

# Droit européen des marchés et autres contrats publics

1<sup>er</sup> janvier 2014 –  
31 décembre 2014

Ann Lawrence **Durviaux**  
Professeur ordinaire  
à l'Université de Liège (Belgique)  
Avocat

*La chronique reprend les principaux arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2014. Sont abordés successivement les sources, généralités et questions périphériques, le champ d'application (avec les notions de marchés et autres contrats publics), les modes de passation dans ses trois volets (les hypothèses d'exclusion, le contrôle des capacités économique, financière et technique), ainsi que l'attribution proprement dite et, pour finir, le contrôle juridictionnel de la passation.*

*Les nouvelles directives <sup>1</sup> ayant déjà fait l'objet d'études approfondies, elles ne seront pas abordées dans la présente chronique.*

## 1. L'exclusion d'un opérateur ayant commis une faute professionnelle dans le cadre des marchés (assurance) n'atteignant pas les seuils européens sur base des articles 49 (liberté d'établissement) et 56 TFUE (libre prestation de services)

(CJUE 18 déc. 2014, aff. C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító Zrt*; ECLI:EU:C:2014:2469 ; R. Noguellou, *Actualités du droit des marchés publics* à la CJUE, Dr. adm. 2015, n° 2, p. 3)

Les articles 49 et 56 TFUE ne s'opposent pas à l'application d'une réglementation nationale excluant la participation à une procédure d'appel d'offres d'un opérateur économique qui a commis une infraction au droit de la concurrence, constatée par une décision de justice ayant acquis force de chose jugée, pour laquelle il s'est vu infliger une amende.

Une entreprise d'assurance, condamnée par un jugement ayant autorité de chose jugée au paiement d'une amende pour avoir conclu des accords verticaux contraires aux règles nationales de la concurrence, est exclue d'une procédure de passation d'un marché public sous les seuils européens pour ce motif, en application d'une disposition de droit

(1) Dir. 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE n° L 94 du 28 mars 2014, p. 1-64; Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE n° L 94 du 28 mars 2014, p. 65-242; Dir. 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JOUE n° L 94 du 28 mars 2014, p. 243-374.

interne hongrois qui prévoyait la possibilité d'exclure un opérateur économique pour « toute infraction commise en relation avec son activité commerciale ou professionnelle, sans précision quant aux caractéristiques ou à la gravité de cette infraction »<sup>2</sup>.

Un marché qui n'atteint pas les seuils européens est soumis aux règles fondamentales et aux principes généraux de ce traité pour autant qu'il présente un intérêt transfrontalier certain<sup>3</sup> eu égard, notamment, à son importance et au lieu de son exécution<sup>4</sup>. En l'espèce, s'agissant d'un marché d'assurance, les articles 49 et 56 TFUE relatifs respectivement à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services s'appliquent sans qu'il soit besoin de faire référence à l'article 18 TFUE consacrant l'interdiction générale de discrimination en raison de la nationalité, puisque ces deux dispositions en constituent des applications particulières<sup>5</sup>. La Cour constate que rien dans le dossier ou dans les observations présentées devant elle ne permet de considérer que l'application de la cause d'exclusion serait constitutive d'une discrimination, même indirecte, en raison de la nationalité ou enfreindre l'obligation de transparence, notamment puisque son application a été annoncée dans l'avis de marché.

En outre, la Cour a déjà jugé que la notion de « faute en matière professionnelle », au sens de l'article 45, paragraphe 2, sous d, de la directive 2004/18/CE qui permet d'exclure tout opérateur « qui, en matière profession-

nelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier », 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 »<sup>6</sup>. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que la commission d'une infraction aux règles de la concurrence, notamment lorsque cette infraction a été sanctionnée par une amende, constitue une cause d'exclusion relevant de l'article 45, paragraphe 2, sous d, de la directive 2004/18/CE<sup>7</sup>.

La Cour ajoute « si une telle cause d'exclusion est possible en application de la directive 2004/18, elle doit *a fortiori* être considérée comme justifiée en ce qui concerne les marchés publics n'atteignant pas le seuil pertinent défini à l'article 7 de ladite directive et n'étant, par conséquent, pas soumis aux procédures particulières et rigoureuses prévues par cette même directive<sup>8</sup> »<sup>9</sup>. Ce raisonnement « *a fortiori* » nous semble superflu et réducteur. Il suffit en effet de s'inscrire dans une interprétation classique du droit primaire (objectif légitime poursuivi, mesure proportionnée et application raisonnable). Dans la mesure où les règles du droit dérivé ont été adoptées dans la perspective d'une ouverture des marchés publics d'une certaine importance sous l'angle financier, une assimilation des solutions pour les marchés se situant en dessous des seuils européens ne vont pas de soi, sans autre considération.

(2) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469, pt 20.

(3) Dans le cas d'espèce, la Cour de justice ne se prononce pas sur l'existence d'un pareil intérêt à défaut d'avoir été saisie de données pertinentes par la juridiction de renvoi.

(4) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469, pt 27, renvoi aux arrêts *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e. a.*, aff. C-159/11, EU:C:2012:817, pt 23, et *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, aff. C-358/12, EU:C:2014:2063, pt 24.

(5) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469, pt 32, renvoyant à l'arrêt *Wall*, aff. C-91/08, EU:C:2010:182, pt 32 et jurisprudence citée.

(6) V., en ce sens, arrêt *Forposta et ABC Direct Contact*, EU:C:2012:801, pt 27.

(7) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469, pt 35.

(8) V., en ce sens, arrêt *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, EU:C:2014:2063, pt 37.

(9) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469, pt 36.

## 2. L'impossibilité d'exclure un organisme de droit public en tant que tel des procédures des marchés publics s'il est un opérateur économique

(CJUE 18 décembre 2014, aff. C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c/ Data Medical Service Srl*, ECLI:EU:C:2014:2466 ; R. Noguellou, Actualités du droit des marchés publics à la CJUE, Dr. adm. 2015, n° 2, p. 3)

Le droit dérivé s'oppose à une législation nationale excluant la participation d'un établissement hospitalier public aux procédures d'attribution de marchés publics, en raison de sa qualité d'organisme public économique, si et dans la mesure où cet établissement est autorisé à opérer sur le marché conformément à ses objectifs institutionnels et statutaires. Toutefois, dans le cadre de l'examen du caractère anormalement bas d'une offre, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération l'existence d'un financement public dont bénéficie un tel établissement au regard de la faculté de rejeter cette offre.

L'*Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze* (établissement hospitalier universitaire de Careggi, ci-après l'« Azienda ») est déclarée adjudicataire d'un marché public passé par appel d'offres par la région de Lombardie essentiellement grâce au prix qu'elle propose, de près de 59 % inférieur à celui du second soumissionnaire le mieux classé, *Data Medical Service*, après contrôle de la normalité de son offre. Le second classé a attaqué cette décision en prétendant, d'une part, que l'établissement hospitalier ne pouvait pas participer à un appel d'offres et, d'autre part, que son offre était anormalement basse compte tenu de l'ampleur de l'écart de prix. La juridiction saisie du litige a décidé de surseoir en posant une première question portant sur la comptabilité d'une législation nationale excluant

un établissement public hospitalier ayant la nature d'un organisme de droit public de la participation aux procédures de passation des marchés publics. Plus fondamentalement, la seconde question vise plus largement la comptabilité au droit de l'Union des marchés publics, des principes généraux de libre concurrence, de non-discrimination et de proportionnalité, d'une législation « qui permet à une personne, du type de [*l'Azienda*], qui bénéficie de manière stable de ressources publiques et s'est vu confier de manière directe le service public de la santé, de tirer de cette situation un avantage concurrentiel déterminant dans la mise en concurrence avec d'autres opérateurs économiques, comme le démontre l'importance du rabais offert, sans que des mesures correctrices aient été prévues dans le même temps pour éviter un tel effet de distorsion de la concurrence ».

La réponse à la première question était prévisible puisqu'elle a déjà été tranchée de manière positive à maintes reprises par la Cour <sup>10</sup>. La possibilité pour les organismes publics de participer à des procédures de passation des marchés publics ressort déjà clairement du libellé de l'article 1<sup>er</sup>, sous c, de la directive 92/50/CE, selon lequel le « prestataire de services » est toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public, qui offre des services. L'un des objectifs des règles de l'Union en matière de marchés publics réside dans l'ouverture à

(10) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466, pt 33, renvoyant aux arrêts *Teckal* (aff. C-107/98, EU:C:1999:562, pt 51), *ARGE* (EU:C:2000:677, pt 40), *CoNISMa* (EU:C:2009:807, pt 38) et *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.* (EU:C:2012:817, pt 26).

(11) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466, pt 34, renvoyant à l'arrêt *Bayerischer Rundfunk e.a.*, aff. C-337/06, EU:C:2007:786, pt 39.

la concurrence la plus large possible <sup>11</sup> est de l'intérêt du pouvoir adjudicateur puisqu'il dispose ainsi d'un choix plus large. Une interprétation restrictive de la notion d'« opérateur économique » aurait pour conséquence que les contrats conclus entre des pouvoirs adjudicateurs et des organismes qui n'agissent pas principalement dans un but lucratif ne seraient pas considérés comme des « marchés publics » et pourraient ainsi être passés de gré à gré, en échappant à l'application des règles du droit de l'Union en matière d'égalité de traitement et de transparence, contrairement à la finalité de ces règles <sup>12</sup>. Si et dans la mesure où des organismes de droit public sont habilités à offrir certains services contre rémunération sur le marché, même à titre occasionnel, les États membres ne peuvent interdire à ceux-ci de participer à des procédures de passation de marchés publics qui portent sur la prestation des mêmes services.

La réponse à la seconde question, dont les enjeux n'ont pas échappé à la Cour – la participation de structures publiques largement subsidiées par des fonds publics sans mesure correctrice pour prévenir les éventuelles distorsions de concurrence qui en résultent est-elle compatible avec le droit de l'Union en matière de marchés publics? –, était

très attendue. La réponse de la Cour reste très orthodoxe puisqu'elle rappelle que le droit de l'Union des marchés publics n'a pas prévu d'autre mécanisme que la vérification et le rejet éventuel des offres anormalement basses. Des subventions publiques permettent de faire des offres à des prix « sensiblement » inférieurs à ceux des soumissionnaires non subventionnés <sup>13</sup>, ceci pouvant cependant conduire à l'exclusion des soumissionnaires qui bénéficient d'aides non conformes au traité <sup>14</sup>. Plus largement, poursuit la Cour, dans le cadre de l'examen du caractère anormalement bas d'une offre, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération l'existence d'un financement public dont bénéficie un tel établissement au regard de la faculté de rejeter cette offre <sup>15</sup>. Il s'agit d'une avancée relativement imprécise par rapport à l'enjeu de la question. Le contrôle de la normalité d'un prix suppose cependant une analyse des coûts de production de la prestation (ressources humaines et matérielles) auxquels s'ajoute une marge pour les frais généraux et les bénéfices. Sans ajustement structurel et approfondissement de l'Union européenne sous l'angle fiscal et social, ces distorsions de concurrence, bien réelles, pourront difficilement être combattues par le biais du contrôle de la normalité des prix.

(12) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466, pt 34, renvoyant à l'arrêt *CoNISMa*, EU:C:2009:807, pts 37 et 43.

(13) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466, pt 43, renvoyant aux arrêts *ARGE*, EU:C:2000:677, pts 25 à 27, ainsi que *CoNISMa*, EU:C:2009:807, pts 34 et 40.

(14) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466, pt 44, renvoyant aux arrêts *ARGE*, EU:C:2000:677, pt 29, ainsi que *CoNISMa*, EU:C:2009:807, pt 33.

(15) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466, pt 51.

### 3. Le pouvoir largement discrétionnaire du pouvoir adjudicateur de renoncer à passer le marché même après l'attribution de celui-ci

(CJUE 11 décembre 2014, aff. C-440/13, *Croce Amica One Italia Srl*, ECLI:EU:C:2014:2435, R. Noguellou, Actualités du droit des marchés publics à la CJUE, Dr. adm. 2015, n° 2, p. 3)

Le droit de l'Union des marchés publics ne fait pas obstacle à l'adoption, par un pouvoir adjudicateur, d'une décision de renoncer à passer un marché public pour lequel une mise en concurrence a eu lieu et de ne pas procéder à l'attribution définitive de ce marché au seul soumissionnaire qui était resté en lice et avait été déclaré adjudicataire à titre provisoire, cette décision de renoncer devant faire l'objet d'un contrôle juridictionnel de légalité.

La Cour a rappelé dans cette affaire que si la décision de renoncer à passer un marché est entourée de mesures d'information comme la communication des motifs aux candidats et soumissionnaires et la rédaction d'un procès-verbal reprenant ces motifs <sup>16</sup>, elle n'est pas limitée au cas exceptionnel ou nécessairement fondée sur des motifs graves <sup>17</sup>, le droit dérivé n'emportant pas l'obligation de mener une procédure à son terme <sup>18</sup>. La décision de renoncer à passer le marché

doit faire l'objet d'un contrôle juridictionnel de légalité en vertu de la directive 89/665/CEE <sup>19</sup>.

Le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que les États membres prévoient, dans leur législation, la possibilité d'adopter une décision de retrait d'un appel d'offres. Les motifs d'une telle décision de retrait peuvent ainsi être fondés sur des raisons qui ont notamment un rapport avec l'appréciation de l'opportunité, du point de vue de l'intérêt public, de mener à terme une procédure d'adjudication, compte tenu, entre autres, de la modification éventuelle du contexte économique ou des circonstances factuelles, ou encore des besoins du pouvoir adjudicateur concerné. Une telle décision peut également être motivée par le niveau insuffisant de concurrence, en raison du fait que, à l'issue de la procédure de passation du marché concerné, un seul soumissionnaire demeurerait apte à exécuter ce marché <sup>20</sup>.

### 4. L'attribution directe de services de transports sanitaires à des organismes de bénévolat

(CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, *Azienda sanitaria locale n° 5 « Spezzino »*, ECLI:EU:C:2014:2440 avec concl. av. gén. N. Wahl ; R. Noguellou, Actualités du droit des marchés publics à la CJUE, Dr. adm. 2015, n° 2, p. 3)

Les articles 49 et 56 TFUE ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui prévoit que la fourniture des services de

transports sanitaires d'urgence et d'extrême urgence doit être confiée par priorité et par voie d'attribution directe, en l'ab-

(16) Art. 41, § 1 et 43 de la directive 2004/18/UE.

(17) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, pt 31, renvoyant à l'arrêt *Fracasso et Leitschutz*, aff. C-27/98, EU:C:1999:420, pts 23 et 25.

(18) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, pt 32, renvoyant à l'arrêt *HI*, aff. C-92/00, EU:C:2002:379, pt 41.

(19) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, pt 34 renvoyant à l'arrêt *HI*, EU:C:2002:379, pts 55 et 62.

(20) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, pt 35.

sence de toute publicité, aux organismes de bénévolat conventionnés, pour autant que le cadre légal et conventionnel dans lequel se déploie l'activité de ces organismes contribue effectivement à la finalité sociale ainsi qu'à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire sur lesquels cette réglementation est fondée.

L'attribution directe par des autorités publiques des services de transports sanitaires à des organisations bénévoles est-elle compatible avec les dispositions du traité relatives au marché intérieur, en particulier avec les articles 49, 56, 105 et 106 TFUE et les principes généraux ?

Telle est la question posée par le Conseil d'État italien saisi d'un recours contre l'attribution directe, conformément aux lois régionales, par l'autorité sanitaire locale ASL n° 5 « Spezzino » (ci-après « ASL n° 5 ») des conventions relatives à la prestation de services de transports sanitaires à deux organisations bénévoles, Associazione Nazionale Pubblica Assistenza (ci-après l'« ANPAS ») et Croce Rosse Italiana (la Croix-Rouge italienne), ces conventions constituant la suite d'un accord-cadre régional conclu avec l'ANPAS, le Consorzio italiano pubbliche assistenze (CIPAS) et la Croce Rossa Italiana – Comitato regionale Liguria, organismes représentant les associations de bénévolat, relatif à la réglementation des rapports entre les agences sanitaires et hospitalières, d'une part, et les associations de bénévolat ainsi que la Croce Rossa Italiana – Comitato regionale Liguria, d'autre part (ci-après l'« accord-cadre régional »). Le droit italien prévoit que le transport sanitaire est une activité d'intérêt géné-

ral fondée sur le respect des principes d'universalité, de solidarité, d'efficacité économique et d'adéquation et qu'il est assuré, par un système de conventions diverses, soit par des entités publiques ou des entités privées de bénévolat <sup>21</sup> dont l'activité est encadrée et reconnue par la Constitution et par la loi italienne.

La Cour de justice a estimé nécessaire de faire le détour par l'examen du champ d'application de la directive 2004/18/UE. Elle avait déjà jugé que les services de transports sanitaires d'urgence et d'extrême urgence relèvent de la catégorie A (pour le volet transport) et de la catégorie B (pour le volet médical) de l'annexe II de la directive 2004/18/UE <sup>22</sup>. Elle précise dans le cas d'espèce que l'accord-cadre répond à la définition de l'accord-cadre de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, de la directive 2004/18/UE et donc relève de la notion de marché public <sup>23</sup>, la circonstance qu'il soit conclu pour le compte d'entités ne poursuivant pas de but lucratif n'est pas de nature à exclure cette qualification <sup>24</sup>, peu importe que la rémunération prévue reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu <sup>25</sup>.

Si la valeur de services relevant de l'annexe II A est supérieure à ceux relevant de l'annexe II B, la Cour considère que « la directive 2004/18 s'oppose à une réglementation telle que celle en cause au principal, qui prévoit que les autorités locales confient la fourniture des services de transport sanitaires d'urgence et d'extrême urgence par priorité et par voie d'attribution directe, en l'absence de toute forme de publicité, aux organismes de bénévolat conventionnés » <sup>26</sup>.

(21) Art. 75, 75 *ter* de la LR (loi régionale) n° 41/2006.

(22) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 34, renvoyant à l'arrêt *Tögel*, aff. C-76/97, EU:C:1998:432, pt 39.

(23) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 36, renvoyant à l'arrêt *Commission c/ Italie*, EU:C:2007:729, pts 43 et 44.

(24) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 36, renvoyant à l'arrêt *Commission c/ Italie*, EU:C:2007:729, pt 41.

(25) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 37, renvoyant à l'arrêt *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, aff. C-159/11, EU:C:2012:817, pt 29.

(26) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 44.

Par contre, si la valeur des services relevant de l'annexe II B est supérieure à ceux relevant de l'annexe II A, seuls les articles 23 et 35, paragraphe 4, de la directive 2004/18/UE sont applicables en vertu de l'article 22 de cette dernière, ainsi que les articles 49 et 56 TFUE et les principes de transparence et d'égalité <sup>27</sup>.

Le système de conventionnement tel que celui instauré par l'article 75 *ter* de la LR (loi régionale) n° 41/2006 aboutit à un résultat contraire à l'objectif de libre circulation des services et à l'ouverture à la concurrence non faussée la plus large possible dans les États membres <sup>28</sup>, puisqu'en prévoyant que les autorités publiques compétentes recourent, par voie d'attribution directe, prioritairement aux organismes de bénévolat conventionnés pour satisfaire les besoins dans ce domaine, une telle réglementation exclut les entités à finalité non bénévole d'une part essentielle du marché concerné. Or, conformément à la jurisprudence de la Cour, l'attribution, en l'absence de toute transparence, d'un marché à une entreprise située dans l'État membre du pouvoir adjudicateur de ce marché est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par ce marché, qui sont situées dans un autre État membre. À moins qu'elle ne se justifie par des circonstances objectives, une telle différence de traitement, qui, en excluant toutes les entreprises situées dans un autre État membre, jouerait principalement au détriment de celles-ci, serait constitutive d'une discrimination indirecte selon la

nationalité, interdite en application des articles 49 et 56 TFUE <sup>29</sup>.

Toutefois, le mode d'organisation du service de transport sanitaire en cause au principal est motivé par les principes d'universalité, de solidarité, d'efficacité économique et d'adéquation, le recours prioritaire aux organismes de bénévolat conventionnés visant spécialement à garantir que ce service d'intérêt général soit assuré dans des conditions d'équilibre économique sur le plan budgétaire.

De tels objectifs sont pris en considération dans le droit de l'Union de différentes manières.

Premièrement, « le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence dont disposent les États membres pour aménager leurs systèmes de santé publique et de sécurité sociale » <sup>30</sup>. Si les États membres ne peuvent pas introduire ou maintenir des restrictions injustifiées à l'exercice des libertés fondamentales dans le domaine des soins de santé, dans l'appréciation du respect de cette interdiction, « il doit être tenu compte du fait que la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité, et qu'il appartient aux États membres, qui disposent d'une marge d'appréciation, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint » <sup>31</sup>. Il faut encore ajouter, d'une part, qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale peut constituer, en lui-

(27) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 45, renvoyant aux arrêts *Commission c/ Irlande*, EU:C:2007:676, pt 26 et jurisprudence citée, ainsi que *Strong Segurança*, EU:C:2011:161, pt 35.

(28) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 51, renvoyant à l'arrêt *Bayerischer Rundfunk e.a.*, aff. C-337/06, EU:C:2007:786, pt 39 et jurisprudence citée.

(29) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 52, renvoyant aux arrêts *Commission c/ Irlande*, EU:C:2007:676, pts 30 et 31; *Commission c/ Italie*, EU:C:2007:729, pt 64, ainsi que *Commission c/ Italie*, EU:C:2008:102, pt 66.

(30) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 55, renvoyant aux arrêts *Sodemare e.a.*, aff. C-70/95, EU:C:1997:301, pt 27 et jurisprudence citée, ainsi que *Blanco Pérez et Chao Gómez*, aff. C-570/07 et C-571/07, EU:C:2010:300, pt 43 et jurisprudence citée.

(31) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 56, renvoyant aux arrêts *Commission c/ Allemagne*, aff. C-141/07, EU:C:2008:492, pts 46 et 51 et jurisprudence citée, ainsi que *Blanco Pérez et Chao Gómez*, EU:C:2010:300, pts 43, 44, 68 et 90 et jurisprudence citée.

même, une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave à la libre prestation des services et, d'autre part, que l'objectif de maintenir, pour des raisons de santé publique, un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous peut également relever de l'une des dérogations pour des raisons de santé publique, dans la mesure où un tel objectif contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé <sup>32</sup>. Sont ainsi visées les mesures qui, d'une part, répondent à l'objectif général de garantir sur le territoire de l'État membre concerné une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins médicaux de qualité et, d'autre part, participent d'une volonté d'assurer une maîtrise des coûts et d'éviter, dans la mesure du possible, tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines <sup>33</sup>.

Deuxièmement, la Cour a jugé « qu'un État membre peut, dans le cadre de sa compétence retenue pour aménager son système de sécurité sociale, considérer qu'un système d'assistance sociale aux personnes âgées dont l'état rend indispensables des prestations sanitaires

implique nécessairement, en vue d'atteindre ses objectifs, en l'occurrence le respect de la finalité exclusivement sociale de ce système, que l'admission à celui-ci d'opérateurs privés en tant que prestataires de services d'assistance sociale soit subordonnée à la condition qu'ils ne poursuivent aucun but lucratif » <sup>34</sup>.

Le système mis en place doit encore répondre à d'autres conditions. Premièrement, les associations de bénévolat ne peuvent poursuivre des objectifs autres que la solidarité et l'efficacité budgétaire dans la perspective d'une contribution à la finalité sociale. Deuxièmement, elles ne peuvent réaliser aucun profit. Enfin, leur situation ne peut conduire à un abus de droit <sup>35</sup>.

La solution retenue par la Cour de justice dans cet arrêt est particulièrement souple puisqu'elle reconnaît la possibilité d'écarter toute mise en concurrence dans l'attribution de services de l'annexe II B à un opérateur qui ne poursuit pas un but lucratif compte tenu de la finalité sociale du service de transport sanitaire d'urgence pour autant que celle-ci contribue à la maîtrise des coûts.

## 5. L'exclusion en raison d'un dossier de candidature ne contenant pas des pièces exigées sous peine d'exclusion par les documents du marché

[CJUE 6 novembre 2014, aff. C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA*, ECLI:EU:C:2014:2345, Contrats publics 2014, n° 149, p. 10-12; S. Smith, Failure by an Economic Operator to Supply Evidence that the Grounds for Exclusion do not Exist and Requirement on Contracting Authorities Strictly to Comply with the Rules which they Set the Conduct of a Tender Process, PPLR 2015, n° 2, NA 33-36]

Le droit de l'Union en matière de marché public ne s'oppose pas à l'exclusion d'un

opérateur économique d'une procédure d'adjudication, au motif que cet opérateur

(32) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 57, renvoyant à l'arrêt *Stamatelaki*, C-444/05, EU:C:2007:231, pts 30 et 31 et jurisprudence citée.

(33) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 57, renvoyant à l'arrêt *Commission c/ Allemagne*, EU:C:2008:492, pt 61.

(34) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 58, renvoyant au pt 32 de l'arrêt *Sodemare e.a.*, EU:C:1997:301.

(35) CJUE 11 déc. 2014, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 62, renvoyant par analogie à l'arrêt *3M Italia*, aff. C-417/10, EU:C:2012:184, pt 33.



n'a pas respecté l'obligation, prévue dans les documents du marché, de joindre à son offre, sous peine d'exclusion, une déclaration aux termes de laquelle la personne désignée dans cette offre comme directeur technique ne fait pas l'objet d'une procédure ou d'une condamnation pénale, même lorsque, à une date postérieure à l'échéance du délai imparti pour le dépôt des offres, une telle déclaration a été communiquée au pouvoir adjudicateur ou il est démontré que la qualité de directeur technique a été attribuée par erreur à cette personne.

La décision d'un pouvoir adjudicateur d'exclure un candidat soumissionnaire d'une procédure de sélection pour non-dépôt, avec l'offre, d'une déclaration relative à la personne désignée comme directeur technique attestant que cette dernière ne fait pas l'objet d'une condamnation pénale est-elle conforme au droit de l'Union des marchés publics <sup>36</sup>? Alors que le droit dérivé permet de compléter un dossier de candidature incomplet, le cahier des charges avait en son article 8 prévu l'exclusion de la participation en raison du caractère incomplet ou irrégulier des documents. Dans le cas d'espèce, si la personne avait été renseignée comme directeur technique à tort, elle ne faisait pas l'objet

d'une procédure pénale, ce que l'entreprise avait précisé au pouvoir adjudicateur postérieurement à la date d'ouverture des offres.

La Cour de justice a déjà jugé qu'un pouvoir adjudicateur doit observer les règles qu'il s'est lui-même fixées et qu'il est dès lors tenu d'exclure du marché un opérateur économique qui n'a pas communiqué un document dont la production est imposée sous peine de nullité <sup>37</sup>, cette obligation relevant du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence. Il y va de l'égalité des chances dans la formulation des offres et du souci de prévenir tout risque d'arbitraire et de favoritisme <sup>38</sup>. Ces prémisses induisent la solution retenue dans le cas d'espèce: le pouvoir adjudicateur était tenu de respecter les exigences posées dans le cahier spécial des charges et n'avait d'autre choix que d'écarter la candidature incomplète, la décision étant dès lors jugée compatible avec le droit de l'Union en matière de marchés publics. De manière incidente, la qualification du contrat ayant été discutée, la Cour précise que la solution retenue serait identique sur base du droit primaire, les principes d'égalité de traitement et de transparence étant applicables aux concessions de services <sup>39</sup>.

**(36)** En particulier, l'art. 45 de la Dir. 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, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 1177/2009 de la Commission du 30 nov. 2009, lu en combinaison avec l'art. 2 de celle-ci, ainsi que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence.

**(37)** CJUE 6 nov. 2014, aff. C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345, pt 42, renvoyant à l'arrêt *Manova*, aff. C-336/12, EU:C:2013:647, pt 40.

**(38)** CJUE 6 nov. 2014, aff. C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345, pt 44, renvoyant à l'arrêt *Commission c/ CAS Succhi di Frutta*, aff. C-496/99 P, EU:C:2004:236, pts 108 à 111.

**(39)** CJUE 6 nov. 2014, aff. C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345, pt 47, renvoyant aux arrêts *Parking Brixen*, aff. C-458/03, EU:C:2005:605, pts 46 à 49, et *Wall*, aff. C-91/08, EU:C:2010:182, pt 33; *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, aff. C-159/11, EU:C:2012:817, pt 23 et jurisprudence citée.

## 6. La distinction entre critère de sélection qualitative et critère d'attribution

(CJUE 9 octobre 2014, aff. C-641/13, *Espagne c/ Commission*, ECLI:EU:C:2014:2264)

L'expérience de travaux précédents est un critère de sélection qualitative et non un critère d'attribution.

La distinction entre les critères de sélection qualitative et les critères d'attribution sur base de la jurisprudence de la Cour de justice reste relativement controversée. Cette affaire l'illustre à nouveau, le gouvernement espagnol invoquant les mêmes arrêts que la Cour de justice pour soutenir la position inverse à celle qui sera finalement retenue, la Cour interprétant de manière de plus en plus stricte la distinction. L'attribution du marché se réalisant après la vérification de l'aptitude

des entreprises, les deux opérations sont distinctes et obéissent à des règles différentes<sup>40</sup> : un critère d'attribution visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse<sup>41</sup>, l'expérience pour le travail à réaliser est un critère de sélection qualitative qui sert à vérifier l'aptitude des entreprises et répond donc à la définition d'un critère de sélection qualitative<sup>42</sup>. Ce dernier point a été confirmé depuis<sup>43</sup>, la Cour refermant la porte ouverte par l'arrêt *GAT*<sup>44</sup>. La question de principe connaîtra cependant des évolutions compte tenu des nouvelles directives, évolutions annoncées déjà par la Cour au début de l'année 2015<sup>45</sup>.

## 7. Les marchés publics et le « dumping social »

(CJUE 18 septembre 2014, aff. C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*, ECLI:EU:C:2014:2235, AJDA 2014. 1800 ; *ibid.* 2295, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; RDI 2014. 560, chron. R. Noguellou ; W. Zimmer, *Prise en compte de considérations sociales dans l'exécution d'un marché public*, Contrats Marchés publ. 2014, n° 12, p. 13)

Dans une situation dans laquelle un soumissionnaire entend exécuter un marché public en ayant recours exclusivement à des travailleurs occupés par un sous-traitant établi dans un État membre autre que celui dont relève le pouvoir adjudicateur, l'article 56 TFUE s'oppose à l'application d'une réglementation de l'État membre dont relève ce pouvoir adjudicateur obligeant ce sous-traitant à verser auxdits tra-

vailleurs un salaire minimal fixé par cette réglementation.

Comment pallier aux effets de l'absence d'harmonisation fiscale et sociale dans les États membres dans le cadre des procédures de passation des marchés publics, celle-ci conduisant à mettre en concurrence des entreprises soumises à des contraintes différentes ayant un impact sur les prix qu'elles sont suscep-

(40) CJUE 9 oct. 2014, aff. C-641/13, ECLI:EU:C:2014:2264, pt 33, renvoyant aux pts 15 et 16 de l'arrêt *Beentjes*, EU:C:1988:422.

(41) CJUE 9 oct. 2014, aff. C-641/13, ECLI:EU:C:2014:2264, pt 34, renvoyant par analogie à l'arrêt *Beentjes*, EU:C:1988:422, pt 19.

(42) CJUE 9 oct. 2014, aff. C-641/13, ECLI:EU:C:2014:2264, pt 35, renvoyant par analogie à l'arrêt *Beentjes*, EU:C:1988:422, pt 24.

(43) CJUE 9 oct. 2014, aff. C-641/13, ECLI:EU:C:2014:2264, pts 36 et 37, renvoyant aux pts 30 à 32 de l'arrêt *Lianakis e.a.*, EU:C:2008:40, et aux pts 55 et 56 de l'arrêt *Commission c/ Grèce* (aff. C-199/07, EU:C:2009:693).

(44) EU:C:2003:360.

(45) CJUE 26 mars 2015, aff. C-601/13, *Ambisig SA*, avec concl. av. gén. M. Wathelet, ECLI:EU:C:2015:255.

tibles de remettre et, dès lors, fausse dans une certaine mesure l'égalité entre elles dans le processus de mise en compétition ?

Cette question préoccupe la plupart des responsables politiques des États membres qui connaissent un haut degré de protection sociale <sup>46</sup>, les entreprises établies sur leur territoire et contribuant au financement de celle-ci étant mises en concurrence, notamment dans le cadre de la passation des marchés publics avec des entreprises établies dans des États où la protection sociale est moindre. Elle devrait préoccuper les responsables politiques européens dans la mesure où l'absence de réponse équilibrée alimente un euroscepticisme grandissant.

Dans le cadre de la passation d'un marché public de services européens ayant pour objet la numérisation de documents et la conversion de données pour le service d'urbanisme, la ville de Dortmund a imposé aux soumissionnaires la signature d'un document au terme duquel ils s'engageaient à verser à leurs salariés un salaire horaire minimal de 8,62 euros et à exiger de ses sous-traitants qu'ils s'engageaient à leur tour à respecter ce salaire minimal. Cet engagement tendait à l'exécution d'une obligation légale <sup>47</sup>. Un soumissionnaire qui entendait faire exécuter le marché par un sous-traitant établi en Pologne sur le sol polonais a informé le pouvoir adjudicateur que son sous-traitant ne serait pas en mesure de verser le salaire minimal demandé. S'en est suivi un litige qui a conduit une juridiction interne à poser la question de la compatibilité de cette imposition légale avec l'article 56 TFUE et de la directive 96/71/CE (directive

détachement) de la mesure légale allemande.

La Cour de justice écarte sans surprise l'application de la directive détachement (96/71/CE), le marché litigieux étant censé être exécuté par une entreprise sous-traitante établie en Pologne dans son pays d'origine, il n'y a dès lors pas de « détachement » de travailleurs, mais simplement une « délocalisation » de l'exécution du marché.

Elle examine ensuite si l'exigence de salaire minimal litigieuse, susceptible d'être qualifiée de « conditions particulières concernant l'exécution du marché » au sens de l'article 26 de la directive 2004/18/EU, est compatible avec l'article 56 TFUE ?

L'imposition, en vertu d'une réglementation nationale, d'une rémunération minimale aux sous-traitants d'un soumissionnaire établi dans un État membre autre que celui duquel relève le pouvoir adjudicateur et dans lequel les taux de salaire minimal sont inférieurs constitue une charge économique supplémentaire qui est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attrayante l'exécution de leurs prestations dans l'État membre d'accueil et dès lors une restriction, au sens de l'article 56 TFUE <sup>48</sup>. Une telle mesure nationale peut en principe être justifiée par l'objectif de la protection des travailleurs qui tend à assurer que les travailleurs soient payés un salaire convenable afin d'éviter à la fois le « dumping social » et la pénalisation des entreprises concurrentes qui octroient un salaire convenable à leurs employés <sup>49</sup>. Cela étant, la Cour a déjà jugé que, pour autant qu'elle s'applique aux seuls mar-

(46) Il n'est dès lors guère étonnant de voir l'Allemagne prendre des initiatives en ce sens, pour l'instant sans succès, v. CJUE 3 avr. 2008, aff. C-346/06, *Dirk Ruffert c/ Land Niedersachsen*, EU:C:2008:189.

(47) En particulier, l'art. 4 (3) de la loi du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie relative à la garantie du respect des conventions collectives, des normes sociales et d'une concurrence loyale dans l'attribution des marchés publics (Gesetz über die Sicherung von Tarifreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge), du 10 janv. 2012 (ci-après le « TVgG – NRW »).

(48) CJUE 18 sept. 2014, aff. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, pt 30, renvoyant à l'arrêt *Ruffert*, EU:C:2008:189, pt 37.

(49) CJUE 18 sept. 2014, aff. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, pt 31.

chés publics, une telle mesure nationale n'est pas apte à atteindre ledit objectif s'il n'existe pas d'indices laissant penser que des travailleurs actifs sur le marché privé n'ont pas besoin de la même protection salariale que ceux actifs dans le cadre de marchés publics <sup>50</sup>. La réglementation nationale en cause au principal apparaît disproportionnée dans la mesure où cette réglementation, en imposant, dans une telle situation, un salaire minimal fixe qui correspond à celui requis pour assurer une rémunération convenable aux travailleurs de l'État membre du pouvoir adjudicateur au regard du coût de la vie existant dans cet État membre, mais qui est sans rapport avec le coût de la vie prévalant dans l'État membre dans lequel les prestations relatives au marché public en cause seront effectuées et priverait, dès lors, les sous-traitants établis dans ce dernier État membre de retirer un avantage concurrentiel des différences existant entre les taux de salaires respectifs, va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer que l'objectif de la protection des travailleurs soit atteint <sup>51</sup>.

La mesure de protection salariale ne saurait non plus être justifiée au regard de l'objectif de stabilité des régimes de sécurité sociale. En effet, il n'a pas été soutenu et la Cour considère qu'il n'apparaît d'ailleurs pas soutenable – sans en préciser les raisons – que l'application de cette mesure aux travailleurs polonais concernés soit nécessaire afin d'éviter un risque d'atteinte grave à l'équilibre du système de sécurité sociale allemand <sup>52</sup>,

les travailleurs polonais dépendant de la sécurité sociale polonaise pour les compléments d'aide sociale.

Si la réponse apportée par la Cour de justice ne surprend guère, elle ne rassure pas pour autant. La Cour semble ignorer que l'enjeu de la mesure – non assumée par l'Allemagne, certes – est la protection de l'équilibre de financement du système de sécurité sociale allemand, financé par les cotisations sociales qui alourdissent le coût du travail pour les entreprises qui les payent et qui sont mises en concurrence dans le cadre de procédure de marchés publics financés par des impôts et taxes perçus par le fisc allemand, avec des entreprises qui sont soumises à des contraintes qui diminuent fortement le coût de la main-d'œuvre.

Il est fort à parier que d'autres initiatives seront prises par les États membres, la mise en concurrence des systèmes fiscaux et sociaux n'étant pas, du moins de manière explicite, inscrite dans les traités, l'ensemble de ces initiatives visant soit à compenser les inégalités dans la concurrence induite par des contraintes normatives trop radicalement différentes dans les États membres, soit à trouver des mécanismes complémentaires de financement des régimes de sécurité sociale et plus largement des « biens collectifs ». Tant que l'intégration européenne n'aura pas fait un bond qualitatif vers une harmonisation fiscale et sociale ou une marche arrière clairement assumée, l'Europe de l'entre-deux conduit à des situations insatisfaisantes pour les uns et les autres.

(50) CJUE 18 sept. 2014, aff. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, pt 32, renvoyant à l'arrêt *Rüffert*, EU:C:2008:189, pts 38 à 40.

(51) CJUE 18 sept. 2014, aff. C-549/13, ECLI:EU:C:2014 :2235, pts 33 et 34.

(52) CJUE 18 sept. 2014, aff. C-549/13, ECLI:EU:C:2014 :2235, pt 35, renvoyant par analogie à l'arrêt *Rüffert*, EU:C:2008:189, pt 42.

## 8. L'étendue des pouvoirs du juge dans le cadre de la sanction de l'absence d'effets lorsque le marché est passé en violation des règles de publicité

(CJUE 11 septembre 2014, aff. C-19/13, *Ministero dell'Interno*, CLI:EU:C:2014:2194, concl. av. gén. Y. Bot ; J.-P. Pietri, Effets de l'absence de publication d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne sur l'existence du marché, Contrats Marchés publ. 2014, n° 11, p. 38 ; Contrats publ. 2014, n° 148, p. 12)

Lorsque le pouvoir adjudicateur a publié un avis de transparence *ex ante* et attendu un délai de dix jours après la publication d'un avis d'attribution pour conclure le marché sur base d'une procédure négociée sans publicité qu'il estimait prévue par le droit dérivé, le juge ne peut prononcer la déclaration d'absence d'effets du contrat s'il estime que les circonstances avancées pour recourir à la procédure négociée sans publicité sont remplies.

Le ministère de l'Intérieur italien décide d'attribuer le 15 décembre 2011 par procédure négociée sans publicité un marché public de services de télécommunications à la société Telecom Italia invoquant des « raisons techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité » justifiant que le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé <sup>53</sup>, partie à une première convention conclue en 2003. Il publie un avis de transparence *ex ante* <sup>54</sup> (soit un avis annonçant son intention de conclure cette convention) et un avis d'attribution. Une société concurrente introduit un recours tendant à l'annulation de la décision d'attribution et à la déclaration d'absence d'effets du contrat au motif que les conditions pour recourir à une procédure négociée sans publicité

ne sont pas réunies. Dans le cadre de ce recours, la juridiction nationale estime que les conditions ne sont pas réunies, en raison de la circonstance qu'il n'existe pas une impossibilité objective de confier le marché à un opérateur économique différent, le choix du ministère étant plus un choix d'opportunité fait dans le souci de limiter les changements et la période d'adaptation qui devait s'en suivre ainsi que les coûts induits. Le juge national s'interroge cependant sur les conséquences de ces éléments sur la déclaration d'absence d'effets.

La Cour de justice rappelle les objectifs de la directive 89/665/CEE et les moyens de les atteindre. Les premiers résident dans la protection des soumissionnaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur, le renforcement des mécanismes de contrôle en vue d'assurer l'application effective des règles de l'Union en matière de passation des marchés publics à un stade où les violations peuvent encore être corrigées <sup>55</sup>. Les seconds résident dans la transparence, les recours efficaces et rapides, ainsi que les pouvoirs d'annulation du juge <sup>56</sup>. La déclaration d'absence d'effets du marché est une sanction prévue en cas d'attribution d'un marché sans publication d'avis préalable et sans que cela ne soit autorisé par la

(53) Hypothèse prévue par l'art. 28, § 1, sous e, de la directive 2009/81 et à l'art. 57, / 2, sous b, du décret législatif n° 163 du 12 avr. 2006, portant le code des marchés publics de travaux, de services et de fournitures en application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (decreto legislativo n° 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE et 2004/18/CE) du 12 avr. 2006 (supplément ordinaire à la GURI n° 100 du 2 mai 2006), tel que modifié par le décret législatif n° 152 du 11 sept. 2008 (supplément ordinaire à la GURI n° 231 du 2 oct. 2008, ci-après le « décret législatif n° 163/2006 »).

(54) Conforme à l'art. 3 *bis* de la directive 89/665/CE.

(55) CJUE 11 sept. 2014, aff. C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194, pt 34, renvoyant à l'arrêt *Commission c/ Autriche*, aff. C-212/02, EU:C:2004:386, pt 20 et jurisprudence citée.

(56) CJUE 11 sept. 2014, aff. C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194, pts 35-37.

directive 2004/18/UE. L'article 2 *quinquies*, paragraphe 4, de la directive 89/665/CEE prévoit une exception à cette sanction d'absence d'effets du marché moyennant le respect de trois conditions : le pouvoir adjudicateur a estimé être dans une hypothèse de procédure négociée sans publicité prévue par le droit dérivé, il a publié un avis de transparence *ex ante* et enfin, il a attendu dix jours après la publication d'un avis d'attribution avant de conclure le marché. La Cour a déjà jugé que cette exception fait l'objet d'une interprétation stricte <sup>57</sup> qui doit rester conforme aux objectifs poursuivis par la directive <sup>58</sup>. Le législateur entendait en introduisant cette exception « concilier les différents intérêts en cause, à savoir ceux de l'entreprise lésée à qui il importe de réserver la faculté d'introduire un référé précontractuel et l'annulation du contrat illégalement conclu ainsi que ceux du pouvoir adjudicateur et de l'entreprise sélectionnée qui impliquent d'éviter l'incertitude juridique susceptible de découler de l'absence

d'effets du contrat » <sup>59</sup>. La Cour de justice considère qu'il serait « contraire tant au libellé qu'à l'objectif de l'article 2 *quinquies*, paragraphe 4, de la directive 89/665 de permettre aux juridictions nationales de déclarer que le marché est dépourvu d'effets lorsque les trois conditions visées à cette disposition sont remplies » <sup>60</sup>. Toutefois, il importe encore que l'instance de recours exerce un contrôle effectif sur les circonstances invoquées par le pouvoir adjudicateur pour justifier le choix d'une procédure négociée sans publicité, circonstances devant au demeurant figurer dans l'avis de transparence *ex ante*. Si l'instance de recours estime que ces circonstances sont insuffisantes pour justifier le recours à la procédure négociée avec publicité (ou qu'une autre des trois conditions n'a pas été respectée), il doit déclarer que le marché est dépourvu d'effets. En revanche, si les trois conditions sont réunies, l'instance de recours est tenue de maintenir les effets du marché <sup>61</sup>.

## 9. Absence de paiement des cotisations sociales et exclusion des procédures de marchés sous les seuils européens

(CJUE 10 juillet 2014, aff. C-358/12, *Consorzio Stabile*, ECLI:EU:C:2014:2063 ; W. Zimmer, Restriction de l'accès à la commande publique, *Contrats Marchés publ.* 2014, n° 10, p. 31 ; *Contrats publ.* 2014, n° 148, p. 10 ; A. Brown, *Is a National Law Requiring the Exclusion of Bidders for Non-Payment of Social Security Contributions Exceeding €100 Compatible with the EU Treaty and the Principle of Proportionality?*, Case C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici v Comune di Milano*, PPLR 2014, NA 165-170)

Dans le cadre d'un marché sous les seuils européens, l'exclusion d'une entreprise qui était en infraction au regard de ses obligations de cotisations sociales pour un montant de 278 € (soit le montant mensuel dû par l'entreprise)

est-elle compatible avec le principe de proportionnalité et les articles 49 et 56 TFUE ? Le pouvoir adjudicateur a fondé sa décision sur la législation italienne qui prévoit, sous les seuils européens, l'exclusion des personnes qui ont commis

(57) CJUE 11 sept. 2014, aff. C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194, pt 40, renvoyant à l'arrêt *Commission c/ Allemagne*, aff. C-275/08, EU:C:2009:632, pt 55 et jurisprudence citée.

(58) CJUE 11 sept. 2014, aff. C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194, pt 40, renvoyant par analogie à l'arrêt *Future Health Technologies*, aff. C-86/09, EU:C:2010:334, pt 30 et jurisprudence citée.

(59) CJUE 11 sept. 2014, aff. C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194, pt 44, renvoyant au pt 57 des concl. de l'av. gén.

(60) CJUE 11 sept. 2014, aff. C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194, pt 45.

(61) CJUE 11 sept. 2014, aff. C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194, pts 52 et 53.

des infractions graves définitivement établies en matière de versement des cotisations de sécurité sociale selon la législation italienne ou celle de l'État dans lequel elles étaient établies <sup>62</sup>, l'infraction grave étant celle qui fait obstacle à la délivrance du document unique de régularité en matière de contributions sociales (DURC). Seul « un écart inférieur ou égal à 5 % entre les sommes dues et celles versées pour chaque période de versement de rémunération ou de cotisations ou en tout état de cause inférieur à 100 euros n'est pas considéré comme grave, nonobstant une obligation de paiement du montant précité dans les trente jours après la délivrance du DURC » <sup>63</sup>. Le juge saisi du litige avait des doutes sur la compatibilité de cette législation par rapport au principe de proportionnalité et aux articles 49 et 56 TFUE.

Après avoir rappelé sa jurisprudence constante sur les articles 49 et 56 TFUE <sup>64</sup>, la Cour constate que la disposition nationale constitue bien une restriction au sens de ces deux dispositions, puisqu'elle est susceptible d'empêcher la participation de soumissionnaire à un marché public. Toutefois, elle estime cette restriction peut être justifiée dans

la « mesure où elle poursuit un objectif légitime d'intérêt général et pour autant qu'elle respecte le principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elle est propre à garantir la réalisation de cet objectif et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » <sup>65</sup>. Dans le cas d'espèce, d'une part, l'objectif poursuivi par la disposition, qui est bien de s'assurer de la fiabilité de la diligence du soumissionnaire ainsi que du comportement correct de celui-ci à l'égard de ses employés, doit être considéré comme un objectif légitime d'intérêt général, d'autre part, la cause d'exclusion est propre à garantir l'objectif poursuivi et, enfin, la définition d'un seuil précis garanti le respect du principe d'égalité de traitement, de transparence et de sécurité juridique, qui est une condition de la proportionnalité de la mesure <sup>66</sup> mesure où le droit dérivé prévoit la possibilité d'exclure de la participation d'un marché public tout opérateur économique qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de sécurité sociale, sans qu'un montant minimal ne soit énoncé, le fait de prévoir un montant est en soi un assouplissement et ne peut dès lors être considéré comme allant au-delà de ce qui est nécessaire.

- (62) Art. 38 du décret législatif n° 163, portant création du code des marchés publics de travaux, de services et de fournitures en application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (decreto legislativo n° 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) du 12 avr. 2006 (supplément ordinaire à la GURI n° 100, du 2 mai 2006), tel que modifié par le décret-loi n° 70 du 13 mai 2011 (GURI n° 110, du 13 mai 2011, p. 1), converti en loi par la loi n° 106 du 12 juill. 2011 (GURI n° 160, du 12 juill. 2011, p. 1, ci-après le « décret législatif n° 163/2006 »).
- (63) Art. 8, § 3, du Decreto del ministero del lavoro e della previdenza sociale – che disciplina il documento unico di regolarità contributiva du 24 oct. 2007 (GURI n° 279 du 30 nov. 2007, p. 11).
- (64) CJUE 10 juill. 2014, aff. C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063, pts 28 et 29, renvoyant aux arrêts *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, aff. C-376/08, EU:C:2009:808, pt 41 ; *CoNISMa*, aff. C-305/08, EU:C:2009:807, pt 37.
- (65) CJUE 10 juill. 2014, aff. C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063, pt 31, renvoyant à l'arrêt *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, aff. C-376/08, EU:C:2009:808, pt 44.
- (66) CJUE 10 juill. 2014, aff. C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063, pt 34, renvoyant à l'arrêt *Itelcar*, aff. C-282/12, EU:C:2013:629, pt 44.

## 10. La location d'un bien en l'état futur d'achèvement et la notion de marché public de travaux

[CJUE 10 juillet 2014, aff. C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, ECLI:EU:C:2014:2067, concl. av. gén. N. Wahl ; W. Zimmer, La notion de marché public de travaux, *Contrats Marchés publ.* 2014, n° 10, p. 26 ; *Contrats publ.* 2014, n° 148, p. 10 ; S. Smith, Is a Contract for the Leasing of a Building which has not yet been built a Works Contracts, and must a National Court Revisit a Ruling which has led to a Situation which is Incompatible with EU Procurement Legislation ?, Case C-213/12, *Impresa Pizzarotti v Comune di Bari*, PPLR 2014, NA 171-175]

Dans le cadre d'un litige donnant lieu à de nombreuses procédures juridictionnelles, qui s'est noué entre la commune de Bari et l'entreprise Pizzarotti depuis 2003 dans le cadre d'un projet de construction d'une nouvelle cité judiciaire, s'est posée la question de savoir si un contrat de location portant sur un bien immobilier en état futur d'achèvement répond à la définition de marché public de travaux.

La réponse positive était très prévisible dans le contexte factuel dont a été saisie la Cour. Celle-ci a rappelé sa jurisprudence constante sur le caractère autonome de la notion de marché public de travaux relevant du droit de l'Union. Cette notion ne dépend pas de la qualification interne de contrat de location <sup>67</sup>. Lorsque l'opération est complexe, il importe de se

référer au critère de l'objet principal du contrat <sup>68</sup>. Dans la mesure où le contrat a été proposé par l'entreprise à la commune alors que le bâtiment n'existait pas, que le bâtiment est censé répondre aux exigences posées par la cour d'appel de Bari, l'administration vérifiant avant réception la conformité de l'ouvrage à ces exigences reprenant les caractéristiques techniques et technologiques de l'ouvrage en fonction d'un ensemble de données relatives aux activités juridictionnelles de l'arrondissement de Bari, des besoins spécifiques de chaque juridiction, en ce compris la capacité d'accueil des parcs de stationnement, il y a lieu de considérer que l'ouvrage répond bien à des besoins déterminés par le pouvoir adjudicateur <sup>69</sup> ou, à tout le moins, sur lequel le pouvoir adjudicateur a exercé une influence déterminante lors de sa conception <sup>70</sup>.

(67) CJUE 10 juill. 2014, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt 40, renvoyant à l'arrêt *Commission c/ Allemagne*, aff. C-536/07, EU:C:2009:664, pt 54 et jurisprudence citée.

(68) CJUE 10 juill. 2014, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt 41, renvoyant aux arrêts *Auroux e.a.*, aff. C-220/05, EU:C:2007:31, pt 37 ; *Commission c/ Italie*, aff. C-412/04, EU:C:2008:102, pt 47, et *Commission c/ Allemagne*, EU:C:2009:664, pt 57.

(69) CJUE 10 juill. 2014, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt 43, renvoyant à l'arrêt *Commission c/ Allemagne*, EU:C:2009:664, pt 55.

(70) CJUE 10 juill. 2014, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt 44, renvoyant à l'arrêt *Helmut Müller*, aff. C-451/08, EU:C:2010:168, pt 67.



## 11. Les opérations *in house* et les associations privées sans but lucratif de solidarité sociale et les associations caritatives

[CJUE 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal*, ECLI:EU:C:2014:2004, concl. av. gén. P. Mengozzi, AJDA 2014. 1301 ; W. Zimmer, Relation *in house* et critère du contrôle analogue, Contrats Marchés publ. 2014, n° 10, p. 29 ; Contrats publ. 2014, n° 148, p. 10 ; A. Brown, In-House Exemption not Available Due to the Presence of Private Members in the Supplier Entity, Case C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubaf*, PPLR 2014, NA 133-137]

Le Centre hospitalier public a conclu, le 27 juillet 2011, directement avec le SUCH un contrat portant sur la fourniture, par ce dernier, de repas aux patients et au personnel du Centre hospitalier (ci-après le « protocole de 2011 »), arguant de la relation *in house* existant entre celui-ci et les hôpitaux publics, qui sont au nombre de ses sociétaires, et visant à satisfaire les besoins de ces derniers par des moyens internes.

Le SUCH, créé par décret-loi, dont les statuts sont homologués par le secrétaire d'État à la santé, est une association sans but lucratif ayant pour finalité la réalisation d'une mission de service public. Il est considéré comme « instrument permettant de répondre en interne aux besoins de ses sociétaires et, à cet effet, il est tenu de prendre à sa charge les initiatives susceptibles d'améliorer la capacité et l'efficacité du fonctionnement de ces derniers en permettant des économies d'échelle et, ainsi, de contribuer à la pérennité du système financier du service national de sécurité sociale ». Les sociétaires du SUCH (au nombre de 88) sont des entités relevant du secteur public et des institutions (privées) de solidarité sociale à but non lucratif (23 dont 20 institutions caritatives), la majorité des droits de vote à l'assemblée générale appartenant aux sociétaires publics qui sont soumis aux pouvoirs de direction, de supervision et de tutelle du membre du gouvernement chargé du

domaine de la santé. Les statuts prévoient que le SUCH peut également exercer des activités économiques autres à des entités privées nationales ou étrangères qui ne peuvent excéder 20 % de son chiffre d'affaires annuel global de l'exercice précédent.

Une entreprise concurrente a contesté l'existence d'un contrôle analogue devant une instance de recours nationale. En substance, les questions préjudicielles posent la question de savoir comment appliquer la jurisprudence de la Cour de justice à une association (sans but lucratif) compte tenu de l'absence de capital social, d'une part, de la « nature » sociale et caritative des entités privées présentes dans l'institution prestataire pour l'hôpital public, d'autre part, et, enfin, du contrôle exercé par un représentant du gouvernement.

La Cour de justice, sans surprise, considère que la forme juridique de l'attributaire, association de droit privé sans but lucratif, est sans incidence dans le cadre de l'exception des opérations *in house*, cette association pouvant exercer une activité économique<sup>71</sup>. La jurisprudence relative aux opérations *in house* ou quasi interne se fonde non pas sur la forme juridique des entités faisant partie de l'entité attributaire, ni sur le but commercial de ces dernières, mais sur le fait que les entités privées obéissent à des considérations propres à leurs intérêts

(71) CJUE 19 juin 2014, aff. C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004, pt 33, renvoyant aux arrêts *Sea*, aff. C-573/07, EU:C:2009:532, pt 41, et *CoNISMa*, aff. C-305/08, EU:C:2009:807, pt 45.

privés, de nature différente des objectifs d'intérêt public poursuivis par le pouvoir adjudicateur <sup>72</sup> et que l'attribution directe d'un marché est susceptible de leur procurer un avantage concurrentiel <sup>73</sup>. Dans le cas d'espèce, « les sociétés privées du SUCH poursuivent des intérêts et des finalités qui, suivant appréciables qu'ils puissent être d'un point de vue social, sont d'une nature différente de celle des

objectifs d'intérêt public poursuivis par les pouvoirs adjudicateurs qui sont en même temps des sociétaires du SUCH » <sup>74</sup>. En outre, les sociétaires privés accomplissant des activités économiques en concurrence avec d'autres opérateurs économiques, l'attribution directe d'un marché est dès lors susceptible de leur procurer un avantage concurrentiel <sup>75</sup>.

## 12. Les opérations *in house* (ou quasiinternes), le contrôle analogue (suite)

(CJUE 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, ECLI:EU:C:2014:303 ; Y. Simonnet, Application de l'exception *in house* aux opérations dites « internes horizontales » : retour vers le futur ?, AJDA 2014. 2001 ; W. Zimmer, Vers une extension du champ d'application de l'exception *in house* ?, Contrats Marchés publ. 2014, n° 6, p. 73 ; W. Zimmer, Un an de droit de l'Union européenne de la commande publique, Contrats Marchés publ. 2014, n° 7, p. 11 ; Contrats publ. 2014, n° 145, p. 9 ; D. McGowan, Can Horizontal in-House Transactions Fall Within Teckal ? A note on Case C-15/13..., PPLR 2014, NA 120-122 ; J. Falle, Hamburg Again : Shared Services and Public Sector Cooperation in the Case of Technische Universität Hamburg-Harburg v Datenlotsen Informationssysteme GmbH, PPLR 2014, NA 123)

L'Université de Hambourg est un établissement public d'enseignement supérieur <sup>76</sup>, répondant à la définition d'un organisme de droit public au sens du droit de l'Union en matière de marché public <sup>77</sup> et, par conséquent, un pouvoir adjudicateur. L'université a, par attribution directe, attribué un marché d'une valeur estimée de 840 000 euros ayant pour objet l'acquisition d'un système de gestion informatique de l'enseignement supérieur à la société HIS.

HIS est une société à responsabilité limitée de droit privé, dont le capital est détenu à raison d'un tiers par la République fédérale d'Allemagne et de deux

tiers par les seize *Länder* allemands, la part de la ville de Hambourg correspondant à 4,16 % de ce capital. Son objet social consiste à assister les établissements publics d'enseignement supérieur et les administrations compétentes dans leurs efforts pour accomplir de manière rationnelle et efficace leur mission d'enseignement supérieur. Les systèmes informatiques de HIS sont utilisés dans plus de deux cent vingt établissements publics et religieux d'enseignement supérieur en Allemagne. Le conseil de surveillance de cette société est composé de dix membres, dont sept sont nommés sur proposition de la conférence des ministres des *Länder*, deux

(72) CJUE 19 juin 2014, aff. C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004, pt 36, renvoyant à l'arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau*, EU:C:2005:5, pts 49 et 50.

(73) CJUE 19 juin 2014, aff. C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004, pt 38, renvoyant à l'arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau*, EU:C:2005:5, pt 51.

(74) CJUE 19 juin 2014, aff. C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004, pt 39.

(75) CJUE 19 juin 2014, aff. C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004, pt 40.

(76) Du *Bundesland Freie und Hansestadt Hamburg* (État fédéré de la ville libre et hanséatique de Hambourg (ci-après la « ville de Hambourg »).

(77) Art. 1<sup>er</sup>, § 9, de la directive 2004/18/CE.

sur proposition de la conférence des recteurs des établissements d'enseignement supérieur, association regroupant les universités et les établissements d'enseignement supérieur allemands publics ou reconnus par l'État, et un sur proposition des autorités fédérales. HIS dispose d'un comité consultatif (*Kuratorium*), dont dix-neuf des trente-sept membres sont issus de la conférence des ministres des *Länder*. En ce qui concerne le volume des activités de HIS, 5,14 % du chiffre d'affaires de cette société correspondent à des activités exercées pour le compte d'entités autres que des établissements publics d'enseignement supérieur.

Selon le pouvoir adjudicateur, l'attribution directe était justifiée par l'existence d'un « contrôle analogue », inédit dans la jurisprudence de la Cour de justice <sup>78</sup>, puisqu'il résulterait de la circonstance que les deux parties (le pouvoir adjudicateur et l'attributaire) seraient sous le contrôle de la ville de Hambourg. Elle a donné lieu à un litige devant une instance de recours nationale qui saisit la Cour de justice de cette question inédite.

La justification fragile n'a pas résisté à l'analyse de la Cour de justice, l'exception de la coopération *in house* (ou quasi

interne) devant en effet faire l'objet d'une interprétation stricte <sup>79</sup>. L'exception est fondée sur l'idée qu'un pouvoir adjudicateur peut faire appel à ses propres moyens d'exécution ou à des moyens propres d'exécution assimilés lorsque l'entité externe attributaire est contrôlée par le pouvoir adjudicateur et que l'attributaire réalise l'essentiel de son activité pour ce dernier <sup>80</sup>. Le contrôle exigé est un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services, soit la « possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de l'entité attributaire et que le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur doit être effectif, structurel et fonctionnel » <sup>81</sup>. Si le contrôle conjoint exercé sur l'attributaire, soit celui exercé par plusieurs entités, a été admis par le passé <sup>82</sup>, force est de constater qu'il n'est pas présent dans le cas d'espèce, puisqu'il n'existe aucun rapport de contrôle entre l'université (pouvoir adjudicateur) et HIS (attributaire). La Cour ne souhaite pas étendre l'interprétation de l'exception dans le cas d'espèce puisque la ville de Hambourg n'exerce pas sur l'université un contrôle analogue, son contrôle ne s'étendant qu'à une partie de son activité, à savoir uniquement en matière d'acquisition, soit un contrôle très partiel <sup>83</sup>.

(78) En droit allemand, il est qualifié « d'opération interne horizontale », terminologie que nous ne reprendrons pas, car elle nous semble entraîner une confusion avec la jurisprudence de la Cour de justice relative à la coopération horizontale qui correspond à un autre schéma de relations (arrêts *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06, EU:C:2009:357, ainsi que *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, aff. C-159/11, EU:C:2012:817).

(79) CJUE 8 mai 2014, aff. C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, pt 23, renvoyant à l'arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau*, EU:C:2005:5, pt 46.

(80) CJUE 8 mai 2014, aff. C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, pt 25, renvoyant aux arrêts *Teckal*, EU:C:1999:562, pt 50, ainsi que *Stadt Halle et RPL Lochau*, EU:C:2005:5, pts 48 et 49.

(81) CJUE 8 mai 2014, aff. C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, pt 25, renvoyant à l'arrêt *Éconord*, aff. C-182/11 et C-183/11, EU:C:2012:758, pt 27 et jurisprudence citée.

(82) CJUE 8 mai 2014, aff. C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, pt 27, renvoyant à l'arrêt *Éconord*, EU:C:2012:758, pts 28 à 31 et jurisprudence citée.

(83) CJUE 8 mai 2014, aff. C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, pt 32.

### 13. Information utile et délai de recours

(CJUE 8 mai 2014, aff. C-161/13, *Idrodinamica Spurgo*, ECLI:EU:C:2014:307, Contrats publ. 2014, n° 145, p. 9)

Acquedotto Pugliese est une entreprise publique entièrement contrôlée par la Regione Puglia (région des Pouilles qui assure la gestion du réseau de distribution d'eau et d'assainissement ainsi que la gestion intégrée des ressources en eau de cette région et de certaines localités des régions voisines). Il s'agit d'une entité adjudicatrice opérant dans le secteur de la production, du transport et de la distribution d'eau potable, tenue de respecter la réglementation nationale transposant la directive 2004/17/CE. Suite au lancement d'une procédure de passation, elle attribue, le 7 juin 2011, un marché de services de traitement des eaux usées, des travaux d'entretien ordinaire et extraordinaire des réseaux de distribution d'eau et d'assainissement, ainsi que des travaux de réalisation de raccordements et de tronçons de canalisation à une association temporaire d'entreprises ayant comme chef de file Cooperativa Giovanni XXIII. La communication de cette décision a été faite le 6 juillet 2011. L'entité adjudicatrice a autorisé le retrait d'un membre demandé par l'association, le 28 mars 2012. Le contrat a été conclu le 17 avril 2012. Par recours notifié le 17 mai 2012, la troisième classée a demandé l'annulation de la décision du 28 mars et du contrat, critiquant tant la décision de retrait que la décision de classer une entreprise concurrente seconde au motif qu'elle aurait remis une fausse déclaration relative à l'absence de condamnation pénale. L'instance nationale saisie du recours tout en constatant l'irrecevabilité du

recours, celui-ci ayant été introduit largement après les trente jours prévus par le droit interne pour attaquer la décision d'attribution, se pose la question de la compatibilité de ce délai avec le principe d'effectivité de la protection juridictionnelle dans la suite de la jurisprudence *Uniplex*<sup>85</sup>, l'élément d'irrégularité étant survenu ici largement postérieurement à la décision, sa communication et l'expiration du délai pour attaquer.

La réponse de la Cour ne surprend guère à nouveau dans la mesure où elle a déjà jugé que « des recours efficaces contre les violations des dispositions applicables en matière de passation des marchés publics ne peuvent être assurés que si les délais prévus pour former ces recours ne commencent à courir qu'à compter de la date à laquelle le requérant a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la violation alléguée desdites dispositions »<sup>86</sup>. Puisque la décision portant autorisation de modification du groupe affecte la légalité de la décision d'attribution<sup>87</sup>, il ne saurait être considéré que le principe de sécurité juridique s'oppose à ce que le délai de recours de trente jours soit rouvert en ce qui concerne un recours visant à l'annulation de la décision d'attribution du marché. La possibilité de soulever des moyens nouveaux dans le cadre du recours initial n'est pas toujours une alternative valable. Par conséquent, le délai de recours de trente jours prévu par la réglementation nationale contre la décision d'attribution du marché doit de nouveau courir afin de

(84) Du Conseil du 25 févr. 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2007.

(85) CJUE, aff. C-406/08, EU:C:2010:45.

(86) CJUE 8 mai 2014, aff. C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307, pt 37, renvoyant à l'arrêt *Uniplex (UK)*, EU:C:2010:45, pt 32 et jurisprudence citée.

(87) CJUE 8 mai 2014, aff. C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307, pt 39, renvoyant par analogie à l'arrêt *Wall*, aff. C-91/08, EU:C:2010:182, pts 38, 39, 42 et 43.

permettre de vérifier la légalité de la décision de l'entité adjudicatrice ayant autorisé la modification de la composition du groupement adjudicataire, qui est susceptible d'avoir une incidence sur la légalité de la décision d'attribution du mar-

ché. Ce délai doit commencer à courir à compter de la date à laquelle le soumissionnaire a reçu la communication de la décision portant autorisation de la modification de la composition du groupement adjudicataire ou en a eu connaissance <sup>88</sup>.

(88) CJUE 8 mai 2014, aff. C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307, pt 41.

