



Vastuvõtmise kuupäev : 22/11/2022

Affaire C-652/22

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

18 octobre 2022

Juridiction de renvoi :

Visoki upravni sud Republike Hrvatske (Croatie)

Date de la décision de renvoi :

10 octobre 2022

Partie requérante :

Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Partie défenderesse :

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave

[OMISSIS]

Le Visoki upravni sud Republike Hrvatske (cour administrative d'appel, Croatie), dans le litige administratif opposant

partie requérante : Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş. [OMISSIS]

à

partie défenderesse : Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics) [OMISSIS]

parties intéressées :

- HŽ Infrastruktura d.o.o. [OMISSIS]
- Groupement soumissionnaire :
 - Strabag AG, [OMISSIS]
 - Strabag d.o.o., [OMISSIS]

– Strabag Rail a.s., [OMISSIS]

présente

une demande en interprétation

de l'article 76 en liaison avec l'article 36 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE

L'objet du litige au principal et les faits pertinents

- 1 La requérante, Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş., République de Turquie, a saisi le Visoki upravni sud (cour administrative d'appel, Croatie) (ci-après la « juridiction de céans ») d'un recours contre la Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics) (ci-après la « défenderesse ») visant à contrôler la légalité de la décision rendue par la défenderesse [OMISSIS] le 15 juin 2022 (ci-après la « décision attaquée »). Par la décision attaquée, la défenderesse a rejeté le recours formé par la requérante contre la décision d'attribution [OMISSIS] du 28 avril 2022 adoptée par le pouvoir adjudicateur HŽ Infrastruktura d.o.o. Zagreb dans le cadre d'une procédure de passation de marché public concernant des travaux sur le sous-système d'infrastructure ferroviaire de construction et d'alimentation électrique du projet « Reconstruction de l'existant et construction de la deuxième voie sur le tronçon ferroviaire Hrvatski Leskovac – Karlovac ». Dans sa requête, la requérante conclut à l'annulation de la décision attaquée de la défenderesse.
- 2 Il s'agit d'une procédure de passation de marché public lancée par l'entité adjudicatrice HŽ Infrastruktura d.o.o. Zagreb (ci-après l'« entité adjudicatrice »).
- 3 Le 7 septembre 2020, l'entité adjudicatrice a publié, au bulletin électronique des marchés publics de la République de Croatie, un avis d'appel à la concurrence accompagné des documents de marché dans le cadre d'une procédure de passation de marché ouverte, [OMISSIS] objet du marché : travaux sur le sous-système d'infrastructure ferroviaire de construction et d'alimentation électrique du projet « Reconstruction de l'existant et construction de la deuxième voie sur le tronçon ferroviaire Hrvatski Leskovac – Karlovac ». Le critère de sélection est l'offre économiquement la plus avantageuse, qui est déterminée sur la base de la pondération suivante : le prix de l'offre 90 %, la période de garantie et de remplacement des éléments de croisement 5 %, et la période de garantie de tous les composants nécessaires du sous-système électrique et leur remplacement 5 %, nombre maximal de points 100.
- 4 Valeur estimée de l'objet du marché : 2 042 900 000,00 HRK (hors TVA).

- 5 Quinze offres ont été présentées dans cette procédure de passation de marché. Dans le cadre de la procédure d'examen et d'évaluation des offres, l'entité adjudicatrice a estimé que six offres étaient valables. Le 25 janvier 2022, l'entité adjudicatrice a adopté la décision d'attribution [OMISSIS] en sélectionnant, en tant qu'offre économiquement la plus avantageuse, celle du groupement soumissionnaire composé de Strabag AG, Spittal an der Drau, République d'Autriche, Strabag d.o.o. Zagreb, République de Croatie et Strabag Rail a.s., Usti nad Labem, République tchèque.
- 6 La requérante a formé un recours contre cette décision d'attribution auprès de la défenderesse.
- 7 Faisant suite au recours, la défenderesse a rendu, le 10 mars 2022, une décision [OMISSIS] annulant la décision d'attribution du 25 janvier 2022. Dans cette décision, la défenderesse a estimé que l'entité adjudicatrice n'avait pas apporté la preuve des faits et circonstances qui l'avaient amenée à considérer que la référence « Modernisation des passages à niveau de la ligne Pragersko-Hodoš » remplissait les conditions fixées au point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires figurant dans les documents de marché (ci-après les « instructions aux soumissionnaires »), en ce qu'elle n'avait pas établi les faits et circonstances sur la base desquels elle avait conclu que Strabag AG, Autriche, avait exécuté tous les travaux de construction d'un (1) ou, tout au plus, trois (3) ponts, viaducs, passages supérieurs ou passages inférieurs (ferroviaires ou routiers) d'une valeur totale d'au moins 30 000 000,00 HRK (hors TVA), relatifs à cette référence spécifiée dans le formulaire DUME (document unique de marché européen) du membre du groupement sélectionné, à savoir Strabag AG, Autriche.
- 8 Le point 4.3 des instructions aux soumissionnaires fixe les exigences minimales relatives aux capacités techniques et professionnelles ainsi que les modalités de preuve y afférentes. Conformément au point 4.3.a., l'opérateur économique prouve ses capacités techniques et professionnelles par une liste de travaux attestant : que, pendant l'année au cours de laquelle la procédure de passation du marché a commencé et pendant les dix (10) années antérieures, il a dûment exécuté tous les travaux de construction d'un (1) ou, tout au plus, trois (3) ponts, viaducs, passages supérieurs ou passages inférieurs (ferroviaires ou routiers) d'une valeur totale d'au moins 30 000 000,00 HRK (hors TVA).
- 9 Dans le même point des instructions aux soumissionnaires, l'entité adjudicatrice a indiqué qu'à titre de preuve a priori des capacités techniques et professionnelles visées aux points 4.3.a. à 4.3.d., l'opérateur économique était tenu de présenter, dans l'offre, le formulaire DUME complété dans la partie IV : Critères de sélection d'un opérateur économique, C : Capacités techniques et professionnelles – point 1.a. Lors de la vérification des informations mentionnées dans le formulaire DUME l'opérateur économique apporte la preuve du respect des conditions relatives aux capacités visées aux points 4.3.a. à 4.3.d., par une liste de travaux réalisés qui sont identiques ou similaires à l'objet du marché, et qui contient ou est accompagnée d'une attestation délivrée par l'autre partie

contractante certifiant la conformité et l'achèvement des travaux. La liste des travaux exécutés et la confirmation de la conformité et de l'achèvement des travaux doivent contenir une spécification détaillée des travaux réalisés afin que l'entité adjudicatrice puisse déterminer si les documents soumis prouvent le respect de la condition individuelle relative aux capacités.

- 10 Le 6 avril 2022, dans le cadre de la procédure consécutive à la décision de la défenderesse du 10 mars 2022, l'entité adjudicatrice a demandé au groupement soumissionnaire sélectionné, en application de l'article 263, paragraphe 2, de la *Zakon o javnoj nabavi* (loi sur les marchés publics) (« *Narodne Novine* » n° 120/16), de présenter, le cas échéant, une liste complétée faisant état des travaux réalisés au sens du point 4.3.a, contenant ou accompagnée d'une attestation délivrée par l'autre partie contractante certifiant la conformité et l'achèvement des travaux.
- 11 Le 7 avril 2022, le groupement sélectionné a communiqué à l'entité adjudicatrice la liste complétée du 7 avril 2022 mentionnant les travaux effectués, ainsi que l'attestation du 21 mars 2016 de l'autre partie contractante certifiant la conformité et l'achèvement des travaux.
- 12 La liste des travaux réalisés du 7 avril 2022 a été complétée par rapport à la liste antérieure avec la référence « A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau Baulos 1, Talübergang Steyr und Rampenbrücke – Lot 1 : extension complète de la chaîne des tunnels de Klaus sur l'autoroute de Pyrn (A9), viaduc traversant la vallée de la Steyr et pont en arc ».
- 13 Le 13 avril 2022, l'entité adjudicatrice a demandé au groupement sélectionné, en application de l'article 263, paragraphe 2, de la loi sur les marchés publics, d'apporter une rectification/un complément à l'attestation délivrée par l'autre partie contractante faisant apparaître la valeur exacte des travaux effectués sur le pont en arc et le viaduc de Steyr ou, alternativement, de faire confirmer par le représentant habilité du maître d'ouvrage (ASFINAG Bau Management GmbH) les allégations relatives à la construction du pont en arc et du viaduc de Steyr sur la liste corrigée des travaux réalisés.
- 14 Le 21 avril 2022, le groupement soumissionnaire sélectionné a communiqué à l'entité adjudicatrice les pièces complétant l'attestation qui faisait apparaître la valeur exacte des travaux portant sur l'infrastructure en question et une liste complétée mentionnant les travaux réalisés.
- 15 Le 22 avril 2022, le groupement soumissionnaire sélectionné a transmis à l'entité adjudicatrice le complément de pièces justificatives actualisées portant sur la référence « A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau Baulos 1, Talübergang Steyr und Rampenbrücke – Lot 1 : extension complète de la chaîne des tunnels de Klaus sur l'autoroute de Pyrn (A9), viaduc traversant la vallée de la Steyr et pont en arc ».

- 16 À l'issue du réexamen et de la réévaluation des offres, l'entité adjudicatrice a rendu, le 28 avril 2022, une nouvelle décision d'attribution par laquelle elle a de nouveau retenu l'offre du groupement d'opérateurs économiques composé de Strabag AG, Spittal an der Drau, République d'Autriche, Strabag d.o.o. Zagreb, République de Croatie et Strabag Rail a.s., Usti nad Labem, République tchèque. Il ressort du procès-verbal du réexamen et de la réévaluation des offres que l'entité adjudicatrice a une nouvelle fois admis la référence citée par le groupement soumissionnaire sélectionné, à savoir « Modernisation des passages à niveau de la ligne Pragersko-Hodoš », en ce qu'elle établit valablement le respect des conditions fixées au point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires. Outre cette référence, l'entité adjudicatrice a également admis la nouvelle référence, à savoir « A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau Baulos 1, Talübergang Steyr und Rampenbrücke – Lot 1 : extension complète de la chaîne des tunnels de Klaus sur l'autoroute de Pyrn (A9), viaduc traversant la vallée de la Steyr et pont en arc », jugeant que la nouvelle référence, compte tenu de la valeur en cause, satisfaisait à elle seule à la condition prévue au point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires.
- 17 La requérante a introduit un recours devant la défenderesse contre la nouvelle décision d'attribution du 28 avril 2022, en contestant la légalité du réexamen et de la réévaluation de l'offre sélectionnée. La requérante a fait valoir, entre autres, qu'en l'espèce, l'entité adjudicatrice ne disposait d'aucune base légale pour inviter le groupement soumissionnaire sélectionné à compléter, dans le cadre du réexamen et de la réévaluation de l'offre, les documents justificatifs actualisés déjà transmis, relatifs à la preuve des capacités techniques et professionnelles visées au point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires.
- 18 Dans le cadre de la procédure de recours, la défenderesse a conclu que l'entité adjudicatrice avait considéré à tort, à l'issue du réexamen et de la réévaluation des offres, que la référence « Modernisation des passages à niveau de la ligne Pragersko-Hodoš » satisfaisait aux conditions fixées au point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires. Toutefois, la défenderesse estime que le bien-fondé de cette allégation n'a pas d'incidence sur la solution de ce litige de nature administrative, puisque rien ne s'oppose légalement à l'acceptation d'une nouvelle référence (« A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau Baulos 1, Talübergang Steyr und Rampenbrücke – Lot 1 : extension complète de la chaîne des tunnels de Klaus sur l'autoroute de Pyrn (A9), viaduc traversant la vallée de la Steyr et pont en arc ») répondant aux conditions fixées par le point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires. Dès lors, le recours formé par la requérante a été rejeté par la décision attaquée.
- 19 Dans la motivation de la décision attaquée, la défenderesse a relevé que l'article 263, paragraphe 2, de la loi sur les marchés publics prévoit que l'entité adjudicatrice peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou expliquer les documents justificatifs actualisés déjà communiqués. La [défenderesse] fait valoir que la nouvelle procédure d'examen et d'évaluation des offres constitue une procédure distincte dans laquelle l'entité adjudicatrice est habilitée à demander

des clarifications ou des pièces complétant les documents justificatifs actualisés déjà transmis afin d'évaluer correctement les capacités techniques et professionnelles de l'opérateur économique concerné. Dans la procédure de réexamen et de réévaluation des offres, l'entité adjudicatrice est liée par la position juridique exposée par la défenderesse dans sa décision. Conformément à la loi sur les marchés publics, l'entité adjudicatrice est tenue d'examiner et d'évaluer les offres sur la base des conditions et des exigences figurant dans les documents de marché en utilisant tous les pouvoirs que lui confère le législateur et, sur la base des faits établis, de prendre une nouvelle décision dûment motivée. À cet effet, c'est-à-dire pour recueillir les preuves et établir les faits pertinents permettant de vérifier la validité de l'ensemble des références de l'offre économiquement la plus avantageuse dans le cadre d'une procédure de passation de marché public, l'entité adjudicatrice est autorisée, conformément à l'article 263 de la loi sur les marchés publics, à faire usage de la faculté de demander des clarifications et des pièces complétant les documents transmis. La défenderesse considère que l'on ne saurait déduire de l'article 263, paragraphe 2, de la loi sur les marchés publics que l'entité adjudicatrice ne pouvait demander qu'une seule fois des clarifications/compléments de pièces justificatives actualisées. Par conséquent, l'argument de la requérante, selon lequel l'entité adjudicatrice a enfreint les dispositions de l'article 263 de la loi sur les marchés publics et les principes de la passation des marchés en invitant le groupement soumissionnaire retenu à compléter les documents justificatifs actualisés, a été considéré comme non fondé.

- 20 Dans son recours devant la juridiction de céans, la requérante conteste notamment la légalité du comportement de l'entité adjudicatrice dans la procédure d'examen et d'évaluation des offres consécutive à la première décision de la défenderesse, en tirant grief, en particulier, des points suivants :
- l'invitation faite par l'entité adjudicatrice au groupement soumissionnaire sélectionné (sur le fondement de l'article 263, paragraphe 2, de la loi sur les marchés publics) à compléter les documents justificatifs actualisés déjà communiqués, relatifs à la preuve des capacités techniques et professionnelles visées au point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires figurant dans les documents de marché ;
 - l'acceptation d'une nouvelle référence qui ne figurait pas dans l'offre initiale du soumissionnaire retenu.
- 21 Selon la requérante, l'acceptation d'une nouvelle référence qui ne figurait pas dans l'offre initiale du soumissionnaire retenu a modifié l'offre de manière substantielle. Elle estime que, par le comportement exposé ci-dessus, l'entité adjudicatrice a agi de manière illégale, c'est-à-dire en violation du droit de l'Union applicable, et en particulier du principe d'égalité de traitement.

Dispositions pertinentes de la législation croate

22 LA LOI SUR LES MARCHÉS PUBLICS

La loi sur les marchés publics, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017, établit les règles de passation des marchés publics par un pouvoir adjudicateur, une entité adjudicatrice ou tout autre opérateur dans les cas spécifiés par la loi sur les marchés publics, en vue de l'attribution de marchés publics de fournitures, de travaux ou de services, de la conclusion d'un accord-cadre et de la mise en œuvre d'un concours.

Conformément à l'article 2 de la loi sur les marchés publics, cette loi contient des dispositions conformes aux actes de l'Union suivants :

1. 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 en dernier lieu par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la Commission, du 24 novembre 2015, modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés (JO 2015, L 307, p. 5) ;
2. la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243), telle que modifiée en dernier lieu par le règlement délégué (UE) 2015/2171 de la Commission du 24 novembre 2015 modifiant la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés (JO 2015, L 307, p. 7) ;
3. la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33), telle que modifiée en dernier lieu par la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (JO 2014, L 94, p. 1) ;
4. la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO 1992, L 76, p. 14), telle que modifiée en dernier lieu par la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (JO 2014, L 94, p. 1) ;

5. les articles 2, 12 et 13 de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (JO 2009, L 216, p. 76), telle que modifiée en dernier lieu par le règlement (UE) 2015/2340 de la Commission du 15 décembre 2015 modifiant la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés (JO 2015, L 330, p. 14).

Article 401 de la loi sur les marchés publics

(1) Tout opérateur économique ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public, un accord-cadre, un système d'acquisition dynamique ou un concours en particulier, et ayant été lésé ou risquant de l'être par une violation alléguée de ses droits subjectifs, a le droit de former un recours.

Article 398 de la loi sur les marchés publics

(1) La Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave [commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics] est compétente pour statuer sur les recours formés conformément aux dispositions de la présente loi et de la réglementation régissant les marchés publics dans le domaine de la défense et de la sécurité.

Article 399 de la loi sur les marchés publics

(3) Dans le cadre de la procédure de recours, il est statué sur la légalité des procédures, des actes, des omissions et des décisions prises dans les procédures de passation de marchés publics, ainsi que sur la légalité des marchés publics et des accords-cadres conclus sans engager de procédure de passation de marché public.

Article 403 de la loi sur les marchés publics

(3) Le pouvoir adjudicateur est tenu d'établir l'existence des faits et circonstances sur la base desquels il a pris des décisions relatives aux droits, adopté des mesures ou s'est abstenu de le faire, et conduit les procédures ayant donné lieu au recours.

Article 434 de la loi sur les marchés publics

(1) Les décisions de la commission nationale ne sont pas susceptibles de recours, mais un recours contentieux administratif peut être formé devant le Visoki upravni sud [cour administrative d'appel] de la République de Croatie.

(3) La décision dans la procédure administrative est rendue dans un délai de 30 jours à compter de l'introduction d'un recours régulier.

(4) Si le Visoki upravni sud [cour administrative d'appel] de la République de Croatie annule la décision de la commission nationale, il statue également sur le recours introduit dans la procédure de passation de marché public.

Conformément à l'article 342 de la loi sur les marchés publics, parmi les activités sectorielles figurent également les activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble.

Article 335 de la loi sur les marchés publics

(1) Cette partie de la loi contient des dispositions particulières applicables par le pouvoir adjudicateur lorsqu'il acquiert des fournitures, des travaux ou des services aux fins de l'exercice d'activités sectorielles.

(2) Sauf disposition contraire de cette partie de la loi, le pouvoir adjudicateur sectoriel applique les dispositions pertinentes de la deuxième partie de la présente loi.

Article 4 de la loi sur les marchés publics

(1) Dans l'application de la présente loi, le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter, à l'égard de tous les opérateurs économiques, le principe de la libre circulation des marchandises, le principe de la liberté d'établissement et le principe de libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, tels que le principe de concurrence, le principe d'égalité de traitement, le principe de non-discrimination, le principe de reconnaissance mutuelle, le principe de proportionnalité et le principe de transparence.

Article 263 de la loi sur les marchés publics

(2) Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliquer les documents reçus en application des articles 2 et 4 de la présente section.

Article 290 de la loi sur les marchés publics

(1) Après l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur examine et évalue les offres sur la base des conditions et des exigences des documents de marché et établit un procès-verbal.

Article 293 de la loi sur les marchés publics

(1) Lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par les opérateurs économiques sont ou semblent incomplets ou erronés, ou lorsque certains documents sont manquants, le pouvoir adjudicateur peut demander aux opérateurs économiques concernés, dans le respect des principes d'égalité de

traitement et de transparence, de compléter, clarifier, préciser ou présenter les informations ou les documents nécessaires dans un délai approprié d'au moins de cinq jours.

(2) Les actes pris en vertu du paragraphe 1 du présent article ne sauraient conduire à des négociations concernant les critères d'attribution du marché ou de l'objet du marché proposé.

La législation de l'Union

- 23 Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (ci-après la « directive 2014/25/UE »)

Article 1^{er}

Objet et champ d'application

1. La présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de marchés par des entités adjudicatrices en ce qui concerne les marchés, ainsi que les concours, dont la valeur estimée atteint ou dépasse les seuils énoncés à l'article 15.

Article 15

Montants des seuils

À moins qu'ils ne soient exclus en vertu des exclusions prévues aux articles 18 à 23 ou conformément à l'article 34 concernant la poursuite de l'activité en question, 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) 5 186 000 EUR pour les marchés de travaux ;

Article 11

Services de transport

La présente directive s'applique aux activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble.

Article 36

Principes de la passation de marchés

1. Les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.

[Section 3] Choix des participants et attribution des marchés

Article 76

Principes généraux

4. Lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par les opérateurs économiques sont ou semblent incomplets ou erronés, ou lorsque certains documents sont manquants, les entités adjudicatrices peuvent, sauf disposition contraire du droit national mettant en œuvre la présente directive qui sont applicables, demander aux opérateurs économiques concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence.

Considérant 38

Il existe une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles de passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre pouvoirs adjudicateurs. La jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne fait l'objet d'interprétations divergentes entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs. Étant donné que cette jurisprudence s'appliquerait également aux pouvoirs publics lorsqu'ils opèrent dans les secteurs couverts par la présente directive, il convient de faire en sorte que les mêmes règles s'appliquent et soient interprétées de la même façon dans le cadre à la fois de la présente directive et de la directive 2014/24/UE.

Motivation de la demande de décision préjudicielle

- 24 Selon la juridiction de céans, il n'est pas contesté que, dans les circonstances de l'espèce, suite à l'annulation par la défenderesse de la première décision d'attribution, l'entité adjudicatrice était autorisée à demander au soumissionnaire des documents complémentaires (preuves) permettant d'établir la validité de la référence « Modernisation des passages à niveau de la ligne Pragersko-Hodoš », qui figurait dans l'offre initiale du groupement soumissionnaire retenu, et dont la validité avait été évaluée lors de la première procédure de recours devant la défenderesse. En outre, eu égard aux motifs d'annulation de la première décision d'attribution, il s'agissait, pour l'entité adjudicatrice, d'une obligation découlant de la décision de la défenderesse du 10 mars 2022.
- 25 La juridiction de céans souscrit à la conclusion exposée par la défenderesse dans la décision attaquée, selon laquelle, même après que les documents du groupement soumissionnaire retenu relatifs à la référence « Modernisation des passages à niveau de la ligne Pragersko-Hodoš » aient été complétés, ou après la

motivation supplémentaire de l'entité adjudicatrice expliquant les raisons de l'acceptation de cette référence, cette dernière ne satisfait pas aux conditions fixées au point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires. Dès lors, c'est à tort que l'entité adjudicatrice a estimé, lors du réexamen et de la réévaluation des offres, que cette référence satisfaisait aux exigences en matière de capacités techniques et professionnelles visées au point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires.

- 26 En bref, la juridiction de céans estime que même l'offre complétée du groupe soumissionnaire retenu (dans la partie concernant la référence « Modernisation des passages à niveau de la ligne Pragersko-Hodoš ») ne satisfait pas aux exigences visées au point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires et qu'à ce titre, elle ne devrait pas être sélectionnée.
- 27 Toutefois, dans le cadre de la procédure consécutive à la première décision de la défenderesse, par laquelle cette dernière a annulé la première décision d'attribution, l'entité adjudicatrice a invité le groupement soumissionnaire retenu à présenter une liste complétée faisant état des travaux réalisés au titre du point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires et une attestation délivrée par l'autre partie contractante certifiant la conformité et l'achèvement des travaux, puis lui a demandé d'apporter une rectification/un complément à cette attestation. Le groupement soumissionnaire retenu a présenté la liste des travaux réalisés, complétée par une nouvelle référence, ainsi que l'attestation complétée. L'entité adjudicatrice a accepté la nouvelle référence du groupement soumissionnaire retenu « A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau Baulos 1, Talübergang Steyr und Rampenbrücke – Lot 1 : extension complète de la chaîne des tunnels de Klaus sur l'autoroute de Pyrn (A9), viaduc traversant la vallée de la Steyr et pont en arc », celle-ci satisfaisant aux exigences du point 4.3.a. des instructions aux soumissionnaires.
- 28 La question de la recevabilité de la demande visant à compléter la liste des travaux réalisés au sens du point 4.3.a des instructions aux soumissionnaires (en plus de la référence qui faisait partie de l'offre initiale), ainsi que les autres documents relatifs aux nouvelles références, a été soulevée devant la juridiction de céans. En outre, la juridiction de céans remet en cause la légalité de l'admission d'une nouvelle référence qui ne figurait pas dans l'offre initiale et qui n'a été communiquée qu'après l'invitation de l'entité adjudicatrice à compléter les documents (après l'expiration du délai de dépôt des offres). L'entité adjudicatrice a accepté la référence du groupement soumissionnaire retenu, non incluse dans l'offre initiale, et la défenderesse a estimé que l'offre du groupement soumissionnaire retenu était valable, étant entendu que cette conclusion était précisément fondée sur la nouvelle référence qui répondait aux exigences du point 4.3.a des instructions aux soumissionnaires.
- 29 La juridiction de céans se fonde sur l'arrêt rendu par la Cour de justice le 4 mai 2017, dans l'affaire *Esaprojekt* (C-387/14, EU:C:2017:338), qui portait sur une situation factuelle très similaire à celle en cause dans la présente espèce

[OMISSIS]. Dans cette affaire, c'était la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114) qui était applicable.

- 30 Si l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Esaprojekt* est également pertinent aux fins de l'interprétation de la directive 2014/24/UE, qui a remplacé la directive 2004/18/CE, la juridiction de céans considère que, dans le cas particulier des marchés publics, il y a lieu d'interpréter le droit de l'Union – la directive 2014/25/UE applicable en l'espèce.
- 31 En effet, dans le cas concret de la passation du marché public, il s'agit d'une entité adjudicatrice sectorielle. L'entité adjudicatrice est la société HŽ Infrastruktura d.o.o., qui est chargée de la gestion, de l'entretien et de la construction d'infrastructures ferroviaires. Cette société gère l'infrastructure ferroviaire de la République de Croatie et s'occupe de l'organisation et de la régulation du trafic ferroviaire, de veiller à l'accès à l'infrastructure ferroviaire et à son utilisation par l'ensemble des transporteurs ferroviaires remplissant les conditions de la Zakon o željeznici (loi croate sur les chemins de fer), de l'organisation des transports publics et du transport pour compte propre, de l'entretien et de la modernisation de l'infrastructure ferroviaire, de sa protection et des opérations d'investissement dans la construction de l'infrastructure ferroviaire.
- 32 Il ressort des documents du pouvoir adjudicateur, publiés au bulletin électronique des marchés publics de la République de Croatie, qu'il s'agit, en l'occurrence, d'un marché public sectoriel et d'une entité adjudicatrice sectorielle, et que la valeur estimée du marché public est de 2 042 900 000,00 HRK (hors TVA), ce qui correspond à 271 139 425,31 EUR (hors TVA).

ÉLÉMENTS DE PREUVE : avis de marché – marchés publics sectoriels du 4 septembre 2020, procès-verbal de l'entité adjudicatrice concernant le réexamen et la réévaluation des offres du 28 avril 2022, décision de sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse du 28 avril 2022 (en annexe à la demande).

- 33 Il résulte de ce qui précède que la directive 2014/25 est applicable en l'espèce.
- 34 La juridiction de céans se demande si les considérations formulées par la Cour dans l'arrêt *Esaprojekt* s'appliquent à l'interprétation de la directive 2014/25/UE qui est applicable à la procédure de passation de marché en cause. En effet, la directive 2014/25/UE ne contient pas de dispositions correspondant aux dispositions de l'article 51 de la directive 2004/18/CE, lesquelles ont été interprétées par la Cour, en combinaison avec l'article 2 de ladite directive, dans l'arrêt *Esaprojekt* (C-387/14).
- 35 La juridiction de céans considère que, dans le cas concret de la passation de marché public, les dispositions combinées de l'article 76 et de l'article 36 de la directive 2014/25/UE, qui régissent les principes en matière de marchés publics, sont applicables dans la mesure où elles renvoient au principe d'égalité de traitement.

- 36 Étant donné que, selon les informations disponibles, la Cour de justice n'a pas expressément précisé si la jurisprudence relative à la directive 2014/24/UE (par laquelle la directive 2004/18 a été remplacée) concernait aussi la directive 2014/25/UE, la juridiction de céans estime qu'il est nécessaire de poser une question préjudicielle sur l'interprétation de la directive 2014/25/UE.

Questions préjudicielles

- 37 La juridiction de céans émet des doutes sur le point de savoir si les dispositions combinées de l'article 76 et de l'article 36 de la directive 2014/25/UE permettent [à l'entité adjudicatrice] de demander que les documents soient complétés par une nouvelle référence ou d'admettre les nouvelles références du soumissionnaire sélectionné, après que la première décision d'attribution a été annulée dans la procédure précédente, et que l'affaire a été renvoyée à l'entité adjudicatrice aux fins d'une nouvelle procédure d'examen et d'évaluation des offres dans le but de compléter les documents se rapportant à l'offre initiale.
- 38 Par ordonnance du 20 septembre 2022, le Visoki upravni sud (cour administrative d'appel) a, sur le fondement de l'article 45, paragraphe 2, point 1, du Zakon o upravnim sporovima (loi sur le contentieux administratif) (« Narodne novine », n° 20/10, 143/12, 152/14, 94/16), sursis à statuer dans le cadre de la procédure administrative et saisi la Cour d'une demande d'interprétation du droit de l'Union :

1. **Les dispositions combinées de l'article 76 et de l'article 36 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, autorisent-elles une entité adjudicatrice à prendre en compte des documents que le soumissionnaire a présentés pour la première fois après l'expiration du délai de dépôt des offres, alors que ces documents ne figuraient pas dans l'offre initiale et qu'ils prouvent des faits que le soumissionnaire n'avait pas mentionnés dans l'offre initiale ?**
2. **En cas de réponse affirmative à la première question, les dispositions combinées de l'article 76 et de l'article 36 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à ce que, suite à l'annulation de la première décision d'attribution et du renvoi de l'affaire à l'entité adjudicatrice aux fins d'une nouvelle procédure d'examen et d'évaluation des offres, l'entité adjudicatrice demande à un opérateur économique de présenter**

des documents complémentaires prouvant le respect des conditions de participation à la procédure de passation du marché public qui ne figuraient pas dans l'offre initiale, tels que la liste des travaux réalisés complétée par une référence, laquelle n'était pas mentionnée dans la liste initiale des travaux ou ne faisait pas partie intégrante de l'offre initiale ?

- 3. Les dispositions combinées de l'article 76 et de l'article 36 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à ce que, suite à l'annulation de la première décision d'attribution et du renvoi de l'affaire à l'entité adjudicatrice aux fins d'une nouvelle procédure d'examen et d'évaluation des offres, un opérateur économique présente à l'entité adjudicatrice des documents prouvant le respect des conditions de participation à la procédure de passation de marché public qui ne figuraient pas dans l'offre initiale, tels que la liste des travaux réalisés complétée par une référence, laquelle n'était pas mentionnée dans la liste initiale des travaux ou ne faisait pas partie intégrante de l'offre initiale ?**

Zagreb le 10 octobre 2022

[OMISSIS]