les seules modifications demandées par la DEI à la troisième étape concernaient les écarts avec les spécifications techniques qui avaient été relevées dans le cadre de la deuxième étape et qui avaient conduit au rejet de l'offre, alors que les autres conditions du marché étaient restées les mêmes.

22. Je suis d'accord avec le gouvernement pour considérer que le critère pertinent est le caractère *substantiel* de la modification des conditions du marché, mais je ne suis pas convaincu que la modification en question ait été non substantielle, ou insuffisamment substantielle, aux fins de l'application de l'article 20, paragraphe 2, sous a). Une condition nouvelle importante a été introduite à la troisième étape: les soumissionnaires devaient corriger tous les écarts, en supportant eux-mêmes le coût de ces corrections, alors que, selon les termes de l'avis de marché afférent à la deuxième étape, de tels écarts auraient pu être acceptés. Il est évident que le pouvoir adjudicateur lui-même considérait que cette nouvelle obligation était importante; il n'aurait pas demandé sinon aux soumissionnaires participant de remettre

des déclarations contraignantes à cet égard. De même, une telle modification des conditions du marché est substantielle du point de vue des soumissionnaires, puisqu'elle exclut d'emblée ceux qui ne peuvent ou ne veulent peut-être pas corriger les écarts dans leurs offres initiales et supporter les frais correspondants. De telles modifications des conditions initiales du marché devraient toujours être considérées comme «substantielles». En outre, comme je l'ai déjà fait observer, une disposition autorisant une entité adjudicatrice à attribuer un marché sans mise en concurrence, telle que l'article 20, paragraphe 2, sous a), doit être d'interprétation stricte, car elle introduit une exception à la règle de transparence, qui découle du traité. C'est pourquoi les entités adjudicatrices ne peuvent se dispenser de procéder à un appel d'offres que si les modifications en question ne sont manifestement pas susceptibles d'affecter, actuellement ou potentiellement, la procédure de passation de marché. En l'espèce, il n'est pas possible d'affirmer que la modification des conditions du marché est non substantielle, ou insuffisamment substantielle, au sens de l'article 20, paragraphe 2, sous a).

23. Étant donné que la DEI a écarté les cinq offres soumises lors de la deuxième étape, parce qu'elles n'étaient pas totalement conformes aux spécifications techniques imposées, il était de fait impossible d'attribuer le marché à l'un de ces cinq soumissionnaires à la troisième étape, sans que son offre soit d'abord modifiée. Ainsi, la DEI a modifié les conditions du marché à la troisième étape, afin de s'assurer que les soumissionnaires s'engageraient à corriger tous les écarts et leur a demandé de préparer une nouvelle offre

financière incluant les frais correspondants. La publication d'un nouvel avis de mise en concurrence par la DEI aurait constitué une procédure tout à fait adaptée. Au lieu de cela, en dépit de modifications substantielles des conditions initiales du marché, elle n'a invité que certains soumissionnaires à remettre des offres, en violation de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38.

Urgence

24. L'article 20, paragraphe 2, sous d), de la directive 93/38 prévoit qu'il est possible de recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable «dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les entités adjudicatrices ne permet pas de respecter les délais exigés par les procédures ouvertes ou restreintes». La Commission soutient que la façon dont la lettre de la DEI aux cinq soumissionnaires de la deuxième étape justifiait sa décision de poursuivre la procédure sans mise en concurrence préalable (par exemple, les références aux «besoins urgents» de la Crète en électricité, au «temps nécessaire à l'installation des deux nouvelles unités», au «retard imprévisible») implique qu'elle ne se fondait pas seulement sur l'article 20, paragraphe 2, sous a), mais aussi sous d). Le gouvernement grec n'est pas d'accord. Il soutient que la DEI s'est appuyée, depuis le début, sur l'article 20, paragraphe 2, sous a), et a expliqué qu'elle avait suivi la procédure sans appel d'offres parce que les deux étapes précédentes n'avaient pas donné de résultat satisfaisant. Selon lui, c'est également ce que veut dire la formule l'«historique de toute l'affaire». La référence à l'urgence est, pour lui, accessoire, elle indique que la

nécessité d'agir vite était l'un des éléments que la DEI devait prendre en compte.

25. Il est vrai que la formulation de la lettre du 14 décembre donne l'impression que la DEI invoque l'urgence comme l'une des raisons justifiant le recours à la procédure sans appel d'offres préalable. Cependant, il ne paraît pas évident qu'il s'agisse d'une justification autonome, fondée sur l'article 20, paragraphe 2, sous d). De toute façon, comme le gouvernement grec ne s'appuie pas sur cette disposition, la Cour n'a pas à examiner cette question plus avant.

II — La justification tardive

26. L'article 41, paragraphe 4, de la directive 93/38 est libellé comme suit: «[L]es entités adjudicatrices exerçant l'une des activités mentionnées aux annexes I, II, VII, VIII et IX communiquent, dans les meilleurs délais à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat ou soumissionnaire écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, et à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire». La Commission soutient que les deux mois qui se sont écoulés, avant que le soumissionnaire écarté n'ait été informé des motifs du rejet de son

offre, ne sauraient être considérés comme correspondant aux «meilleurs délais» au sens de cette disposition. Le gouvernement grec admet qu'il y a eu un certain retard, mais soutient que, pour juger si celui-ci constitue une violation de l'article 41, paragraphe 4, il faut savoir si le soumissionnaire a subi un préjudice dans l'exercice de ses droits en vertu de la législation communautaire. En outre, à l'audience, le représentant du gouvernement a soutenu que la genèse de l'article 41, paragraphe 4, — la Commission avait proposé initialement un délai de quinze jours pour communiquer les motifs du rejet, comme dans les directives secteur public, et, quand le Parlement européen a rejeté cette proposition, l'expression «dans les meilleurs délais» a été adoptée — montrait qu'il faudrait accorder une certaine latitude aux pouvoirs adjudicateurs dans le traitement des demandes de motivation du rejet d'une offre. Selon le gouvernement grec, comme, en l'espèce, le soumissionnaire écarté a pu employer une voie de recours pour faire contrôler la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur, on ne peut pas dire que la DEI n'a pas respecté la directive en mettant deux mois à répondre à sa demande.

27. Je suis d'accord avec le gouvernement pour considérer que l'emploi de l'expression «dans les meilleurs délais», sans indiquer de délai précis, signifie qu'il ne faudrait pas adopter une interprétation trop rigide de l'article 41, paragraphe 4. Le fait que les directives secteur public prévoient expressément un délai de quinze jours¹⁶, mais pas la directive 93/38 secteurs spéciaux, montre bien que le législateur communautaire a délibérément laissé décider au cas par cas de

la rapidité avec laquelle une entité adjudicatrice devait répondre.

28. L'un des facteurs à prendre en considération pour juger si une réponse est donnée «dans les meilleurs délais» dans un cas donné consiste à savoir si le soumissionnaire a été en mesure d'utiliser les voies de recours qui lui sont ouvertes en droit communautaire et en droit interne afin de faire contrôler la légalité de la décision par une juridiction. En effet, à moins que l'entité adjudicatrice n'explique pourquoi une offre particulière a été rejetée, le soumissionnaire écarté ne peut savoir s'il vaut la peine de contester la décision et sur quels motifs il faudrait se fonder pour cela.

29. Toutefois, la protection des intérêts des soumissionnaires participant à une procédure de passation de marché public n'est que l'un des objectifs poursuivis par l'article 41, paragraphe 4. Cette disposition sert également à préserver l'intégrité et l'efficacité de la procédure de passation de marché en tant que telle; les bénéficiaires sont ici les entités adjudicatrices elles-mêmes et, en fin de compte, les contribuables. Par conséquent, lorsqu'on interprète l'expression «dans les meilleurs délais», il convient de garder à l'esprit que l'obligation, imposée aux entités adjudicatrices, de communiquer des motifs dans un délai raisonnable décourage le favoritisme et encourage le respect des règles du droit communautaire. L'article 41, paragraphe 4, constitue une garantie procédurale contribuant à empêcher que les motifs communiqués à l'appui du rejet d'une offre ne constituent un prétexte pour attribuer des

¹⁶ — Article 8, paragraphe 1, de la directive 93/37; article 7, paragraphe 1, de la directive 93/36 et article 12, paragraphe 1, de la directive 92/50.

marchés de manière arbitraire. En d'autres termes, cette règle a une fonction dissuasive: un pouvoir adjudicateur qui sait que, immédiatement après avoir choisi une offre, il sera appelé à justifier son choix et à expliquer pourquoi les autres offres ont été rejetées est moins enclin à s'écarter des règles communautaires en matière de passation de marchés.

30. En outre, une réponse trop tardive à une demande de communication des motifs peut avoir un coût important en termes d'efficacité. Par exemple, en l'espèce, la DEI a elle-même insisté sur le fait que la Crète avait un besoin *urgent* de compléter son approvisionnement en électricité. Cependant, elle a retardé le projet de deux mois en omettant d'expliquer pourquoi elle avait choisi une offre donnée et rejeté les autres. Le gouvernement grec n'a fourni aucune raison expliquant la lenteur de la DEI, qui est difficilement conciliable avec le caractère urgent du marché en question. Étant donné que, dans différents États membres, de nombreux projets sont financés, pour partie, par le budget communautaire, il est normal d'attendre des pouvoirs adjudicateurs qu'ils appliquent les règles communautaires en matière de passation de marchés de façon à prendre en compte l'exigence d'efficacité.

31. Il conviendrait également de remarquer que l'article 49, paragraphe 2, de la nouvelle

directive secteurs spéciaux, qui a remplacé la directive 93/38, prévoit que les entités adjudicatrices doivent communiquer aux soumissionnaires écartés les motifs du rejet de leurs offres, «dans les meilleurs délais» et que «[c]es délais ne peuvent en aucun cas dépasser quinze jours à compter de la réception de la demande écrite». Les rédacteurs de la directive ont évalué eux-mêmes le délai acceptable pour communiquer des motifs de rejet et ont donc retiré toute latitude aux pouvoirs adjudicateurs. Certes, en l'espèce, *rationae temporis*, il y a lieu de statuer en vertu de la directive 93/38 et non de la directive 2004/17. Toutefois, nous ne pouvons pas ignorer que le législateur communautaire a décidé que, quelles que soient les considérations ayant justifié dans le passé une approche plus flexible de cette question pour le secteur des services d'utilité publique, elles n'étaient plus valables. Partant, les marchés publics dans le secteur des services d'utilité publique sont désormais soumis à la même règle que celle, plus stricte, s'appliquant aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, selon laquelle le délai de quinze jours ne peut en aucun cas être dépassé. Bien que cette disposition ne soit pas applicable en l'espèce, il serait évidemment artificiel de proposer que la Cour l'ignore. En fin de compte, en vertu de la directive 93/38, il va falloir décider au cas par cas ce qui constitue un délai considéré comme raisonnable, en gardant à l'esprit l'exigence générale de rapidité en matière de marchés publics, qui ne se limite pas à la protection des droits des soumissionnaires. C'est pourquoi je considère que la notion de réponse «dans les meilleurs délais» devrait être interprétée strictement, en prenant en compte les délais habituels dans d'autres secteurs des marchés publics. Selon moi, le fait que la DEI ait mis deux mois à informer le soumissionnaire écarté des motifs du refus de son offre constitue — en l'absence de justifications particulières d'un tel retard, qui dépasse manifestement les délais habituellement applicables en matière de marchés publics — une violation de l'article 41, paragraphe 4, de la directive 93/38.

III — Conclusion

32. Je propose à la Cour de constater que la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 20, paragraphe 2, et 41, paragraphe 4, de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, en ce qu'elle a omis, en la personne de la Dimosia Epicheirisi Ilektrismou, de publier un avis de mise en concurrence et de communiquer dans les meilleurs délais les motifs du rejet de son offre au soumissionnaire écarté.