

DOCUMENT DE TRAVAIL

ARRÊT DU TRIBUNAL (deuxième chambre)

15 octobre 2013(*)

« Marchés publics de services – Procédure d’appel d’offres de l’EMA – Prestations de services de support d’applications logicielles – Rejet de l’offre d’un soumissionnaire – Critères d’attribution – Obligation de motivation – Respect des critères d’attribution établis dans le cahier des charges – Établissement de sous-critères pour les critères d’attribution – Accès aux documents »

Dans l’affaire T-638/11,

European Dynamics Belgium SA, établie à Bruxelles (Belgique),

European Dynamics Luxembourg SA, établie à Ettelbrück (Luxembourg),

Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, établie à Athènes (Grèce),

European Dynamics UK Ltd, établie à Londres (Royaume-Uni),

représentées par M^e V. Christianos, avocat,

parties requérantes,

contre

Agence européenne des médicaments (EMA), établie à Londres (Royaume-Uni), représentée initialement par M. V. Salvatore, puis par M. T. Jabłoński et M^{me} C. Maignen, en qualité d’agents, assistés de M^{es} H.-G. Kamann et E. Arsenidou, avocats,

partie défenderesse,

ayant pour objet, d’une part, l’annulation de la décision EMA/787935/2011 de l’EMA, du 3 octobre 2011, par laquelle l’offre soumise par les requérantes dans le cadre de l’appel d’offres ouvert EMA/2011/05/DV a été rejetée, et, d’autre part, l’annulation de la décision EMA/882467/2011 du directeur exécutif faisant fonction de l’EMA, du 9 novembre 2011, par laquelle la demande confirmative des requérantes d’avoir accès aux documents de l’appel d’offres relatifs à la composition du comité d’évaluation a été rejetée,

LE TRIBUNAL (deuxième chambre),

composé de MM. N. J. Forwood, président, F. Dehousse et J. Schwarcz (rapporteur), juges,

greffier : M. N. Rosner, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 30 avril 2013,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

- 1 Par un avis de marché du 21 janvier 2011, publié au Supplément du *Journal Officiel de l'Union Européenne* (JO 2011/S 22-034596) l'Agence européenne des médicaments (EMA) a lancé un appel d'offres sous la référence EMA/2011/05/DV, portant sur des prestations de services dans le domaine des applications logicielles.
- 2 L'objet de l'appel d'offres était de conclure un contrat-cadre avec un à trois prestataires pour la fourniture de services dans le domaine des applications logicielles, incluant les services de gestion de documents et d'archives, de gestion de contenu, d'archivage électronique et de publication Internet, pour une durée de quatre années et pour une valeur estimée à 15 000 000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée. Les groupements d'entreprises étaient autorisés à participer à la procédure d'appel d'offres et le recours à la sous-traitance était permis. Conformément à l'article 97, paragraphe 2, du règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil, du 25 juin 2002, portant règlement financier au budget général des Communautés européennes (JO L 248, p. 1), l'avis de marché et le cahier des charges prévoyaient que le contrat-cadre serait attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.
- 3 La procédure d'évaluation des offres soumises se déroulait en trois étapes : application des critères d'exclusion visant à déterminer si les soumissionnaires étaient autorisés à participer à la procédure (point 11 du cahier des charges) ; application des critères de sélection dans le but de déterminer si les soumissionnaires avaient les capacités financières, économiques, techniques et professionnelles pour exécuter le contrat (points 12 et 13 du cahier des charges) ; application des critères d'attribution visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (point 14 du cahier des charges).
- 4 Les critères d'attribution étaient au nombre de quatre. Les trois premiers étaient des critères techniques et, le quatrième, un critère de prix. Parmi les critères techniques, le point 14 du cahier des charges prévoyait que, sur un total de 60 points, le critère du savoir-faire proposé serait noté sur 20, le critère de la garantie des compétences du personnel sur 10 et le critère de la qualité des prestations de services sur 30. Le critère de prix serait noté sur 40 points. Au total de 100 points était ajouté un maximum de 10 points pour le cas où le soumissionnaire aurait été invité à compléter son offre écrite et à faire une présentation au comité d'évaluation.
- 5 Le point 14 du cahier des charges précisait que l'évaluation technique des offres serait effectuée au regard des critères techniques et que les soumissionnaires devraient atteindre 60 % du total des points pour chacun des critères d'attribution, sous peine d'exclusion de la procédure. Il était également précisé que l'évaluation du prix serait effectuée à partir d'une formule mathématique. Les soumissionnaires devaient être classés selon les résultats au regard des critères d'attribution incluant le critère de prix.
- 6 Aux termes du point 14 du cahier des charges, les trois critères techniques d'attribution devaient être évalués au moyen des réponses des soumissionnaires à des questionnaires figurant à l'annexe B dudit cahier et, s'agissant de la qualité des prestations de services, également au regard du projet d'accord de niveau de service proposé.
- 7 L'annexe B du cahier des charges contenait des fiches portant sur les critères d'attribution. S'agissant du critère du savoir-faire proposé, la fiche était intitulée « Projet échantillon » et

était divisée en deux parties, intitulées « Vision du projet » et « Complexité du projet ». La partie « Vision du projet » était subdivisée en huit points et la partie « Complexité du projet » en seize points. S'agissant du critère de la qualité des prestations de services, la fiche était subdivisée en cinq parties, dans lesquelles il était demandé aux soumissionnaires d'expliquer ou de décrire différents aspects du suivi du personnel chargé d'assurer les prestations proposées. Enfin, une fiche portant sur le critère de la garantie des compétences du personnel existait également, subdivisée en trois parties, dans lesquelles il était demandé aux soumissionnaires de produire des déclarations sur leurs politiques de formation et de recrutement ainsi que des explications sur les moyens et la méthodologie pour assurer la qualité de leurs programmes de formation.

- 8 Treize entreprises et groupements d'entreprises ont présenté des offres, dont les requérantes, European Dynamics Belgium SA, European Dynamics Luxembourg SA, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE et European Dynamics UK Ltd. Six de ces entreprises et groupements d'entreprises, dont les requérantes, ont participé à l'étape au cours de laquelle les critères d'attribution ont été évalués.
- 9 Par courrier du 3 octobre 2011, l'EMA a informé les requérantes qu'elles ne faisaient pas partie des trois soumissionnaires retenus, en raison du classement de leur offre en quatrième position, leur a communiqué les notes qui leur avaient été attribuées, accompagnées d'explications, et leur a indiqué qu'elles pouvaient obtenir, sur demande écrite, les caractéristiques et les avantages relatifs des offres retenues (ci-après la « première décision attaquée »). Il ressort de la première décision attaquée que les requérantes ont obtenu 15,90 points pour le critère du savoir-faire proposé sur un maximum de 20 points, 7,96 points pour le critère de la garantie des compétences du personnel sur un maximum de 10 points, 22,88 points pour le critère de la qualité des prestations de services sur un maximum de 30 points et 27,16 points pour le critère de prix sur un maximum de 40 points, soit un total de 73,89 points.
- 10 Par courrier du 6 octobre 2011, les requérantes ont adressé à l'EMA une lettre par laquelle elles demandaient à obtenir les noms des trois soumissionnaires dont les offres avaient été retenues, les notes obtenues par elles et par les soumissionnaires pour chaque critère ou sous-critère d'attribution, une analyse approfondie des points forts et des points faibles de leur offre et de celles des soumissionnaires retenus, au regard de chaque critère et sous-critère, une copie du rapport d'évaluation, les offres financières des soumissionnaires retenus ainsi que les noms des membres du comité d'évaluation.
- 11 Par courrier du 20 octobre 2011, l'EMA a transmis aux requérantes une copie du rapport d'évaluation, expurgée des noms des membres du comité d'évaluation, et les noms des trois soumissionnaires retenus. Elle faisait valoir qu'elle ne pouvait fournir ni les noms des sous-contractants et les prix proposés par les soumissionnaires retenus, considérés comme des informations commercialement sensibles, ni les noms des membres du comité d'évaluation, la divulgation d'une telle information n'étant notamment pas prévue par l'article 149, paragraphe 3, du règlement (CE, Euratom) n° 2342/2002 de la Commission, du 23 décembre 2002, établissant les modalités d'exécution du règlement n° 1605/2002 (JO L 357, p. 1).
- 12 Par courrier du 25 octobre 2011, les requérantes ont réitéré leurs demandes de divulgation des noms des sous-contractants des soumissionnaires retenus et du pourcentage du contrat qu'il était prévu de sous-traiter, de communication d'une version complète du rapport d'évaluation et de divulgation des noms des membres du comité d'évaluation. Les requérantes ont relevé que le rapport d'évaluation ne contenait pas de commentaires critiques de leur offre, ni n'exposait ses points faibles, notant que l'EMA ne fournissait pas

les raisons pour lesquelles leur offre n'avait pas obtenu le nombre de points qu'elle méritait. Les requérantes ont également relevé l'absence de motivation ou de justification du nombre de points attribués aux soumissionnaires retenus, réitérant leur demande de communication des avantages relatifs présentés par les offres de ces derniers par rapport à la leur, ainsi que des points forts et des points faibles de leur offre au regard des différents critères et sous-critères d'attribution. Enfin, les requérantes ont demandé à l'EMA de leur communiquer les clarifications apportées par le soumissionnaire s'étant vu attribué le marché, le consortium S., quant au niveau du prix contenu dans son offre.

13 Par courrier du 9 novembre 2011, l'EMA a répondu aux différentes demandes figurant dans le courrier du 25 octobre 2011 (ci-après la « deuxième décision attaquée »). Elle a communiqué les noms des sous-traitants du consortium I., classé en troisième position à l'issue de la procédure d'appel d'offres, et a indiqué qu'elle ne connaissait pas le volume du contrat devant être sous-traité par ce consortium. Elle a fait savoir aux requérantes que le rapport d'évaluation, déjà communiqué, contenait tous les motifs au vu desquels la décision d'attribution du marché avait été prise. Elle a considéré que les informations relatives aux clarifications apportées par le consortium S. quant au prix de son offre ne pouvaient être divulguées, car elles constituaient des informations commerciales sensibles, dont la divulgation pouvait porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes de celui-ci. Enfin, elle a réitéré son refus de communiquer les noms des membres du comité d'évaluation.

Procédure et conclusions des parties

14 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 12 décembre 2011, les requérantes ont introduit le présent recours.

15 Les requérantes concluent à ce qu'il plaise au Tribunal :

- annuler la première décision attaquée, par laquelle l'EMA a rejeté leur offre ;
- annuler la deuxième décision attaquée, dans la mesure où l'EMA a rejeté leur demande de communication de la composition du comité d'évaluation ;
- condamner l'EMA aux dépens.

16 L'EMA conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

- rejeter le recours ;
- condamner les requérantes aux dépens.

17 En réponse à une question du Tribunal à l'audience, les requérantes ont précisé que le moyen nouveau, soulevé dans la réplique, concernait une violation substantielle de la procédure.

En droit

Sur la demande d'annulation de la première décision attaquée

18 Les requérantes soulèvent trois moyens au soutien de leur demande d'annulation. Premièrement, l'EMA n'aurait pas ou aurait insuffisamment motivé la première décision attaquée en ce qui concerne l'évaluation de leur offre technique. Deuxièmement, l'EMA n'aurait présenté aucune motivation quant à la formule mathématique utilisée pour évaluer

leur offre technique. Troisièmement, l'EMA n'aurait présenté aucune motivation quant à l'offre anormalement basse d'un des soumissionnaires retenus.

- 19 Dans la réplique, les requérantes ont présenté, sur le fondement de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, un moyen nouveau tiré de la violation des règlements n^{os} 1605/2002 et 2342/2002 ainsi que du cahier des charges, en ce que l'EMA aurait évalué leur offre technique en appliquant une procédure d'attribution substantiellement différente de celle initialement prévue, introduisant ainsi de nouveaux critères d'attribution.

Considérations liminaires

- 20 Il convient de relever que, lorsque, comme en l'espèce, les institutions de l'Union européenne disposent d'un large pouvoir d'appréciation, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique de l'Union dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties figure, notamment, l'obligation pour l'institution compétente de motiver de façon suffisante ses décisions. C'est seulement ainsi que le juge de l'Union est en mesure de vérifier si les éléments de fait et de droit dont dépend l'exercice du pouvoir d'appréciation ont été réunis (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 21 novembre 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec. p. I-5469, point 14 ; du Tribunal du 10 septembre 2008, *Evropaïki Dynamiki/Commission*, T-465/04, non publié au Recueil, point 54, et du 20 mai 2009, *VIP Car Solutions/Parlement*, T-89/07, Rec. p. II-1403, point 61).
- 21 Il importe également de rappeler que l'exigence de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires ou d'autres personnes concernées directement et individuellement par l'acte peuvent avoir à recevoir des explications (voir arrêt de la Cour du 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, point 63, et la jurisprudence citée).
- 22 En outre, il y a lieu d'observer que les règles spécifiques concernant la motivation des décisions rejetant les offres présentées par des soumissionnaires dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres et attribuant le marché à un autre soumissionnaire, applicables en l'espèce, sont inscrites à l'article 100, paragraphe 2, du règlement n° 1605/2002 et à l'article 149, paragraphe 3, du règlement n° 2342/2002.
- 23 Selon ces dispositions, telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence du Tribunal, les institutions, les organes et les organismes de l'Union satisfont à leur obligation de motivation si, tout d'abord, ils se contentent de communiquer immédiatement à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre et, ensuite, fournissent aux soumissionnaires ayant présenté une offre recevable et qui en font la demande expresse, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire, dans un délai de quinze jours de calendrier à compter de la réception d'une demande écrite (arrêt *Evropaïki Dynamiki/Commission*, point 20 supra, point 47).
- 24 Cette façon de procéder est conforme à la finalité de l'obligation de motivation consacrée à l'article 296, deuxième alinéa, TFUE, selon laquelle il convient de faire apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement de l'auteur de l'acte, de façon à permettre, d'une part, aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de faire valoir leurs droits et, d'autre part, au juge d'exercer son contrôle (arrêt *Evropaïki Dynamiki/Commission*, point 20 supra, point 48).

- 25 C'est à la lumière de ces considérations qu'il convient d'examiner tout particulièrement le premier et le troisième moyen de la requête.
- Sur le premier moyen, tiré du défaut ou de l'insuffisance de motivation en ce qui concerne l'évaluation de l'offre technique des requérantes
- 26 Les requérantes soutiennent que la motivation qui accompagne les notes attribuées à leur offre technique pour les critères de la garantie des compétences du personnel et de la qualité des prestations de services ne leur permet de connaître ni les justifications du rejet de leur offre ni les caractéristiques et avantages des offres des autres soumissionnaires.
- 27 Tout d'abord, il convient de constater que la première décision attaquée contient des appréciations portées sur l'offre des requérantes. S'agissant du critère du savoir-faire proposé, il est relevé que le projet d'échantillon avait été bien décrit en détail et que la « méthodologie RUP » (Rational Unified Process) était utilisée. Pour le critère de la garantie des compétences du personnel, il est noté que les politiques et procédures de recrutement et de formation étaient satisfaisantes. Quant au critère de la qualité des prestations de services, il est indiqué que l'organisation et la gestion des services, ainsi que les indicateurs clés de performance, avaient été décrits de manière exhaustive pour servir de base à l'accord de garantie du niveau de qualité des services et que des plans et des politiques clairs de fidélisation du personnel, de suivi et de continuité des services avaient été présentés.
- 28 Par ailleurs, il y a lieu de relever que le courrier de l'EMA, du 20 octobre 2011, contient les noms des trois soumissionnaires retenus et renvoie au rapport d'évaluation, qui y est joint, pour le détail des notes attribuées aux offres des différents soumissionnaires sélectionnés et pour les évaluations des forces et faiblesses des offres.
- 29 Ensuite, il convient de rappeler que ce n'est qu'à la lumière des éléments de fait et de droit sur lesquels l'EMA a fondé son appréciation que les requérantes étaient réellement en mesure de comprendre les raisons pour lesquelles les notes avaient été attribuées aux différents soumissionnaires retenus, seule une telle motivation leur permettant de faire valoir leurs droits et au Tribunal d'exercer son contrôle (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 17 octobre 2012, *Evropaïki Dynamiki/Cour de justice*, T-447/10, non publié au Recueil, point 92).
- 30 Or, eu égard à la marge d'appréciation non négligeable que les critères de la garantie des compétences du personnel et de la qualité des prestations de services laissent à l'EMA, les notes attribuées aux soumissionnaires retenus et aux requérantes ne pouvaient constituer à elles seules une motivation suffisante, comme le reconnaît d'ailleurs l'EMA. Au surplus, l'argument de l'EMA selon lequel il serait suffisant de fournir à un soumissionnaire ses résultats accompagnés de commentaires « généraux », pour qu'il puisse les comparer à ceux des soumissionnaires retenus, ne saurait conduire à ce que ces commentaires ne fassent pas apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, de l'organe ou de l'organisme, auteur de l'acte, de façon à permettre aux requérantes de connaître les justifications du rejet de leur offre (voir, en ce sens, arrêt *Evropaïki Dynamiki/Cour de justice*, point 29 supra, point 94).
- 31 Force est de constater que, en l'espèce, les commentaires figurant dans le rapport d'évaluation ne remplissent pas une telle fonction.
- 32 En premier lieu, s'agissant du critère de la garantie des compétences du personnel, les requérantes soutiennent que les motivations de leur note et de celles du consortium U. ainsi que de la société E. sont presque identiques, ce qui ne justifierait pas l'écart de notation et

ne permettrait pas de comprendre l'avantage comparatif de l'offre du consortium U., soulignant que la motivation de leur note ne comporte aucun élément négatif et que le comité d'évaluation a formulé des commentaires négatifs à l'encontre de l'offre du consortium S., qui a obtenu une note inférieure de 0,33 point à la leur.

33 Il convient de rappeler que les requérantes ont obtenu la note de 7,96 sur 10 pour le critère de la garantie des compétences du personnel. Le consortium U. et la société E. ont obtenu la note identique de 8,29 sur 10, le consortium I. obtenant la meilleure note, à savoir 8,58 sur 10.

34 Dans son rapport, le comité d'évaluation a formulé des commentaires sur les offres de chaque soumissionnaire sélectionné. En ce qui concerne l'offre des requérantes, il a indiqué que les politiques et les procédures de formation et de recrutement étaient bien décrites et satisfaisantes. L'offre du consortium U. a fait l'objet du commentaire suivant : « [L]es politiques en matière de motivation et de formation étaient bien pensées et satisfaisantes. » S'agissant de l'offre de la société E., le comité d'évaluation a noté que « la réponse contenait des politiques de formation et de recrutement détaillées, y compris en matière de fidélisation et de suivi du personnel ». Enfin, les commentaires apportés à l'offre du consortium S. indiquaient que « le soumissionnaire a[vait] présenté ses politiques de formation et de recrutement, mais les descriptions de la fidélisation et la motivation du personnel ne couvraient pas tous les aspects ».

35 Il convient de constater que le commentaire sur l'offre des requérantes est particulièrement vague et de nature générale, puisque le comité d'évaluation s'est borné à constater que les politiques et les procédures de formation et de recrutement étaient bien décrites et satisfaisantes, ne laissant ainsi apparaître aucune appréciation négative.

36 Si le commentaire apporté à l'offre de la société E. apparaît un peu plus détaillé que celui qui accompagne la note attribuée aux requérantes, il est également vague et de nature générale, puisque le comité d'évaluation a indiqué que cette offre contenait des politiques de formation et de recrutement détaillées, y compris en matière de fidélisation et de suivi du personnel. Certes, un tel commentaire ne laisse pas apparaître d'appréciation négative, mais, comme le relèvent les requérantes, il ne mentionne aucunement le caractère satisfaisant de l'offre et n'est pas de nature à justifier la note plus élevée attribuée à cette société. Au vu de ces éléments, un tel commentaire ne permet pas aux requérantes de connaître les raisons pour lesquelles l'EMA a préféré l'offre de la société E. à la leur dans le cadre de l'évaluation du critère de la garantie des compétences du personnel.

37 S'agissant de l'offre du consortium U., il convient de relever que le commentaire apporté par le comité d'évaluation est positif, mais tout aussi laconique que ceux apportés aux offres des requérantes et de la société E. En effet, le comité d'évaluation a seulement pris note que les politiques en matière de motivation et de formation étaient « bien pensées et satisfaisantes », sans que soit mentionné l'aspect du critère tenant à la politique de recrutement. Un tel commentaire ne permet pas aux requérantes de comprendre l'écart entre la note obtenue par l'offre du consortium U. et celle obtenue par la leur.

38 Il ressort des points 34 à 37 ci-dessus que les commentaires apportés dans le cadre de l'évaluation du critère de la garantie des compétences du personnel ne permettent pas aux requérantes de connaître les raisons pour lesquelles leur offre s'est vu attribuer une note inférieure à celle attribuée aux offres de la société E. et du consortium U. De tels commentaires ne constituent donc pas une motivation suffisante de la notation de ces différentes offres, sans qu'il soit d'ailleurs besoin d'examiner le commentaire relatif à l'offre du consortium E.

- 39 Les arguments présentés en défense par l'EMA ne permettent pas de remettre en cause cette conclusion.
- 40 Premièrement, l'EMA ne saurait se retrancher derrière le faible écart entre les notes attribuées, d'une part, au consortium U. et à la société E., à savoir 8,29 points, et, d'autre part, aux requérantes, à savoir 7,96 points, pour soutenir qu'il était impossible de rendre avec précision une telle différence dans le cadre des évaluations argumentées. Or, pour satisfaire aux exigences de l'article 100, paragraphe 2, du règlement n° 1605/2002, les commentaires du comité d'évaluation auraient dû être suffisamment précis pour permettre aux requérantes de connaître les éléments de droit et de fait sur la base desquels le pouvoir adjudicateur avait rejeté leur offre et retenu l'offre d'autres soumissionnaires (voir, en ce sens, arrêt *Evropaïki Dynamiki*/Cour de justice, point 29 *supra*, point 96). Au vu des éléments relevés dans le rapport d'évaluation, force est de constater que les commentaires apportés aux notes attribuées aux offres examinées dans le cadre de l'évaluation du critère de la garantie des compétences du personnel ne sont pas suffisamment précis pour remplir la fonction que la réglementation et la jurisprudence leur assignent.
- 41 Deuxièmement, contrairement à ce que fait valoir l'EMA, il ressort de ce qui a été jugé aux points 34 à 37 ci-dessus que, d'une part, les commentaires apportés par le comité d'évaluation n'expliquent pas l'ordre de classement des offres et, d'autre part, les différences de contenu desdits commentaires n'expliquent pas l'écart de notation de 6,2 % entre, d'une part, les offres du consortium U. et de la société E. et, d'autre part, l'offre des requérantes.
- 42 Troisièmement, s'il est vrai que l'insuffisance de motivation quant au critère de la garantie des compétences du personnel n'est pas susceptible, à elle seule, d'influer sur la légalité de la première décision attaquée, notamment en raison de l'écart de notation entre l'offre des requérantes et celle du dernier soumissionnaire retenu, à savoir 0,54 point en faveur du consortium I., il y a lieu de relever que tel ne serait pas le cas en cas d'insuffisance de motivation quant à la notation attribuée à l'égard d'un critère autre que celui examiné ici.
- 43 En second lieu, s'agissant du critère de la qualité des prestations de services, les requérantes considèrent que la comparaison de la motivation de la note qui leur a été attribuée avec la motivation de la note attribuée au consortium I. ne justifie pas l'écart important de notation entre ces deux offres, qui ne reposerait sur aucun commentaire négatif à l'égard de leur offre, la motivation de leur note étant plus détaillée et indiquant que les éléments pertinents étaient décrits de manière exhaustive. Elles font valoir que le point 14 du cahier des charges est particulièrement détaillé quant à ce critère et renvoie au point 15, selon lequel les soumissionnaires doivent remplir un questionnaire spécifique et proposer un accord de garantie du niveau de service. Enfin, elles relèvent que l'élément avancé par l'EMA pour justifier l'écart de notation concerne la forme et non le contenu substantiel de l'offre.
- 44 Pour l'EMA, la différence entre les notes obtenues par les consortiums I. et U. et celles attribuées aux autres soumissionnaires s'explique par les commentaires positifs formulés à l'égard du contenu substantiel des offres de ces deux premiers consortiums.
- 45 Il convient de rappeler que les requérantes, ayant obtenu la note de 22,88 sur 30 pour le critère de la qualité des prestations de services, ont été classées troisièmes derrière le consortium I., qui a obtenu la note de 24,23 sur 30, et le consortium U., qui a obtenu la note de 24,08 sur 30.
- 46 Dans son rapport, le comité d'évaluation a formulé des commentaires sur les offres de chaque soumissionnaire sélectionné. En ce qui concerne l'offre des requérantes, il a noté

que l'organisation et la gestion des services ainsi que les indicateurs clés de performance étaient décrits de manière exhaustive pour servir de base à l'accord de garantie du niveau de qualité des services et que des plans et des politiques clairs avaient été présentés en ce qui concerne la fidélisation du personnel, le suivi et la continuité des services. S'agissant du consortium I., il a relevé que l'offre était bien structurée et démontrait une méthodologie des indicateurs clés de performance bien définie. Il a considéré que, dans son offre, le consortium U. avait très bien défini les indicateurs clés de performance et avait proposé un bon accord de garantie du niveau de service. Il a également insisté sur certains aspects de cette offre comme, notamment, la clarté de la définition des rôles et responsabilités ou le caractère satisfaisant des politiques de fidélisation et de suivi du personnel.

47 Premièrement, il convient de relever que les requérantes contestent la motivation de la notation relative au critère de la qualité des prestations de services uniquement en ce qu'elle ne permet pas de comprendre l'important écart entre leur note et celle attribuée au consortium I.

48 Deuxièmement, il y a lieu de constater que, eu égard à l'importance de l'écart de notation entre l'offre des requérantes et celle du consortium I. (1,35 point), les éléments figurant dans les commentaires apportés par le comité d'évaluation pour l'appréciation du critère de la qualité des prestations de services ne permettent pas de justifier l'avantage comparatif de l'offre dudit consortium quant à cet aspect de l'évaluation.

49 En effet, ainsi que le relèvent les requérantes, le comité d'évaluation n'a fait aucun commentaire négatif à l'égard de leur offre, alors que la motivation de la note attribuée à l'offre du consortium I., classée première pour le critère de la qualité des prestations de services, ne fait pas apparaître de manière évidente les raisons pour lesquelles cette offre était tellement supérieure à celle des requérantes.

50 Certes, à l'instar de l'EMA, il n'est pas déraisonnable de considérer que le commentaire motivant la note attribuée au consortium I. contient une appréciation positive de son offre, puisqu'il y est noté que cette offre était bien structurée et que la méthodologie des indicateurs clés de performance était bien définie. Quant à l'offre des requérantes, le comité d'évaluation a relevé que l'organisation et la gestion des services ainsi que les indicateurs clés de performance étaient décrits de manière exhaustive pour servir de base à l'accord de garantie du niveau de qualité des services et que des plans et des politiques clairs avaient été présentés en ce qui concerne la fidélisation du personnel, le suivi et la continuité des services. Par ailleurs, l'EMA fait valoir que le commentaire de la note des requérantes ne porte que sur des aspects formels de leur offre, alors que celui apporté à la note du consortium I. viserait le contenu substantiel de l'offre de ce dernier.

51 Cependant, trois remarques s'imposent s'agissant de la comparaison des commentaires apportés aux offres des requérantes et du consortium I.

52 Tout d'abord, à la lecture des commentaires du comité d'évaluation, il n'est pas possible de déterminer si celui-ci a entendu porter une appréciation quant au contenu de l'offre du consortium I. Ainsi que le relèvent les requérantes, le commentaire sur cette offre contient une appréciation qui peut être regardée comme se rapportant à sa forme, puisque le comité d'évaluation a indiqué que l'offre était bien structurée. Certes, par une telle remarque, le comité d'évaluation pourrait avoir fait référence à une qualité substantielle de l'offre du consortium, mais aucune certitude n'est possible en raison du caractère laconique du commentaire figurant dans le rapport d'évaluation.

53 Ensuite, il n'est pas non plus possible, encore une fois eu égard à la brièveté et au caractère général des appréciations portées, de déterminer si, contrairement à ce qu'affirme l'EMA, le

commentaire sur l'offre des requérantes ne contient aucun aspect positif quant au contenu de celle-ci. Ainsi, il a été fait état, d'une part, de l'exhaustivité de la description de l'organisation et de la gestion des services ainsi que des indicateurs clés de performance et, d'autre part, de la clarté des plans et politiques présentés en matière de fidélisation du personnel, de suivi et de continuité des services. Or, de telles appréciations peuvent tout autant se rapporter au contenu de l'offre présentée qu'à sa forme.

54 Enfin, il y a lieu de relever que, comme le soulignent les requérantes, l'examen du critère de la qualité des prestations de services exigeait des soumissionnaires qu'ils remplissent un questionnaire spécifique, le cahier des charges étant particulièrement détaillé sur ce point. Or, force est de constater que le commentaire apporté à la note attribuée au consortium I. ne permet aucunement aux requérantes de connaître l'appréciation portée sur plusieurs aspects de cette offre. En effet, seule la méthodologie des indicateurs clés de performance a fait l'objet d'une appréciation positive et aucun autre élément de l'offre n'a été mentionné dans ledit commentaire. En outre, l'appréciation portée sur l'offre du consortium I. ne s'appuie sur aucun élément de fait permettant de la justifier et ne satisfait donc pas aux exigences de l'article 100, paragraphe 2, du règlement n° 1605/2002, ni ne permet aux requérantes de connaître les éléments de fait et de droit sur la base desquels le pouvoir adjudicateur a rejeté leur offre et a retenu les offres d'autres soumissionnaires (voir point 40 ci-dessus).

55 Il ressort des points 43 à 54 ci-dessus que les commentaires sur les offres des requérantes et du consortium I. ne permettent pas aux requérantes de connaître les raisons pour lesquelles elles se sont vu attribuer une note inférieure à celle attribuée à ce dernier dans le cadre du critère de la qualité des prestations de services. Ils ne constituent donc pas une motivation suffisante de la notation de ces deux offres.

56 Par suite, il convient d'accueillir le moyen tiré de l'insuffisance de motivation en ce qui concerne l'évaluation de l'offre technique des requérantes.

Sur le troisième moyen, tiré du défaut de motivation concernant l'offre anormalement basse d'un des soumissionnaires retenus

57 Les requérantes soutiennent, en substance, que l'offre financière du consortium S., arrivé premier, présente les caractéristiques d'une offre anormalement basse, en raison de l'écart entre la note qui lui a été attribuée et les notes des offres financières des autres soumissionnaires. Elles relèvent que ni le rapport d'évaluation ni la deuxième décision attaquée ne fournissent une quelconque motivation quant à la raison pour laquelle l'offre financière du consortium S. n'a pas été reconnue comme anormalement basse.

58 Au préalable, il convient de rappeler que les institutions, les organes et les organismes de l'Union satisfont à leur obligation de motivation s'ils se contentent, tout d'abord, de communiquer immédiatement à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre et fournissent, ensuite, aux soumissionnaires ayant présenté une offre recevable et qui en font la demande expresse les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire dans un délai de quinze jours de calendrier à compter de la réception d'une demande écrite (voir point 23 ci-dessus).

59 Il résulte également de la jurisprudence que, lorsque l'institution concernée envoie une lettre, à la suite d'une demande d'explications supplémentaires au sujet d'une décision, avant l'introduction d'un recours, mais après la date fixée par l'article 149, paragraphe 3, du règlement n° 2342/2002, cette lettre peut aussi être prise en considération pour examiner si la motivation en l'espèce était suffisante, l'obligation de motivation devant être appréciée en fonction des éléments d'information dont la partie requérante disposait au moment de l'introduction du recours, étant entendu, toutefois, que l'institution n'est pas autorisée à

substituer une motivation entièrement nouvelle à la motivation initiale (arrêt VIP Car Solutions/Parlement, point 20 supra, point 73).

- 60 En premier lieu, il ressort du courrier du 25 octobre 2011 que les requérantes ont demandé à l'EMA la communication du contenu des clarifications obtenues de la part du consortium S., qui auraient clairement démontré que les prix qu'il proposait n'étaient pas anormalement bas. Dans la deuxième décision attaquée, reçue par les requérantes avant l'introduction du présent recours, l'EMA a affirmé ne pas pouvoir communiquer les clarifications obtenues du consortium S. quant à ses prix, puisque la divulgation de telles informations aurait été commercialement sensible et aurait porté atteinte aux intérêts commerciaux légitimes de celui-ci.
- 61 En outre, il y a lieu de relever que, s'agissant de l'offre financière du consortium S., le comité d'évaluation a noté dans son rapport que, à la suite des clarifications apportées par le soumissionnaire, les prix offerts par celui-ci n'avaient pas été estimés comme étant anormalement bas.
- 62 En deuxième lieu, l'EMA soutient que le prétendu défaut de motivation n'a eu aucun effet sur la légalité de la première décision attaquée, faute d'avoir influencé l'issue de la procédure d'appel d'offres. Cependant, une telle argumentation ne saurait être retenue en l'espèce, puisque cette motivation, dont le défaut est allégué par les requérantes, à le supposer établi, ne leur permettait pas de connaître les raisons pour lesquelles le comité d'évaluation avait considéré que l'offre du consortium S. ne constituait pas une offre anormalement basse et de pouvoir dès lors contester le bien-fondé de cette appréciation.
- 63 En troisième lieu, il convient de constater que, en demandant la communication des motifs au vu desquels le comité d'évaluation a estimé que l'offre du soumissionnaire classé en première position n'était pas anormalement basse, les requérantes demandent que le pouvoir adjudicateur expose les caractéristiques et les avantages relatifs de cette offre. En effet, il ressort du tableau récapitulatif des notes attribuées aux six soumissionnaires ayant atteint le stade de l'évaluation des critères d'attribution, figurant dans le rapport d'évaluation, que le critère de prix a été déterminant dans le classement du consortium S. à la première place des soumissionnaires retenus, ce dernier n'ayant été classé qu'en cinquième position à l'issue de l'examen des seuls critères techniques d'attribution.
- 64 Or, force est de constater que le commentaire figurant dans le rapport d'évaluation ne remplit pas les fonctions assignées à l'obligation de motivation, à savoir faire apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement de l'auteur de l'acte, de manière, d'une part, à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de faire valoir leurs droits et, d'autre part, à permettre au juge d'exercer son contrôle (voir, en ce sens, arrêt *Evropaïki Dynamiki/Commission*, point 20 supra, point 48). En effet, contrairement à l'argumentation de l'EMA, il ne peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur justifie du caractère non anormalement bas d'une offre en se bornant à relever que, à la suite des clarifications apportées par le soumissionnaire en question, il a été estimé que ladite offre n'était pas anormalement basse.
- 65 En outre, le Tribunal doit, au regard des circonstances de l'espèce, prendre en considération le contenu de la deuxième décision attaquée, pour vérifier si le pouvoir adjudicateur a respecté son obligation de motivation (voir points 59 et 60 ci-dessus). Or, dans la deuxième décision attaquée, l'EMA s'est bornée à informer les requérantes des raisons pour lesquelles elle ne pouvait leur communiquer les clarifications apportées par le consortium S. quant à ses prix, puisqu'il se serait agi d'informations commercialement sensibles, dont la divulgation aurait porté atteinte à des intérêts commerciaux légitimes. Une telle information ne saurait, non plus, remplir les fonctions assignées à l'obligation de motivation (voir point

64 ci-dessus), de manière à justifier que l'offre du consortium S. n'était pas anormalement basse.

66 Contrairement à ce que soutient l'EMA, exiger d'un pouvoir adjudicateur qu'il justifie de la circonstance que l'offre retenue n'est pas anormalement basse permet de respecter les dispositions de l'article 100, paragraphe 2, du règlement n° 1605/2002 et de l'article 149, paragraphe 3, du règlement n° 2342/2002, puisqu'une motivation sur ce point informe le soumissionnaire évincé d'un aspect important des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre retenue, éléments dont ces dispositions exigent la communication lorsqu'un tel soumissionnaire en fait la demande.

67 S'agissant de la circonstance que la justification du caractère non anormalement bas d'une offre dépasserait les exigences fixées par l'article 147, paragraphe 2, du règlement n° 2342/2002 quant au contenu d'un procès-verbal d'évaluation et de classement des offres soumises, il suffit de constater, premièrement, que cette disposition énonce de manière non exhaustive les mentions que comporte un tel procès-verbal, puisqu'il y est écrit « [i]l comporte au moins » avant la liste des mentions qu'il prévoit et, deuxièmement, que l'interprétation restrictive de cette disposition proposée par l'EMA ne saurait s'opposer à l'application de l'article 100, paragraphe 2, du règlement n° 1605/2002 et de l'article 149, paragraphe 3, du règlement n° 2342/2002. Ces dispositions commandent que les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue soient communiqués par le pouvoir adjudicateur au soumissionnaire évincé qui en fait la demande.

68 Par ailleurs, l'EMA soutient que, en fournissant des informations détaillées quant au respect de la réglementation en vigueur en matière de protection et de conditions de travail ou quant à l'économie particulière des services proposés par le consortium S., il porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes de celui-ci. Or, exiger du pouvoir adjudicateur qu'il présente les motifs au vu desquels une offre n'a pas été estimée comme étant anormalement basse ne l'oblige pas à révéler des informations précises sur les aspects techniques et financiers de cette offre, comme les prix offerts ou les ressources que le soumissionnaire retenu propose de mettre en œuvre pour fournir les services qu'il offre. Pour fournir une motivation suffisante de cet aspect de l'offre retenue, le pouvoir adjudicateur doit exposer le raisonnement au terme duquel, d'une part, il a conclu que, par ses caractéristiques principalement financières, une telle offre respectait notamment la législation du pays dans lequel les services devraient être exécutés, en matière de rémunération du personnel, de contribution au régime de sécurité sociale et de respect des normes de sécurité et de santé au travail et, d'autre part, il a vérifié que le prix proposé intégrait tous les coûts induits par les aspects techniques de l'offre retenue. Dès lors, l'argument de l'EMA doit être écarté.

69 Par suite, il convient d'accueillir également le moyen tiré du défaut de motivation concernant l'offre anormalement basse d'un des soumissionnaires retenus.

70 Par conséquent, il convient d'annuler la première décision attaquée, sans qu'il soit besoin de répondre au deuxième moyen du recours et au moyen nouveau soulevé dans la réplique.

Sur la demande d'annulation de la deuxième décision attaquée

71 Les requérantes soulèvent trois moyens à l'encontre de la deuxième décision attaquée. Premièrement, l'EMA aurait fait une application erronée de l'article 149, paragraphe 3, du règlement n° 2342/2002. Deuxièmement, la jurisprudence citée par l'EMA ne serait pas pertinente en l'espèce. Troisièmement, la deuxième décision attaquée méconnaîtrait les dispositions du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 43).

- 72 Il ressort de la requête que l'annulation de la deuxième décision attaquée n'est recherchée que dans la mesure où, par celle-ci, l'EMA a refusé de divulguer les noms des membres du comité d'évaluation.
- 73 Il convient de rappeler la jurisprudence, selon laquelle un recours en annulation d'une décision refusant l'accès à des documents n'a plus d'objet lorsque les documents en question ont été rendus accessibles par un tiers, le demandeur pouvant accéder à ces documents et en faire usage de manière aussi légale que s'il les avait obtenus à la suite de sa demande introduite en vertu du règlement n° 1049/2001 (voir arrêt du Tribunal du 3 octobre 2012, Jurašinovič/Conseil, T-63/10, non encore publié au Recueil, point 24, et la jurisprudence citée).
- 74 Il en est d'autant plus ainsi lorsque l'institution, l'organe ou l'organisme de l'Union communique le document demandé au cours de la procédure juridictionnelle. Or, dans le mémoire en défense, l'EMA a communiqué les noms des membres du comité d'évaluation. Dès lors, conformément à l'argumentation de l'EMA, la demande d'annulation de la deuxième décision attaquée n'a plus d'objet, les requérantes ayant perdu leur intérêt à agir après avoir obtenu ce qu'elles demandaient.
- 75 Par conséquent, il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions aux fins d'annulation de la deuxième décision attaquée.

Sur les dépens

- 76 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Par ailleurs, en vertu de l'article 87, paragraphe 6, du règlement de procédure, en cas de non-lieu à statuer, le Tribunal règle librement les dépens. En l'espèce, l'EMA succombant quant à la demande d'annulation de la première décision attaquée et ayant divulgué les informations refusées par la deuxième décision attaquée, il y a lieu de la condamner à supporter ses propres dépens et ceux des requérantes.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (deuxième chambre)

déclare et arrête :

- 1) **La décision EMA/787935/2011 de l'Agence européenne des médicaments (EMA), du 3 octobre 2011, par laquelle l'offre soumise par European Dynamics Belgium SA, European Dynamics Luxembourg SA, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE et European Dynamics UK Ltd dans le cadre de l'appel d'offres ouvert EMA/2011/05/DV a été rejetée, est annulée.**
- 2) **Il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions tendant à l'annulation de la décision EMA/882467/2011 du directeur exécutif faisant fonction de l'EMA, du 9 novembre 2011, par laquelle la demande confirmative des requérantes d'avoir accès aux documents de l'appel d'offres relatifs à la composition du comité d'évaluation a été rejetée.**
- 3) **L'EMA est condamnée aux dépens.**

Forwood

Dehousse

Szwarcz

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 15 octobre 2013.

Signatures

* Langue de procédure : le grec.