

# **Fiche n° 1**

## **TYPOLOGIE DES CONTRATS : LE MARCHE PUBLIC**

### **BIBLIOGRAPHIE**

« La commande publique et le partenariat public-privé », Colloque organisé le 26 septembre 2003 par le CERCOL, *RDI* novembre-décembre 2003 ;  
DELVOLLE (P.), « Les contrats globaux », *RFDA* 2004, p. 1079 ;  
LICHÈRE (F.), « La définition contemporaine du marché public », *RDP* 1997, p. 1753 ;  
LLORENS (F.), « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », *Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 301 ;  
Rapport public du conseil d'Etat 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* ;  
TERNEYRE (P.), « Les montages contractuels complexes », *AJDA* 1994, n° spécial, p. 43 ; « La qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire », *LPA*, février 2000, n° 23, p. 39 ; « Crédit-bail immobilier et collectivités publiques », in *Droit de la construction*, Dalloz action, 2001 ;  
GÉZOU (M.), *Traité de contentieux de la commande publique*, Paris, Le Moniteur, 2015, 654 p.

### **RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS**

**Référence 1 :** CE, avis 2 juillet 2019 sur les contrats de marketing du COJO, n°397961 ;  
**Référence 2 :** Conclusions de l'avocat général sur CJUE, 10 septembre 2020, Tax-Fin-Lex d.o.o. ;  
**Référence 3 :** CJUE (4e ch.), 10 septembre 2020, Tax-Fin-Lex d.o.o., aff. C-367/19 ;  
**Référence 4 :** CE, 24 mai 2017, 7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> ch. réunies, Société Régale des îles, n° 407213 ;

### **DÉCISIONS DU CORPUS**

CC, Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 LOPSI et n°2002-461 du 29 août 2002, LOJ ;  
CC, 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit  
CC, 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat  
CE, Intérieur, Avis, 14 octobre 1980 ;  
CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit Foncier de France ;  
CE Ass., Avis, 30 mars 1989 ;  
CE, 25 février 1994, SA Sofap-Marignan Immobilier ;  
CE, 8 février 1999, Préfet de Bouches-Du-Rhône c/ Commune de la Ciotat ;  
CE, 21 juin 2000, SARL Chez Joseph ;  
CE, 29 octobre 2004, Sueur ;  
CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence.

### **EXERCICES SUGGÉRÉS :**

**Épreuve théorique :** dissertation

- *Subvention et marché public*

**Épreuve pratique :** Commentaire

- CE, 24 mai 2017, 7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> ch. réunies, Société Régale des îles, n° 407213 (document n°4)

**Référence 1 : CE, avis 2 juillet 2019 sur les contrats de marketing du COJO, n°397961**

Le Conseil d'Etat (section de l'administration), saisi par le ministre de l'économie et des finances d'une demande d'avis relative aux contrats de partenariat de marketing conclus par le Comité d'organisation des jeux olympiques et paralympiques (COJO) comportant les questions suivantes :

1° Le COJO est-il, au regard des besoins qu'il satisfait et compte tenu de ses modalités de financement, des contrôles réalisés sur sa gestion ou de ses modalités de gouvernance, un pouvoir adjudicateur au sens de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique ?

2° Les conventions de partenariat marketing que conclut le COJO avec des partenaires domestiques sont-elles soumises aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 17 de la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 ? Dans l'affirmative, le respect de ces dispositions est-il suffisant pour que ces conventions soient régulièrement passées si le COJO est un pouvoir adjudicateur ?

3° Dans l'hypothèse où le COJO serait un pouvoir adjudicateur :

3.1° Les conventions de partenariat marketing prévoyant le versement au COJO de contributions en numéraire et en nature en contrepartie de l'octroi de droits d'exploitation des propriétés olympiques et de l'exclusivité d'achat de fournitures, services ou travaux portant sur certains domaines de prestation si le COJO a besoin d'effectuer des achats au-delà des volumes donnés gratuitement par ses partenaires répondent-elles à la qualification de contrat de la commande publique alors même que le choix des partenaires et de la nature des prestations qu'il pourront assurer est déterminé par l'importance des apports que l'entreprise partenaire accepte de consentir ?

3.2° Les conventions de partenariat marketing peuvent-elles, dès lors que les apports en numéraire en constitueraient l'objet principal et les prestations fournies l'accessoire, être regardées comme des contrats mixtes au sens de l'article L. 1312-1 du code de la commande publique et, à ce titre, exclues du champ d'application du droit de la commande publique ?

3.3° Les conventions de partenariat marketing peuvent-elles être regardées comme dénuées de caractère onéreux et, à ce titre, exclues du champ d'application du droit de la commande publique, dans l'hypothèse où la valeur cumulée des apports du partenaire de marketing domestique (en numéraire et en nature) serait supérieure au montant susceptible d'être commandé par le COJO dans le cadre des droits d'exclusivité ou de priorité consentis au partenaire ?

4° Dans l'hypothèse où le COJO serait un pouvoir adjudicateur et les conventions de partenariat marketing des marchés publics :

4-1° Le Comité international olympique (CIO), association de droit suisse qui détient les droits marketing d'organisation des jeux olympiques qu'elle met temporairement à la disposition, ainsi que d'autres moyens, de la ville hôte pour qu'elle puisse financer les jeux olympiques, peut-il être considéré comme une organisation internationale finançant majoritairement lesdits marchés publics, permettant ainsi le recours par le COJO aux dispositions de l'article L. 2512-2 du code de la commande publique aussi bien pour les achats effectués auprès des partenaires TOP que pour ceux effectués auprès des partenaires domestiques ?

4-2° Dans la négative, les conventions de partenariat marketing pourraient-elles être passées selon la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalable prévue à l'article R. 2122-3 du code de la commande publique, compte tenu des spécifications particulières de ces contrats qui, pour les partenariats TOP, sont imposés par le CIO et dont le respect de l'exclusivité était une condition de l'obtention de l'organisation des jeux olympiques et qui, pour les partenariats domestiques, sont notamment encadrés par les conventions passées avec le CIO ?

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ;

Vu le code de la commande publique ;

Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;

Vu le code de justice administrative, notamment son article L. 112-2 ;

Vu la loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificatives pour 2017, notamment son article 81 ;

Vu la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, notamment son article 17 ;

Vu le décret n° 2018-234 du 30 mars 2018 portant soumission de l'association « Comité d'organisation des Jeux olympiques et paralympiques » au contrôle économique et financier de l'État ;

Vu l'arrêté du 22 juin 2018 fixant les modalités spéciales d'exercice du contrôle économique et financier de l'Etat sur le Comité d'organisation des jeux olympiques et paralympiques de Paris en 2024 (COJO) ;

**EST D'AVIS qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :**

1. L'organisation des jeux olympiques et paralympiques 2024 a été confiée par le Comité international olympique à la Ville de Paris et au Comité national olympique et sportif français par un contrat, dit de ville hôte, conclu le 13 septembre 2017. Ce contrat international régi par le droit suisse imposait la création d'un Comité d'organisation des jeux olympiques et, aux termes de son article 3, l'adhésion de ce comité à l'ensemble de ses stipulations. Le Comité d'organisation des jeux olympiques « Paris 2024 », créé le 21 décembre 2017 sous forme d'une association de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, a signé le contrat de ville hôte le 8 mars 2018.

Le financement de l'organisation des jeux olympiques repose notamment sur la conclusion avec des opérateurs économiques de contrats de partenariat de marketing. Le contrat de ville hôte distingue les partenaires dits « TOP », désignés par le Comité international olympique, des partenaires dits « domestiques », sélectionnés par le Comité d'organisation des jeux olympiques. Les partenaires de marketing TOP concluent avec le Comité international olympique un accord de long terme valable dans le monde entier. Les contrats conclus par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques ne leur ouvrent des droits qu'en France et, aux termes de l'article 24.1 du contrat de ville hôte, pour une période maximale de six ans, du 1<sup>er</sup>

janvier 2019 au 31 décembre 2024. Le Comité d'organisation des jeux olympiques ne peut, en principe, conclure de partenariat domestique avec un concurrent d'un partenaire « TOP ».

Les partenaires de marketing peuvent fournir des apports en numéraire participant au financement direct de l'organisation des jeux olympiques ou des apports en nature contribuant à leur organisation matérielle (par exemple, la fourniture d'énergie, la délivrance de billets d'avion, la mise à disposition de véhicules ou d'équipements sportifs, des prestations de conseil spécialisées). Ils bénéficient, en contrepartie, du droit d'exploiter la marque « Paris 2024 », d'utiliser des emblèmes des jeux, du droit de faire la publicité de leur propre marque notamment dans les lieux en lien avec les jeux ainsi, éventuellement, que de droits d'occupation du domaine public ou d'exclusivité ou de priorité pour la fourniture à titre onéreux de prestations nécessaires à l'organisation des jeux olympiques.

Selon les prévisions du Comité d'organisation des jeux olympiques, pour les jeux de 2024, le marketing olympique devrait représenter près de 1,5 milliards d'euros de recettes (40 % des 3,8 milliards de recettes totales attendues) dont 400 millions d'euros provenant des partenaires désignés par le Comité international olympique et 1,09 milliards d'euros des partenaires domestiques.

### **1° Sur la question relative à la qualification de pouvoir adjudicateur**

2. Aux termes de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique issu de l'article 2 de la directive 2014/24/UE susvisée, constituent des pouvoirs adjudicateurs, outre les personnes morales de droit public et les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun, « (...) 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : / a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; / b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; / c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur (...) ».

Il ressort de ces dispositions que la qualité de pouvoir adjudicateur d'une personne morale de droit privé résulte de la réunion de trois critères cumulatifs : un objet d'intérêt général, l'absence de caractère industriel ou commercial de cet objet et la dépendance étroite à l'égard d'un pouvoir adjudicateur qui peut prendre une ou plusieurs des trois formes mentionnées par les dispositions précitées.

*En ce qui concerne la satisfaction d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial :*

3. Il est, en premier lieu, constant que le Comité d'organisation des jeux olympiques, constitué sous la forme d'une association relevant de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association, est une personne morale de droit privé. Il résulte, par ailleurs, tant de l'article 1<sup>er</sup> de ses statuts que des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 26 mars 2018 susvisée que la mission pour laquelle il a été créé est d'organiser et de promouvoir les jeux olympiques et paralympiques de 2024. Cette mission revêt, dès lors que cette action profite à la collectivité et eu égard aux conséquences de ces jeux pour la promotion de la pratique sportive et le rayonnement de la Ville de Paris et de la France, un caractère d'intérêt général.

4. Le Conseil d'Etat constate ensuite que le législateur, par la loi du 26 mars 2018 précitée, a confié au seul Comité d'organisation des jeux olympiques, créé à cette fin par la Ville de Paris et le Comité national olympique et sportif français, la mission d'organiser en France les jeux olympiques et paralympiques aux côtés du Comité international olympique et du Comité international paralympique. Il s'ensuit que le Comité d'organisation des jeux olympiques ne se trouve pas en situation de concurrence avec d'autres acheteurs potentiels au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden et BFI Holding BV*, aff. C-360/96, point 49 ; 10 mai 2001, *Agorà Srl*, aff. C-223/99 et C-260/99, points 27 à 30 ; 27 février 2003, *Adolf Truley*, aff. C-373/00, points 59 à 61).

Il résulte, par ailleurs, de la clause de responsabilité souscrite par la Ville de Paris aux termes de l'article 4.1 du contrat de ville hôte, conjointement et solidairement avec le Comité d'organisation des jeux olympiques et le Comité national olympique et sportif français pour tous les engagements et obligations contractés, ainsi que des garanties accordées par l'Etat pour le remboursement des sommes versées par le Comité international olympique au Comité d'organisation des jeux olympiques et, dans certaines limites, des emprunts bancaires contractés par ce dernier en vertu de l'article 81 de la loi du 28 décembre 2017 susvisée que les risques économiques encourus par le Comité d'organisation des jeux olympiques sont très limités.

En outre, le caractère unique et universel des jeux olympiques dont le but, ainsi que l'énoncent les principes fondamentaux de l'Olympisme proclamés par la Charte olympique, est « *de mettre le sport au service du développement harmonieux de l'humanité en vue de promouvoir une société pacifique, soucieuse de préserver la dignité humaine* » fait obstacle à ce que les activités du Comité d'organisation des jeux olympiques soient considérées comme n'ayant qu'un caractère industriel et commercial.

Enfin, ainsi qu'il sera détaillé au point 7, la soumission du Comité d'organisation des jeux olympiques au contrôle économique et financier de l'Etat atteste que ce dernier a entendu conserver une influence déterminante à l'égard de l'activité du comité, ce dont la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne tient compte pour exclure le caractère industriel et commercial d'un besoin d'intérêt général (CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden et BFI Holding BV*, aff. C-360/96, point 51 ; 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, C-18/01, point 47).

Par suite, nonobstant les activités lucratives que peut exercer le Comité d'organisation des jeux olympiques, dont le but principal n'est pas la recherche de bénéfices, sa création répond à un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

*En ce qui concerne la dépendance étroite à l'égard d'un pouvoir adjudicateur :*

5. Les statuts du Comité d'organisation des jeux olympiques et les précisions apportées par l'administration établissent que le financement de l'activité du comité est principalement assuré par des ressources privées. Par ailleurs, il n'est pas établi que la majorité des membres de ses organes de direction ou de surveillance sont désignés par un pouvoir adjudicateur.

6. Le Conseil d'Etat constate cependant que, s'agissant de l'administration du Comité d'organisation des jeux olympiques, siègent au sein de ses organes dirigeants et en représentent une

proportion importante, en qualité de membres de droit, les représentants de plusieurs pouvoirs adjudicateurs, notamment l'Etat et la Ville de Paris qui est, avec le Comité national olympique et sportif français, à l'origine de sa création. Aux termes des articles 11 et 13 des statuts du Comité d'organisation des jeux olympiques, les avis conformes de l'Etat et de la Ville de Paris doivent être recueillis pour certaines décisions importantes du conseil d'administration et, en particulier, la désignation d'un nouveau président, l'adoption du règlement intérieur et du règlement financier du comité ainsi que pour la convention conclue avec la Société de livraison des ouvrages olympiques.

L'article 28 des statuts prévoit, en outre, que les représentants de l'Etat et de la Ville de Paris sont membres de droit du comité d'audit qui a pour mission d'analyser et de faire toute recommandation utile relative notamment à la gestion de l'association, la soutenabilité de ses engagements, la mise en œuvre du contrat de ville hôte, la politique de gestion des risques.

7. Le Conseil d'Etat relève, par ailleurs, que s'agissant de ses comptes et de sa gestion, le Comité d'organisation des jeux olympiques est soumis non seulement au contrôle de la Cour des comptes en vertu de l'article 29 de la loi du 26 mars 2018 précitée mais aussi à celui du contrôle économique et financier de l'Etat auquel l'assujettit spécifiquement le décret du 30 mars 2018 susvisé. Il résulte, en particulier, de l'arrêté du 22 juin 2018 pris pour l'application de ce décret que le contrôleur a pour mission d'analyser les risques et les performances du Comité d'organisation des jeux olympiques en veillant aux intérêts économiques et financiers de l'Etat, qu'il a entrée avec voix consultative aux séances des organes délibérants du comité et de tout organe consultatif interne, que toutes les décisions budgétaires et financières importantes lui sont soumises pour avis préalable, que le directeur du comité ne peut passer outre son avis défavorable que par une décision expressément motivée et que le contrôleur peut, en cas de difficultés budgétaires, demander au directeur général les mesures que ce dernier envisage de prendre pour redresser la situation et en rendre compte au ministre chargé de l'économie et du budget. L'article 11 du règlement financier prévoit, en outre, la présence permanente du contrôleur dans les commissions d'appel d'offre des marchés du Comité d'organisation des jeux olympiques.

A ces contrôles s'ajoutent les droits renforcés d'information financière prévus par l'article 20 des statuts du comité au bénéfice notamment de la Ville de Paris et de l'Etat au titre de la garantie accordée par ce dernier en vertu de la loi du 28 décembre 2017 mentionnée au point 4 qui, si elle est mise en œuvre, donne en outre à l'Etat le pouvoir d'exercer un contrôle strict des dépenses résiduelles à la livraison des jeux.

Il se déduit de l'ensemble des éléments qui précèdent l'existence d'un lien de dépendance étroite du Comité d'organisation des jeux olympiques à l'égard de l'Etat et de la Ville de Paris, de nature à permettre à ces derniers d'influencer ses décisions notamment en matière de marchés.

8. Il résulte de ce qui est dit aux points 3 à 7 que le Comité d'organisation des jeux olympiques doit être regardé comme un pouvoir adjudicateur au sens des dispositions précitées de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique.

## **2° Sur les questions relatives à la soumission des conventions de partenariat de marketing olympique aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 17 de la loi du 26 mars 2018**

9. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 17 de la loi du 26 mars 2018 précitée : « Le comité d'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques sélectionne ses partenaires de

*marketing selon une procédure qu'il organise, présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester ».*

*En ce qui concerne le champ d'application de ces dispositions :*

10. Il ressort des dispositions du deuxième alinéa de l'article 17, dont la rédaction doit être rapprochée de celle du premier alinéa relatif à l'ensemble des partenaires de marketing olympique et qui sont éclairées par les travaux parlementaires, que les partenaires de marketing qui y sont mentionnés sont exclusivement les partenaires domestiques, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas désignés par le Comité international olympique. Le Conseil d'Etat observe que telle est, au demeurant, la lecture faite de ces dispositions dans l'avis n° 393671 du 9 novembre 2017 qu'il a rendu sur le projet de loi.

*En ce qui concerne les conséquences du respect de ces dispositions :*

11. Il résulte de l'économie générale de l'article 17 qu'il est uniquement relatif aux conditions d'occupation du domaine public par les partenaires de marketing olympique.

12. Or, aux termes du 3° de l'article L. 1100-1 du code de la commande publique, les contrats ayant pour objet l'occupation domaniale ne sont pas soumis à ce code. Dès lors, les conventions de partenariat de marketing olympique qui auraient pour objet exclusif ou principal l'occupation du domaine public ne sont pas des contrats de la commande publique. La conclusion de telles conventions par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques n'est, par suite, soumise qu'aux obligations procédurales mentionnées au deuxième alinéa de l'article 17 qui, en tout état de cause, s'imposent aux contrats comportant l'exercice d'une activité économique sur le domaine public présentant un intérêt transfrontalier certain soumis aux règles fondamentales du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14, point 49).

13. En revanche, les conventions de partenariat de marketing dont l'occupation domaniale n'est qu'un objet accessoire peuvent constituer des contrats de la commande publique si elles en remplissent, par ailleurs, les critères. Dans ce cas, le respect des dispositions du deuxième alinéa de l'article 17 est assuré par celui des règles de passation du code de la commande publique, lesquelles répondent aux conditions de transparence, d'impartialité et de publicité exigées par ces dispositions.

Le Conseil d'Etat estime que le deuxième alinéa de l'article 17, qui impose une procédure de sélection des partenaires de marketing présentant les garanties d'impartialité et de transparence et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester, pourrait être utilement complété afin qu'il soit précisé, d'une part, que cette procédure ne s'applique que préalablement à la délivrance du titre de sous-occupation du domaine aux partenaires de marketing autres que ceux désignés par le Comité international olympique et, d'autre part, que le respect de ces exigences peut, le cas échéant, être assuré par celui des règles de passation prévues par le code de la commande publique.

## **3° Sur les questions relatives à la qualification des conventions de partenariat de marketing conclues par le Comité d'organisation des jeux olympiques**

14. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2 du code de la commande publique : « *Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques* ». Selon l'article L. 1111-1 du même code, les contrats de la commande publique conclus par un acheteur « *en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* » sont des marchés publics.

*En ce qui concerne la première question :*

15. Les conventions de partenariat de marketing peuvent, en contrepartie de l'octroi de droits d'exploitation des marques et emblèmes olympiques et des espaces publicitaires à l'occasion des jeux, prévoir le versement de contributions en nature et en numéraire.

Lorsque les apports en nature, qu'il s'agisse de fournitures, de services ou de travaux, répondent aux besoins du Comité d'organisation des jeux olympiques pour l'accomplissement de sa mission, ces conventions constituent des marchés publics soumis au code de la commande publique dont le prix est constitué par la valeur des droits d'exploitation accordés, sous réserve de ce qui est dit aux points 16 et 17.

*A fortiori*, constitue également un marché public la convention prévoyant que le partenaire bénéficie d'un engagement du comité à se procurer auprès de lui, en priorité ou en exclusivité, des fournitures, services ou travaux au-delà de l'apport en nature prévu par la convention.

*En ce qui concerne la deuxième question :*

16. D'une part, les conventions de partenariat de marketing qui prévoiraient exclusivement des versements en numéraire en contrepartie du droit d'exploiter les marques et emblèmes associés aux jeux olympiques, dès lors qu'elles n'ont pour objet ni l'exécution de travaux, ni l'achat de fournitures, ni la prestation de services pour les besoins du Comité d'organisation des jeux olympiques, ne constituent pas des contrats de la commande publique.

17. D'autre part, les conventions dont l'apport en numéraire constitue l'objet principal et l'apport en nature l'objet accessoire peuvent être regardées comme des contrats mixtes au sens des dispositions de l'article L. 1312-1 du code de la commande publique aux termes desquelles : « *Lorsqu'un acheteur conclut un contrat unique destiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui, d'une part, relèvent du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat et, d'autre part, ne relèvent pas du présent code, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal. / Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement déterminé, le contrat est soumis aux dispositions des livres I<sup>er</sup> ou II de la deuxième partie* ».

L'objet principal de la convention de partenariat doit être, dans ce cas, déterminé en tenant compte, le cas échéant, de la valeur globale du contrat comprenant des services, fournitures ou travaux que le comité prévoit de commander au partenaire au-delà de l'apport en nature prévu par la convention.

Si l'apport en numéraire est l'objet principal de la convention, la convention de partenariat n'entre pas dans le champ de la commande publique.

*En ce qui concerne la troisième question :*

18. Il résulte de ce qui a été dit aux points 12, 16 et 17 que les conventions de partenariat de marketing prévoyant des apports en numéraire et en nature constituant, quelle que soit la valeur cumulée des apports respectifs, des marchés publics soumis au code de la commande publique, à l'exception de celles ayant pour objet principal un apport en numéraire ou l'occupation du domaine public.

#### **4° Sur les questions relatives à la procédure de passation des conventions de partenariat de marketing olympique**

19. Aux termes de l'article L. 2512-2 du code de la commande publique, sont soumis aux seules règles définies au titre II du livre V « *les marchés publics conclus : / 1° Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le marché public est entièrement financé par cette organisation internationale ; / 2° Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et l'acheteur lorsque le marché public est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale* ».

20. En premier lieu, le Conseil d'Etat observe que ni les dispositions précitées, ni l'article 9 de la directive du 26 février 2014 précitée dont l'article L. 2512-2 assure la transposition n'exigent que l'organisation internationale à laquelle ils s'appliquent présente un caractère intergouvernemental ou interétatique.

Le Comité international olympique, association de droit suisse dont les membres sont des personnes physiques, n'a pas été créé par des Etats ou des organisations internationales, ni institué par un traité international. Il ne constitue pas, dès lors, une organisation internationale *intergouvernementale*. Toutefois, la composition du Comité international olympique qui regroupe des membres de pays différents, la nature d'intérêt public de sa mission à vocation internationale, sa capacité à signer des accords avec des organisations internationales et son statut d'observateur permanent auprès de l'Organisation des Nations unies lui donnent le caractère d'une organisation internationale *non gouvernementale*. Cette qualité affirmée par la règle 15 de la Charte olympique lui est d'ailleurs expressément attribuée par l'article 81 de la loi du 28 décembre 2017 précitée. Par suite, nonobstant son caractère non gouvernemental, le Comité international olympique doit être considéré comme une organisation internationale au sens et pour l'application du code de la commande publique.

21. En deuxième lieu, il ressort des stipulations du chapitre II du contrat de ville hôte que le Comité international olympique versera au Comité d'organisation des jeux olympiques pour le financement des jeux une somme totale de près de 3,55 milliards d'euros représentant une part des revenus nets du programme international de marketing, une contribution financière liée aux revenus de diffusion dérivés des « accords de diffusion », la contrepartie de tous les revenus bruts issus de tous les contrats relevant de l'accord sur le plan de marketing, les revenus bruts provenant de toutes les formes de ventes de billets se rapportant aux jeux et une part des recettes de différents programmes autorisés par le Comité international olympique. Il en résulte que la contribution directe de ce dernier représentera plus de 93 % des recettes du Comité d'organisation des jeux olympiques.

Dès lors, tant les conventions de partenariat de marketing conclues avec les partenaires domestiques que les contrats conclus avec les partenaires TOP doivent être considérés comme

cofinancés majoritairement par le Comité international olympique.

22. En dernier lieu, les différents accords conclus entre le Comité international olympique et le Comité d'organisation des jeux olympiques, notamment l'accord sur le plan de marketing et ses annexes qui s'incorporent au contrat de ville hôte, imposent au second d'exécuter le plan de marketing dans le strict respect des instructions et lignes directrices du premier. Ils instituent un groupe de travail chargé de coordonner les relations entre des représentants du Comité international olympique et les entités responsables de la passation des marchés du Comité d'organisation des jeux olympiques avec les partenaires TOP. Ils prévoient par ailleurs dans le détail les modalités de conclusion des conventions de marketing avec les partenaires domestiques ainsi que celles de tous les contrats de fournitures et services à conclure par le Comité d'organisation des jeux olympiques. Ils stipulent notamment que ce dernier doit respecter les instructions du Comité international olympique relatives à la procédure de sélection des partenaires domestiques, au choix de ces partenaires et à l'exécution de leurs conventions de marketing, que la conclusion de ces conventions est soumise à l'approbation préalable du Comité international olympique et qu'avant la conclusion de tout contrat d'achat, le Comité d'organisation des jeux olympiques doit obtenir l'accord écrit du Comité international olympique auquel il doit préciser la nature et le montant de la commande envisagée.

La procédure de passation des marchés publics conclus par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec les partenaires TOP et des conventions de partenariat de marketing conclues avec les partenaires domestiques doit, dès lors, être considérée comme étant convenue entre le Comité international olympique et le Comité d'organisation des jeux olympiques au sens du 2° de l'article L. 2512-2 précité du code de la commande publique.

23. Bien que la question relative à l'application de l'article R. 2122-3 du code de la commande publique ne soit posée au Conseil d'Etat qu'en cas de réponse négative à celle de l'application du 2° de l'article L. 2512-2 de ce code, il y a lieu de souligner qu'en tout état de cause, les marchés publics que le Comité d'organisation des jeux olympiques conclut avec les partenaires désignés par le Comité international olympique doivent être distingués des contrats de marketing olympique passés par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques qui ont le caractère de marchés publics.

24. Pour les premiers, il résulte en effet des stipulations de l'article 24.7 du contrat de ville hôte que le Comité d'organisation des jeux olympiques s'engage à satisfaire ses besoins pour les jeux olympiques en produits et services appartenant aux catégories de prestations réservées aux partenaires désignés par le Comité international olympique en faisant appel à ces partenaires. Comme le Conseil d'Etat l'a constaté dans son avis du 9 novembre 2017 déjà mentionné, le Comité international olympique a ainsi accordé des droits exclusifs aux partenaires qu'il a choisis dans le cadre d'un programme international de marketing que le comité d'organisation est chargé de mettre en œuvre et pour le financement duquel lui est réservée par le Comité international olympique une partie des apports en numéraire versés par les partenaires de marketing de ce dernier.

Or, aux termes de l'article L. 2122-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure*

*est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur* ». Selon l'article R. 2122-3 de ce code, qui reprend en substance les dispositions du b de l'article 32 de la directive 2014/24/UE susvisée : « *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : / (...) 3° L'existence de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle. / Le recours à un opérateur déterminé dans les cas mentionnés aux 2° et 3° n'est justifié que lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché* ».

En conséquence, les marchés publics que le Comité d'organisation des jeux olympiques conclut avec les partenaires de marketing désignés par le Comité international olympique peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables, dès lors que n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché.

25. Il en va différemment pour ceux des contrats de marketing olympique passés par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques qui ont le caractère de marchés publics. Ainsi qu'il est dit aux points 20 à 22, ils entrent dans le champ d'application du 2° de l'article L. 2512-2 du code de la commande publique. En conséquence, ces conventions relèvent de la catégorie des « autres marchés publics » soumis aux seules règles définies au titre II du Livre V de la deuxième partie de ce code, lequel ne prévoit aucune procédure formelle de passation. Il résulte cependant de la jurisprudence que de tels contrats doivent néanmoins être conclus dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et de la règle de transparence des procédures qui en découle (CE, 5 février 2018, *Centre national d'études spatiales (CNES)*, n° 414846, point 11).

## **Référence 2 : Conclusions de l'avocat général sur CJUE 10 septembre 2020, Tax-Fin-Lex d.o.o. ;**

### **I. INTRODUCTION**

1. Zéro est-il (un nombre) anormalement bas ?

2. Laissant de côté les débats passionnants que la nature du nombre zéro a pu susciter dans le champ des mathématiques, il est probable qu'une telle question posée sous l'angle juridique à un profane pousse celui-ci à jeter aux juristes ces regards pleins de stupéfaction auxquels ces derniers sont si habitués lorsqu'ils tentent d'expliquer leur métier. Le profane leur fera même alors peut-être remarquer, non sans sarcasme, que seuls les juristes sont capables de disserter de rien (littéralement) sur des pages et des pages.

3. Il n'en demeure pas moins que, en matière de marchés publics comme en mathématiques, zéro semble être un nombre singulier, difficile à placer dans les grilles d'analyse existantes. Un soumissionnaire proposant des biens ou des services au prix nominal de zéro euro fait-il une offre anormalement basse ? Ou bien ce soumissionnaire s'exclut-il automatiquement du champ du droit des marchés publics en inscrivant le chiffre magique « 0 » dans son offre plutôt qu'une autre somme nominale fortement inférieure aux coûts réels du marché (tels que, par exemple, 1,5 ou 101 euros), le raisonnement étant que, à la différence de tous les autres nombres naturels, « 0 » ne peut pas figurer dans un contrat de marché public ?

## LE REJET D'UNE OFFRE À ZÉRO EURO

4. Tel est, en bref, le problème qui se pose dans la présente affaire. Dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public de services engagée par le Ministrstvo za notranje zadeve (ministère de l'Intérieur, Slovénie), l'entreprise Tax-Fin-Lex d.o.o. a formulé une offre d'un montant de zéro euro aux fins de la prestation de l'un des services visés. Le ministère de l'Intérieur a rejeté cette offre au motif que celle-ci ne permettait pas de conclure un « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24/UE ni de relever, par conséquent, des règles de passation des marchés publics. En revanche, Tax-Fin-Lex d.o.o. soutient que l'opération par laquelle elle s'engage à prester le service pour un montant de zéro euro serait effectuée « à titre onéreux » au sens de cette disposition. En effet, selon elle, l'exécution du marché lui permettrait de bénéficier d'un avantage économique, en raison des références dont elle pourrait se prévaloir par la suite aux fins de l'attribution de nouveaux marchés publics.

## II. LE CADRE JURIDIQUE

5. La directive 2014/24 établit des règles permettant de coordonner les procédures nationales de passation des marchés publics supérieurs à un certain montant afin que celles-ci soient conformes aux principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la proportionnalité et la transparence. Elle vise également à garantir une mise en concurrence effective de la passation de marchés publics.

6. En particulier, les considérants 4 et 103 de la directive 2014/24 énoncent : « (4) Les formes de plus en plus diverses que prend l'action publique ont rendu nécessaire de définir plus clairement la notion même de marché public. Cette clarification ne devrait toutefois pas élargir le champ d'application de la présente directive par rapport à celui de la directive 2004/18/CE [(4)]. Les règles de l'Union relatives à la passation des marchés publics ne sont pas destinées à couvrir toutes les formes de dépenses de fonds publics, mais uniquement celles qui visent l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services à titre onéreux au moyen d'un marché public. Il convient de préciser que ces acquisitions de travaux, de fournitures ou de services devraient relever de la présente directive, qu'elles soient réalisées au moyen d'un achat, d'un crédit-bail ou d'autres formes contractuelles. La notion d'acquisition devrait être entendue au sens large, en tant qu'obtention de la jouissance des travaux, fournitures ou services en question. [...]

(103) Les offres qui paraissent anormalement basses par rapport aux travaux, fournitures ou services concernés pourraient reposer sur des hypothèses ou des pratiques techniquement, économiquement ou juridiquement contestables. Si le soumissionnaire ne peut pas fournir d'explication satisfaisante, le pouvoir adjudicateur devrait être autorisé à rejeter son offre. Ce rejet devrait être obligatoire dans les cas où le pouvoir adjudicateur constate que ce prix ou ces coûts anormalement bas sont dus à des manquements aux obligations découlant du droit de l'Union ou du droit national compatible avec celle-ci en matière de droit social et du travail ou de droit environnemental, ou de dispositions internationales en matière de droit du travail. »

7. Dans le cadre du titre I de la directive 2014/24, intitulé « Champ d'application, définitions et principes généraux », l'article 1er, paragraphes 1 et 2, dispose : « 1. La présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de marchés

par des pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne les marchés publics, ainsi que les concours, dont la valeur estimée atteint ou dépasse les seuils établis à l'article 4.

2. Au sens de la présente directive, la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché public [...] de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces [...] services aient ou non une finalité publique. »

8. L'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 définit les « marchés publics » comme « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ».

9. L'article 18 de cette directive détermine les « [p]rincipes de la passation de marchés ». Il précise ce qui suit :

« 1. Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée. Un marché ne peut être conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques.

2. Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X. »

10. L'article 69 de la directive 2014/24 est, quant à lui, consacré aux « [o]ffres anormalement basses ». Il est inséré dans le titre II, chapitre III, section 3, de cette directive, laquelle est intitulée « Choix des participants et attribution des marchés ». Cet article dispose :

« 1. Les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

2. Les explications visées au paragraphe 1 peuvent concerner notamment : a) l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation des services ou du procédé de construction ; / b) les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ; / c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ; / d) le respect des obligations visées à l'article 18, paragraphe 2 ; / e) le respect des obligations visées à l'article 71 ; / f) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

3. Le pouvoir adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire. Il ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, compte tenu des éléments visés au paragraphe 2.

*Les pouvoirs adjudicateurs rejettent l'offre s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2. [...] »*

### III. LE LITIGE AU PRINCIPAL, LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES ET LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR

11. Le 7 juin 2018, le ministère de l'Intérieur (le pouvoir adjudicateur) a engagé une procédure de passation d'un marché public de services portant sur l'accès à un système d'information juridique pour une période de 24 mois. Ce marché est composé de deux lots. Le ministère de l'Intérieur a estimé la valeur de ce marché à 39 959,01 €.

#### UN MARCHÉ DE SERVICES D'ACCÈS À UN SYSTÈME D'INFORMATION JURIDIQUE

12. Concernant le premier lot, portant sur l'accès à un système d'information juridique, seuls deux opérateurs économiques établis à Ljubljana (Slovénie) et spécialisés dans le domaine de l'information juridique ont déposé des offres dans les délais fixés : Tax-Fin-Lex d.o.o. (la requérante) et LEXPERA d.o.o. (l'intervenante).

13. La requérante a proposé d'offrir ce service pour un montant de zéro euro.

14. Par une décision du 11 janvier 2019, le ministère de l'Intérieur a attribué le marché public composé du premier lot à l'intervenante et a rejeté l'offre soumise par la requérante au motif que cette offre était contraire aux règles de passation des marchés publics.

15. La requérante a introduit une demande de révision de cette décision. Dans le cadre de la procédure précédant la révision, le ministère de l'Intérieur a rejeté cette demande le 5 février 2019. Le 11 février 2019, celui-ci a saisi la Drzavna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics, Slovénie), la juridiction de renvoi dans la présente affaire, afin qu'elle se prononce sur la légalité de ladite décision.

16. La requérante soutient qu'une offre telle que celle en cause est recevable. Elle fait valoir que, dans le cadre de la passation d'un marché public, le soumissionnaire a le droit de déterminer librement le prix proposé et, par conséquent, d'offrir un service gratuitement. Cela ne signifierait pas pour autant que la requérante serait privée d'une contrepartie pour l'exécution du marché public en cause. En effet, elle estime que la conclusion du contrat lui procurerait un avantage qui consisterait à accéder à un nouveau marché et à de nouveaux utilisateurs.

17. Le ministère de l'Intérieur soutient, en revanche, que la notion de « marché public » visée à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 ne peut recouvrir un contrat par lequel l'opérateur économique a proposé de fournir le service gratuitement au pouvoir adjudicateur. Il considère que l'avantage que retire l'opérateur économique de l'obtention du marché, à savoir l'accès potentiel à un nouveau marché et des références, ne constitue pas une contrepartie pour l'exécution d'un marché public. Il soutient, en effet, qu'un tel avantage représente une valeur ajoutée pour tous les opérateurs économiques, qu'il n'est cependant pas possible d'exprimer par une valeur monétaire et, donc, de facturer au pouvoir adjudicateur. Par conséquent, le ministère de l'Intérieur considère qu'une opération dans laquelle le service serait fourni à titre gratuit ne pourrait aboutir à la conclusion d'un contrat à titre onéreux.

18. Dans sa demande de décision préjudicielle, la juridiction de renvoi indique que le ministère de l'Intérieur aurait examiné cette offre au regard des dispositions relatives aux offres anormalement basses. Néanmoins, il aurait rejeté cette offre non pas au motif que celle-ci aurait été anormalement basse ou contraire aux principes gouvernant la passation des marchés publics, mais au seul motif que celle-ci était d'un montant de zéro euro.

19. La juridiction de renvoi exprime ses doutes quant à l'interprétation de la notion de « contrat à titre onéreux » visée dans le cadre de la définition des « marchés publics » à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24. Elle relève, tout d'abord, que l'un des éléments essentiels de la notion de « marchés publics » visée à cette disposition est le caractère onéreux du contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique. Elle précise, à cet égard, que la notion de « marché public » est pertinente non seulement avant la conclusion d'un contrat, puisqu'elle impose au pouvoir adjudicateur le respect des règles définies dans le cadre de la directive 2014/24, mais également après la conclusion de celui-ci afin d'apprécier si le contrat a effectivement été conclu dans le respect desdites règles.

20. La juridiction de renvoi se demande, ensuite, si et, le cas échéant, dans quelle mesure un contrat par lequel l'opérateur économique s'engage à fournir gratuitement au pouvoir adjudicateur le service visé dans l'avis de marché sans autre avantage que celui d'accéder à un nouveau marché et d'obtenir des références peut être qualifié de « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24. Cette juridiction admet que l'obtention d'un marché public et l'octroi de références peuvent représenter, en eux-mêmes, un avantage pour ledit opérateur. Cet avantage ne serait pas quantifiable, d'un point de vue économique, au moment de l'attribution du marché ; néanmoins, il serait susceptible de constituer un avantage économique futur lié à l'exécution du contrat.

21. Toutefois, la juridiction de renvoi reconnaît également que, dans une situation où le pouvoir adjudicateur ne rémunère pas l'opérateur économique pour la fourniture du service, il est possible que le contrat conclu ne soit pas un contrat d'exécution d'un marché public, puisqu'il s'agirait d'un contrat conclu à titre gratuit, prenant, par exemple, la forme d'un don. Enfin, elle se demande, dans ces circonstances, si l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 peut constituer le fondement juridique d'une décision portant rejet de l'offre soumise par l'opérateur économique.

22. Dans ces conditions, la Drzavna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes : « 1) *Y a-t-il un "contrat à titre onéreux", en tant qu'élément d'un marché public au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, lorsque le pouvoir adjudicateur n'est tenu de fournir aucune contrepartie, mais que, en exécutant le marché public, l'opérateur économique obtient l'accès à un nouveau marché et des références ?*

2) *Est-il possible ou convient-il d'interpréter l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 en ce sens qu'il constitue une base légale de rejet d'une offre à un prix de zéro euro ? »*

23. La requérante, le ministère de l'Intérieur, le gouvernement autrichien ainsi que la Commission européenne ont déposé des observations écrites.



#### IV. ANALYSE

24. Les présentes conclusions sont structurées comme suit. Je commencerai par la recevabilité du présent renvoi (A). Ensuite, j'examinerai la portée de la notion de « contrat à titre onéreux » visée à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 et, surtout, la notion connexe de « contrepartie » (B). Enfin, j'aborderai la question de savoir si une offre à un montant de zéro euro peut être toujours qualifiée d'« offre anormalement basse » pour être examinée et, le cas échéant, rejetée sous l'angle des dispositions prévues à l'article 69 de cette directive (C). [...]

**UN CONTRAT COMPORTANT UN PRIX À ZÉRO EURO, MAIS NON DÉPOURVU DE CONTREPARTIE EN TERMES D'AVANTAGES ÉCONOMIQUES POUR LE PRESTATAIRE PEUT-IL ÊTRE QUALIFIÉ DE MARCHÉ PUBLIC ?**

##### B. Contrat « à titre onéreux » ?

32. La juridiction de renvoi invite, en substance, la Cour à préciser le champ d'application matériel de la directive 2014/24. La Cour est appelée à déterminer si et, le cas échéant, dans quelle mesure une opération par laquelle un soumissionnaire s'engage à prester le service pour un montant de zéro euro est susceptible d'aboutir à la conclusion d'un contrat « à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive et ainsi d'être qualifiée de « marché public de services ». À cet égard, il convient de rappeler que, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, « seul un contrat conclu à titre onéreux peut constituer un marché public relevant de la directive 2004/18 ».

33. Pour répondre à la première question préjudicielle, il convient de déterminer si la notion de « contrat à titre onéreux » est susceptible de recouvrir une opération par laquelle un soumissionnaire formule une offre d'un montant de zéro euro, suivant une interprétation littérale, systématique et téléologique. Il convient également d'examiner si la jurisprudence de la Cour permet, à cet égard, d'éclairer le débat en précisant les caractéristiques essentielles d'un tel contrat.

1. Le « contrat à titre onéreux » au sens des dispositions de la directive 2014/24

34. La teneur littérale de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 ne suffit pas pour offrir une interprétation claire de la notion de « contrat à titre onéreux ». Le niveau textuel met plutôt d'ores et déjà en évidence la multiplicité des lectures et significations possibles de « à titre onéreux ».

##### QUE SIGNIFIE « À TITRE ONÉREUX » ?

35. D'un côté, certaines versions linguistiques renvoient à la condition d'onérosité. Le raisonnement sous-jacent serait simplement que quelque chose doit être donné en échange. D'un autre côté, d'autres versions linguistiques apparaissent plus restrictives : ce quelque chose qui devrait être donné en échange par le pouvoir adjudicateur semble revêtir une nature spécifiquement pécuniaire, c'est-à-dire en argent. D'autres versions linguistiques encore semblent, pour leur part, occuper une position médiane.

36. Toutefois, il conviendrait peut-être de ne pas attacher trop d'importance ici à la lettre de la directive 2014/24 dans la mesure où certaines versions linguistiques de cette directive utilisent même des termes différents pour traduire la notion de « contrat à titre onéreux », selon que celle-ci figure aux considérants 4 et 70 ou bien à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de ladite directive.

37. Malheureusement, les arguments intrasystémiques (au regard de la directive 2014/24) ne sont pas non plus d'un grand secours. À l'article 1er, paragraphe 2, de cette directive, le législateur de l'Union a précisé que « la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché public [...] de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces [...] services aient ou non une finalité publique ».

38. Cette disposition doit être lue à la lumière du considérant 4 de la directive 2014/24, dans lequel le législateur de l'Union a indiqué que « [l]es règles de l'Union relatives à la passation des marchés publics ne sont pas destinées à couvrir toutes les formes de dépenses de fonds publics, mais uniquement celles qui visent l'acquisition de [...] services à titre onéreux au moyen d'un marché public ». Ce législateur a, par ailleurs, ajouté que « ces acquisitions de [...] services devraient relever de [cette] directive, qu'elles soient réalisées au moyen d'un achat, d'un crédit-bail ou d'autres formes contractuelles ». Il est essentiel de relever ici que la notion d'« acquisition » doit, selon le législateur de l'Union, « être entendue au sens large, en tant qu'obtention de la jouissance des [...] services en question ».

39. Si l'objectif principal du droit des marchés publics devait être de réglementer l'acquisition des biens ou des services par les autorités publiques, l'économie et la finalité de la directive 2014/24 ne permettent alors pas réellement de déterminer les caractéristiques de la condition d'onérosité à laquelle l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive fait référence. La notion d'« acquisition » est suffisamment large pour être agnostique quant aux modalités de cette acquisition, l'essentiel étant que les biens ou services soient en définitive obtenus par les pouvoirs adjudicateurs. Or, les biens et les services peuvent être légalement acquis de diverses manières.

40. Ainsi, une simple lecture littérale et systémique ne suffit pas à appréhender la signification de « contrat à titre onéreux » et notamment la notion clé de « contrepartie » qui se dissimule derrière le concept même de contrat : quelle est concrètement la nature de la contrepartie qui doit être fournie par le pouvoir adjudicateur afin que le marché public puisse être considéré comme valide ?

2. L'interprétation jurisprudentielle de la notion de « contrat à titre onéreux »

41. La Cour juge que, conformément au sens juridique habituel de la notion de « contrat à titre onéreux » employée aux fins de la définition des marchés publics, ces termes désignent un contrat par lequel chacune des parties s'engage à réaliser une prestation en contrepartie d'une autre. L'existence d'une « contrepartie » ou d'une « contre-prestation » à la charge du pouvoir adjudicateur et donc d'un rapport synallagmatique constituent pour la Cour des éléments déterminants afin d'apprécier l'existence d'un contrat conclu à titre onéreux.

42. Cette jurisprudence s'inscrit dans la ligne défendue par la Cour dans d'autres domaines du droit, notamment en matière d'opération imposable à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Ainsi, dans l'arrêt du 18 janvier 2017, SAWP, la Cour a rappelé qu'une prestation de services n'est effectuée à titre onéreux, au sens de la directive 2006/112/CE, que s'il existe entre le prestataire et le bénéficiaire un rapport juridique au cours duquel des prestations réciproques sont échangées, la rétribution perçue par le prestataire constituant la contre-valeur effective du service fourni au bénéficiaire. La Cour a jugé que « tel est le cas s'il existe un lien direct entre le service rendu et la contre-valeur

reçue, les sommes versées constituant une contrepartie effective d'un service individualisable fourni dans le cadre d'un tel rapport juridique ».

43. Néanmoins, il faut reconnaître que deux lignes jurisprudentielles coexistent quant à la nature de la contrepartie exigée afin de satisfaire à la condition d'onérosité. Ces deux lignes reflètent, dans une certaine mesure, les divergences littérales de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24.

44. La première ligne privilégie une interprétation stricte du critère onéreux du contrat, exigeant le versement d'une rémunération ou d'un prix en argent par le pouvoir adjudicateur.

45. Ainsi, dans l'arrêt du 13 juillet 2017, *Malpensa Logistica Europa*, la Cour a écarté la qualification de « marché de services » au sens de l'article 1er, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/17 et l'application des règles y afférentes à un contrat par lequel l'entité gestionnaire de l'aéroport de Milan Malpensa (Italie) n'avait pas acquis le service fourni par le prestataire contre rémunération. Dans cet arrêt, la Cour s'est expressément référée à l'approche défendue par la Commission, selon laquelle le caractère onéreux du rapport contractuel né d'un marché de services signifiait clairement que ce dernier devait comporter une rémunération versée directement par le pouvoir adjudicateur afin d'« acquérir » un service directement auprès d'un prestataire.

#### UNE CONTREPARTIE OU UNE CONTRE-PRESTATION

46. La seconde ligne jurisprudentielle tend, en revanche, à défendre une interprétation plus large de la condition d'onérosité au sens de « contrepartie » ou de « contre-prestation ». Il s'agit du courant majoritaire, également partagé par la Commission dans son livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, du 30 avril 2004.

47. Selon cette ligne jurisprudentielle, la notion d'« onérosité » n'implique pas nécessairement le versement d'une somme d'argent par le pouvoir adjudicateur. La Cour considère ainsi que peuvent être conclus à titre onéreux et relever de la qualification de « marchés publics » les contrats dans lesquels la prestation est rétribuée par d'autres formes de contreparties, telles que le remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu ou bien encore l'exonération de charges. C'est également le cas, même lorsque les contreparties versées ne permettent pas de compenser les coûts supportés par le soumissionnaire.

48. Deux arrêts sont, à cet égard, particulièrement illustratifs.

49. Ainsi, dans l'arrêt du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, la Cour a jugé que l'appréciation des éléments composant la définition de la notion de « marchés publics de travaux » au sens de la directive 93/37/CEE devait être effectuée de façon à garantir l'effet utile de ce texte et, en particulier, à promouvoir une concurrence effective par la publicité des avis de marchés. Elle a ainsi admis le caractère onéreux du contrat et la qualification de « marché public de travaux » dans une situation dans laquelle l'opérateur économique, titulaire du permis de construire, réalise l'ouvrage moyennant l'exonération de la contribution aux charges d'équipement que lui impose la législation nationale. En l'occurrence, la Cour a jugé que l'élément tenant au caractère onéreux du contrat devait être considéré comme étant satisfait dans la mesure où, en réalisant les travaux en cause, l'opérateur économique s'acquittait d'une dette de même valeur, qui naissait au profit de la commune.

50. Dans l'arrêt du 18 octobre 2018, *IBA Molecular Italy*, la Cour a également jugé qu'« un contrat prévoyant un échange de prestations relève de la notion de marché public même lorsque la rémunération prévue est limitée au remboursement partiel des frais encourus pour fournir le service convenu ». Dans cet arrêt, la Cour a souligné qu'un contrat par lequel un opérateur économique s'engage à fabriquer et à fournir un produit à différentes administrations en contrepartie d'un financement intégralement affecté à la réalisation de cet objectif, relevait de la notion de « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18, et ce « quand bien même les coûts de fabrication et de distribution dudit produit ne seraient pas entièrement compensés par cette même subvention ou par les frais de livraison susceptibles d'être facturés auxdites administrations ».

51. Il est à noter que c'est cette même approche qui a été défendue par l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans ses conclusions dans l'affaire *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*. En effet, cette affaire pose, notamment, la question de savoir si la mise à disposition d'un logiciel convenue par écrit entre deux pouvoirs adjudicateurs a un caractère onéreux au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, lorsque l'entité recevant le logiciel ne doit pas payer de prix ni compenser les coûts de celui-ci, mais est tenue, en principe, de mettre gratuitement à la disposition de l'autre les développements et les adaptations successifs de ce logiciel.

52. Dans ces conclusions, l'avocat général a estimé que la condition d'onérosité est satisfaite. D'une part, il a relevé que la contrepartie, à savoir les adaptations et les développements futurs du logiciel, a une valeur économique. D'autre part, il a considéré que cette contrepartie constitue un engagement exigible, puisqu'elle est indispensable à la fourniture du service public incombant auxdites entités.

#### 3. La notion extensive de « contrepartie » et ses limites

53. Ce que je comprends comme étant le courant dominant de la jurisprudence (courant auquel j'adhère pleinement) peut être résumé ainsi.

54. Premièrement, la nature de la contrepartie, inhérente à la condition d'onérosité, qui est octroyée par le pouvoir adjudicateur peut emprunter des formes autres qu'un prix payé en argent. Il n'y a donc pas nécessairement besoin d'un transfert d'une somme d'argent. D'autres types de paiements, y compris de nature non monétaire, sont envisageables.

55. Deuxièmement, la contrepartie doit présenter une certaine valeur économique sans devoir toutefois exactement correspondre à la valeur des biens ou services fournis. Dès lors, le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire peuvent se mettre d'accord sur la possibilité d'effectuer le paiement sous différentes formes, à condition que celles-ci aient une valeur économique claire.

56. Troisièmement, la nature et le contenu de la contrepartie dont doit s'acquitter le pouvoir adjudicateur doivent ressortir du contrat en tant qu'obligation juridique directe et exécutoire découlant de ce contrat. C'est dans ce cadre-là que je comprends la référence de la Cour ainsi que celle de l'avocat général Mengozzi à la nature synallagmatique du marché public se traduisant dans la création d'obligations juridiquement contraignantes pour les deux parties au contrat.

57. Aussi, afin de déterminer si le contrat comporte une contrepartie (et, par la suite, si la condition d'onérosité prévue à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 est

satisfaite), je suis d'avis que le point focal de l'analyse n'est pas la somme exacte d'argent inscrite au contrat. Il s'agit plutôt de savoir si, sur la base de ce contrat, les deux parties contractantes se trouvent enfermées dans un rapport d'obligations juridiques réciproques que chacune peut faire exécuter à l'égard de l'autre et dans le cadre desquelles le pouvoir adjudicateur fournit au moins une contrepartie claire et précise de nature économique.

58. Une telle approche déplace, à dessein, les termes du débat de la nature exacte de la « contrepartie » requise à la question plus large de la définition du contenu précis des obligations réciproques à la charge de chacune des parties. Alors qu'il est possible que la notion de « contrepartie » soit très fluctuante d'un pays à l'autre en Europe, il semble y avoir un large consensus quant au fait que la formation du contrat exige que les parties se mettent d'accord de manière suffisamment précise quant aux termes du contrat, ce qui présuppose la clarté des droits et obligations mutuels de chacun afin que le contrat puisse être exécuté. Sous un certain angle, cette discussion ramène au droit romain des origines et à la distinction de base, toujours en vigueur dans les systèmes juridiques de droit civil, entre rapports juridiques synallagmatiques (par exemple, les contrats) et unilatéraux (par exemple, les dons et libéralités).

59. Un contrat à titre onéreux est donc, avant tout, un contrat synallagmatique qui implique que les parties s'engagent l'une envers l'autre à effectuer des prestations qui soient précises et réciproques. La nature de ces prestations doit être déterminée dès la formation du contrat. Lesdites prestations doivent être exécutoires sur la base de ce contrat. En revanche, la contrepartie exigible est plus flexible. Elle ne doit pas nécessairement consister en une compensation de nature monétaire. Ce qui compte est que cette contrepartie soit claire, précise et exécutoire sur la base du contrat souscrit.

#### 4. Application au cas d'espèce

60. Contrairement aux affaires visées dans la jurisprudence précitée dans les présentes conclusions, il doit être noté, à titre liminaire, qu'il n'existe, en l'espèce, pas de contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire, puisque l'affaire a été portée devant le juge national au stade où l'offre formulée par ce dernier a été rejetée. À ce stade de la procédure, il n'existe donc pas de disposition contractuelle témoignant éventuellement de l'existence d'une contrepartie à la charge du pouvoir adjudicateur, sous quelque forme que ce soit.

#### UN AVANTAGE EN NOTORIÉTÉ PEUT-IL CONSTITUER UNE CONTREPARTIE ?

61. La question à laquelle la Cour doit répondre est donc celle de savoir si, dans une situation dans laquelle l'offre du soumissionnaire implique l'absence de toute rémunération directe du service par le pouvoir adjudicateur, l'avantage que le soumissionnaire peut escompter en raison de l'attribution du marché même peut constituer une « contrepartie » susceptible de permettre la conclusion d'un contrat à titre onéreux au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24.

62. Au regard des circonstances factuelles de la présente affaire, telles qu'elles ont été présentées par la juridiction de renvoi, je ne vois pas en quoi une telle contrepartie pourrait bien consister, même en adoptant l'acception très ouverte de cette notion telle que retenue dans la section précédente. Trois avantages potentiels pourraient entrer en ligne de compte dans le contexte de la présente affaire : d'abord, développer une expérience pertinente ; ensuite, obtenir des références pour de futurs marchés ; enfin,

établir une renommée pour de futurs appels d'offres susceptibles d'être lancés par le même pouvoir adjudicateur pour d'autres lots.

63. Premièrement, engranger une expérience pertinente est certainement d'importance pour les nouveaux entrants ou les petites et moyennes entreprises désireuses de se développer. Il ne s'agit cependant clairement pas d'une contrepartie que le pouvoir adjudicateur fournit en échange. C'est un simple fait juridique qui découle de l'attribution du marché.

64. Deuxièmement, il est indéniable également que l'obtention de références peut constituer un avantage. Ces références peuvent jouer un rôle stratégique dans l'attribution future de marchés publics. Cependant, force est de constater que l'octroi de références ne suffit pas pour établir le caractère synallagmatique du contrat envisagé. Il ne constitue, en effet, pas une obligation à la charge du pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il ne constitue pas une contrepartie exigible à l'égard de ce dernier. Cet avantage est une condition dont la réalisation est aléatoire et incertaine puisque les références dont l'entreprise pourra se prévaloir à l'avenir dépendent en réalité de circonstances factuelles liées à la bonne exécution du marché. Il n'y a donc aucune garantie quant aux références dont le soumissionnaire pourra se prévaloir. Il s'agit d'une simple spéculation sur le contrat.

65. Troisièmement, la décision de renvoi indique que, dans le cas d'espèce, le marché était composé de deux lots. L'appel d'offres ici en cause ne concernait que le premier lot. Aucune information supplémentaire n'a été apportée quant au rapport éventuel entre le premier et le second lot. Toutefois, il ne serait guère envisageable qu'une telle situation joue un rôle dans la définition de la contrepartie au sens de l'obligation juridique que le pouvoir adjudicateur aurait à l'égard du soumissionnaire vis-à-vis des deux lots. Il n'est certainement souhaitable ni d'accepter ni de promouvoir une politique, explicite ou implicite, par laquelle une entreprise déposerait une offre largement inférieure aux coûts, ce incluse la somme de zéro euro, dans le cadre d'un lot tout en espérant répercuter ultérieurement ces coûts lors de l'attribution d'un second lot composant le marché.

66. En résumé, aucun des trois scénarios correspondant aux « avantages » potentiels susceptibles d'être mis en avant au titre de la contrepartie reçue par un soumissionnaire proposant de fournir certains services gratuitement ne relève de la notion de « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24. Dans aucune de ces hypothèses il n'y a de contrepartie dont l'exécution pourrait être légalement exigée du pouvoir adjudicateur dans le cadre du contrat. Le dénominateur commun à ces avantages se résume à ce qu'ils sont tous un pari sur le futur.

67. En conclusion, on pourrait ajouter que ce dernier élément factuel permet de clairement distinguer la présente affaire de l'approche encore plus flexible de la contrepartie et de l'onérosité qui a été retenue, par exemple, par l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans ses conclusions dans l'affaire Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung. En effet, particulièrement dans un secteur plutôt dynamique comme celui du développement de logiciels, il est possible de concevoir un certain nombre de contreparties assez atypiques. Ainsi, le premier logiciel pourrait être fourni gratuitement, à l'inverse de ses développements futurs ; le pouvoir adjudicateur peut opérer un paiement en nature en transmettant ses propres données en échange, afin que le programmeur puisse les utiliser dans des applications ultérieures ; le pouvoir adjudicateur peut promettre de donner un retour d'informations à intervalles réguliers, permettant ainsi au développeur de perfectionner son produit et d'en accroître la commercialisation, etc. L'ensemble de ces

situations pourraient donner lieu à la conclusion de contrats à titre onéreux, dès lors que ces obligations ressortent nettement de l'accord conclu avec le pouvoir adjudicateur et définissent une contrepartie juridiquement exécutoire, quand bien même il n'est, en effet, pas toujours aisé de mettre un prix sur chaque contrepartie concrète.

68. En revanche, dans la présente affaire, aucune contrepartie distincte incombant au pouvoir adjudicateur ne résulte d'une obligation claire et exécutoire ressortant du contrat dont la conclusion est envisagée. Le premier « avantage » est simplement un fait juridique automatique. Le deuxième est purement spéculatif et incertain. Quant au troisième, s'il devait même être envisagé, il serait hautement problématique. Dès lors, en l'absence de contrepartie à la charge du pouvoir adjudicateur, le contrat à venir ne peut être qualifié de « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24.

**SUR QUEL FONDEMENT REJETER UNE OFFRE À ZÉRO EURO NE PERMETTANT PAS DE QUALIFIER UN MARCHÉ PUBLIC ?**

C. Une offre d'un montant de zéro euro est-elle une offre anormalement basse ?

69. La seconde question préjudicielle nécessite, quant à elle, de déterminer la base juridique sur laquelle fonder le rejet d'une offre, telle que celle en cause, d'un montant de zéro euro.

70. Si la juridiction de renvoi concentre sa question sur les dispositions prévues à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, je rappelle néanmoins que, d'après les indications qu'elle fournit, le ministère de l'Intérieur aurait examiné l'offre en cause au regard des dispositions consacrées aux « offres anormalement basses », prévues à l'article 69 de cette directive. Celui-ci aurait toutefois rejeté l'offre de la requérante non pas parce qu'elle était anormalement basse ou qu'elle ne permettait pas de répondre aux exigences et aux obligations énoncées dans l'avis de marché, mais parce que celle-ci était d'un montant de zéro euro.

71. Ainsi, la seconde question posée par la juridiction de renvoi est de nature procédurale : si un pouvoir adjudicateur reçoit une offre proposant zéro euro dans la case « prix », (i) le pouvoir adjudicateur doit-il automatiquement exclure l'offre directement sur la base de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 dans la mesure où aucune offre de ce type ne saurait jamais conduire à la conclusion d'un marché public valide ; ou bien (ii) une telle offre doit-elle être aussi examinée conformément à la procédure relative aux offres anormalement basses prévue à l'article 69 de la directive 2014/24 ?

72. Compte tenu de la réponse proposée à la première question de la juridiction de renvoi (la contrepartie exigible dans le cadre d'un marché public n'implique pas nécessairement un transfert direct d'argent, mais peut être une contrepartie en nature dès lors qu'elle présente au moins une certaine valeur économique), la réponse logique à la seconde question préjudicielle est celle suggérée par (ii) : une offre proposant un prix nominal de zéro euro doit aussi être traitée comme une offre anormalement basse.

73. En premier lieu, la procédure de l'article 69 de la directive 2014/24 concerne les étapes de l'offre et de la négociation. À cet article, le législateur de l'Union exige, en effet, que le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité d'expliquer le montant de son offre et de justifier le sérieux de celle-ci. Il exige, ensuite, que le pouvoir adjudicateur tienne compte non seulement

des justifications fournies, notamment celles faisant référence à l'économie de la prestation, aux solutions techniques adoptées ou bien encore aux conditions exceptionnellement favorables dont ce dernier dispose pour fournir le service convenu, mais également de tous les éléments pertinents au regard de la prestation en cause et des obligations associées à sa réalisation.

**UNE OFFRE À ZÉRO EURO DOIT ÊTRE EXAMINÉE SUR LE FONDEMENT DE L'OFFRE ANORMALEMENT BASSE**

74. Ainsi, à moins que la nature du marché ou l'offre elle-même n'indiquent sans ambiguïté qu'il ne peut pas y avoir d'autre contrepartie concevable et qu'il est, par la suite, inutile de permettre au soumissionnaire de fournir des explications sur son offre, il ne peut être exclu que le contrat à venir puisse, en définitive, être un contrat « à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24.

75. Tout ceci n'est pas sans rappeler le paradoxe du chat de Schrödinger. Tant que la boîte n'est pas ouverte et son contenu examiné, on ne peut exclure que le chat se trouvant à l'intérieur soit vivant. De la même façon, tant que le pouvoir adjudicateur n'offre pas au soumissionnaire, sur le fondement de l'article 69 de la directive 2014/24, l'opportunité d'expliquer la logique et la structure des coûts régissant son offre, il ne peut être exclu que l'offre en question puisse donner lieu à la conclusion d'un marché public, sans préjudice, au bout du compte, d'un rejet de l'offre par le pouvoir adjudicateur. Toutefois, un tel rejet ne saurait être purement et simplement fondé sur le fait qu'une offre nominale de zéro euro ne remplit pas la condition d'onérosité prévue à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive.

76. En second lieu, force est de constater que la directive 2014/24 ne définit pas la notion d'« offre anormalement basse » ni ne précise le montant numérique que celle-ci recouvre. Les termes employés par le législateur de l'Union sont généraux, la Cour employant également les termes « modicité du prix proposé dans [l']offre ».

77. Il ressort, toutefois, de la jurisprudence de la Cour que celle-ci s'oppose à l'instauration d'un critère d'exclusion mathématique. La Cour tend à favoriser une concurrence effective conformément aux objectifs des règles de passation des marchés publics. Dans l'arrêt du 22 juin 1989, Costanzo, la Cour a jugé qu'un critère d'exclusion mathématique privait les soumissionnaires qui avaient présenté des offres particulièrement basses de la possibilité de prouver que ces offres étaient sérieuses et était, par conséquent, contraire à l'objectif de la directive 71/305/CEE, qui était de favoriser le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics.

78. Compte tenu de ces éléments, il apparaît ainsi que rien ne s'oppose à ce que la notion d'« offre anormalement basse » puisse inclure une offre d'un montant de zéro euro. Certes, un montant de « zéro euro » s'apparente à une sorte de barrière psychologique. Néanmoins, en termes économiques, rien ne justifie qu'on la distingue d'une offre d'un montant de 10 € ou de 100 €, à partir du moment où toutes ces offres sont au-dessous des coûts du marché.

79. En troisième et dernier lieu, il ne fait aucun doute qu'un certain nombre d'arguments supplémentaires pourraient plaider en faveur d'un refus d'examiner des offres à zéro euro. Permettre de telles offres pourrait, en effet, aller à l'encontre de l'objectif de transparence en matière de deniers publics et de lutte contre la corruption : les coûts réels et les paiements ultérieurs seraient simplement déplacés et dissimulés dans d'autres transactions parallèles. De même, alors qu'une telle démarche semblerait, à

première vue, bénéfique pour les budgets publics, un marché public conclu pour un prix nominal de zéro euro pourrait, en définitive, se révéler plutôt dispendieux et difficile à exécuter pour le pouvoir adjudicateur et, ainsi, conduire à augmenter les coûts plutôt qu'à payer purement et simplement le prix approprié dès le début. En outre, une pratique sponsorisée par les pouvoirs adjudicateurs de prix prédateurs pourrait provoquer quelques inquiétudes du côté du droit de la concurrence.

80. En tout état de cause, quelle que soit la légitimité de ces préoccupations, les mêmes arguments pourraient être utilisés dans le sens opposé, c'est-à-dire en faveur de l'examen de telles offres. Néanmoins, surtout, tous ces arguments pourraient être utilisés à l'encontre même de tout examen des offres anormalement basses. Les mêmes considérations que celles esquissées au point précédent des présentes conclusions s'appliqueraient indistinctement à toute offre anormalement basse : ce serait le cas, par exemple, pour un marché évalué à 150 000 €, d'une offre de 1 000 €, de 101 € ou de 1 euro symbolique. Quand bien même toutes ces offres seraient bien inférieures aux coûts réels, le pouvoir adjudicateur ne pourrait pas les rejeter automatiquement. Il doit les examiner en suivant la procédure spécifiquement prévue à cet effet à l'article 69 de la directive 2014/24.

81. Si un tel choix législatif a été opéré par le législateur de l'Union dans le contexte du droit des marchés publics après avoir pesé tous les avantages et inconvénients inhérents aux offres anormalement basses, je ne trouve pas d'argument logique permettant d'exclure les offres de zéro euro d'un tel schéma. Celles-ci doivent donc être traitées de la même manière. Ainsi, si la Cour devait accepter ma proposition à l'égard de la première question (un « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 n'exige pas nécessairement le paiement d'une somme d'argent, mais peut impliquer une contrepartie en nature à la charge du pouvoir adjudicateur), alors le montant de la somme nominale indiqué sur l'offre de contrat n'est pas déterminant.

82. Par conséquent, j'estime que c'est bien à travers le prisme des conditions énoncées à l'article 69 de la directive 2014/24 que le pouvoir adjudicateur doit examiner une offre d'un montant de zéro euro afin, le cas échéant, de rejeter celle-ci au motif, notamment, qu'elle ne peut aboutir à la conclusion d'un contrat à titre onéreux au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive, en raison du fait qu'aucune contrepartie de nature économique ne serait fournie par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres.

## V. CONCLUSION

83. Je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics, Slovénie) :

1) La notion de « contrat à titre onéreux » visée à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2017/2365 de la Commission, du 18 décembre 2017, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne permet pas de qualifier de « marché public de services » une opération par laquelle le soumissionnaire propose au pouvoir adjudicateur de prêter le service pour un montant de zéro euro, dans la mesure où les parties au contrat ne conviennent pas d'une contrepartie de valeur économique à la charge du pouvoir adjudicateur.

2) Une offre à un prix de zéro euro doit être examinée conformément aux dispositions prévues à l'article 69 de la directive 2014/24, telle que modifiée par le règlement délégué 2017/2365, relatif aux offres anormalement basses, le cas échéant après avoir obtenu du soumissionnaire des informations supplémentaires quant à la nature exacte de la contrepartie de valeur économique à la charge du pouvoir adjudicateur. Une telle offre doit être rejetée dans l'hypothèse où elle ne permettrait pas d'aboutir, dans le cadre spécifique d'une procédure d'appel d'offres, à la conclusion d'un « contrat à titre onéreux » au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive.

### Référence 3 : CJUE (4e ch.), 10 septembre 2020, Tax-Fin-Lex d.o.o., aff. C-367/19

1. La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L. 94, p. 65), telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2017/2365 de la Commission, du 18 décembre 2017 (JO 2017, L. 337, p. 19) (ci-après la « directive 2014/24 »).

2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Tax-Fin-Lex d.o.o., société établie en Slovénie, au Ministrstvo za notranje zadeve (ministère de l'Intérieur, Slovénie) (ci-après le « ministère »), au sujet du rejet par ce dernier de l'offre présentée par cette société dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3. Le considérant 2 de la directive 2014/24 énonce : « Les marchés publics [...] constituent l'un des instruments fondés sur le marché à utiliser pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive, tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics. À cette fin, les règles de passation des marchés publics [...] devraient être révisées et modernisées pour accroître l'efficacité de la dépense publique [...]. »

4. Sous le titre I de la directive 2014/24, intitulé « Champ d'application, définitions et principes généraux », l'article 1er, paragraphes 1 et 2, de celle-ci dispose :

« 1. La présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne les marchés publics, ainsi que les concours, dont la valeur estimée atteint ou dépasse les seuils établis à l'article 4.

2. Au sens de la présente directive, la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces travaux, fournitures ou services aient ou non une finalité publique. »

5 Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 :

« 1. Aux fins de la présente directive, on entend par :

[...]

5. «marchés publics», des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ».

6. L'article 4 de cette directive, intitulé « Montants des seuils », dispose :

« La présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants :

[...]

b) 144 000 [euros] pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des autorités publiques centrales et pour les concours organisés par celles-ci ;

[...] »

7. L'article 18 de la directive 2014/24, intitulé « Principes de la passation de marchés », prévoit, à son paragraphe 1 :

« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.

Un marché ne peut être conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques. »

8. Le titre II de la directive 2014/24, relatif aux règles applicables aux marchés publics, comporte un chapitre III portant sur le déroulement de la procédure, dont la section 3 est intitulée « Choix des participants et attribution des marchés ». L'article 69 de cette directive, consacré aux « [o]ffres anormalement basses », qui figure dans cette section 3, dispose :

« 1. Les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

2. Les explications visées au paragraphe 1 peuvent concerner notamment :

a) l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation des services ou du procédé de construction ;

b) les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;

c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;

[...]

f) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

3. Le pouvoir adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire. Il ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, compte tenu des éléments visés au paragraphe 2. [...] »

Le droit slovène

9. L'article 2 de la Zakon o javnem naročanju (loi portant sur la passation des marchés publics), du 30 mai 2015 (Uradni list RS, no 91/2015), dans sa version applicable aux faits du litige au principal (ci-après la « ZJN »), dispose, à son paragraphe 1 :

« Les notions utilisées dans cette loi ont la signification suivante :

1. "marché public", contrat écrit conclu à titre onéreux entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.

[...] »

Le litige au principal et les questions préjudicielles

10. Le 7 juin 2018, le ministère a publié un avis de marché, divisé en deux lots, pour la passation d'un marché public concernant l'accès à un système informatique juridique pour une période de 24 mois. La valeur estimée de ce marché, telle que déterminée par le ministère, s'élevait à 39 959,01 €.

11. Le ministère n'a reçu que deux offres pour le premier lot dans le délai prévu, dont celle de la requérante au principal, Tax-Fin-Lex, qui a proposé un prix de zéro euro.

12. Par décision du 11 janvier 2019, Tax-Fin-Lex a été informée, d'une part, du rejet de son offre, au motif que le prix final de son offre est de zéro euro, ce qui, de l'avis du ministère, est contraire aux règles des marchés publics et, d'autre part, de l'attribution du marché public pour le premier lot au second soumissionnaire.

13. Le 17 janvier 2019, Tax-Fin-Lex a saisi le ministère d'une demande de révision de sa décision portant rejet de son offre. Tout en rejetant cette demande le 5 février 2019, le ministère a renvoyé l'affaire, le 11 février 2019, devant la juridiction de renvoi, ouvrant ainsi la procédure devant celle-ci.

14. La juridiction de renvoi observe, à titre liminaire que, bien que la directive 2014/24 ne régit pas directement la situation de l'affaire au principal, le législateur slovène a décidé, lors de la transposition des dispositions de cette directive en droit national, que l'expression « marché public » désignerait à la fois les marchés dont la valeur est supérieure au seuil défini dans ladite directive et ceux dont la valeur est inférieure à celui-ci. La Cour serait dès lors compétente pour répondre aux questions posées.

15. Sur le fond, la juridiction de renvoi souligne que la décision du ministère rejetant l'offre de Tax-Fin-Lex était fondée sur un seul motif, tenant au montant de l'offre proposée. À cet égard, elle se demande, premièrement, si un contrat peut être qualifié de « contrat à titre onéreux », au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, lorsque le pouvoir adjudicateur n'est tenu de fournir aucune contrepartie à son cocontractant, mais que ce dernier, en vertu de ce contrat, obtient l'accès à un nouveau marché ou à de nouveaux utilisateurs et, par conséquent, des références, ce qui est susceptible de représenter pour lui un avantage économique futur. Elle souhaite ainsi savoir si le seul fait que l'obtention du marché public présente, en elle-même, une valeur économique pour l'opérateur économique, même s'il n'est pas possible d'exprimer cette valeur sous une forme monétaire lors de l'attribution du marché ou de la conclusion du contrat, peut suffire à caractériser le contrat ayant pour objet ce marché de contrat à titre onéreux, au sens de cette disposition.

16. Deuxièmement, à supposer qu'il n'y ait pas, dans une telle hypothèse, de « contrat à titre onéreux », au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, la juridiction de renvoi se demande si cette disposition peut constituer une base légale autonome justifiant le rejet d'une offre dans laquelle le prix est fixé à zéro euro.

17. Elle expose que, en acceptant une telle offre, le contrat conclu pourrait ne pas être considéré comme un contrat d'exécution d'un marché public. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur aurait ouvert une procédure de passation d'un marché public dont le résultat final serait non pas l'obtention d'un tel marché public, mais, par exemple, un don.

18. Toutefois, la juridiction de renvoi fait observer que l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 définit la notion de « marché public » en vue de la détermination des cas dans lesquels celle-ci trouve à s'appliquer sans régir la procédure de passation d'un marché public. Elle expose que, en ouvrant, dans l'affaire au principal, une telle procédure, le pouvoir adjudicateur estimait qu'il allait devoir fournir une contrepartie pour l'obtention des services faisant l'objet de ce marché. Le comportement des soumissionnaires et le contenu de leurs offres ne pourraient pas avoir d'incidence sur l'appréciation antérieure du pouvoir adjudicateur. Après l'ouverture de la procédure de passation d'un marché public et après la réception des offres, le pouvoir adjudicateur serait tenu de les prendre en considération et de les examiner au regard des seules exigences définies au préalable. De surcroît, les pouvoirs adjudicateurs organiseraient des procédures de passation

de marchés non pas dans le but de conclure un contrat à titre onéreux, mais en vue d'obtenir des biens ou des services. Or, en l'espèce, quand bien même il accepterait l'offre au prix de zéro euro, le pouvoir adjudicateur n'en obtiendrait pas moins les prestations de services en vue desquelles le marché public avait fait l'objet d'un appel d'offres.

19. Au regard de l'ensemble de ces considérations, la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics, Slovaquie) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Y a-t-il un "contrat à titre onéreux", en tant qu'élément d'un marché public au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, lorsque le pouvoir adjudicateur n'est tenu de fournir aucune contrepartie mais que, en exécutant le marché public, l'opérateur économique obtient l'accès à un nouveau marché et des références ?

2) Est-il possible ou convient-il d'interpréter l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 en ce sens qu'il constitue une base légale de rejet d'une offre à un prix de zéro euro ? »

Sur les questions préjudicielles

20. À titre liminaire, il convient de constater que le montant du marché en cause au principal est inférieur au seuil de 144 000 €, prévu à l'article 4, sous b), de la directive 2014/24, de sorte que ce marché ne relève pas du champ d'application de cette directive. Toutefois, comme l'indique la juridiction de renvoi, lors de la transposition des dispositions de ladite directive en droit national, le législateur slovène a repris, à l'article 2, paragraphe 1, de la ZJN, la définition du terme « marché public » figurant à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la même directive, de telle sorte que cette définition est applicable à tout marché public régi par la ZJN, indépendamment de son montant.

21. Or, selon une jurisprudence constante, une interprétation par la Cour de dispositions du droit de l'Union dans des situations ne relevant pas du champ d'application de celles-ci se justifie lorsque ces dispositions ont été rendues applicables à de telles situations par le droit national de manière directe et inconditionnelle, afin d'assurer un traitement identique à ces situations et à celles relevant du champ d'application desdites dispositions (voir, en ce sens, arrêts du 18 octobre 1990, Dzodzi, C-297/88 et C-197/89, EU:C:1990:360, points 36, 37 et 41, ainsi que du 24 octobre 2019, Belgische Staat, C-469/18 et C-470/18, EU:C:2019:895, point 23).

22. Il y a lieu, dès lors, de répondre aux questions posées.

23. Étant convenu de considérer que, par ses questions, qu'il y a lieu d'examiner conjointement, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il constitue une base légale de rejet de l'offre d'un soumissionnaire dans le cadre d'une procédure de passation de marché public au seul motif que, le prix proposé dans l'offre étant de zéro euro, le pouvoir adjudicateur ne fournirait aucune contrepartie financière, alors même que ce soumissionnaire obtiendrait seulement, par l'exécution de ce contrat, l'accès à un nouveau marché et des références qu'il pourrait faire valoir dans le cadre d'appels d'offres ultérieurs.

24. À cet égard, il convient de rappeler que l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 définit les « marchés publics » comme étant « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ».

25. Selon la jurisprudence de la Cour, il ressort du sens juridique habituel des termes « à titre onéreux » que ceux-ci désignent un contrat par lequel chacune des parties s'engage à réaliser une prestation en contrepartie d'une autre (voir, en ce sens, arrêt du 18 octobre 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, point 28). Le caractère synallagmatique du contrat est ainsi une caractéristique essentielle d'un marché public (voir, en ce sens, arrêts du 21 décembre 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, point 43 ; du 28 mai 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, point 40, et du 18 juin 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, point 47).

26. Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 47 de ses conclusions, même si cette contrepartie ne doit pas nécessairement consister dans le versement d'une somme d'argent, de sorte que la prestation peut être rétribuée par d'autres formes de contreparties, telles que le remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu (voir, notamment, arrêts du 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11, EU:C:2012:817, point 29 ; du 13 juin 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, point 31, ainsi que du 18 octobre 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, point 29), il n'en reste pas moins que le caractère synallagmatique d'un contrat de marché public se traduit obligatoirement par la création d'obligations juridiquement contraignantes pour chacune des parties au contrat, dont l'exécution doit pouvoir être réclamée en justice (voir, en ce sens, arrêt du 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, points 60 à 62).

27. Il s'ensuit qu'un contrat par lequel un pouvoir adjudicateur n'est juridiquement tenu de fournir aucune prestation en contrepartie de celle que son cocontractant s'est engagé à réaliser ne relève pas de la notion de « contrat à titre onéreux », au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24.

28. La circonstance, évoquée par la juridiction de renvoi et inhérente à toute procédure de marché public, que l'obtention de ce contrat pourrait avoir une valeur économique pour le soumissionnaire, en ce qu'elle lui ouvrirait l'accès à un nouveau marché ou lui permettrait d'obtenir des références, est trop aléatoire et ne saurait, par conséquent, ainsi que l'a relevé, en substance, M. l'avocat général aux points 63 à 66 de ses conclusions, suffire pour qualifier ce contrat de « contrat à titre onéreux ».

29. Toutefois, il convient de constater que l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 se borne à définir la notion de « marchés publics » aux fins de déterminer l'applicabilité de cette directive. En effet, ainsi que cela ressort de son article 1er, paragraphe 1, ladite directive ne s'applique qu'aux « marchés publics », au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de celle-ci, dont la valeur estimée atteint ou dépasse les seuils établis à l'article 4 de cette dernière.

30. Il s'ensuit que l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 ne saurait constituer une base juridique susceptible de fonder le rejet d'une offre proposant un prix de zéro euro. Dès lors, cette disposition ne permet pas d'écarter automatiquement une offre soumise dans le cadre d'un marché public, telle qu'une offre au prix de zéro euro, par laquelle un opérateur propose de fournir au pouvoir adjudicateur les travaux, les fournitures ou les services que celui-ci souhaite acquérir sans demander de contrepartie.

31. Dans ces conditions, dès lors qu'une offre au prix de zéro euro peut être qualifiée d'offre anormalement basse, au sens de l'article 69 de la directive 2014/24, lorsqu'un pouvoir adjudicateur est confronté à une telle offre, il doit suivre la procédure prévue à cette disposition, en demandant au soumissionnaire des explica-

tions quant au montant de l'offre. Il résulte, en effet, de la logique sous-jacente à l'article 69 de la directive 2014/24 qu'une offre ne saurait automatiquement être rejetée au seul motif que le prix proposé est de zéro euro.

32. Ainsi, il ressort du paragraphe 1 de cet article que, lorsqu'une offre semble anormalement basse, les pouvoirs adjudicateurs exigent du soumissionnaire qu'il explique le prix ou les coûts proposés dans celle-ci, ces explications pouvant, notamment, concerner les éléments visés au paragraphe 2 dudit article. Lesdites explications contribuent ainsi à l'évaluation de la fiabilité de l'offre et permettraient d'établir que, bien que le soumissionnaire propose un prix de zéro euro, l'offre en cause n'affectera pas l'exécution correcte du marché.

33. En effet, conformément au paragraphe 3 de ce même article, le pouvoir adjudicateur doit évaluer les informations fournies en consultant le soumissionnaire et il ne peut rejeter une telle offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés.

34. L'évaluation de ces informations doit, en outre, être effectuée dans le respect des principes d'égalité et de non-discrimination entre les soumissionnaires, ainsi que de transparence et de proportionnalité, lesquels s'imposent au pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24.

35. Dès lors, c'est dans le contexte d'une éventuelle application de l'article 69 de la directive 2014/24 qu'il y a lieu d'apprécier l'argument d'un soumissionnaire ayant déposé une offre au prix de zéro euro, selon lequel le prix proposé dans son offre s'explique par le fait qu'il compte obtenir l'accès à un nouveau marché ou à des références, si cette offre est acceptée.

36. Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre aux questions posées que l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne constitue pas une base légale de rejet de l'offre d'un soumissionnaire dans le cadre d'une procédure de passation de marché public, au seul motif que le prix proposé dans l'offre est de zéro euro. (...)

**Référence 5 : CE 24 mai 2017, 7ème et 2ème Ch. réunies, Société Régale des îles, n° 407213**

Vu la procédure suivante :

La société Régale des Îles a saisi le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion d'une demande tendant, dans le dernier état de ses écritures, à titre principal, à l'annulation, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de la procédure de passation de la convention pour la gestion provisoire du service public de restauration municipale lancée par la commune de Saint-Benoît et à la reprise intégrale de la procédure et, à titre subsidiaire, à l'annulation, sur le fondement de l'article L. 551-13 du même code, de cette convention et à ce qu'il soit ordonné à la commune soit de reprendre le service en régie, soit de reprendre intégralement le processus d'attribution de la convention portant sur l'exploitation du service de restauration municipale dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Par une ordonnance n° 1601218 du 9 janvier 2017, le juge des référés de ce tribunal a rejeté sa demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et deux autres mémoires, enregistrés les 26 janvier, 10 février, 17 février et 5 mai 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la société Régale des Îles demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler cette ordonnance en tant qu'elle a rejeté ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;

2°) réglant l'affaire en référé, de faire droit à ces conclusions ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Saint-Benoît la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que la commune de Saint-Benoît a signé avec la société Dupont Restauration Réunion une convention provisoire pour la gestion du service public de restauration municipale le lundi 28 novembre 2016 à 14h30 ; que la société Régale des Îles a saisi le même jour à 19h07 le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion d'une demande d'annulation de la procédure de passation de ce contrat sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; qu'après avoir été informée de la signature de la convention, la société Régale des Îles a maintenu ses conclusions initiales et présenté des conclusions subsidiaires tendant à l'annulation du contrat sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants de ce code ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés a rejeté comme irrecevables l'ensemble des conclusions présentées par la société ; que la société Régale des Îles se pourvoit contre cette ordonnance en tant qu'elle a rejeté ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;

Sur la recevabilité du référé contractuel :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative : « Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'État dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours » ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 551-15 du même code : « Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité » ;

3. Considérant que l'article L. 551-14 précité du code de justice administrative, qui prévoit que le référé contractuel n'est pas



ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du même code et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'a pas pour effet de rendre irrecevable un référé contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement introduit un référé précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance de la signature du contrat du fait, s'agissant d'un contrat soumis à publicité préalable et à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, d'un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations ainsi qu'à celle consistant à observer avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication, ou, s'agissant d'un contrat relevant de l'article L. 551-15 du code, de l'absence de publication par le pouvoir adjudicateur de son intention de conclure le contrat ou de respect, avant de le signer, d'un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis et la date de conclusion du contrat ;

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en jugeant que les conclusions présentées par la société Régal des Iles sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative n'étaient pas recevables au seul motif que la société avait antérieurement introduit un référé précontractuel et que le pouvoir adjudicateur n'avait pas méconnu la suspension prévue à l'article L. 551-4 de ce code, sans rechercher si la société, dont le référé avait été introduit postérieurement à la signature du contrat, n'avait pas été privée de la possibilité d'introduire utilement son référé précontractuel du fait du comportement de la commune, le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, son ordonnance doit être annulée en tant qu'elle a rejeté les conclusions de la société Régal des Iles présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;

5. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler, dans cette mesure, l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la signature de la convention pour la gestion provisoire du service public de restauration municipale conclue entre la commune de Saint-Benoît et la société Dupont Restauration Réunion, analysée par la commune comme une délégation de service public, n'a été précédée de la publication d'aucun avis de concession ni d'aucune forme de publicité ; que, dans ces conditions, la société Régal des Iles a été privée de la possibilité d'introduire utilement son référé précontractuel ; que, par suite, ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative sont recevables ;

#### Sur le bien fondé du référé contractuel :

7. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-19 de ce code : « *Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général* » ;

#### En ce qui concerne la qualification du contrat :

8. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* » ; d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « *Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service* » ;

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention litigieuse, dénommée « concession provisoire de service public pour la gestion du service de restauration municipale », a pour objet de déléguer par affermage provisoire le service public de restauration scolaire ; qu'aux termes de son article 2, « *la gestion du service est assurée par le concessionnaire à ses risques et périls* » et celui-ci « *perçoit auprès des usagers un prix* » ; que les stipulations de l'article 37 relatives à la rémunération du concessionnaire prévoient que le concessionnaire reçoit, en plus des recettes perçues sur les usagers, une subvention forfaitaire d'exploitation annuelle versée par la commune de Saint-Benoît, d'un montant de 3 389 228 euros hors taxe, ainsi qu'un complément de prix unitaire au repas servi, facturé selon le nombre de repas comptés lors de chaque service, également versé par la commune ; que, compte tenu de ces versements, qui couvrent 86 % de la rémunération du cocontractant, le risque économique du cocontractant ne porte, ainsi que le stipule la convention, que sur la différence entre les repas commandés et ceux effectivement servis, sur les variations de la fréquentation des cantines et sur les impayés ; qu'eu égard à l'existence d'un dispositif de commande des repas, prévu par les stipulations de l'article 12.2 de la convention, la différence entre les repas commandés et les repas servis ne saurait varier de manière substantielle ; qu'en outre, compte tenu de l'objet du service, consistant en la fourniture de repas pour les cantines scolaires, pour les crèches et pour les centres aérés, et de la durée du contrat, limitée à quatorze mois, le nombre d'usagers n'est pas non plus susceptible de variations substantielles durant l'exécution de la convention ; qu'enfin, la commune de Saint-Benoît ne fournit aucun élément permettant d'évaluer le risque découlant des impayés ; que, dans ces conditions, la part de risque transférée au délégataire n'implique pas une réelle exposition aux aléas du marché et le cocontractant ne peut, par suite, être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service ; qu'il en résulte que la convention litigieuse ne revêt pas le caractère d'un contrat de concession, et donc d'une délégation de service public, mais celui d'un marché public ;

#### En ce qui concerne la régularité de la procédure :

10. Considérant qu'aux termes de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en*

*concurrence préalable dans les cas suivants : / 1° Lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. (...) Le marché public est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence » ; que ces dispositions définissent de manière exhaustive les conditions dans lesquelles une personne publique peut, en cas d'urgence, conclure un nouveau marché public, notamment à titre provisoire, sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ;*

11. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention en litige a été conclue du fait de la résiliation, à compter du 1er décembre 2016, du contrat relatif à la gestion du service de restauration municipale conclu le 8 janvier 2014 par la commune de Saint-Benoît avec la société Gestion des Cuisines Centrales Réunion, prononcée par le tribunal administratif de la Réunion dans un jugement du 31 mars 2016 qui a fait l'objet d'une ordonnance rectificative le 13 juin 2016, en raison de la méconnaissance, par la commune, de ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que la commune de Saint-Benoît, qui a fait appel de ce jugement, n'a pris aucune initiative en vue de lancer une nouvelle procédure de délégation du service public et a conclu le 18 novembre, sans mesure de publicité et de mise en concurrence, une convention de gestion provisoire avec la société Dupont Restauration Réunion, approuvée par une délibération du 25 novembre 2016 ; que, dans ces conditions, la commune n'est pas fondée à soutenir qu'elle était placée dans une situation d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et extérieures à l'acheteur, au sens de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 précité ; qu'en outre, par sa durée de quatorze mois, la convention excède ce qui est strictement nécessaire pour faire face à la situation d'urgence alléguée ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Régale des Îles est fondée à soutenir que la commune de Saint-Benoît a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en signant la convention en litige en l'absence de toute formalité de publicité et de mise en concurrence et à en demander l'annulation sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ; qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général ne justifie le prononcé de l'une des mesures alternatives à l'annulation prévues par l'article L. 551-19 de ce code ; que, toutefois, compte tenu de la nécessité de préserver la continuité du service de la restauration municipale, il y a lieu de ne prononcer l'annulation de la convention qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente décision ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

13. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge de la société Régale des Îles, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Saint-Benoît la somme de 4 500 euros à verser à la société Régale des Îles au titre des mêmes dispositions ;

**D E C I D E :**

Article 1<sup>er</sup> : L'ordonnance du 9 janvier 2017 du juge des référés du tribunal administratif de la Réunion est annulée en tant qu'elle a rejeté les conclusions de la société Régale des Îles présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative.

Article 2 : La convention conclue le 28 novembre 2016 pour la gestion provisoire du service public de restauration municipale par la commune de Saint-Benoît avec la société Dupont Distribution Réunion est annulée. Cette annulation prendra effet à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente décision.

Article 3 : La commune de Saint-Benoît versera à la société Régale des Îles une somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par la commune de Saint-Benoît au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.