



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

OFFRE À ZÉRO EURO ET ONÉROSITÉ : UNE CONCILIATION IMPOSSIBLE ?

MATHIAS AMILHAT

Référence de publication : Amilhat, Mathias (2020) *Offre à zéro euro et onérosité : une conciliation impossible ? (Note sous CJUE, 10 septembre 2020, Tax-Fin-Lex, aff.C-367/19)*. Actualité juridique. Droit administratif (AJDA) (n° 41). p. 2379-2383. [Note de jurisprudence]

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

OFFRE À ZÉRO EURO ET ONÉROSITÉ : UNE CONCILIATION IMPOSSIBLE ?

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) était saisie par la Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics de Slovénie dans le cadre d'une demande de décision préjudicielle. Il s'agit d'une autorité nationale spéciale, indépendante et autonome chargée de contrôler la légalité des procédures de passation des marchés publics jusqu'à leur attribution, les tribunaux ordinaires étant compétents après la signature. La question posée n'était pas anodine : elle portait sur l'interprétation de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24/UE, c'est-à-dire sur la définition même de la notion de marché public !

Cet article précise que les marchés publics sont « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ». Exception faite de la notion de « besoins » qui ne figure pas dans la directive, cette définition est reprise par le droit français, à l'article L. 1111-1 du code de la commande publique (CCP). On la retrouve également en droit slovène, ce qui justifie la compétence de la Cour.

Le litige soumis à la Commission nationale slovène portait sur la procédure de passation d'un marché public de services lancée par le ministère de l'intérieur concernant l'accès à un système informatique juridique pour une durée de vingt-quatre mois. Ce marché comportait deux lots et sa valeur avait été estimée à 39 959,01 €. En l'espère, le litige portait sur le premier lot. Le ministère de l'intérieur n'avait reçu que deux offres et avait décidé de rejeter l'une des deux au motif que le prix final proposé était fixé à zéro euro. *De facto*, le rejet de cette offre conduisait à retenir celle proposée par le second soumissionnaire. Tax-Fin-Lex - qui avait proposé l'offre à zéro euro - a contesté cette décision, estimant que le rejet de son offre était illégal. Elle considère en effet qu'une offre à zéro euro est recevable dès lors que le soumissionnaire bénéficie d'une contrepartie pour

l'exécution du marché public. En l'espèce, elle estime que l'accès à un nouveau marché et à de nouveaux utilisateurs suffit, sans que le versement effectif d'un prix par le pouvoir adjudicateur ne soit nécessaire. Elle a donc adressé une demande de révision au ministère de l'intérieur, qui a rejeté sa demande. Toutefois, alors qu'il s'agissait probablement du raisonnement le plus logique, ce rejet n'a pas été réalisé en utilisant le dispositif applicable aux offres anormalement basses.

Le ministère a considéré que c'était la notion même de « marché public » qui imposait de rejeter toute offre à zéro euro. Il a estimé qu'une telle offre ne permet pas de considérer que le contrat est conclu à titre onéreux. Or, l'onérosité fait partie des critères de définition de la notion de marché public. Selon le ministère, l'avantage retiré par l'opérateur économique après l'obtention du marché ne peut pas être considéré comme une contrepartie à l'exécution d'un marché public. Peu convaincue par ce raisonnement - et par son exclusion de la procédure - la société Tax-Fin-Lex a décidé de saisir la Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics pour qu'elle se prononce. S'interrogeant à la fois sur la compatibilité d'une offre à zéro euro avec la notion d'onérosité et sur la possibilité de rejeter une offre pour ce seul motif, celle-ci a décidé de surseoir à statuer et de saisir la CJUE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel.

Pour répondre aux questions qui lui sont posées, la Cour de justice revient sur la notion d'onérosité et apporte des précisions utiles sur ses implications en matière de marchés publics. Elle estime ainsi que si l'onérosité reçoit une interprétation extrêmement souple, elle rencontre néanmoins une limite : l'absence de contrepartie. Or, elle retient une approche relativement stricte sur cette question. Pour autant, la Cour rappelle que la logique propre des directives ne peut être détournée ou contournée. Ainsi, la qualification éventuelle du contrat ne peut permettre à l'acheteur d'échapper à la mise en oeuvre des dispositions applicables aux offres anormalement basses lorsqu'il est confronté à une offre à zéro euro.

I - L'absence de contrepartie, seule limite admise à l'onérosité

La première question posée est de savoir si une offre à zéro euro est compatible avec la définition européenne des marchés publics. Dans un premier temps, la Cour est donc conduite à rappeler son interprétation souple du critère de l'onérosité fondée sur la simple présence d'une contrepartie. Cela l'amène toutefois, dans un second temps, à préciser que celui-ci ne peut pas être rempli en l'absence de contrepartie « identifiable »...

A. Une approche souple de l'onérosité : l'existence d'une contrepartie

La saisine de la CJUE pourrait paraître surprenante dans la mesure où le marché public est inférieur aux seuils d'application de la directive 2014/24. La Cour indique toutefois que, « selon une jurisprudence constante, une interprétation par la Cour de dispositions du droit de l'Union dans des situations ne relevant pas du champ d'application de celles-ci se justifie lorsque ces dispositions ont été rendues applicables à de telles situations par le droit national de manière directe et inconditionnelle, afin d'assurer un traitement identique à ces situations et à celles relevant du champ d'application desdites dispositions » (CJCE 18 oct. 1990, aff. C-297/88, *Dzodzi c/ Belgique*, pts 36 et s., D. 1990. 272 ; RTD eur. 1991. 565, étude P. Rodière). Or, dans la mesure où le droit slovène définit la notion de marché public en reprenant la définition européenne, le fait que le marché passé ne relève pas du champ d'application de la directive est sans incidence sur la compétence de la Cour. C'est bien la notion communautaire de marché qui doit être interprétée. On peut toutefois se demander si un raisonnement identique s'appliquerait au droit français, sachant que l'article L. 1111-1 du CCP se réfère aux « besoins » des acheteurs, à la différence du droit de l'Union...

Une fois sa compétence admise, la Cour devait se demander si le critère de l'onérosité exigé pour identifier un marché public peut être considéré comme rempli lorsque le cocontractant propose ses services pour « zéro euro ». Il s'agit d'un critère essentiel pour définir la notion de marché public car, comme l'indique l'avocat général Michal Bobek, il existe également une jurisprudence constante de la Cour selon laquelle « seul un contrat conclu à titre onéreux peut constituer un marché public » (CJUE 25 mars 2010, aff. C-451/08, AJDA 2010. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; et 2012. 682, étude E. Fatôme et L. Richer ; RDI 2010. 383, obs. R. Noguellou ; RFDA 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RTD eur. 2011. 433, obs. A. L. Durviaux ; CJUE 21 déc. 2016, aff. C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord c/ Region Hannover*, AJDA 2016. 2463 ; et 2017. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänsler et P. Bonneville ; AJCT 2017. 159, obs. J.-D. Dreyfus ; AJ contrat 2017. 182, obs. O. Villemagne ; RTD eur. 2017. 299, obs. A. L. Durviaux ; Rev. UE 2017. 231, chron. L. Lévi et S. Rodrigues). Cette interrogation est donc l'occasion de définir avec précision ce qu'est un contrat conclu « à titre onéreux ».

Pour comprendre la notion d'onérosité il faut, à l'instar de l'avocat général, rappeler que la Cour retient une interprétation large qui n'est ni une lecture littérale ni une lecture systémique. En effet, du point de vue littéral, plusieurs interprétations de la notion d'onérosité sont possibles. Dans certains Etats comme la France (mais également la Roumanie, l'Espagne, l'Italie ou le Portugal), la condition d'onérosité apparaît clairement et semble indiquer que pour qu'il y ait marché public il faut « simplement que quelque chose [soit] donné en échange ». A l'inverse, d'autres versions semblent indiquer que le « quelque chose qui [doit] être donné en échange par le pouvoir adjudicateur » a « une nature spécifiquement pécuniaire ». C'est le cas des versions linguistiques croate et anglaise. Enfin, dans d'autres Etats comme la République tchèque, la Slovaquie et la Suède, la traduction peut être interprétée à la fois dans un sens strict, comme impliquant seulement une contrepartie pécuniaire, ou de manière plus large comme admettant une contrepartie non pécuniaire (sur cette question, v. pt 35 des conclusions). Ces divergences dans les traductions expliquent le rejet de l'approche littérale. Par ailleurs, Michal Bobek explique pourquoi il convient de rejeter une lecture systémique de la notion d'onérosité. La directive 2014/24 révèle en effet que « l'objectif principal du droit des marchés publics » est « de réglementer l'acquisition des biens ou

des services par les autorités publiques ». Or, « la notion d'"acquisition" est suffisamment large pour être agnostique quant aux modalités de cette acquisition, l'essentiel étant que les biens ou services soient en définitive obtenus par les pouvoirs adjudicateurs » (pt 39 des conclusions). Tant qu'elle reste légale, la nature de la contrepartie fournie pour obtenir ces biens et ces services est donc indifférente. Le recours à « une simple lecture littérale et systémique » étant impossible, c'est donc une approche jurisprudentielle plus large qui a été retenue.

En réalité, la Cour de justice considère que l'onérosité d'un contrat dépend de l'existence ou de l'absence d'une contrepartie fournie par le pouvoir adjudicateur. Elle rappelle en effet qu'« il ressort du sens juridique habituel des termes "à titre onéreux" que ceux-ci désignent un contrat par lequel chacune des parties s'engage à réaliser une prestation en contrepartie d'une autre » (en ce sens, v., CJCE 18 janv. 2007, aff. C-220/05, *Auroux c/ Commune de Roanne*, pt 45, AJDA 2007. 409, étude E. Fatôme et L. Richer ; 1117, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; et 2009. 1868, étude E. Fatôme et P. Terneyre ; RDI 2007. 150, obs. J.-D. Dreyfus ; RTD eur. 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez ; CJUE 18 oct. 2018, aff. C-606/17, pt 28, RDI 2019. 453, obs. R. Noguellou). Ce que la Cour explique c'est que pour qu'il y ait onérosité, il faut que le contrat ait un caractère synallagmatique car il s'agit d'« une caractéristique essentielle d'un marché public ». D'ailleurs cette exigence est régulièrement rappelée. C'est notamment le cas dans l'arrêt *Remondis*, où la Cour précise que le caractère onéreux implique « que le pouvoir adjudicateur qui conclut un marché public reçoive en vertu de celui-ci, moyennant une contrepartie, une prestation devant comporter un intérêt économique direct pour ce pouvoir adjudicateur » (CJUE 21 déc. 2016, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord c/ Region Hannover*, préc., pt 43 ; v. égal., CJUE 25 mars 2010, aff. C-451/08, préc., pts 47 à 49). Or, si l'existence d'une contrepartie est essentielle pour qu'il y ait onérosité, sa nature importe peu.

En effet, la contrepartie ne doit pas « nécessairement consister dans le versement d'une somme d'argent ». Le caractère onéreux peut par exemple résulter de la simple existence d'une exonération de charges (CJCE 12 juill. 2001, aff. C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi c/ Comune di Milano*, AJDA 2001. 941, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2001. 2873 ; RDI 2002. 59, obs. M. Degoffe). Il s'agit alors d'un « prix négatif » (en ce sens, v.

H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2^e éd., 2019, p. 176). De la même manière, un contrat qui prévoit « un échange de prestations relève de la notion de marché public même lorsque la rémunération prévue est limitée au remboursement partiel des frais encourus pour fournir le service convenu » (CJUE 18 oct. 2018, aff. C-606/17, pt 29, préc. ; dans le même sens, CJUE 19 déc. 2012, aff. C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento*, AJDA 2013. 630, note J.-D. Dreyfus et 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; D. 2013. 309, obs. D. Capitant ; RDI 2013. 213, obs. R. Noguellou ; JT 2013, n° 151, p. 12, obs. E. Royer ; RFDA 2013. 367, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; et 1231, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; RTD eur. 2013. 339, obs. A. L. Durviaux ; *ibid.* 346, obs. A. L. Durviaux ; RMCUE 2013. 350, chron. S. Rodrigues, C. Bernard-Glanz et L. Levi ; CJUE 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG c/ Kreis Düren et Stadt Düren*, pt 31, AJDA 2013. 1751, note J.-D. Dreyfus ; AJCT 2013. 575, obs. Y. Simonnet ; RFDA 2013. 1231, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; RTD eur. 2014. 496, obs. A. L. Durviaux ; Rev. UE 2014. 641, chron. C. Bernard-Glanz, L. Levi et S. Rodrigues ; CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » c/ San Lorenzo Soc. coop. sociale et Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, pt 37, AJDA 2015. 329, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänsler ; AJCT 2015. 205, obs. O. Didriche ; RTD eur. 2015. 389, obs. A. Lawrence Durviaux ; *ibid.* 410, obs. L. Grard ; Rev. UE 2015. 590, étude C. Bernard-Glanz, L. Levi et S. Rodrigues). Il n'est donc pas nécessaire que la contrepartie compense la totalité des coûts supportés par le soumissionnaire pour qu'il y ait onérosité, et donc marché public. Comme le relève l'avocat général, cela explique notamment que le contrat de vente d'un terrain puisse être considéré comme un marché public, même lorsque la seule contrepartie fournie par le pouvoir adjudicateur réside dans la cession du terrain (CJUE 25 mars 2010, aff. C-451/08, préc.).

Pour autant, si l'absence de contrepartie monétaire n'empêche pas l'onérosité, la Cour rappelle qu'il existe une limite insurmontable en la matière : l'absence de contrepartie. Or, sur ce point, l'interprétation de la Cour peut surprendre.

B. Une assimilation sévère : absence de contrepartie et absence de contrepartie identifiable

Après avoir rappelé la palette des hypothèses dans lesquelles les contreparties offertes par le pouvoir adjudicateur sont suffisantes pour valider le caractère synallagmatique du contrat et pour identifier un marché public, la Cour précise qu'il en va autrement en l'absence de contrepartie. Elle considère en effet « qu'un contrat par lequel un pouvoir adjudicateur n'est juridiquement tenu de fournir aucune prestation en contrepartie de celle que son cocontractant s'est engagé à réaliser ne relève pas de la notion de "contrat à titre onéreux" ». Il s'agit d'une précision utile après avoir expliqué que la notion d'onérosité est liée au caractère synallagmatique du contrat, et donc à l'existence de contreparties réciproques.

La question se pose alors de savoir si, dans le cas d'espèce ayant donné lieu à renvoi, une contrepartie est identifiable au-delà du seul prix potentiel versé par le pouvoir adjudicateur. En effet, la difficulté provient du fait que l'un des soumissionnaires avait proposé une offre à zéro euro en réponse à l'avis de marché. Pour la société qui a présenté cette offre, cela ne pose pas de difficultés dans la mesure où il existe une contrepartie distincte de la somme éventuellement versée par le ministère de l'intérieur. Elle considère en effet que l'accès à un nouveau marché et la possibilité d'obtenir de nouvelles références constituent une contrepartie qui permet de considérer que le contrat signé sera bien un marché public. Il s'agit d'une appréhension souple de la notion de contrepartie mais, au regard de l'approche traditionnellement retenue par la Cour, on pouvait s'attendre à ce qu'elle suive *Tax-Fin-Lex* sur ce point. Le rappel quasi exhaustif de la jurisprudence sur la question laissait également penser que la CJUE allait considérer qu'il existait bien des contre-prestations à la charge du ministère de l'intérieur slovène. Ce n'est pourtant pas le raisonnement retenu.

En réalité, le rappel de sa jurisprudence antérieure ne semble avoir été effectué que pour justifier le

refus d'une approche identique. La Cour précise ainsi que « la circonstance, [...] inhérente à toute procédure de marché public, que l'obtention de ce contrat pourrait avoir une valeur économique pour le soumissionnaire, en ce qu'elle lui ouvrirait l'accès à un nouveau marché ou lui permettrait d'obtenir des références, est trop aléatoire et ne saurait, [...] suffire pour qualifier ce contrat de "contrat à titre onéreux" ». Le raisonnement retenu renvoie directement aux conclusions de Michal Bobek pour qui « le point focal de l'analyse n'est pas la somme exacte d'argent inscrite au contrat » mais le fait « de savoir si, sur la base de ce contrat, les deux parties contractantes se trouvent enfermées dans un rapport d'obligations juridiques réciproques que chacune peut faire exécuter à l'égard de l'autre et dans le cadre desquelles le pouvoir adjudicateur fournit au moins une contrepartie claire et précise de nature économique ».

Le raisonnement de l'avocat général surprend néanmoins. En effet, il justifie la solution retenue par l'existence d'approches différentes au sein des Etats membres s'agissant de la notion de contrepartie. Dans le même temps, il relève qu'« il semble y avoir un large consensus quant au fait que la formation du contrat exige que les parties se mettent d'accord de manière suffisamment précise quant aux termes du contrat, ce qui présuppose la clarté des droits et obligations mutuels de chacun afin que le contrat puisse être exécuté ». Or, sur ce point, l'avocat général semble « oublier » que la Cour appréhende traditionnellement les notions du droit des marchés publics comme des notions autonomes, qui ne sauraient dépendre des différentes appréhensions nationales. De plus, il conforte son analyse en précisant que, « sous un certain angle, cette discussion ramène au droit romain des origines et à la distinction de base, toujours en vigueur dans les systèmes juridiques de droit civil, entre rapports juridiques synallagmatiques [par ex., les contrats] et unilatéraux [par ex., les dons et libéralités] ». Or, appréhender le droit des marchés publics d'un point de vue historique par renvoi au droit civil ne peut que surprendre lorsque l'on sait que le droit européen des marchés publics a été bâti sur le modèle français, qui s'est lui-même développé de manière autonome par rapport au droit civil...

La Cour considère néanmoins, conformément aux conclusions, que ce qui importe pour décider si le contrat est ou non conclu à titre onéreux ce n'est pas de savoir s'il existe une contrepartie mais si celle-ci est « claire, précise et identifiable sur la base du contrat souscrit » (pt 59 des conclusions).

Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait une absence totale de contrepartie pour empêcher que le critère de l'onérosité soit rempli : l'absence de contrepartie identifiable suffit. La Cour va même jusqu'à considérer que c'est le cas en l'espèce en raison du caractère « trop aléatoire » de la contrepartie envisagée. Les conclusions de l'avocat général abondent d'ailleurs en ce sens. Il y explique que l'expérience acquise grâce à l'obtention d'un marché ne peut pas être considérée comme une contrepartie fournie par le pouvoir adjudicateur ; il s'agit d'« un simple fait juridique qui découle de l'attribution du marché ». De la même manière, il considère que l'obtention de références peut, certes, constituer un avantage mais ne peut pas être considérée comme une « contrepartie exigible ». Enfin, il met en avant le caractère aléatoire de l'obtention de ces références pour conclure, de manière assez abrupte, en affirmant qu'il s'agit « d'une simple spéculation sur le contrat ». Le raisonnement retenu révèle ainsi un certain glissement vers une approche plus stricte de l'onérosité qui pourrait s'apparenter, si elle était confirmée, à un revirement de jurisprudence.

Cette nouvelle approche peut s'avérer inquiétante au regard des objectifs du droit de la commande publique. Elle a en effet conduit le ministère de l'intérieur slovène à rejeter une offre au motif qu'elle était gratuite, sans tenir compte d'un éventuel objectif de protection des deniers publics. Fort heureusement, la Cour arrive à contourner cette difficulté grâce au dispositif applicable aux offres anormalement basses.

II - L'absence potentielle de marché, un argument non pertinent pour rejeter une offre

Les appréciations de la CJUE sur la notion de marché public et sur le critère de l'onérosité ont en réalité peu de conséquences sur le fond de l'affaire. En l'espèce, le ministère de l'intérieur slovène a rejeté l'offre à zéro euro en expliquant qu'elle ne pouvait pas être acceptée car son admission ne permettrait pas de conclure un marché public... Or, la Cour retient un raisonnement différent s'agissant de la base légale utilisée pour rejeter cette offre.

Elle précise en effet « que l'article 2 [...] se borne à définir la notion de "marchés publics" aux fins de déterminer l'applicabilité de [la] directive » et ne peut donc pas « constituer une base juridique susceptible de fonder le rejet d'une offre proposant un prix de zéro euro ». Dès lors, la notion de marché public « ne permet pas d'écartier automatiquement une offre soumise dans le cadre d'un marché public ». Il s'agit d'une précision importante et, somme toute, logique.

En effet, il ne faut pas oublier que les interrogations sur l'onérosité potentielle du contrat et sur la qualification de marché public s'inscrivent dans le cadre d'une procédure de passation où l'offre en question n'a pas été retenue. Cela signifie qu'il n'existe pas de contrat passé entre Tax-Fin-Lex et le ministère de l'intérieur. Ainsi, tout le raisonnement précédent s'applique à une situation virtuelle : la Cour se demande si le contrat conclu aurait pu être qualifié de marché public si l'offre à zéro euro avait été retenue. On sait donc qu'elle considère que la réponse à cette question est négative : si un tel contrat était conclu, ce ne serait pas un marché public. Pour autant, la Cour de justice estime que ce raisonnement prospectif ne peut pas justifier le rejet de l'offre présentée dans le cadre de la procédure de passation.

Elle rappelle en effet que le droit des marchés publics prévoit un dispositif spécifique pour envisager de telles offres dans le cadre des procédures de passation : les règles applicables aux offres anormalement basses. Or, quoi de plus anormalement bas qu'une offre à zéro euro ? C'est l'avis de la Cour qui précise que, face à une telle offre, les pouvoirs adjudicateurs doivent suivre la procédure prévue par l'article 69 de la directive 2014/24. Surtout, elle affirme qu'« il résulte [...] de la logique sous-jacente » à cet article « qu'une offre ne saurait automatiquement être rejetée au seul motif que le prix proposé est de zéro euro ». L'idée est alors que l'absence potentielle de marché public ne doit pas constituer un prétexte pour ne pas mettre en oeuvre les règles prévues en cas d'offres anormalement basses.

De plus, pour être certaine que le rejet des offres à zéro euro ne soit pas automatique, la CJUE propose un *vade-mecum* à destination des acheteurs. Elle rappelle le contenu de l'article 69 et le fait qu'il impose aux acheteurs, lorsqu'ils suspectent une offre d'être anormalement basse, de demander au soumissionnaire des explications à propos de son montant. Il doit notamment justifier le coût et

les prix proposés mais l'acheteur ne doit évaluer que « la fiabilité de l'offre » pour déterminer si elle « n'affectera pas l'exécution correcte du marché ». Cette évaluation doit être réalisée « dans le respect des principes d'égalité et de non-discrimination entre les soumissionnaires, ainsi que de transparence et de proportionnalité » et ce n'est « que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés » que l'acheteur pourra rejeter l'offre comme anormalement basse. Ainsi, le rejet d'une offre à zéro euro ne peut jamais être automatique : il n'est pas possible sur le fondement de la notion de marché public et ne peut intervenir que s'il est avéré que l'offre est anormalement basse.

Il est alors possible de s'interroger sur les conséquences de la réponse apportée. S'il s'avère que l'offre proposée est fiable et n'empêche pas la bonne réalisation du marché, cela signifie donc qu'elle ne peut pas être rejetée comme étant anormalement basse. Or, dans une telle hypothèse, il est fort probable que cette même offre soit considérée comme l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ce cas, à l'issue de la procédure, le marché serait signé entre le ministère de l'intérieur slovène et Tax-Fin-Lex... Pour l'avocat général, cela rappelle « le paradoxe du chat de Schrödinger. Tant que la boîte n'est pas ouverte et son contenu examiné, on ne peut exclure que le chat se trouvant à l'intérieur soit vivant ». Il explique ainsi que, « de la même façon, tant que le pouvoir adjudicateur n'offre pas au soumissionnaire [...] l'opportunité d'expliquer la logique et la structure des coûts régissant son offre, il ne peut être exclu que l'offre en question puisse donner lieu à la conclusion d'un marché public, sans préjudice, au bout du compte, d'un rejet de l'offre par le pouvoir adjudicateur », mais sans qu'« un tel rejet » ne puisse « être purement et simplement fondé sur le fait qu'une offre nominale de zéro euro ne remplit pas la condition d'onérosité ». Le raisonnement devient alors difficile à suivre... Il nous semble au contraire que, dans une telle hypothèse, le contrat conclu ne serait pas un marché public au sens du droit de l'Union européenne. Pour autant, est-ce à dire que la procédure de passation serait illégale et que le contrat ne pourrait pas être conclu sur ce fondement ? Les procédures de passation existent pour assurer le respect des principes et objectifs fondamentaux de la commande publique et une soumission volontaire à ces procédures est toujours possible.

En retenant un tel raisonnement, la conséquence pour le contrat serait qu'il échapperait aux règles

applicables en matière de marchés publics - notamment les règles d'exécution - sans que sa passation sur le fondement du droit des marchés publics ne puisse être remise en cause. Reste à savoir si ce simple raisonnement prospectif pourrait séduire la Cour et les juges nationaux.