

Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak

ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS

C.J.U.E., 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce contre Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., aff. C-159/11, avec concl. av. gén. V. Trstenjak

HvJ, 19 december 2012, Locale di Lecce tegen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., zaak C-159/11, concl. adv.-gen. V. Trstenjak

Marchés publics de services – Contrat conclu entre deux entités publiques, dont une université – Entité publique susceptible d’être qualifiée d’opérateur économique – Contrat à titre onéreux – Contrepartie ne dépassant pas les coûts exposés

La juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2004/18 doit être interprétée en ce sens qu’elle s’oppose à une réglementation nationale qui autorise la conclusion, sans appel à la concurrence, d’un contrat par lequel deux entités publiques instituent entre elles une coopération telle qu’un contrat de consultance passé entre deux administrations publiques, qualifié en droit national « d’accord entre administrations publiques ».

La circonstance que le contrat en cause au principal puisse relever, le cas échéant, soit de la directive 2004/18, soit des règles fondamentales et des principes généraux du traité FUE n’influence pas la réponse à apporter à la question posée. En effet, les critères énoncés dans la jurisprudence de la Cour pour apprécier si un appel à la concurrence est ou non obligatoire sont pertinents tant pour l’interprétation de cette directive que pour celle de ces règles et principes du traité FUE.

Conformément à l’article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2004/18, un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un opérateur économique et un pouvoir adjudicateur, et ayant pour objet la prestation de services visés à l’annexe II A de cette directive constitue un marché public.

Il est sans incidence que cet opérateur soit lui-même un pouvoir adjudicateur. Il est par ailleurs indifférent que l’entité concernée ne poursuive pas à titre principal une finalité lucrative, qu’elle n’ait pas une structure d’entreprise ou encore qu’elle n’assure pas une présence continue sur le marché. Ainsi, s’agissant d’entités telles que des établissements universitaires publics, la Cour a jugé que de telles entités ont, en principe, la faculté de participer à une procédure d’attribution d’un marché

public de services. Toutefois, les États membres peuvent réglementer les activités de ces entités, et notamment autoriser ou ne pas autoriser ces dernières à opérer sur le marché compte tenu de leurs objectifs institutionnels et statutaires. Pour autant, si et dans la mesure où lesdites entités sont habilitées à offrir certains services sur le marché, il ne peut pas leur être interdit de participer à un appel d’offres portant sur les services concernés.

Ainsi que l’a exposé Mme l’avocat général aux points 32 à 34 de ses conclusions et tel qu’il ressort du sens normal et habituel des termes « à titre onéreux », un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu.

Il résulte toutefois de la jurisprudence de la Cour que deux types de marchés conclus par des entités publiques ne rentrent pas dans le champ d’application du droit de l’Union en matière de marchés publics. Il s’agit, en premier lieu, des marchés conclus par une entité publique avec une personne juridiquement distincte de celle-ci lorsque, à la fois, cette entité exerce sur cette personne un contrôle analogue à celui qu’elle exerce sur ses propres services et que ladite personne réalise l’essentiel de ses activités avec la ou les entités qui la détiennent. Il s’agit, en second lieu, des contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques ayant pour objet d’assurer la mise en œuvre d’une mission de service public qui est commune à celles-ci. Dans cette hypothèse, les règles du droit de l’Union en matière de marchés publics ne sont pas applicables pour autant que, en outre, de tels contrats soient conclus exclusivement par

des entités publiques, sans la participation d'une partie privée, qu'aucun prestataire privé ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents et que la coopération qu'ils instaurent soit uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public.

En l'espèce, la mission de service public qui fait l'objet de la coopération entre des entités publiques instaurée par ledit contrat ne paraît pas assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à l'ASL et à l'université.

Le droit de l'Union en matière de marchés publics s'oppose à une réglementation nationale qui autorise la conclusion, sans appel à la concurrence, d'un contrat par lequel des entités publiques instituent entre elles une coopération lorsque – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – un tel contrat n'a pas pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ces entités, qu'il n'est pas exclusivement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ou qu'il est de nature à placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

**C.J.U.E., 13 décembre 2012, *Forposta contre Poczta Polska SA*, aff. C-465/11
HvJ, 13 december 2012, *Forposta tegen Poczta Polska SA*, zaak C-465/11**

Marchés publics – Secteur des services postaux – Sélection – Critères d'exclusion de la procédure d'attribution du marché – Faute grave en matière professionnelle – Circonstances imputables au soumissionnaire – Sauvegarde de l'intérêt public – Maintien d'une concurrence loyale

La juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit qu'une faute grave en matière professionnelle, conduisant à l'exclusion automatique de l'opérateur économique en cause d'une procédure d'attribution d'un marché public en cours, est constituée lorsque, en raison de circonstances imputables à ce même opérateur économique, le pouvoir adjudicateur a résilié ou dénoncé un précédent contrat de marché public passé avec ledit opérateur, ou s'est rétracté, si cette résiliation, dénonciation ou rétractation du contrat est intervenue dans un délai de trois ans avant l'ouverture de la procédure en cours et que le montant de la partie du marché public qui n'a pas été exécutée s'élève à au moins 5 % du montant total de ce marché.

L'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18, à la différence des dispositions concernant les causes d'exclusion prévues au même alinéa, sous a), b), e) et f), ne renvoie pas aux législations et réglementations nationales, mais que le second alinéa de ce même paragraphe 2 énonce que les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit de l'Union, les conditions de son application. Par conséquent, les notions de « faute » « grave » commise « en matière professionnelle », figurant audit article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), peuvent être précisées et

explicitées en droit national, dans le respect, toutefois, du droit de l'Union.

La notion de « faute en matière professionnelle » couvre tout comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur en cause et non pas seulement les violations des normes de déontologie au sens strict de la profession à laquelle appartient cet opérateur, qui seraient constatées par l'organe de discipline prévu dans le cadre de cette profession ou par une décision juridictionnelle ayant autorité de chose jugée. En effet, l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18 autorise les pouvoirs adjudicateurs à constater une faute commise en matière professionnelle par tout moyen dont ils pourront justifier. En outre, à la différence de ce même alinéa, sous c), un jugement ayant autorité de chose jugée n'est pas exigé pour la constatation d'une faute professionnelle au sens de la disposition figurant audit alinéa, sous d). Par conséquent, l'inobservation par un opérateur économique de ses obligations contractuelles peut, en principe, être considérée comme une faute commise en matière professionnelle.

Néanmoins, la notion de « faute grave » doit être comprise comme se référant normalement à un comportement de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité de sa part. Ainsi, toute exécution incorrecte, imprécise ou défectueuse d'un contrat ou d'une partie de ce dernier peut éventuellement démontrer une compétence profes-