



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 28 janvier 2021¹

Affaire C-6/20

Sotsiaalministeerium
contre
Riigi Tugiteenuste Keskus, anciennement Innove SA
en présence de :
Rahandusministeerium

[demande de décision préjudicielle formée par la Tallinna Ringkonnakohus (cour d'appel de Tallinn, Estonie)]

« Renvoi préjudiciel – Directive 2004/18/CE – Marchés publics – Critères de sélection qualitative – Article 2 – Traitement non discriminatoire et sur un pied d'égalité – Article 26 – Conditions d'exécution du marché – Article 46 – Habilitation à exercer l'activité professionnelle obtenue dans un autre État de l'Union – Règlement (CE) n° 852/2004 – Hygiène des denrées alimentaires – Article 6 – Exigence d'un agrément ou d'un enregistrement délivré par l'autorité nationale de sécurité alimentaire du pays où se situe l'établissement à partir duquel le service sera fourni – Moment auquel l'agrément ou l'enregistrement est présenté au pouvoir adjudicateur »

1. La législation estonienne prévoit que lorsque l'exécution d'un marché public est subordonnée à des exigences spécifiques, le soumissionnaire doit démontrer qu'il y satisfait en joignant *au moment de la présentation de l'offre*, sous peine d'exclusion, les autorisations délivrées par les autorités estoniennes ou la preuve qu'il est dûment enregistré.
2. Durant les années 2015 et 2017, le Sotsiaalministeerium (ministère des Affaires sociales, Estonie) a annoncé l'organisation de deux procédures de passation de marchés publics pour la fourniture d'aide alimentaire aux personnes défavorisées. Lors de la présentation de leur offre, les soumissionnaires devaient démontrer qu'ils avaient obtenu les autorisations d'exploitation auprès de l'autorité estonienne compétente ou qu'ils étaient inscrits dans les registres nationaux pertinents.
3. Innove SA, qui est l'organisme responsable de la gestion des aides financées par des fonds européens², et le Rahandusministeerium (ministère des Finances, Estonie) se sont opposés au ministère des Affaires sociales sur la question de la compatibilité de ces conditions avec le droit de l'Union. Ces divergences n'ayant pu être résolues par la voie administrative, le ministère des Affaires sociales a saisi les juridictions estoniennes afin de contester, sur le fondement du règlement (CE) n° 852/2004³, la décision par laquelle Innove s'était opposée à sa position.

¹ Langue originale : l'espagnol.

² D'après les informations fournies par le gouvernement estonien en réponse à une question de la Cour, Innove était, jusqu'au 31 mars 2020, l'« organisme de mise en œuvre » national de l'opération 14.1.1 « Fonds européen d'aide en faveur des personnes les plus démunies – achat et distribution de denrées alimentaires ». La décision de renvoi indique à plusieurs reprises que les fournitures de denrées alimentaires concernées par les marchés publics étaient cofinancées à l'aide des fonds structurels de l'Union européenne.

³ Règlement du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relatif à l'hygiène des denrées alimentaires (JO 2004, L 139, p. 1).

4. La juridiction appelée à statuer sur ce litige⁴ relatif aux conditions du marché a saisi la Cour d'une demande de décision préjudicielle à laquelle celle-ci doit répondre. Il conviendra d'analyser en particulier : a) si l'obligation de produire les autorisations nationales ou les preuves d'enregistrement conjointement aux offres constitue un obstacle à l'égalité et à la libre concurrence entre soumissionnaires de marchés publics et b) si la directive 2004/18/CE⁵ peut être interprétée d'une manière cohérente avec les exigences du règlement n° 852/2004.

I. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La directive 2004/18

5. En vertu de l'article 2 de la directive 2004/18 (« Principes de passation des marchés ») :

« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. »

6. L'article 26 (« Conditions d'exécution du marché ») de cette directive dispose :

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit [de l'Union] et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales. »

7. Conformément à l'article 46 (« Habilitation à exercer l'activité professionnelle ») de ladite directive :

« Tout opérateur économique désireux de participer à un marché public peut être invité à justifier de son inscription au registre de la profession ou au registre du commerce ou à fournir une déclaration sous serment ou un certificat, tels que précisés à l'annexe IX A pour les marchés publics de travaux, à l'annexe IX B pour les marchés publics de fournitures et à l'annexe IX C pour les marchés publics de services, et conformément aux conditions prévues dans l'État membre où il est établi.

Dans les procédures de passation des marchés publics de services, lorsque les candidats ou les soumissionnaires ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation. »

⁴ Le litige peut être qualifié d'« atypique », puisqu'il apparaît qu'aucun des opérateurs économiques qui ont ou auraient pu participer à l'appel d'offres ne s'est opposé aux conditions auxquelles il était soumis ni au résultat de la procédure d'adjudication. Toutes les parties au principal sont des organes du gouvernement estonien, qui, dans ses observations devant la Cour, se montre favorable à la thèse du ministère des Affaires sociales et s'oppose à celle d'Innove et du ministère des Finances. Ce dernier a pour sa part suggéré devant la juridiction de première instance que la procédure adéquate de résolution des différends entre ces organes était celle prévue aux « articles 3 et 4 de la perioodi 2014-2020 struktuuritoetus seadus [loi relative à l'aide structurelle pour la période 2014-2020] et à l'article 101 de la Vabariigi Valitsuse seadus [loi relative au gouvernement de la République] ».

⁵ Directive 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).

2. Le règlement n° 852/2004

8. Aux termes de l'article 2 du règlement n° 852/2004 (« Définitions ») :

« 1. Aux fins du présent règlement, on entend par :

[...]

c) "établissement" : toute unité d'une entreprise du secteur alimentaire ;

[...] »

9. L'article 6 (« Contrôles officiels, enregistrement et agrément ») de ce règlement dispose :

« 1. Les exploitants du secteur alimentaire coopèrent avec les autorités compétentes conformément aux autres dispositions législatives [de l'Union] applicables ou, lorsqu'il n'en existe pas, au droit national.

2. En particulier, tout exploitant du secteur alimentaire notifie à l'autorité compétente appropriée, en respectant les exigences de celle-ci, chacun des établissements dont il a la responsabilité et qui mettent en œuvre l'une des étapes de la production, de la transformation et de la distribution des denrées alimentaires, en vue de l'enregistrement d'un tel établissement.

Les exploitants du secteur alimentaire veillent, en outre, à ce que les autorités compétentes disposent en permanence d'informations à jour sur les établissements, y compris en signalant toute modification significative de leurs activités et/ou toute fermeture d'un établissement existant.

3. Toutefois, les exploitants du secteur alimentaire veillent à ce que les établissements soient agréés par les autorités compétentes, à la suite d'au moins une inspection sur place, lorsque l'agrément est exigé :

a) en vertu du droit national de l'État membre dans lequel se situe l'établissement ;

b) conformément au règlement (CE) n° 853/2004 [du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, fixant des règles spécifiques d'hygiène applicables aux denrées alimentaires d'origine animale (JO 2004, L 139, p. 55)],

ou

c) par une décision arrêtée par la Commission. Cette mesure, qui vise à modifier des éléments non essentiels du présent règlement, est arrêtée en conformité avec la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 14, paragraphe 3.

Tout État membre exigeant l'agrément de certains établissements situés sur son territoire en vertu du droit national, comme prévu au point a), informe la Commission et les autres États membres des règles de droit national pertinentes. »⁶.

⁶ Les points b) et c) du paragraphe 3 ont été respectivement formulés conformément au rectificatif au règlement n° 852/2004 (JO 2004, L 226, p. 3), et au règlement (CE) n° 219/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2009, portant adaptation à la décision 1999/468/CE du Conseil de certains actes soumis à la procédure visée à l'article 251 du traité, en ce qui concerne la procédure de réglementation avec contrôle – Adaptation à la procédure de réglementation avec contrôle – deuxième partie (JO 2009, L 87, p. 109).

B. Le droit estonien

1. La riigihangete seadus

10. L'article 39, paragraphe 1, de la riigihangete seadus⁷ dispose :

« Le pouvoir adjudicateur doit vérifier si la situation économique et financière et la compétence technique et professionnelle du soumissionnaire ou du candidat sont conformes aux conditions prévues par l'avis de marché en matière de qualification. Les conditions en matière de qualification doivent être suffisantes pour prouver l'aptitude du soumissionnaire ou du candidat à exécuter le marché public, tout en étant pertinentes et proportionnées au regard de la nature, de la quantité et de l'objectif des biens, des services ou des travaux qui constituent l'objet du marché public. »

11. En vertu de l'article 41, paragraphe 3, de la RHS v.r :

« Lorsque le législateur prévoit des exigences spécifiques pour une activité devant être effectuée en vertu du marché public, le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché, les exigences spécifiques devant être remplies, ainsi que les enregistrements et les autorisations d'exploitation nécessaires pour la qualification du soumissionnaire ou du candidat. Afin de pouvoir vérifier que les exigences spécifiques prévues par les dispositions légales sont remplies, le pouvoir adjudicateur exige, dans l'avis de marché, que le soumissionnaire ou le candidat produise la preuve qu'il dispose d'une autorisation d'exploitation ou d'un enregistrement ou qu'il remplit une autre exigence spécifique, ou la preuve qu'il est membre d'une organisation pertinente au sens de la législation de l'État dans lequel il est établi, à moins que le pouvoir adjudicateur puisse, sans frais majeurs, obtenir ces preuves en se reportant aux données publiques d'une base de données. Si le soumissionnaire ou le candidat ne dispose pas de l'autorisation d'exploitation ou de l'enregistrement en cause, ou s'il n'est pas membre de l'organisation pertinente au sens de la législation de l'État dans lequel il est établi, le pouvoir adjudicateur disqualifie le soumissionnaire ou le candidat. »

2. La toiduseadus

12. L'article 8 de la toiduseadus⁸ (« Obligation de détenir une autorisation ») dispose :

« 1. L'opérateur économique doit être titulaire d'une autorisation d'exploitation pour une activité dans le secteur alimentaire dans les établissements suivants :

- 1) un établissement au sens de l'article 6, paragraphe 3, sous b) et c), du règlement [n° 852/2004] ;
- 2) un établissement dans lequel les opérations relatives aux produits primaires d'origine animale n'impliquent aucune modification de la forme ou des caractéristiques initiales de ceux-ci, sauf s'il s'agit d'un établissement ayant pour objet la production primaire de ces produits, et dans lequel le producteur effectue des opérations connexes au sens du règlement [n° 852/2004] ;
- 3) un établissement où les opérations relatives aux produits primaires d'origine non animale impliquent la modification de la forme et des caractéristiques initiales de ceux-ci, sauf s'il s'agit d'un établissement visé à l'annexe II, chapitre III, du règlement [n° 852/2004] ;

⁷ Loi relative aux marchés publics dans sa version applicable jusqu'au 31 août 2017 (RT I, 25 octobre 2016, 20, ci-après la « RHS v.r »).

⁸ Loi relative aux denrées alimentaires (RT I 1999, 30, 415, ci-après la « ToiduS »).

- 4) un établissement où il est procédé à la transformation des denrées alimentaires, notamment à la préparation ou au conditionnement de celles-ci, sauf s'il s'agit du conditionnement de produits primaires d'origine non animale ou s'il s'agit d'un établissement visé à l'annexe II, chapitre III, du règlement [n° 852/2004] ;
- 5) un établissement dont les opérations portent sur des denrées alimentaires d'origine animale, qui distribue celles-ci à un autre opérateur et qui est visé à l'annexe II, chapitre III, du règlement [n° 852/2004] ;
- 6) un établissement où sont entreposées des denrées alimentaires qui, en vue de la garantie de la sécurité alimentaire, doivent être entreposées à une température différente de la température ambiante ;
- 7) un établissement qui est un commerce de détail portant notamment sur des denrées alimentaires qui, en vue de la garantie de la sécurité alimentaire, doivent être entreposées à une température différente de la température ambiante, sauf s'il s'agit d'un établissement visé à l'annexe II, chapitre III, du règlement [n° 852/2004] ;

[...]

2. L'autorisation d'exploitation accorde le droit à l'opérateur économique de commencer et d'exercer une activité économique dans l'établissement ou dans la partie de l'établissement figurant dans l'autorisation d'exploitation.

3. Le ministre responsable en la matière établit, par voie réglementaire, une liste détaillée des domaines d'exploitation et des catégories de denrées alimentaires pour lesquels l'opérateur doit détenir une autorisation d'exploitation. »

13. Conformément à l'article 10 de la ToiduS :

« L'autorisation d'exploitation est délivrée à l'opérateur économique si son établissement ou l'établissement qu'il utilise pour son activité d'exploitant du secteur alimentaire est conforme aux exigences prévues par les règlements [n°s 852/2004 et 853/2004] et par d'autres dispositions pertinentes en matière de denrées alimentaires. »

II. Les faits, la procédure au principal et les questions préjudicielles

14. Durant les années 2015 et 2017, le ministère des Affaires sociales a annoncé l'organisation de deux procédures ouvertes de marché public (n°s 157505 et 189564) pour la fourniture « d'aide alimentaire en faveur des personnes les plus démunies ». La valeur de chaque marché dépassait quatre millions d'euros⁹.

15. Aux termes de l'avis de marché n° 157505, les soumissionnaires devaient disposer de l'agrément du Veterinaar- ja Toiduamet (office alimentaire et vétérinaire, Estonie) et présenter le certificat correspondant ainsi que le numéro d'agrément.

⁹ Aucune information n'a été fournie quant à la date d'ouverture de la procédure de l'année 2017, mais la juridiction de renvoi ne donne aucune indication suggérant que 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 (JO 2014, L 94, p. 65) puisse s'appliquer.

16. Au cours de la procédure de passation de marché, les conditions du marché n° 157505 ont été modifiées en ce sens qu'il suffisait de joindre une attestation relative au respect des obligations en matière d'information et d'autorisation prévues par la ToiduS. Le marché n° 189564 a fait l'objet d'une décision identique.

17. À l'issue de ces deux procédures, des accords-cadres ont été conclus avec trois soumissionnaires. Le marché a finalement été attribué à la société Sanitex OÜ (filiale estonienne de UAB Sanitex, société mère établie en Lituanie), qui avait présenté l'offre la plus avantageuse du point de vue économique lors du *mini-concours* organisé au titre des accords-cadres.

18. Les achats effectués en vertu des marchés publics portaient sur des denrées alimentaires en provenance d'Estonie, de Lettonie, de Lituanie, ainsi que d'autres pays de l'Union.

19. Par une décision de correction financière prise le 30 octobre 2018¹⁰ dans le cadre de ses fonctions, Innove a rejeté les demandes de paiement (pour un montant de 463 291,55 euros) introduites par le ministère des Affaires sociales au titre de ces marchés publics.

20. La décision de correction financière était fondée sur le manquement du ministère des Affaires sociales à l'obligation de respecter les dispositions de la RHS v.r¹¹.

21. Innove a estimé que les deux marchés publics avaient été soumis à des critères de sélection qui réduisaient indûment l'éventail des soumissionnaires, en particulier celui des soumissionnaires étrangers. La restriction injustifiée consistait à exiger des soumissionnaires qu'ils disposent d'une autorisation de l'autorité estonienne ou démontrent avoir rempli l'obligation d'enregistrement en Estonie.

22. Selon Innove, le fait que les soumissionnaires étrangers puissent satisfaire à ces exigences en s'appuyant sur les moyens d'une autre personne ou en présentant une offre commune conjointement avec une entreprise qui y répond n'évitait pas que l'éventail des soumissionnaires soit excessivement restreint, ces derniers étant dissuadés de participer à l'appel d'offres.

23. Le ministère des Affaires sociales a formé un recours gracieux contre la décision de correction financière, qui a été rejeté par Innove le 25 janvier 2019.

24. Le ministère des Affaires sociales a introduit un recours en annulation de cette décision de rejet devant le Tallinna Halduskohus (tribunal administratif de Tallinn, Estonie). En substance, ce ministère a fait valoir ce qui suit :

- les avis de marché sont conformes à la loi, car ils ne conféraient aucun pouvoir d'appréciation permettant de déterminer à quel stade de la procédure l'exigence d'une autorisation d'exploitation devait être remplie ;
- les exigences spécifiques sont conformes à la loi et correspondent aux exigences d'enregistrement et d'agrément prévues à l'article 6 du règlement n° 852/2004 ;
- la décision attaquée considère à tort que l'article 46 de la directive 2004/18 ne permet pas au pouvoir adjudicateur de demander une quelconque autorisation d'exploitation ; dès lors qu'il s'agit d'intervenir physiquement sur des denrées alimentaires en Estonie, l'adjudicataire ou l'entrepôt qu'il utilise en vertu d'un contrat ou d'un contrat de sous-traitance doit disposer d'une autorisation

¹⁰ Ci-après la « décision de correction financière ».

¹¹ Cette obligation était imposée par la perioodi 2014-2020 struktuuritoetuse seadus (loi relative à l'aide structurelle pour la période 2014-2020).

d'exploitation délivrée par l'office alimentaire et vétérinaire. Il n'y a pas de reconnaissance mutuelle entre les États membres en matière d'autorisations d'exercer l'activité de manipulation de denrées alimentaires ;

- le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas admettre un soumissionnaire qui ne dispose que d'une autorisation d'exploitation délivrée par l'État dans lequel il est établi. Le soumissionnaire disposait en outre d'un délai suffisant pour mener à bien la procédure d'agrément en Estonie.

25. Innove s'est opposée au recours du ministère des Affaires sociales et a soutenu ce qui suit :

- même s'il semble qu'une interprétation littérale de l'article 41, paragraphe 3, de la RHS v.r, pourrait permettre au pouvoir adjudicateur d'exiger du soumissionnaire qu'il produise l'autorisation d'exploitation ou l'enregistrement requis par la législation estonienne afin de démontrer qu'il répond aux exigences spécifiques, cette exigence doit être interprétée au regard des dispositions du droit de l'Union (en particulier de la directive 2004/18) et de la jurisprudence ;
- la condition imposant aux soumissionnaires de satisfaire aux exigences spécifiques prévues par le droit estonien dès la présentation de l'offre est incompatible avec le principe d'égalité de traitement consacré à l'article 3, point 3, de la RHS v.r ;
- selon la jurisprudence de la Cour, le principe d'égalité de traitement s'oppose à ce que la participation à une procédure de passation d'un marché public soit subordonnée à des conditions imposant aux soumissionnaires de connaître la pratique de l'État dans lequel le pouvoir adjudicateur est établi¹² ;
- il conviendrait de déterminer si les soumissionnaires qui avaient précédemment fourni des services dans un autre État membre et ceux qui avaient précédemment exercé des activités liées aux denrées alimentaires en Estonie se trouvaient dans une situation identique au regard de l'exigence litigieuse.

26. Le ministère des Finances est intervenu en soutien de la position d'Innove. Selon lui, les critères de sélection repris dans l'avis de marché étaient inadéquatement restrictifs. Ce ministère a notamment fait valoir ce qui suit :

- les soumissionnaires étrangers qui n'opèrent pas en Estonie doivent satisfaire aux exigences de l'État dans lequel ils exercent leur activité et sont soumis au contrôle de l'autorité compétente de l'État dans lequel ils sont établis ;
- l'obligation d'enregistrement ou de disposer d'une autorisation est une exigence résultant du droit de l'Union, qui s'applique dans toute l'Union ;
- pour que la restriction imposée aux soumissionnaires étrangers soit proportionnée et assure simultanément au pouvoir adjudicateur qu'il ne s'agit pas d'opérateurs ne remplissant pas les conditions légales, ce dernier aurait dû leur permettre de joindre une autorisation ou un certificat équivalent, délivré par leur État d'établissement ou par une autre autorité compétente. L'obligation de satisfaire aux exigences résultant du droit estonien nécessaires au respect du marché n'aurait pu être imposée aux soumissionnaires étrangers qu'au moment de son exécution.

¹² Innove invoquait à cet égard les arrêts du 14 décembre 2016, *Connexxion Taxi Services* (C-171/15, EU:C:2016:948, point 42), et du 2 juin 2016, *Pizzo* (C-27/15, EU:C:2016:404, points 45, 46 et 51).

27. Par jugement du 22 mai 2019, le Tallinna Halduskohus (tribunal administratif de Tallinn) a rejeté le recours, en substance, pour les raisons suivantes :

- l'exigence litigieuse entraîne une inégalité de traitement des soumissionnaires étrangers, qui ne sauraient se conformer à l'obligation d'enregistrement ou d'autorisation au moment de la présentation de l'offre lorsqu'ils n'ont exercé aucune activité antérieure en Estonie ;
- les soumissionnaires estoniens qui ont pu acquérir une expérience antérieure en exerçant leur activité dans leur pays se trouvent dans une situation plus avantageuse que les opérateurs économiques ayant acquis une expérience similaire dans d'autres États membres¹³ ;
- l'exigence en vertu de laquelle le soumissionnaire devrait, parallèlement à la préparation de l'offre, demander une autorisation pour l'exercice d'une activité d'exploitant du secteur alimentaire est disproportionnée ;
- la demande d'autorisation prévue par la ToiduS suppose notamment la communication d'une activité concrète soumise à autorisation et l'indication des capacités. Or, au moment de la soumission de l'offre, ces informations ne sont pas encore disponibles, étant donné que le soumissionnaire ne sait pas encore si son offre sera retenue ni quels sont les volumes dont il doit tenir compte. L'objectif de cette loi n'est par ailleurs pas de demander une autorisation pour des activités hypothétiques et il se peut en outre qu'il ne soit pas possible de demander une autorisation pour des raisons de délai.

28. Le ministère des Affaires sociales a fait appel du jugement de première instance devant la Tallinna Ringkonnakohus (cour d'appel de Tallinn, Estonie) qui, dans sa décision de renvoi, expose notamment ce qui suit :

- le litige porte, pour l'essentiel, sur la question de savoir s'il était possible d'imposer, à titre de condition pour la participation à la procédure de passation des marchés publics, l'exigence que le soumissionnaire dispose au préalable d'un agrément délivré par une autorité estonienne conformément à la ToiduS ou qu'il ait rempli ses obligations en matière d'enregistrement en Estonie ;
- ces conditions, prévues par le règlement n° 852/2004, sont instaurées en vue de garantir la sécurité alimentaire. Comme les conditions de certification ou d'autorisation de l'autorité compétente en vue de commencer à exercer une activité dans un autre État membre que l'État d'origine ne sont pas totalement harmonisées, un opérateur économique ne peut pas s'appuyer sur l'agrément délivré par son État d'origine, mais doit obtenir la délivrance d'une nouvelle autorisation ou d'un nouvel enregistrement par l'État membre du lieu de l'activité ;
- le fait de qualifier un soumissionnaire en se fondant sur sa promesse de demander l'autorisation d'exploitation ou l'enregistrement est de nature à mettre en péril l'exécution du marché si le soumissionnaire ne remplit pas cette obligation ou s'il n'est pas en mesure d'effectuer son activité conformément aux conditions d'obtention de l'autorisation ou de l'enregistrement. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit procéder à une nouvelle procédure de passation de marchés publics ;

13 Le Tallinna Halduskohus (tribunal administratif de Tallinn) s'est référé au *Guide d'orientation sur les marchés publics à destination des praticiens* élaboré par la Commission (https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_fr.pdf). Dans sa version actuelle, ce guide mentionne comme exemple de critère de sélection discriminatoire l'obligation de « posséder au préalable des qualifications/certificats professionnels reconnus dans le pays d'établissement du pouvoir adjudicateur au moment de la soumission des offres, dans la mesure où cette obligation peut être difficile à respecter pour les soumissionnaires étrangers dans un délai aussi court ».

- il est essentiel de déterminer si la garantie de la sécurité alimentaire et les besoins de la réalisation des objectifs des marchés publics justifient l'imposition d'une restriction aux soumissionnaires étrangers qui, avant de présenter leur offre, doivent demander et obtenir l'autorisation ou l'enregistrement nécessaire ou présenter une offre commune avec une société disposant déjà d'une telle autorisation d'exploitation ou d'un enregistrement en Estonie ;
- bien qu'une telle exigence puisse être disproportionnée à l'égard des soumissionnaires étrangers, l'interprétation de l'article 46 de la directive 2004/18 ne s'impose pas de manière évidente, la Cour n'ayant en outre pas encore eu l'occasion de l'interpréter.

29. Dans ce contexte, la Tallinna Ringkonnakohus (cour d'appel de Tallinn) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) Convient-il d'interpréter les dispositions combinées des articles 2 et 46 de la directive [2004/18] en ce sens qu'elles s'opposent aux dispositions d'une législation nationale – comme celles de l'article 41, paragraphe 3, de [la RHS v.r] – en vertu desquelles le pouvoir adjudicateur devait, lorsque la législation prévoit des exigences spécifiques pour une activité devant être effectuée en vertu d'un marché public, indiquer dans l'avis de marché les enregistrements ou les autorisations d'exploitation nécessaires pour la qualification du soumissionnaire, exiger dans l'avis de marché, afin de pouvoir vérifier que les exigences spécifiques prévues par les dispositions légales sont remplies, que le soumissionnaire produise la preuve qu'il dispose d'une autorisation d'exploitation ou d'un enregistrement et disqualifier le soumissionnaire si celui-ci ne dispose pas de l'autorisation d'exploitation ou de l'enregistrement en question ?
- 2) Convient-il d'interpréter les dispositions combinées des articles 2 et 46 de la directive [2004/18] en ce sens qu'elles s'opposent à ce que le pouvoir adjudicateur prévoie, dans le cadre d'une procédure de passation de marché public en matière d'aide alimentaire dont la valeur dépasse le seuil imposant un appel d'offres international, une condition en matière de qualification des soumissionnaires, en vertu de laquelle tous les soumissionnaires doivent, indépendamment du lieu dans lequel ils ont exercé leur activité jusqu'alors, disposer, déjà au moment de la soumission de l'offre, d'une autorisation d'exploitation ou d'un enregistrement dans l'État dans lequel l'aide alimentaire doit être délivrée, même si le soumissionnaire n'a pas exercé d'activité précédemment dans cet État membre ?
- 3) En cas de réponse affirmative à la question qui précède :
- a) convient-il de considérer que les articles 2 et 46 de la directive [2004/18] sont des dispositions tellement concrètes qu'elles excluent, en tout état de cause, la possibilité d'opposer à ces dispositions le principe de protection de la confiance légitime, et
 - b) convient-il d'interpréter les articles 2 et 46 de la directive [2004/18] en ce sens que, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur a exigé que, dans le cadre d'une procédure de passation de marché public en matière d'aide alimentaire, les soumissionnaires disposent, déjà au moment de la soumission de l'offre, d'une autorisation d'exploitation délivrée conformément à la [ToiduS], on est en présence d'une violation manifeste de la réglementation en vigueur, d'une négligence ou d'un abus, qui exclut la possibilité d'invoquer le principe de protection de la confiance légitime ? »

III. La procédure devant la Cour

30. La décision de renvoi est parvenue au greffe de la Cour le 7 janvier 2020.

31. Le gouvernement estonien et la Commission ont présenté des observations écrites. Ces derniers et le Riigi Tugiteenuste Keskus (centre des services d'aide de l'État, Estonie), organisme qui a partiellement succédé à Innove dans ses fonctions, ont répondu par écrit aux questions que la Cour leur a posées en lieu et place de l'audience.

IV. Analyse

A. Observations liminaires

32. À la demande de la Cour, je me limiterai à l'analyse des deux premières questions préjudicielles.

33. Les doutes de la juridiction de renvoi portent, en substance, sur le point de savoir si les articles 2 et 46 de la directive 2004/18 s'opposent à des réglementations nationales en vertu desquelles le pouvoir adjudicateur impose les exigences litigieuses aux soumissionnaires en vue d'apprécier leurs qualifications dans le cadre de deux marchés publics d'achat et de distribution d'aide alimentaire en faveur des personnes les plus démunies.

34. Par ces exigences, le pouvoir adjudicateur a demandé aux soumissionnaires de démontrer, lors de la présentation de leurs offres, qu'ils disposent d'une autorisation d'exploitation en Estonie ou y sont enregistrés comme tels. Selon le gouvernement estonien, ces exigences découlent de l'article 41, paragraphe 3, de la RHS v.r¹⁴.

35. Le cahier des charges du marché n° 157505 a reproduit cette disposition en prévoyant que les soumissionnaires doivent disposer de cette autorisation en Estonie et doivent joindre à leurs offres le certificat correspondant ainsi que le numéro d'agrément. Cette condition a toutefois été assouplie en leur permettant de joindre une simple attestation relative au respect des obligations d'information et d'autorisation. Le respect de cette dernière exigence était d'emblée suffisant pour le marché n° 189564.

36. Il résulte de la décision de renvoi et des observations des parties qu'en agissant de la sorte, le pouvoir adjudicateur entendait se conformer à l'article 6 du règlement n° 852/2004 : il a initialement demandé l'agrément visé au paragraphe 3 de cette disposition et s'est ensuite contenté de réclamer le respect des exigences moins rigoureuses prévues par son paragraphe 2, qui se résument à une série d'obligations d'information.

37. Comme je l'expliquerai plus en détail, ces deux paragraphes de l'article 6 du règlement n° 852/2004 partent du principe que les exploitants du secteur alimentaire doivent disposer d'un établissement sur le territoire de l'État dans lequel l'autorité compétente exerce ses missions publiques.

38. Dans ce contexte, il semblerait possible de conclure que le pouvoir adjudicateur a exigé du soumissionnaire qu'il dispose d'un établissement en Estonie (outre les autorisations d'exploitation ou l'enregistrement pertinent dans ce pays).

39. Comme la décision de renvoi n'explique pas en détail les conditions de l'appel d'offres, les clauses litigieuses pourraient cependant être analysées sous un autre angle si les cahiers des charges permettaient en réalité de fournir l'approvisionnement en denrées alimentaires à partir d'établissements situés hors de l'Estonie¹⁵.

¹⁴ Observations du gouvernement estonien, point 10.

¹⁵ La Commission relève au point 2 de ses observations que « [l]es raisons pour lesquelles un établissement situé sur le territoire de l'Estonie est nécessaire en l'espèce ne ressortent pas clairement de la demande de décision préjudicielle ».

40. Dans cette hypothèse, le règlement (CE) n° 178/2002¹⁶, dont l'objectif principal est d'assurer la libre circulation de denrées alimentaires sûres et saines au sein de l'Union, pourrait entrer en jeu. Cet objectif fait également partie de ceux poursuivis par le règlement n° 852/2004, auquel le règlement n° 178/2002 est lié¹⁷.

41. Si le cahier des charges n'impose pas aux soumissionnaires d'avoir un établissement ouvert en Estonie, il convient de supposer que les offres de ces opérateurs économiques pourraient être fondées sur une fourniture de denrées alimentaires au départ d'un autre pays, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier¹⁸.

42. À l'inverse, si le cahier des charges exige que tout soumissionnaire dispose d'un établissement en Estonie lui permettant de procéder à la fourniture de denrées alimentaires¹⁹, il conviendrait d'apprécier si une telle exigence est dûment justifiée et, dans l'affirmative, si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis. Cette tâche incombe également au juge national.

43. Dans ce second cas de figure, et dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi conclut que l'obligation d'avoir un établissement en Estonie est injustifiée ou disproportionnée, le ministère des Affaires sociales pourrait avoir enfreint l'article 2 de la directive 2004/18 en ce qu'il y aurait une discrimination à l'égard des opérateurs établis dans d'autres États membres ne disposant pas d'un tel établissement.

44. Les considérations que j'expose dans les présentes conclusions ont pour prémisses que les documents du marché imposaient implicitement ou explicitement aux soumissionnaires d'avoir un établissement en Estonie, ce qui conduira à une analyse de l'application de l'article 6, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 852/2004, combiné à la directive 2004/18.

B. Sur les première et deuxième questions préjudicielles

45. Les deux questions étant liées, il me semble opportun d'y répondre conjointement. Je développerai ma réponse en trois étapes : a) la qualification des soumissionnaires ; b) l'obligation pour les soumissionnaires d'avoir un établissement en Estonie pour la manipulation des denrées alimentaires, et c) la validité des exigences litigieuses, dans l'hypothèse où elles doivent être satisfaites pendant l'exécution du marché et non au début de la procédure.

16 Règlement du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires (JO 2002, L 31, p. 1).

17 Voir, en particulier, les considérants 16, 17 et 20 du règlement n° 852/2004.

18 La réponse du gouvernement estonien aux questions de la Cour rend cette question encore plus confuse. Au point 10, celui-ci expose que « le pouvoir adjudicateur concevait la prestation de services sur le modèle d'un exercice de l'activité d'exploitant du secteur alimentaire nécessitant vraisemblablement un établissement sur le territoire national. Le pouvoir adjudicateur admet que, même s'il n'a pas fait de supposition en ce sens et qu'il n'y a eu aucune offre avec un tel contenu, on ne peut pas totalement exclure (même si c'est improbable) que le modèle économique et d'activité du soumissionnaire prévoie une autre manière pour la fourniture du service, c'est-à-dire *sans disposer d'un établissement sur le territoire national*. ». (Mise en italique par mes soins.)

19 Selon la décision de renvoi (point 3, deuxième alinéa, p. 3), le ministère des Affaires sociales a fait valoir devant le juge de première instance qu'« [i]l n'est pas possible d'exécuter le marché sans utiliser un entrepôt intermédiaire ou un moyen de transport qui se trouve en Estonie. Comme le soumissionnaire ne peut pas exécuter le marché sans stocker des denrées alimentaires, le soumissionnaire devient un exploitant du secteur alimentaire ».

1. Sur la qualification des soumissionnaires

46. La décision de renvoi rappelle que les conditions sur lesquelles porte le litige concernent la « qualification » des soumissionnaires. Le gouvernement estonien le confirme, en soulignant que celles-ci « [sont] liée[s] à la personne même du soumissionnaire et [peuvent] être assimilée[s] à une condition de qualification »²⁰.

47. La première question préjudicielle l'indique clairement dans les termes suivants : les règles nationales imposent au pouvoir adjudicateur d'indiquer dans l'avis de marché « les enregistrements ou les autorisations d'exploitation nécessaires » pour la *qualification* du soumissionnaire. Si ce dernier ne prouve pas qu'il dispose d'une autorisation d'exploitation ou d'un enregistrement lors de la présentation de son offre, le pouvoir adjudicateur considère qu'il n'est *pas qualifié* (et, par conséquent, le rejette).

48. La deuxième question préjudicielle est formulée dans des termes similaires : il s'agit cette fois de déterminer si les articles 2 et 46 de la directive 2004/18 s'opposent à ce que le pouvoir adjudicateur exige des soumissionnaires, en tant que condition de leur *qualification*, qu'ils disposent, « déjà au moment de la soumission de l'offre, d'une autorisation d'exploitation ou d'un enregistrement dans l'État dans lequel l'aide alimentaire doit être délivrée », et ce « indépendamment du lieu dans lequel ils ont exercé leur activité jusqu'alors ».

49. Il convient de relever que les deux questions, telles qu'elles sont formulées, se réfèrent à l'article 46 de la directive 2004/18. Conformément à l'article 44 de cette directive, la vérification de l'*aptitude* des opérateurs économiques participant aux procédures de passation de marchés publics ne doit pas tenir compte de ceux qui sont exclus en vertu de l'article 46 (et de l'article 45) de ladite directive.

50. Or, l'article 46 de la directive 2004/18 se limite à régler l'« habilitation à exercer l'activité professionnelle » dont ces opérateurs économiques doivent disposer. Il s'agit d'une habilitation de nature subjective, liée au *statut* professionnel de l'opérateur économique qui souhaite participer à la procédure de passation des marchés publics. Cet opérateur peut donc être tenu de démontrer son habilitation professionnelle par la production des documents énumérés à l'article 46 de cette directive.

51. L'examen de l'article 46 de la directive 2004/18, combiné au considérant 42 de cette directive²¹, révèle que la vérification de l'habilitation professionnelle au stade de la sélection des soumissionnaires est soumise à un principe de reconnaissance mutuelle :

- le paragraphe 1 de cet article admet que tout opérateur économique désireux de participer à un marché public puisse se voir réclamer la preuve de « son inscription au registre de la profession ou au registre du commerce ou à fournir une déclaration sous serment ou un certificat, [...] conformément aux conditions prévues dans l'État membre où il est établi » ;
- dans le même ordre d'idées, et bien que cela ne concerne que les marchés publics de services, son second paragraphe prévoit que « lorsque les candidats ou les soumissionnaires ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation ».

²⁰ Observations du gouvernement estonien, point 12.

²¹

« Les règles communautaires en matière de reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres preuves de qualification formelle sont applicables lorsqu'il est nécessaire de fournir des preuves d'une qualification donnée pour pouvoir participer à une procédure de passation des marchés ou à un concours. »

52. Il découle de ces dispositions qu'un soumissionnaire peut prouver sa qualification (aptitude subjective à exécuter un marché public) en s'appuyant sur des documents émanant des autorités compétentes de l'État membre dans lequel il est établi.

53. D'autres dispositions de la directive 2004/18, énoncées dans la même section consacrée aux « critères de sélection qualitative », vont dans le même sens :

- l'article 48, paragraphe 2, sous d), de cette directive permet qu'un opérateur économique justifie ses capacités techniques ou professionnelles en présentant au pouvoir adjudicateur de l'État d'exécution du marché public des documents établis par les autorités compétentes de l'État membre dans lequel il est établi ;
- l'article 49 de ladite directive se conforme au même principe en ce qui concerne le respect des « normes de garantie de la qualité » ;
- en vertu de l'article 52, paragraphe 3, de la directive 2004/18, « [l]'inscription certifiée par les organismes compétents sur des listes officielles ou le certificat délivré par l'organisme de certification [...] constitue une présomption d'aptitude, à l'égard des pouvoirs adjudicateurs des autres États membres », pour ce qui a trait, notamment, à l'article 46 de cette directive. L'article 52, paragraphe 5, second alinéa, de ladite directive impose aux pouvoirs adjudicateurs de reconnaître « les certificats équivalents des organismes établis dans d'autres États membres ».

54. Les obligations positives qui précèdent sont renforcées par certaines limitations imposées aux pouvoirs adjudicateurs. Ainsi :

- l'article 52, paragraphe 4, de la directive 2004/18 empêche que « [l]es renseignements qui peuvent être déduits de l'inscription sur des listes officielles ou de la certification » énoncées à l'article 52, paragraphe 3, de cette directive « [puissent] être mis en cause sans justification » ;
- pour « l'inscription des opérateurs économiques des autres États membres sur une liste officielle ou pour leur certification par les organismes », l'article 52, paragraphe 5, de la directive 2004/18 prévoit avec une particulière fermeté qu'« il ne peut être exigé d'autres preuves et déclarations que celles demandées aux opérateurs économiques nationaux », tout en ajoutant qu'« une telle inscription ou certification ne peut pas être imposée aux opérateurs économiques des autres États membres en vue de leur participation à un marché public ».

55. Lors de l'appréciation de l'habilitation professionnelle d'un soumissionnaire d'un autre État membre, l'article 46 de la directive 2004/18 impose par conséquent de placer ce dernier au même niveau qu'un soumissionnaire national disposant d'une habilitation équivalente.

56. Une fois que le soumissionnaire a démontré, par l'un des moyens prévus par la directive 2004/18, qu'il possède la qualification pertinente dans un autre État membre, le pouvoir adjudicateur doit considérer que cette preuve est suffisante pour répondre au critère de qualification professionnelle.

57. En définitive, l'article 46 de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens qu'il interdit à un pouvoir adjudicateur d'imposer, en tant que critère de qualification (c'est-à-dire de sélection qualitative), l'obtention d'un enregistrement ou d'une autorisation dans l'État membre où les marchés sont exécutés lorsque le soumissionnaire dispose déjà d'une autorisation similaire dans l'État membre où il est établi.

58. Dans la mesure où les cahiers des charges en cause (ou, le cas échéant, les règles nationales auxquelles ils se conforment) imposent aux soumissionnaires titulaires d'une habilitation dans un autre État membre d'obtenir une *nouvelle* habilitation de même nature en Estonie aux fins de vérifier leur aptitude, ils ne sont pas conformes à l'article 46 de la directive 2004/18.

59. Sur cette base, il convient de déterminer si l'application du règlement n° 852/2004 est de nature à modifier cette interprétation de l'article 46 de la directive 2004/18. Ce peut être le cas si les conditions imposées aux soumissionnaires ne concernent pas tant leur *qualification* (subjective) en tant qu'opérateurs économiques habilités que leur présence spécifique, à travers un établissement déterminé, dans l'État dont le pouvoir adjudicateur pose ces exigences.

60. Le gouvernement estonien se prévaut d'ailleurs du règlement n° 852/2004 [article 6, paragraphe 3, sous a)] pour défendre son droit d'imposer aux soumissionnaires de disposer d'une « autorisation en vue du *stockage* de denrées alimentaires ». Plus précisément, il affirme que l'opérateur économique doit être « titulaire d'une autorisation d'exploitation pour une activité dans le secteur alimentaire *dans [l']établissement où sont entreposées des denrées alimentaires* qui [...] doivent être [conservées] à une température différente de la température ambiante »²².

2. Sur l'obligation imposée aux soumissionnaires de disposer, en Estonie, d'un établissement pour la manipulation de denrées alimentaires

61. Comme je l'ai déjà indiqué, l'absence de précisions dans la décision de renvoi impose de supposer que le cahier des charges exigeait que les soumissionnaires aient un établissement en Estonie.

62. L'article 6 du règlement n° 852/2004 est fondé sur un lien territorial entre l'établissement où l'activité de l'exploitant du secteur alimentaire est exercée et l'État membre où il est situé.

63. En vertu de ce lien territorial, l'autorité compétente pour le contrôle de la production, de la transformation et de la distribution des denrées alimentaires ayant trait à cet établissement doit nécessairement être celle de l'État membre dans lequel il est situé.

64. Cette règle a pour corollaire que l'obligation de disposer d'un établissement agréé ou enregistré en Estonie couvre également les entreprises du secteur alimentaire titulaires d'habilitations professionnelles délivrées dans un autre État membre. C'est la seule façon de garantir que le *contrôle de l'activité exercée dans l'établissement* situé en Estonie soit effectué par les autorités de ce pays.

65. Par conséquent, il est, en principe, conforme au droit de l'Union d'imposer aux entreprises ayant des établissements dans un État membre pour mener à bien les opérations de production, de transformation et de distribution de denrées alimentaires d'être enregistrées dans cet État ou de disposer d'une autorisation délivrée par ses autorités.

66. Les difficultés apparaissent lorsque l'on concilie cette règle avec les règles du droit de l'Union régissant les marchés publics. En vertu de ces dernières, le pouvoir adjudicateur :

- est, d'une part, tenu d'éliminer les restrictions à la concurrence et de « traite[r] les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire » (article 2 de la directive 2004/18), tout en garantissant le respect des libertés fondamentales du traité FUE ;
- ne peut, d'autre part, faire abstraction des autres règles impératives du droit de l'Union, c'est-à-dire, aux fins qui nous intéressent, des règles instaurées en matière de santé publique et, plus précisément, celles relatives à l'hygiène des denrées alimentaires. Conformément au considérant 6 de la directive 2004/18, « [a]ucune disposition de la présente directive ne devrait interdire d'imposer ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection [...] de la santé [et] de la vie humaine [...], à condition que ces mesures soient conformes au traité ».

²² Observations du gouvernement estonien, point 19. Mise en italique par mes soins.

67. Je crois que l'apparente opposition²³ entre les règles générales en matière de marchés publics et les règles spécifiques en matière d'hygiène alimentaire peut être surmontée. Lorsque ces dernières doivent impérativement être respectées, elles doivent prévaloir sur les règles générales en matière de marchés publics, conformément au considérant 6 de la directive 2004/18. Elles devront cependant être appliquées de manière à affecter le moins possible les principes généraux du droit de l'Union en matière de marchés publics.

68. À ce stade de l'analyse de l'intégration des exigences imposées par les règles spécifiques d'hygiène alimentaire (à condition, je le répète, qu'elles soient impératives en vertu du règlement n° 852/2004) dans la procédure de passation de marchés publics, il peut être utile de préciser le moment auquel le soumissionnaire doit produire l'autorisation relative à son établissement ou la déclaration d'enregistrement en tant que titulaire de celui-ci.

69. Je rejoins par conséquent la juridiction de renvoi en ce qu'elle affirme que « les exigences fixées dans la présente espèce dans l'intérêt de la sécurité alimentaire sont justifiées à titre de condition pour l'exécution du marché public et le litige ne peut porter que sur la question du moment – celui de la soumission de l'offre ou celui de l'exécution du marché – auquel le soumissionnaire devait satisfaire aux conditions »²⁴.

3. Sur le moment auquel le soumissionnaire doit prouver qu'il dispose de l'autorisation administrative relative à son établissement ou de son enregistrement en tant que titulaire de celui-ci

70. Du point de vue de la seule nécessité d'assurer une sélection adéquate de l'adjudicataire, le moment approprié pour fournir ces documents peut être celui de la soumission des offres. Le pouvoir adjudicateur utilise la preuve du fait que le soumissionnaire dispose d'un établissement autorisé ou dûment enregistré pour vérifier d'emblée s'il est en mesure de remplir ses (futurs) obligations contractuelles.

71. Dans l'arrêt CoNISMa²⁵, la Cour a déclaré que l'harmonisation des directives sur les marchés publics est faite également dans l'intérêt du pouvoir adjudicateur. Ce faisant, elle a souligné la perspective de l'acheteur public, qui doit veiller à l'intérêt général²⁶.

72. Néanmoins, comme dans d'autres arrêts antérieurs et postérieurs, la Cour a également souligné dans l'arrêt CoNISMa que « l'un des objectifs des règles communautaires en matière de marchés publics est l'ouverture à la concurrence la plus large possible [...] et qu'il est de l'intérêt du droit communautaire que soit assurée la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres »²⁷. Cet objectif aboutit en outre à servir les intérêts du pouvoir adjudicateur, qui disposera d'un plus grand nombre d'éléments d'appréciation lors du choix de l'adjudicataire²⁸.

73. Le gouvernement estonien et la Commission adoptent à cet égard des positions opposées.

²³ La Cour a déjà été confrontée à une telle configuration par le passé. Dans son arrêt du 8 juin 2017, *Medisanus* (C-296/15, EU:C:2017:431, point 79), celle-ci a relevé que « le pouvoir adjudicateur est soumis [...] à deux exigences *potentiellement contradictoires*. Il doit en effet observer l'article 6 de la loi sur les médicaments qui énonce les principes de l'approvisionnement prioritaire et d'autosuffisance nationale [...]. Simultanément, ce pouvoir adjudicateur doit, conformément à l'article 2 de la directive 2004/18, respecter l'égalité d'accès à la commande publique et, par conséquent, garantir un traitement non discriminatoire des opérateurs économiques disposant de médicaments dérivés du plasma ». (Mise en italique par mes soins.)

²⁴ Décision de renvoi, point 15, p. 14.

²⁵ Arrêt du 23 décembre 2009 (C-305/08, ci-après l'« arrêt CoNISMa », EU:C:2009:807).

²⁶ L'intérêt du pouvoir adjudicateur et l'efficacité de l'action administrative ont notamment été pris en compte dans l'arrêt du 15 mai 2008, *SECAP et Santorso* (C-147/06 et C-148/06, EU:C:2008:277).

²⁷ Arrêt CoNISMa, point 37.

²⁸ Arrêt CoNISMa, point 37 : « cette ouverture à la concurrence la plus large possible est envisagée non pas uniquement au regard de l'intérêt communautaire en matière de libre circulation des produits et des services, mais également dans l'intérêt propre du pouvoir adjudicateur impliqué, qui disposera ainsi d'un choix élargi quant à l'offre la plus avantageuse et la mieux adaptée aux besoins de la collectivité publique concernée ».

74. Le gouvernement estonien estime que si l'on qualifie l'obligation d'enregistrement ou d'autorisation de « condition d'exécution », et non de « critère de sélection qualitative », l'adjudicataire pourrait ultérieurement se révéler ne pas être en condition d'exécuter le marché. Cette éventualité entraînerait un accroissement de la charge de travail du pouvoir adjudicateur et augmenterait la durée de la procédure nécessaire à la passation du marché public²⁹. De plus, tout opérateur peut participer à la procédure de passation de marchés publics conjointement à une autre entité qui répond déjà aux exigences préalables d'autorisation et d'enregistrement³⁰.

75. La Commission souligne que le principe imposant de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire doit être dûment respecté³¹. À l'inverse de la position du gouvernement estonien, elle fait valoir que l'obligation d'obtenir l'autorisation ou l'enregistrement, imposée comme critère de participation à la procédure de passation de marchés publics, ne peut être compatible avec les principes de non-discrimination et de proportionnalité que s'il n'existe pas de mesure moins restrictive. La possibilité d'instaurer l'obligation d'autorisation ou d'enregistrement en tant que condition d'exécution du marché constitue précisément l'une de ces mesures moins restrictives³².

76. En accord, pour l'essentiel, avec l'avis de la Commission sur ce point, j'estime que les arguments retenus par la juridiction de première instance³³ et ceux du ministère des Finances³⁴ et d'Innove³⁵, reproduits dans les présentes conclusions, montrent que l'exigence d'une autorisation ou d'un enregistrement au stade de la qualification constitue, pour les entreprises du secteur alimentaire qui ne sont pas établies en Estonie, un obstacle disproportionné qui limite sans justification adéquate leur accès aux procédures de passation de marchés publics telles que celles en cause. Dans cette même mesure, cette exigence réduit indûment l'éventail des soumissionnaires, en particulier celui des soumissionnaires étrangers.

77. Une telle restriction ne serait valable que si l'objectif qu'elle poursuit « ne pourrait pas être atteint par [...] des limitations de moins grande ampleur ou affectant de manière moindre le commerce intracommunautaire »³⁶.

78. Afin de concilier les exigences de la directive 2004/18 avec la nécessité de disposer d'une autorisation ou d'un enregistrement des établissements de manipulation de denrées alimentaires en Estonie, au sens de l'article 6 du règlement n° 852/2004, les exigences litigieuses pourraient être qualifiées de « conditions particulières concernant l'exécution du marché » au sens de l'article 26 de la directive 2004/18.

79. La jurisprudence a prêté attention à ces conditions particulières lorsqu'elles sont imposées en raison de « considérations sociales » et s'est ainsi concentrée sur certaines des conditions relevant de la formulation ouverte retenue à la dernière phrase de l'article 26 de la directive 2004/18³⁷. Rien n'empêche que ces conditions s'étendent à d'autres domaines, puisque les « considérations sociales et environnementales » ne sont citées qu'à titre d'exemple (« notamment »).

29 Observations du gouvernement estonien, point 14.

30 Observations du gouvernement estonien, point 15.

31 Observations de la Commission, point 19.

32 Observations de la Commission, point 20.

33 Point 27 des présentes conclusions.

34 Point 26 des présentes conclusions.

35 Point 25 des présentes conclusions.

36 Arrêt du 11 septembre 2008, *Commission/Allemagne* (C-141/07, EU:C:2008:492, point 50 et jurisprudence citée).

37 Arrêts du 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei* (C-549/13, EU:C:2014:2235) ; du 17 novembre 2015, *RegioPost* (C-115/14, EU:C:2015:760), et du 27 novembre 2019, *Tedeschi et Consorzio Stabile Istant Service* (C-402/18, EU:C:2019:1023).

80. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce que les conditions d'exécution d'un marché public de fourniture de denrées alimentaires comprennent les exigences qui découlent précisément de l'application des règles en matière d'hygiène des denrées alimentaires de l'Union ou de l'État membre concerné.

81. Il suffirait de réclamer que ces exigences soient satisfaites à un stade ultérieur et indépendant de l'évaluation de la qualification de soumissionnaire dont l'habilitation professionnelle a été reconnue dans un autre État membre.

82. Le principe d'égalité de traitement serait ainsi appliqué en harmonie avec le principe d'ouverture à la concurrence la plus large possible, puisque tous les soumissionnaires se verraient accorder une réelle possibilité de remporter le marché, sans porter atteinte à l'application des règles du droit de l'Union en matière d'hygiène alimentaire. Toute autre solution reviendrait à consacrer l'octroi d'un avantage excessif aux professionnels du secteur alimentaire nationaux.

83. Dans un tel système, ceux qui disposent déjà des autorisations nationales ou d'un enregistrement pour les établissements de manipulation des denrées alimentaires en Estonie pourraient les présenter avec leur offre. Les autres soumissionnaires devraient s'engager à les obtenir une fois devenus adjudicataires du marché.

84. L'objection du gouvernement estonien (attendre la phase d'exécution du marché expose au risque qu'il soit déclaré non avenu si l'adjudicataire ne parvient finalement pas à obtenir les autorisations ou les enregistrements) jouit assurément d'un certain poids. La volonté d'éviter l'échec de la procédure ne saurait cependant primer sur les principes essentiels des marchés publics, en particulier ceux visant à garantir un accès égal aux soumissionnaires sans leur opposer d'obstacles injustifiés.

85. De plus, rien n'indique qu'une entreprise exerçant à titre professionnel la manipulation de denrées alimentaires dans un autre État membre aurait des difficultés à obtenir les autorisations indispensables à l'ouverture d'un établissement en Estonie dans l'hypothèse où elle remporterait le marché.

86. Les procédures d'accès à ces autorisations doivent se conformer aux critères généraux établis par la directive 2006/123/CE³⁸, parmi lesquels figure le critère de simplification administrative³⁹. Le ministère des Affaires sociales a d'ailleurs fait valoir qu'un soumissionnaire étranger pouvait obtenir l'autorisation ou l'enregistrement à bref délai⁴⁰, ce qui peut également s'appliquer à la phase d'exécution du marché.

87. L'argument du gouvernement estonien selon lequel tout soumissionnaire établi dans un autre État membre peut recourir aux capacités d'une société tierce possédant déjà les autorisations ou les enregistrements pertinents en Estonie ne saurait davantage être retenu.

38 Directive du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (JO 2006, L 376, p. 36). Il convient de tenir compte du fait que la notion de « service » au sens de cette directive est plus large que celle de « marchés publics de services » de la directive 2004/18.

39 L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2006/123 impose aux États membres d'« examine[r] les procédures et formalités applicables à l'accès à une activité de service et à son exercice. Lorsque les procédures et formalités examinées [...] ne sont pas suffisamment simples, les États membres les simplifient ».

40 Le ministère des Affaires sociales a exposé devant la juridiction de renvoi que, compte tenu du délai prévu pour la soumission des offres dans le cas d'un appel d'offres international (au moins 40 jours) et du délai de la procédure d'autorisation prévue par la ToiduS (30 jours), le soumissionnaire disposait de suffisamment de temps pour les démarches liées à la procédure d'autorisation (décision de renvoi, point 3, paragraphe 3 in fine, p. 4)

88. L'article 47, paragraphe 2, et l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 « reconnaissent le droit de tout opérateur économique de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités »⁴¹. C'est précisément parce qu'il s'agit d'un droit, non d'une obligation, qu'il est illogique d'imposer à un soumissionnaire la charge de recourir aux capacités d'un autre opérateur économique alors qu'il est capable d'assumer seul l'exécution du marché⁴².

89. En résumé, le fait d'imposer les exigences litigieuses en tant que condition d'exécution du marché pour ce qui a trait aux établissements de manipulation de denrées alimentaires constitue une mesure moins contraignante qui, d'une part, assure le respect du principe d'égalité et une plus grande concurrence entre soumissionnaires et, d'autre part, permet d'appliquer de manière cohérente les règles générales et les règles spécifiques impératives tout en évitant les frictions dans l'application effective du droit de l'Union.

V. Conclusion

90. Eu égard à ce qui précède, je suggère de répondre aux deux premières questions de la Tallinna Ringkonnakohus (cour d'appel de Tallinn, Estonie) dans les termes suivants :

- Les articles 2 et 46 de 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 doivent être interprétés en ce sens que, lorsque des soumissionnaires ou candidats disposent d'une habilitation professionnelle reconnue dans leur propre État membre, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger, comme condition de qualification et sous peine d'exclusion, qu'ils fournissent conjointement à leur offre les autorisations d'exploitation ou les certificats d'enregistrement délivrés par les autorités de l'État membre du lieu du marché.
- Les articles 2 et 46 de la directive 2004/18 ne s'opposent cependant pas à ce que, dans l'hypothèse où l'avis de marché ou le cahier des charges exige de manière justifiée que l'adjudicataire dispose d'un établissement dans l'État membre du pouvoir adjudicateur, les soumissionnaires soient tenus de prouver, au stade de l'exécution du marché, qu'ils disposent des autorisations ou des enregistrements pertinents relatifs à cet établissement, délivrés par les autorités compétentes en matière de contrôle de la production, de la transformation et de la distribution des denrées alimentaires dans cet État membre, conformément à l'article 6 du règlement (CE) n° 852/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relatif à l'hygiène des denrées alimentaires.

⁴¹ Arrêt du 2 juin 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, point 25).

⁴² Il en résulterait en outre une dépendance des entreprises basées hors de l'Estonie à l'égard de celles qui y sont déjà établies. Ces dernières se trouveraient à nouveau dans une situation plus favorable.