

CHRONIQUES

Droit européen des marchés et autres contrats publics

Janvier –
décembre 2017)

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

1. Limitation du recours à la sous-traitance¹

(CJUE 5 avr. 2017, aff. C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266, concl. av. gén. E. Sharpston ; Contrats Marchés publ. 2017, n°6, p. 18, note M. Ubaud-Bergeron ; ACCP 2017, n° 176, p. 10)

Une restriction à la possibilité de sous-traiter tout ou partie d'un marché public est susceptible d'être qualifiée d'entrave à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, et doit, partant, pouvoir être justifiée par un objectif légitime tout en demeurant proportionnée par rapport au but poursuivi.

La question préjudiciable est posée dans le cadre d'un litige relatif à la passation d'un marché public de travaux ayant pour objet le renouvellement des quais du port maritime national de Klaipédá (Lituanie) et concerne une disposition de la loi lituanienne qui exige, en cas de sous-traitance dans le cadre des marchés publics de travaux, que l'adjudicataire **est [soit ?]** tenu de réaliser

les travaux principaux, tels que définis par le pouvoir adjudicateur².

1

Les directives 2014 ont sensiblement évolué sur ce point puisqu'elles permettent désormais aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices d'exiger que certaines tâches essentielles soient directement effectuées par l'adjudicataire du marché³, alors que les directives de 2004 se limitaient à encadrer la faculté du pouvoir adjudicateur à demander des précisions sur la part du marché que l'adjudicataire avait l'intention de sous-traiter. La Cour s'est, quant à elle, montrée protectrice de la faculté de sous-traiter dans le prolongement de sa jurisprudence relative à la possibilité de faire valoir des capacités de tiers

(1) Les principaux arrêts rendus pendant cette période sont analysés dans un ordre chronologique croissant.

(2) L'art. 24, § 5, du Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (loi lituanienne relative aux marchés publics, ci-après la « loi relative aux marchés publics ») dispose que « les documents d'appel d'offres doivent exiger que le candidat ou le soumissionnaire indique, dans son offre, à quels sous-traitants [...] il envisage d'avoir recours, et peuvent exiger que le candidat ou le soumissionnaire indique, dans son offre, la partie du marché pour laquelle il envisage de recourir à des sous-traitants [...]. En cas de recours à des sous-traitants pour exécuter un marché public de travaux, l'adjudicataire est tenu de réaliser les travaux principaux, tels que définis par le pouvoir adjudicateur [...] ».

(3) Dir. 2014/24/UE, art. 63, et Dir. 2014/25/UE, art. 79.

dans le cadre de l'analyse des capacités techniques, économiques et financières⁴. Elle avait cependant admis une restriction à la possibilité de sous-traiter pour l'exécution de partie essentielle du marché lorsque le pouvoir adjudicateur n'avait pas été en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-traitants lors de la sélection des candidatures et de l'analyse des offres⁵.

Dans des observations liminaires, la Cour va dès lors fort logiquement s'attacher à préciser les dispositions du droit de l'Union qui lui permettent de répondre aux questions préjudiciales.

Selon une jurisprudence constante de la Cour, la directive applicable est, en principe, celle en vigueur au moment où l'entité adjudicatrice choisit le type de procédure qu'elle va suivre⁶, soit ici, la directive 2004/17/CE. Lorsque, comme dans le cas d'espèce, le marché était d'une valeur inférieure au seuil de 5186 000 euros, la législation nationale autorisait l'entité adjudicatrice à choisir de soumettre la procédure de passation aux règles fixées par la directive 2004/17/CE, avec pour conséquence l'application intégrale de ces dernières. Si dans cette hypothèse, l'intérêt d'une interprétation uniforme s'impose⁷, elle ne se justifie que lorsque ces dispositions ont été rendues applicables à de telles situations par le droit national de

manière directe et inconditionnelle, afin d'assurer un traitement identique à ces situations et à celles qui relèvent de ce champ d'application⁸. À défaut, la Cour peut être amenée, pour formuler une réponse utile, à prendre en considération des normes du droit de l'Union non évoquées dans la question préjudiciale⁹. Dans le cas d'espèce, la Cour retient sans surprise des règles fondamentales et des principes généraux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), notamment des articles 49 et 56 de celui-ci et des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que de l'obligation de transparence qui en découlent, pour autant que le marché en cause présente un intérêt transfrontalier certain – résidant ici dans le choix de l'entité adjudicatrice de soumettre la procédure à la directive 2004/17/CE¹⁰.

Les articles 49 et 56 TFUE s'opposent à toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services¹¹. Il est de l'intérêt de l'Union que l'ouverture d'un appel d'offres à la concurrence soit le plus large possible, y compris en dessous des seuils, le recours à la sous-traitance étant susceptible de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics contribuant à cet objectif¹². Or, la disposition nationale liti-

(4) CJCE 14 avr. 1994, aff. C-389/92, *Ballast Nedam Groep I* ; CJCE 2 déc. 1999, aff. C-176/98, *Holst Italia*.

(5) CJCE 18 mars 2004, aff. C-314/01, *Siemens et ARGE Telekom*, EU:C:2004:159, pt 45 ; CJUE 14 juill. 2016, aff. C-406/14, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu*, EU:C:2016:562, pt 34.

(6) Pt 27 de l'arrêt ; sont, en revanche, inapplicables les dispositions d'une directive dont le délai de transposition a expiré après ce moment (v., en ce sens, arrêt du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, EU:C:2016:214, pt 83, et jurisprudence citée).

(7) Pt 33 de l'arrêt citant les arrêts du 18 oct. 2012, aff. C-583/10, *Nolan*, EU:C:2012:638, pt 46, et du 7 nov. 2013, aff. C-313/12, *Romeo*, EU:C:2013:718, pt 22.

(8) Pt 34 de l'arrêt citant les arrêts du 18 oct. 2012, aff. C-583/10, *Nolan*, EU:C:2012:638, pt 47 ; 7 nov. 2013, aff. C-313/12, *Romeo*, EU:C:2013:718, pts 22 et 23, ainsi que du 14 janv. 2016, aff. C-234/14, *Ostas celnieks*, EU:C:2016:6, pt 20.

(9) Pt 35 citant l'arrêt du 16 avr. 2015, aff. C-278/14, *Enterprise Focused Solutions*, EU:C:2015:228, pt 17, et jurisprudence citée.

(10) Pt 36 [citant voir](#), les arrêts du 23 déc. 2009, aff. C-376/08, *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, EU:C:2009:808, pts 22 à 24 ; du 18 déc. 2014, aff. C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító*, EU:C:2014:2469, pt 27, et du 6 oct. 2016, aff. C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*, EU:C:2016:747, pt 19.

(11) Pt 47 de l'arrêt, citant les arrêts du 27 oct. 2005, aff. C-234/03, *Contse e. a.*, EU:C:2005:644, pt 25 ; du 23 déc. 2009, aff. C-376/08, *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, pt 41, préc., et du 8 sept. 2016, aff. C-225/15, *Politanò*, EU:C:2016:645, pt 37.

gieuse est susceptible « d'empêcher, de gêner ou de rendre moins attrayante la participation d'opérateurs économiques établis dans d'autres États membres à la procédure de passation ou à l'exécution d'un marché public tel que celui en cause au principal, puisqu'elle empêche ces opérateurs soit de sous-traiter à des tiers tout ou partie des travaux qualifiés de « principaux » par l'entité adjudicatrice, soit de proposer leurs services en tant que sous-traitants pour cette partie des travaux »¹³.

La Cour considère dès lors que la disposition législative nationale constitue une restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services. Une telle 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, soit que la mesure n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir la réalisation de l'objectif¹⁴.

L'objectif poursuivi par la disposition nationale est de garantir une exécution correcte des travaux en faisant obstacle, d'une part, à une pratique consistant à empêcher que des entreprises disposant des capacités professionnelles soumissionnent sans aucune intention d'exécuter le marché et en sous-traitant l'intégralité de celui-ci et, d'autre part, à encourager la participation de petites et moyennes entreprises aux marchés publics au sein d'un groupement plutôt qu'en qualité de sous-traitant.

Si l'objectif tenant à la qualité d'exécution des travaux peut être considéré comme légitime et qu'il n'est pas exclu qu'il puisse justifier certaines limitations à

la sous-traitance, la Cour considère que la disposition nationale va au-delà de ce qui est nécessaire afin de l'atteindre, en ce qu'elle proscrit de manière générale le recours à la sous-traitance pour les travaux qualifiés de « principaux » par l'entité adjudicatrice, quels que soient le secteur économique concerné, la nature des travaux et les qualifications des sous-traitants, sans laisser de place pour une appréciation au cas par cas par l'entité¹⁵.

Il est ainsi impossible d'éviter l'interdiction de sous-traiter même dans l'hypothèse où l'entité adjudicatrice serait en mesure de vérifier les capacités des sous-traitants concernés et estimerait, après cette vérification, qu'une telle interdiction n'est pas nécessaire à la bonne exécution des travaux, eu égard, notamment, à la nature des tâches que le soumissionnaire entend déléguer auxdits sous-traitants¹⁶. Il existe des alternatives moins restrictives et garantissant l'objectif poursuivi comme l'exigence d'indication de l'intention de sous-traiter, de l'identité et des capacités des sous-traitants ou encore l'interdiction de changer de sous-traitant si l'entité adjudicatrice n'a pas pu vérifier leur capacité¹⁷.

La justification tirée de l'encouragement des petites et moyennes entreprises à participer à un marché en tant que cosoumissionnaires plutôt qu'en qualité de sous-traitants est considéré par la Cour avec plus de circonspection puisqu'elle indique « qu'il n'est pas exclu qu'un tel objectif puisse, dans certaines circonstances et sous certaines conditions, constituer un objectif légitime »¹⁸, tout en concluant de manière

3

- (12) Pt 48 de l'arrêt.
- (13) Pt 49 de l'arrêt.
- (14) Pt 51 de l'arrêt citant les arrêts du 27 oct. 2005, aff. C-234/03, *Contse e. a.*, préc., pt 25, ainsi que du 23 déc. 2009, aff. C-376/08, *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, préc., pt 44.
- (15) Pts 54 à 56 de l'arrêt.
- (16) Pt 56.
- (17) Pt 57 de l'arrêt renvoyant au pt 51 des concl. de l'av. gén.
- (18) Pt 59 de l'arrêt renvoyant par analogie à l'arrêt du 25 oct. 2007, aff. C-464/05, *Geurts et Vogten*, EU:C:2007:631, pt 26.

lapidaire que dans le cas d'espèce, elle ne dispose pas d'éléments pour considérer que la disposition nationale serait nécessaire afin de réaliser cet objectif¹⁹.

Sans surprise donc, la Cour considère que les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui prévoit « que, en cas de recours à des sous-traitants pour l'exécution d'un marché de travaux, l'adjudicataire est tenu de réaliser lui-même les travaux principaux, définis comme tels par l'entité adjudicatrice »²⁰.

Cet arrêt est important compte tenu de la délicate question de l'ampleur et des modalités de la sous-traitance singulièrement dans le secteur de la construc-

tion. Il pose des balises également dans le cadre de l'interprétation des nouvelles directives qui certes, prévoient des nouvelles possibilités puisqu'il est désormais prévu que, pour « les marchés de travaux, les marchés de services et les travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques [...], par un participant dudit groupement »²¹. Le contrôle juridictionnel de la légalité de ces pratiques seront liés aux motivations et justifications que le pouvoir adjudicateur apportera dans les documents du marché pour justifier cette exigence nouvelle.

2. La possibilité d'invoquer la capacité d'entités tierces

4

(CJUE 4 mai 2017, aff. C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o.*, ECLI:EU:C:2017:338, concl. av. gén. M. Bobek ; Contrats Marchés publ. 2017, n°7, p. 18, note M. Ubaud-Bergeron ; ACCP 2017, n° 177, p. 9, note ??)

Un opérateur économique ne peut transmettre au pouvoir adjudicateur, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, pour prouver qu'il remplit les conditions de participation à une procédure de marché public, des documents ne figurant pas dans son offre initiale, tel qu'un contrat exécuté par une entité tierce ainsi que l'engagement de cette dernière de mettre à la disposition de cet opérateur des capacités et des ressources nécessaires à l'exécution du marché en cause ; lorsque le pouvoir adjudicateur considère que le marché est indivisible, à savoir qu'il doit être exécuté par un seul opérateur, il peut exclure la possibilité de faire valoir les expériences de plusieurs opérateurs

économiques, pour autant que cette exclusion soit liée et proportionnée à l'objet du marché ; un opérateur économique, qui participe individuellement à une procédure d'attribution d'un marché public, ne peut faire valoir l'expérience d'un groupement d'entreprises, auquel il a pris part dans le cadre d'un autre marché public, s'il n'a pas effectivement et concrètement participé à la réalisation de ce dernier ; un opérateur économique peut être exclu de la participation à un marché public, notamment s'il s'est rendu « gravement coupable » de fausses déclarations en fournisant les renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur, s'il s'est rendu responsable d'une négligence d'une certaine gravité, à savoir une négligence de

(19) Pt 60 de l'arrêt.

(20) Pt 61 de l'arrêt.

(21) Dir. 2014/24/UE, art. 63 ; dispositif analogue dans l'art. 793 de la Dir. 2014/25/UE.

nature à avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution d'un marché public, et cela indépendamment de la constatation d'une faute intentionnelle dans le chef de cet opérateur.

Les questions préjudiciales sont posées dans le cadre de la passation selon une procédure ouverte d'un marché divisé en portant sur la « modernisation de systèmes informatiques existants et la mise en œuvre de nouveaux systèmes dans des établissements de santé relevant de la collectivité de Voïvodie de Łódz (Pologne) au titre du projet de services du système d'informations médicales régional (services RSIM) », en particulier dans le cadre de l'attribution du lot 3 portant sur l'achat et la fourniture d'un logiciel standard que l'opérateur économique doit livrer, installer et configurer au titre de l'exécution du contrat hospitalier, logiciel intégré au service des départements administratifs (gris) et médicaux (blanc) dans un établissement. Le cahier spécial des charges exigeait que les opérateurs économiques fassent la preuve qu'ils avaient exécutés au moins deux marchés comprenant, pour chacun d'eux, une livraison, une installation, une configuration et une mise en œuvre d'un système hospitalier intégré (HIS) dans les départements blanc et gris pour un établissement de santé avec un nombre minimal de 200 lits, d'une valeur non inférieure à 450 000 zlotys polonais (PLN) (environ 101 676,08 euros) taxe sur la valeur ajoutée (TVA) comprise.

Les trois premières questions sont relatives au *timing* à respecter par une entreprise lorsqu'elle souhaite faire valoir des

capacités d'entreprises tierces, faculté dans un premier temps reconnue par la jurisprudence²² et désormais prévue par les directives²³. Sans surprise, la Cour rappelle que si le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à ce que les données relatives à l'offre puissent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes²⁴, il appartient au pouvoir adjudicateur de vérifier que cette clarification n'aboutisse pas à la présentation d'une nouvelle offre²⁵ et de traiter les candidats de manière égale et loyale²⁶. Dans le cas d'espèce, le soumissionnaire a déposé, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures, des documents qui ne figuraient pas dans son offre, à savoir un contrat exécuté par une entité tierce ainsi que l'engagement de cette entité tierce de mettre à sa disposition les moyens nécessaires à l'exécution du marché. Il s'agit dès lors d'une modification substantielle et significative de son offre initiale qui s'apparente au dépôt d'une nouvelle offre, prohibée par l'article 51 de la directive 2004/18/CE.

La quatrième question touche à la possibilité de limiter la possibilité de faire valoir la capacité d'entreprises tierces. Si le droit de tout opérateur économique de faire valoir, pour un marché déterminé, des capacités d'autres entités, quelle que soit la nature des liens existants entre lui-même et ces entités pour autant qu'il prouve qu'il disposera effectivement des moyens nécessaires à l'exécution, est désormais inscrit dans les directives²⁷, la Cour a déjà jugé que l'exercice de ce droit pouvait être limité

5

(22) CJCE 14 avr. 1994, aff. C-389/92, *Ballast Nedam Groep I* ; CJCE 2 déc. 1999, aff. C-176/98, *Holst Italia*.

(23) Dir. 2014/24/UE, art. 63 ; Dir. 2014/25/UE, art. 79.

(24) Pt 38 de l'arrêt citant l'arrêt du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, EU:C:2016:214, pt 63, et jurisprudence citée.

(25) Pt 39 de l'arrêt, citant arrêt du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, préc., pt 64, et jurisprudence citée.

(26) Pt 40 de l'arrêt, citant arrêt du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, préc., pt 64, et jurisprudence citée.

(27) Dir. 2004/18/CE, art. 47, § 2, et 48, § 3.

dans **certaines** circonstances exceptionnelles²⁸. En effet, **certains** travaux peuvent présenter des particularités nécessitant que les capacités soient présentes dans le chef d'un seul opérateur, ce qui autorise le pouvoir adjudicateur à exigé que le niveau minimal de capacité soit présent au sein d'un opérateur unique, cette exigence devant toujours être liée et proportionnée à l'objet du marché²⁹. Dans le cas d'espèce, les documents du marché exigeaient la production de deux références relatives à des contrats exécutés dans un domaine spécifique compte tenu du caractère indivisible du marché en cause, à savoir un logiciel intégré dans deux départements hospitaliers caractérisés, de manière tout à fait conforme aux exigences du droit européen ; le candidat devait donc faire valoir des références regroupant toutes les prestations dans le chef d'un seul opérateur.

La cinquième question est relative à la manière dont un soumissionnaire qui participe individuellement à une procédure peut faire valoir l'expérience d'un groupement d'entreprises auquel il a participé dans le cadre de l'exécution d'un autre marché³⁰. Sans surprise, la Cour précise que « lorsqu'un opérateur économique fait valoir l'expérience d'un groupement d'entreprises auquel il a pris part, celle-ci doit être appréciée

par rapport à la participation concrète de cet opérateur et donc à sa contribution effective à l'exercice d'une activité requise audit groupement dans le cadre d'un marché public déterminé »³¹.

La sixième question permet à la Cour de préciser la portée de la cause d'exclusion facultative relative à l'hypothèse où un opérateur économique s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur³². La Cour estime qu'il suffit que le candidat soumissionnaire se soit rendu coupable d'une négligence d'une certaine gravité, à savoir celle susceptible d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution d'un marché public³³, sans qu'il soit nécessaire que le pouvoir adjudicateur apporte la preuve de l'existence d'une faute intentionnelle dans le chef de cet opérateur économique³⁴. Si le droit national peut préciser la notion de « gravement coupable » dans le respect du droit de l'Union, le droit polonais a simplement précisé que l'exclusion pouvait concerner « tout opérateur économique qui a communiqué de fausses informations ayant une incidence, ou de nature à avoir une incidence sur le résultat de la procédure en cours », ce qui est précisément le cas en l'espèce.

(28) Pt 48 de l'arrêt, citant l'arrêt du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, préc., pt 39, et jurisprudence citée.

(29) Pt 49 de l'arrêt, citant arrêt du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, préc., pt 40, et jurisprudence citée.

(30) Art. 44 de la Dir. 2004/18/CE, lu en combinaison avec l'art. 48, § 2, sous a), et le principe d'égalité de traitement.

(31) Pt 62 de l'arrêt ; pt 65 de l'arrêt.

(32) Art. 45, § 2, sous g), de la Dir. 2004/18/CE.

(33) Pt 71 de l'arrêt.

(34) Pt 72 de l'arrêt.

3. L'impossibilité de modifier une offre après le délai imparti

(CJUE 11 mai 2017, aff. C-131/16, *Archus sp. z o.o. e.a.*, ECLI:EU:C:2017:358 ; Contrats Marchés publ. 2017, n°7, p. 21, note P. Devillers ; ACCP 2017, n° 177, p. 8, note ??)

Le pouvoir adjudicateur ne peut inviter un soumissionnaire à fournir les déclarations ou les documents dont la communication était requise par le cahier des charges et qui n'auraient pas été fournis dans le délai imparti pour soumettre les offres.

L'intérêt principal de cet arrêt réside dans la première question préjudiciable qui donne l'occasion à la Cour de réaffirmer les principes encadrant la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de demander aux candidats ou soumissionnaires de compléter leur dossier de candidature ou leur offre, dans le cadre des procédures de passation qui ne permettent pas la négociation.

Elle est posée dans le cadre de la passation d'un marché public de services ayant pour objet la numérisation d'archives géologiques et l'élaboration d'une version électronique des documents accessible sur un réseau interne. Il s'agissait concrètement de scanner des documents papier et de réaliser leur traitement numérique en vue de les enregistrer sur des formats numériques sous la forme de microfilms. Le cahier spécial des charges exigeait la remise avec l'offre notamment d'un échantillon de microfilm de 35 mm respectant certaines spécifications techniques énoncées et devant servir à l'appréciation de la qualité de l'offre. Après la date fixée pour la remise des offres, un soumissionnaire a écrit au pouvoir adjudicateur en invoquant une erreur involontaire justifiant une cor-

rection de leur offre consistant dans la remise d'un échantillon autre que celui remis à la date prévue, et répondant cette fois aux exigences du cahier spécial des charges. Le droit national impose au pouvoir adjudicateur de demander aux candidats et aux soumissionnaires de compléter, le cas échéant, les documents manquants ou comportant des erreurs, afin que ceux-ci soient conformes aux exigences du cahier des charges, excepté dans les hypothèses où l'offre devrait être rejetée pour d'autres raisons ou lorsqu'il faut renoncer à la passation du marché. La juridiction saisie du litige s'interroge sur la légalité du droit national au regard de l'article 10 de la directive 2004/17/CE énonçant le principe d'égalité de traitement.

7

La question est sensible dans tous les États membres dans la mesure où il existe des tensions entre la volonté de ne pas multiplier les décisions d'écartier les offres pour des problèmes de régularité et d'incomplétude, et le souci de ne pas adopter des comportements de nature à privilégier un opérateur économique.

La Cour rappelle sa jurisprudence stricte sur cette question.

Le principe d'égalité de traitement a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises qui participent à un marché public³⁵, soit l'essence d'une procédure de marché public³⁶. Il

(35) Pt 25 de l'arrêt, citant les arrêts du 29 avr. 2004, aff. C-496/99 P, *Frutta di Succhi Commission c/ CAS*, EU:C:2004:236, pt 110, et du 12 mars 2015, aff. C-538/13, *eVigilo*, EU:C:2015:166, pt 33.

(36) Pt 25 de l'arrêt citant les arrêts du 22 juin 1993, aff. C-243/89, *Commission c/ Danemark*, EU:C:1993:257, pt 33 ; du 25 avr. 1996, aff. C-87/94, *Commission c/ Belgique*, EU:C:1996:161, pt 51, et du 18 oct. 2001, aff. C-19/00, *SIAC Construction*, EU:C:2001:553, pt 33.

implique notamment que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité au moment où ils préparent leurs offres et au moment où le pouvoir adjudicateur les évalue³⁷. En particulier, les soumissionnaires doivent disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres, celles-ci devant être soumises aux mêmes conditions pour tous³⁸.

Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence prohibent toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire dans le cadre d'une procédure, ce qui implique qu'une offre ne peut être modifiée après son dépôt à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou du soumissionnaire³⁹.

La Cour a déjà précisé les exceptions à ce principe. Une offre peut en effet être corrigée ou complétée ponctuellement, lorsqu'elle nécessite à l'évidence une clarification ou lorsqu'il s'agit de mettre fin à des erreurs matérielles, sous réserve du respect de certaines conditions⁴⁰. Premièrement, la demande ne peut être adressée qu'après que le pouvoir adjudicateur ait [a ?] pris connais-

sance de toutes les offres afin qu'elle soit adressée de manière équivalente à tous et qu'elle porte sur tous les points de l'offre qui demandent une clarification⁴¹. Deuxièmement, la demande ne peut aboutir au dépôt d'une nouvelle offre⁴². Troisièmement, le pouvoir adjudicateur doit traiter les opérateurs économiques de manière loyale telle que la demande de clarification ne puisse apparaître, à la fin, comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats qui ont fait l'objet de la demande⁴³. Enfin, la demande ne peut palier à l'absence d'une pièce, document ou information dont la communication était requise par les documents du marché, le pouvoir adjudicateur étant obligé de suivre strictement les règles qu'il a fixées⁴⁴.

Dans le cas d'espèce, la substitution d'un nouvel échantillon par rapport à celui qui a été déposé avec l'offre dans le délai requis, à l'initiative du soumissionnaire et alors que le cahier des charges exigeait son dépôt avec l'offre, constitue une nouvelle offre ou, à tout le moins, une modification substantielle de celle-ci⁴⁵.

(37) Pt 25 de l'arrêt, citant les arrêts du 16 déc. 2008, aff. C-213/07, *Michaniki*, EU:C:2008:731, pt 45, ainsi que du 24 mai 2016, aff. C-396/14, *Züblin et HöjgaardMT*, EU:C:2016:347, pt 37.

(38) Pt 26 de l'arrêt, citant les arrêts du 25 avr. 1996, aff. C-87/94, *Commission c/ Belgique*, préc., pt 54 ; du 12 déc. 2002, aff. C-470/99, *Bau Universale*, EU:C:2002:746, pt 93, ainsi que du 12 mars 2015, aff. C-538/13, *eVigilo*, préc., pt 33.

(39) Pt 28 de l'arrêt, citant es arrêts du 29 mars 2012, aff. C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, EU:C:2012:191, pt 36, ainsi que du 10 oct. 2013, aff. C-336/12, *Manova*, EU:C:2013:647, pt 31.

(40) Pt 29 de l'arrêt, citant les arrêts du 29 mars 2012, aff. C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, préc., pts 35 à 45, pour ce qui concerne la phase d'appréciation des offres, ainsi que du 10 oct. 2013, aff. C-336/12, *Manova*, préc., pts 30 à 39, pour ce qui concerne la phase de présélection des soumissionnaires.

(41) Pt 30 de l'arrêt, citant les arrêts du 29 mars 2012, aff. C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, préc., pts 42 à 44, ainsi que du 10 oct. 2013, aff. C-336/12, *Manova*, préc., pts 34 et 35.

(42) Pt 31 de l'arrêt, citant les arrêts du 29 mars 2012, aff. C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, préc., pt 40 ; du 10 oct. 2013, aff. C-336/12, *Manova*, préc., pt 36.

(43) Pt 32 de l'arrêt, citant les arrêts du 29 mars 2012, aff. C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, préc., pt 41, ainsi que du 10 oct. 2013, aff. C-336/12, *Manova*, préc., pt 37.

(44) Pt 33 de l'arrêt, citant arrêt du 10 oct. 2013, aff. C-336/12, *Manova*, préc., pt 40.

(45) Pts 34 à 37 de l'arrêt, citant le pt 40 de l'arrêt du 29 mars 2012, aff. C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, préc.

4. La concurrence et la santé publique

(CJUE 8 juin 2017, aff. C-296/15, *Medisanus d.o.o.*, ECLI:EU:C:2017:431, concl. av. gén. H. Saugmandsgaard Oe ; Contrats Marchés publ. 2017, n° 10, p. 34, note M. Ubaud-Bergeron ; ACCP 2017, n° 178, p. 8)

L'article 2 et l'article 23, paragraphes 2 et 8, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ainsi que l'article 34 TFUE, lu en combinaison avec l'article 36 TFUE, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une clause du cahier des charges d'un marché public qui exige, conformément à la législation de l'État membre dont relève le pouvoir adjudicateur, que les médicaments dérivés du plasma, objets du marché public en cause, soient produits à partir de plasma collecté dans cet État membre.

Cette affaire amplifie une évolution significative du droit des marchés publics qui, au départ conçu dans une perspective d'ouverture des marchés publics à la concurrence d'entreprises installées en dehors du territoire de l'État membre du pouvoir adjudicateur, s'est progressivement enrichi avec la prise en considération d'autres objectifs d'intérêt général⁴⁶, ici des préoccupations de santé publique.

Un hôpital a lancé un marché public ayant pour objet l'acquisition de deux types de médicaments issus de plasma. Une clause du cahier des charges exigeait que les médicaments soient tirés du plasma national (en l'occurrence, slovène), par référence au principe d'approvisionnement prioritaire en médicaments produits industriellement de plasma collecté en Slovénie en vertu

du droit national. Un organisme public slovène ayant le monopole pour collecter le sang en Slovénie, tous les opérateurs économiques se trouvaient dès lors privés de la possibilité de participer à la procédure. Une société ainsi écartée s'est adressée à l'hôpital pour obtenir la modification de la clause, sans succès. Elle s'est alors tournée vers une instance nationale compétente pour statuer sur la légalité des décisions adoptées par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des marchés publics, qui a décidé de poser des questions préjudiciales à la Cour.

Sur la qualification du sang humain et de ses composantes, la Cour considère que les médicaments dérivés du sang ou du plasma humain entrent dans la définition de la notion de marchandise au sens de l'article 34 TFUE, compte tenu de l'interprétation large de cette notion⁴⁷, les médicaments étant en outre des produits⁴⁸, appréciables en argent et susceptibles de faire l'objet de transaction commerciale. L'exigence d'origine nationale relève du champ d'application de l'article 34 TFUE qui prohibe les entraves à la libre circulation des marchandises.

La Cour considère ensuite que la clause comportant une exigence d'origine nationale est intrinsèquement discriminatoire : « L'obligation de s'approvisionner prioritairement en médicaments dérivés de plasma slovène empêche toute entreprise disposant de médicaments dérivés de plasma

9

(46) L. Richer, La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 févr. 2014, Contrats Marchés publ. 2015. Étude 2.

(47) Pt 53 de l'arrêt, citant les arrêts du 11 sept. 2008, aff. C-141/07, Commission c/ Allemagne, EU:C:2008:492, pts 27 à 32, ainsi que du 9 déc. 2010, aff. C-421/09, Humanplasma, EU:C:2010:760, pts 27 et 30.

(48) Au sens de l'art. 1^e, § 2, sous a) et c), de la Dir. 2004/18/CE.

collecté dans un autre État membre de l'Union de soumissionner utilement aux appels d'offres tels que celui émis par l'hôpital »⁴⁹. Ceci étant, d'une part, la directive 2004/18/CE ne procède pas à une harmonisation exhaustive des aspects relatifs à la libre circulation des marchandises puisque l'article 23, paragraphe 8, de celle-ci admet que des spécifications techniques puissent être justifiées par l'objet du marché. D'autre part, l'article 110 de la directive 2001/83/CE, aux termes duquel les États membres prennent toutes mesures utiles pour promouvoir l'autosuffisance de l'Union en sang et en plasma humains dispose que, à cette fin, les États membres encouragent les dons de sang ou de plasma volontaires et non rémunérés et prennent toutes mesures utiles pour le développement de la production et de l'utilisation des produits dérivés du sang ou du plasma humain provenant de dons volontaires et non rémunérés.

Si la violation du principe d'égalité de traitement prévu à l'article 2 de la directive 2004/18/CE et de l'article 23 de la même directive est évidente, compte tenu de l'exigence d'origine nationale et de l'absence de mention « ou équivalent », la Cour va ensuite examiner si l'entrave à la libre circulation peut être justifiée au titre de la protection de la santé publique⁵⁰. Les principes de l'approvisionnement prioritaire et de l'autosuffisance nationale prévue par la loi slovène, traduits dans la clause du cahier spécial des charges, peuvent-ils être justifiés pour l'un des motifs énumérés par l'article 36 TFUE⁵¹ ?

Si les motifs de santé publique, dans le respect du principe de proportionnalité, laissent une marge d'appréciation importante aux États membres⁵² compte tenu de l'importance de la santé et de la vie des personnes, intérêts protégés par le TFUE et pour lesquels ils restent largement compétents, la jurisprudence constante de la Cour n'admet une mesure de nature à restreindre une liberté fondamentale que si elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif légitime et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint⁵³.

Dans le cas d'espèce, la Cour va considérer que l'objectif d'encourager les dons de sang volontaires et non rémunérés répond à des préoccupations de santé publique visées à l'article 36 TFUE, susceptible de justifier une entrave à la libre circulation des marchandises⁵⁴, tout comme l'objectif de l'autosuffisance nationale en matière de produits sanguins.

En revanche, elle considère que la mesure ne respecte pas le principe de proportionnalité puisque « aucun des éléments en possession de la Cour ne permet de conclure que le principe d'approvisionnement prioritaire en médicaments produits industriellement à partir de plasma slovène prélevé au sein des hôpitaux slovènes contribue, de manière décisive, à encourager la population slovène à donner volontairement et gratuitement son sang »⁵⁵. Elle insiste en soulignant que « le principe d'approvisionnement prioritaire en cause au principal, en ce qu'il exclut les

(49) Pt 68 de l'arrêt.

(50) Pt 78 de l'arrêt, citant par analogie, l'arrêt du 9 déc. 2010, aff. C-421/09, *Humanplasma*, préc., pt 31.

(51) Pt 80 de l'arrêt, citant notamment, par analogie, les arrêts du 17 juin 1981, aff. 113/80, *Commission c/ Irlande*, EU:C:1981:139, pts 7, 8, 10 et 11, ainsi que du 30 nov. 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, EU:C:1995:411, pt 37.

(52) Pt 82 de l'arrêt, citant les arrêts du 11 sept. 2008, aff. C-141/07, *Commission c/ Allemagne*, préc., pt 51 ; du 19 mai 2009, aff. C-171/07 et C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, EU:C:2009:316, pt 19 ; du 21 juin 2012, aff. C-84/11, *Susísalo e.a.*, EU:C:2012:374, pt 28 ; du 5 déc. 2013, aff. C-159/12 à C-161/12, *Venturini e.a.*, EU:C:2013:791, pt 59, et du 19 oct. 2016, aff. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, EU:C:2016:776, pt 30.

(53) Pt 83 de l'arrêt, citant dans le champ de la santé publique, arrêts du 11 sept. 2008, aff. C-141/07, *Commission c/ Allemagne*, préc., pt 48, et du 9 déc. 2010, aff. C-421/09, *Humanplasma*, EU:C:2010:760, pt 34.

(54) Pt 87 de l'arrêt, citant l'arrêt du 9 déc. 2010, aff. C-421/09, *Humanplasma*, EU:C:2010:760, pt 33.

(55) Pt 96 de l'arrêt.

opérateurs économiques désireux d'importer en Slovénie des médicaments dérivés de plasma provenant, eux aussi, de dons volontaires et non rémunérés collectés dans d'autres États membres, va manifestement à l'encontre de ce concept qui sous-tend l'objectif d'autosuffisance de l'Union. Ainsi, dans la mesure où la motivation des donneurs de sang est la même dans les autres États membres qu'en Slovénie, d'une part, et où il existe, d'autre part, des convergences objectives d'intérêts entre l'ensemble des donneurs des États

membres quant à la production et l'utilisation des produits dérivés du sang ainsi que du plasma humain issus de ces dons volontaires et non rémunérés, il n'y a aucune raison de considérer, comme le prétend le gouvernement slovène, que des conditions fondées sur un concept de solidarité purement nationale sont seules susceptibles d'avoir, en Slovénie, une incidence très importante sur la quantité collectée de sang humain et de composants sanguins et, partant, sur la quantité de produits sanguins dérivés de ces dons »⁵⁶.

5. La faculté de remplacement d'une entité tierce en cas de perte des capacités requises

(CJUE 14 sept. 2017, aff. C-223/16, Casertana Costruzioni Srl, ECLI:EU:C:2017:685, avec concl. av. gén. N. Whal ; Contrats Marchés publ. 2017, n° 12, p. 36, note M. Ubaud-Bergeron ; ACCP 2017, n° 180, p. 8)

Une législation nationale peut exclure la possibilité pour l'opérateur économique participant à un appel d'offres de remplacer une entreprise auxiliaire ayant perdu des qualifications requises postérieurement au dépôt de son offre et qui a pour conséquence l'exclusion automatique de cet opérateur.

La possibilité d'invoquer les capacités d'entreprises tierces par rapport au soumissionnaire a été largement reconnue par la jurisprudence et ensuite consolidée dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. Sur ce point, l'article 63 de la directive 2014/24/UE comporte des conditions nouvelles pour enserrer cette faculté, intégrant le dernier état de la jurisprudence⁵⁷. Désormais, en ce qui concerne les capacités relatives aux titres d'études et professionnelles ou à l'expérience professionnelle pertinente, les opérateurs économiques ne pourront avoir recours aux capacités

d'entités tierces que si ces dernières exécutent les travaux, fournitures et services pour lesquels ces capacités sont requises. En outre, le pouvoir adjudicateur vérifie si les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend avoir recours remplissent les critères de sélection applicables et s'il existe des motifs d'exclusion en vertu de l'article 57 de la directive 2014/24/UE. Le pouvoir adjudicateur exige que l'opérateur économique remplace une entité qui ne remplit pas un critère de sélection applicable ou à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion obligatoires. Le pouvoir adjudicateur peut exiger ou peut être obligé par l'État membre à exiger que l'opérateur économique remplace une entité à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion non obligatoires.

La question est posée dans le cadre d'un litige relatif à l'attribution d'un marché

11

(56) Pt 97 de l'arrêt.
(57) CJUE 7 avr. 2016, Partner Apelski Dariusz, aff. C-324/14, ECLI:EU:C:2016:214.

de conception exécutive, de coordination de la sécurité en phase de conception et de la réalisation de travaux concernant le projet « La Bandiera Blu » sur le littoral domitien. Le cahier spécial des charges exigeait une attestation délivrée par un organisme portant sur les qualifications requises pour fournir des prestations de conception et d'exécution relevant de certaines catégories. Caserta remet une offre dans le cadre d'un groupement dont elle est chef de file en invoquant la capacité d'une entreprise tierce qui dispose de l'attestation exigée. Cette entreprise tierce va perdre son attestation après la date fixée pour la remise des offres, mais avant l'attribution du marché. Le marché est attribué à une autre société, Caserta étant classée en seconde position. Dans le cadre de recours introduit contre la décision d'attribution, un moyen soutenant que Caserta aurait dû être exclue en raison de la perte de la qualification est accueilli. L'affaire est portée devant le Conseil d'État italien qui interroge la Cour.

Après avoir rapidement trancher la question du droit applicable au litige, la question reprenant l'article 63 de la directive 2014/24/UE, pour recentrer l'analyse sur les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE applicable au litige. La directive 2014/24/UE n'est pas applicable au litige puisque la décision relative au choix de la procédure a été prise avant le délai fixé pour

sa transposition⁵⁸ et l'article 63 modifie le droit antérieur⁵⁹.

L'incidence de la perte d'une capacité en cours de procédure n'est pas réglée par les dispositions. Pour la résoudre, la Cour repart des raisons qui l'ont conduite à reconnaître la faculté d'invoquer la capacité d'entités tierces de manière très large⁶⁰ : l'objectif d'ouverture à la concurrence et la promotion de l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics⁶¹.

Elle choisit de considérer le principe d'égalité de traitement, de non-discrimination et l'obligation de transparence dans toutes ses déclinaisons déjà inscrites dans la jurisprudence⁶² et liées, le plus souvent, au principe d'intangibilité des offres⁶³ inscrit en filigrane dans les textes des directives, avec la souplesse de la possibilité de corriger ou compléter ponctuellement une offre pour la clarifier ou mettre fin à des erreurs matérielles manifestes⁶⁴. Elle amplifie son analyse avec sa jurisprudence relative aux modifications apportées au marché, soit à un moment postérieur à la décision d'attribution, pour rappeler qu'une modification de la composition d'un groupement a déjà été considérée comme une modification substantielle impliquant l'obligation d'organiser une nouvelle procédure de passation⁶⁵, tout comme le changement de sous-traitant en cours d'exécution dans les contrats de concession⁶⁶. Sur base de ces pré-

(58) Pt 21 de l'arrêt, citant les arrêts du 10 juill. 2014, aff. C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, EU:C:2014:2067, pt 31 et jurisprudence citée, ainsi que du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, préc., pt 83.

(59) Pts 24-28 citant not. l'arrêt du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, préc., pt 92.

(60) Pts 29 et 30 de l'arrêt, citant l'arrêt du 10 oct. 2013, aff. C-94/12, *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino*, EU:C:2013:646, pts 29, 30 et 32.

(61) Pt 31 de l'arrêt, citant arrêt du 10 oct. 2013, aff. C-94/12, *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino*, préc., pt 34.

(62) Pts 33 et 34 de l'arrêt, citant les arrêts du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, préc., pt 60, et du 4 mai 2017, aff. C-387/14, *Esaprojekt*, EU:C:2017:338, pt 35 ; ainsi que les arrêts du 7 avr 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, préc., pt 61, et jurisprudence citée, et l'arrêt du 4 mai 2017, aff. C-387/14, *Esaprojekt*, EU:C:2017:338, pt 36.

(63) Pt 35 de l'arrêt, citant les arrêts du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, préc., pt 62, et jurisprudence citée, ainsi que du 4 mai 2017, aff. C-387/14, *Esaprojekt*, préc., pt 37.

(64) Pt 36 de l'arrêt, citant les arrêts du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, préc., pt 63, et jurisprudence citée, ainsi que du 4 mai 2017, aff. C-387/14, *Esaprojekt*, préc., p. 38.

(65) Pt 37 de l'arrêt, citant l'arrêt du 8 mai 2014, aff. C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox e.a.*, EU:C:2014:307, pt 39, ainsi que jurisprudence citée.

(66) Pt 38 de l'arrêt, citant l'arrêt du 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall*, EU:C:2010:182, pt 39.

misses et suivant les conclusions de son avocat général⁶⁷, la Cour indique que « la possibilité qui serait accordée, d'une manière imprévisible, exclusivement à un groupement d'entreprises de remplacer une entreprise tierce faisant partie du groupement, et ayant perdu une qualification requise sous peine d'exclusion, constituerait une modification substantielle de l'offre et de l'identité même du groupement. En effet, une telle modification de l'offre obligerait le pouvoir adjudicateur à procéder à de nouveaux contrôles tout en accordant un avantage compétitif à ce groupement qui pourrait chercher à optimiser son offre afin de mieux faire face aux offres de ses concurrents dans la procédure de passation du marché en cause »⁶⁸, ce qu'elle estime contraire au principe d'égalité de traitement. Elle écarte l'argument tiré du cas de force majeure de manière laconique en soulignant que le chef de file du groupement reste responsable.

La solution retenue par la Cour nous semble peu réaliste et mal justifiée en droit. Précisément, puisque le soumissionnaire reste engagé à l'égard du pouvoir adjudicateur et ne maîtrise pas la perte des capacités des tiers dont il a

fait état dans son offre, une solution plus raisonnable aurait pu être retenue précisément en cas de force majeure. Les raisons pour rejeter cette souplesse ne résistent pas à l'analyse. En effet, la Cour se fonde sur sa jurisprudence relative aux modifications substantielles en cours d'exécution qui se fonde sur la volonté de ne pas modifier les conditions initiales de mise en concurrence au bénéfice d'un seul opérateur économique, celui qui a obtenu le contrat, alors que la raison qui fonde la possibilité d'invoquer des capacités de tiers est l'ouverture à la concurrence la plus large possible au bénéfice des opérateurs économiques et du pouvoir adjudicateur. Il s'agit d'objectifs différents conçus pour être appliqués dans des moments différents. Enfin, la Cour décide que les critères de capacités des entreprises deviennent un élément de l'offre, alors qu'elle a souvent souligné qu'il s'agissait de phases distinctes⁶⁹. Il semblerait plus conforme à l'objectif d'ouverture à la concurrence de laisser la possibilité aux entreprises dans pareille hypothèse de remplacer l'entité tierce qui a perdu ses capacités par une autre entreprise dont les capacités pourraient être vérifiées à ce stade sans aucune difficulté.

13

6. La notion de pouvoir adjudicateur et les opérations internes

(CJUE 5 oct. 2017, aff. C-567/15, *LitSpecMet UAB*, ECLI:EU:C:2017:736, concl. av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona ; Contrats Marchés publ. 2017, n°12, p. 34, note P. Devillers ; ACCP 2017, n° 180, p. 8)

Une société qui, d'une part, est détenue entièrement par un pouvoir adjudicateur dont l'activité est de satisfaire des besoins d'intérêt général et qui, d'autre part, réalise tant des opérations pour ce pouvoir adjudicateur que des opéra-

tions sur le marché concurrentiel doit être qualifiée d'« organisme de droit public » au sens de cette disposition, pour autant que les activités de cette société sont nécessaires pour que ledit pouvoir adjudicateur puisse exercer son

(67) Pt 47 des concl. av. gén.

(68) Pt 39 de l'arrêt.

(69) Solution initiée avec l'arrêt CJCE 20 sept. 1988, aff. C-31/87, *Beentjes*.

activité et que, afin de satisfaire des besoins d'intérêt général, ladite société se laisse guider par des considérations autres qu'économiques, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier, peu importe, à cet égard, le fait que la valeur des opérations internes puisse à l'avenir représenter moins de 90 %, ou une partie non essentielle, du chiffre d'affaires global de la société.

Cette affaire pose très opportunément la question de la relation existant entre la théorie des relations internes et la notion d'organisme de droit public. La première permet à des pouvoirs adjudicateurs entre lesquels il existe des liens étroits de dépendance, caractérisée parfois par une absence d'altérité, de ne pas appliquer le droit des marchés publics dans leurs relations qualifiées alors d'internes. La seconde *suppose* la réunion de trois conditions cumulatives dont la dernière *suppose* de déterminer s'il a été créé pour satisfaire des besoins d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial. Quel est l'impact de l'amplitude des relations internes sur la qualification des besoins ?

L'enseignement de cet arrêt est important puisque les directives de 2014 reprennent, pour l'essentiel, la définition de l'organisme de droit public qui figurait dans les directives de 2004⁷⁰.

À l'occasion d'une restructuration en 2003, la société étatique des chemins de fer LG lituanienne crée une filiale à 100 %, la VLRD, dont l'objet social est de fabriquer et d'entretenir des locomotives et des wagons. À l'époque du marché litigieux, les commandes de LG à VLRD représentent 90 % de son chiffre d'affaires. En 2013, VLRD procède à l'achat de barres de métaux ferreux sans faire application du droit des marchés publics. Une société évincée de cette opération sollicite l'annulation de

la décision d'achat au motif que VLRD aurait dû appliquer le droit des marchés publics en raison de sa qualité de pouvoir adjudicateur. Au terme d'un long combat judiciaire ayant mené les parties jusqu'à la Cour suprême de Lituanie, la juridiction saisie après renvoi se trouvent [tourne ?] vers la Cour de justice. La première question retiendra notre attention puisqu'elle met en relation la qualification de l'organisme de droit public avec l'importance des relations internes existantes entre celui-ci et sa société mère, dont la qualification de pouvoir adjudicateur ne fait pas débat.

Les parties ont largement débattu de cette question, le gouvernement allemand exploitant de manière particulièrement pertinente les concepts. En effet, dans une perspective fonctionnelle, soit le système d'interprétation retenue par la Cour, « il existe, compte tenu des circonstances, des indices suffisants pour estimer que VLRD exerce des activités d'intérêt général, étant donné que, sans participer directement aux activités de transport de LG, elle s'occupe d'une tâche étroitement liée à celles-ci, à savoir la construction de locomotives. En ce qui concerne le caractère commercial des activités de VLRD, ce qui est déterminant pour le gouvernement allemand, c'est de savoir si elle opère sur un marché concurrentiel, ce qui ne serait pas le cas, étant donné qu'elle effectue 90 % de ses activités avec LG, de telle sorte qu'elle ne supporte pas un véritable risque d'entreprise. En définitive, le gouvernement allemand considère que la filiale d'un pouvoir adjudicateur est, elle aussi, un pouvoir adjudicateur lorsque ses activités ont pour objet de satisfaire des besoins d'intérêt général auxquels l'activité de la société mère répond. En outre, à la lumière de la directive 2014/24 (qui, bien qu'elle ne soit pas applicable *ratione temporis*, peut orienter la réflexion), une filiale ne serait

(70) Dir. 2014/24/UE, art. 2, § 1, pt 4, et son consid. 10, à mettre en relation avec la Dir. 2004/18/CE, art. 1^{er}, § 9, et Dir. 2004/17/CE, art. 2.

pas un pouvoir adjudicateur lorsque les marchés qu'elle réalise avec la société mère ne dépassent pas 80 % de ses activités »⁷¹. La Commission, quant à elle, soutenait que seule l'activité de VLRD devait être prise en considération et que selon elle, ayant été créée pour satisfaire des besoins de la société mère, soit non spécifiquement pour satisfaire des besoins d'intérêt général⁷².

Les parties ne s'accordaient dès lors manifestement pas de la condition que VLRD ait été « créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ».

Dans un premier temps, l'avocat général va rappeler la jurisprudence de la Cour, constante quoi tautologique sur certains aspects, la qualification supposant la réunion d'un faisceau d'indices centrés sur l'analyse des conditions dans lesquelles l'activité est exercée, comme la soumission aux conditions du marché, son financement public majoritaire, son but lucratif et le fait qu'elle supporte les risques (et les pertes) découlant de son activité⁷³. En application de ces principes, il considère que « VLRD exerce l'essentiel de ses activités (90 % aux dates pertinentes) dans un cadre économique caractérisé par un monopole de la fourniture de matériel roulant à LG, à savoir dans des conditions qui ne sont pas celles du marché. LG s'approvisionne en matériel roulant auprès de sa filiale, sans recourir à des procédures de passation de marchés publics qui augmenteraient la pression concurrentielle sur VLRD. Celle-ci peut donc se laisser guider par des critères autres que ceux du marché, sachant en toute sécurité (ou en toute absence de risque) qu'elle n'a pas besoin de faire plus pour

répondre aux commandes que LG lui garantit en toute hypothèse »⁷⁴.

Dans un second temps, l'avocat général va répondre à la question dans une perspective organique, intégrant alors la théorie des relations internes dans son raisonnement, soit un chemin inédit. Dans cette perspective, VLRD est un organisme instrumental ou un moyen propre de LG, susceptible de bénéficier de l'exception dite « *in house* ». Les transactions entre ces deux sociétés ne sont pas soumises aux procédures de passation de marchés publics. Le fondement de cette exception réside dans la considération « qu'une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services, et que cette exception peut être étendue aux situations dans lesquelles le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, lorsque ce dernier exerce sur l'attributaire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent [...] ». Dans de tels cas, il peut être considéré que le pouvoir adjudicateur a recours à ses propres moyens »⁷⁵.

La restructuration de LG avec la création de VLRD en tant que moyen instrumental perpétue dès lors la situation antérieure sur le plan fonctionnel, l'absence d'altérité justifiant la non-application du droit des marchés publics. L'avocat général souligne que cette exception doit être circonscrite : « Lorsque les

15

(71) Concl. av. gén., pt 28.
 (72) Concl. av. gén., pts 31 et 32.

(73) Concl. av. gén., pt 58.
 (74) Concl. av. gén., pt 59.

(75) Concl. av. gén., pt 67, citant l'arrêt du 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, EU:C:2014:303, pt 25, avec renvois jurisprudentiels. Plus récemment, arrêt du 8 déc. 2016, aff. C-553/15, *Undis Servizi*, EU:C:2016:935, pt 30.

moyens instrumentaux ne disposent pas, à leur tour, de ressources suffisantes pour remplir eux-mêmes les missions que leur confie le pouvoir adjudicateur et sont obligés de recourir à des tiers pour y parvenir, les raisons qui justifient l'exception dite "in house" s'estompent et ce qui apparaît, c'est en réalité une sous-traitance publique dissimulée, dans laquelle, par le truchement d'un intermédiaire (l'entité instrumentale), le pouvoir adjudicateur acquiert les biens et services auprès de tiers sans respecter les directives qui devraient en régir l'attribution. Tel serait le cas en l'espèce. Des opérations de LG qui, si VLRD n'avait pas existé, auraient forcément dû respecter la réglementation sur les marchés publics (si la société étatique les avait réalisées directement) échapperait à ce régime parce qu'elles sont imputables à une autre société, bien que celle-ci soit tellement liée matériellement à la première que toutes deux peuvent invoquer l'exception dite "in house" pour leurs opérations réciproques »⁷⁶. Il estime donc qu'il n'est pas indispensable de déterminer si VLRD est un organisme de droit public pour estimer qu'elle satisfait elle-même des besoins d'intérêt général autres qu'industriels ou commerciaux, le simple fait, sur le plan fonctionnel, qu'elle forme un tout avec une société (LG) qui satisfait ce type de besoins, et pour laquelle elle agit dans le cadre du régime dit « in house » suffit. Il propose de répondre à la question préjudicelle en ces termes « qu'il faut interpréter l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/17 et l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18 en ce sens

qu'une société dont le lien matériel et fonctionnel avec un pouvoir adjudicateur justifie l'exception dite « *in house* » pour leurs opérations internes est soumise à ces directives lorsqu'elle conclut un marché de travaux, de fournitures ou de services avec des tiers en vue de remplir la mission que lui a confiée ce pouvoir adjudicateur »⁷⁷.

La Cour va emprunter un autre chemin que celui inédit proposé par son avocat général. Rappelant sa jurisprudence constante sur le caractère cumulatif des conditions énoncées par le droit dérivé pour caractériser la notion d'organisme de droit public⁷⁸ et le principe de son interprétation téléologique⁷⁹, elle considère que les deux premières conditions sont remplies : VLRD est dotée d'une personnalité juridique et contrôlée par LG, société des chemins de fer lituaniens. En ce qui concerne la troisième condition, la création pour satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, la Cour rappelle que c'est bien l'organisme de droit public et non l'entité qui le crée qui doit répondre à cette exigence⁸⁰ de création dans un but spécifique⁸¹. Revenant au cas d'espèce, la Cour estime que « VLRD a été créée dans le but spécifique de satisfaire à des besoins de sa société mère dès lors que les besoins que VLRD a été chargée de satisfaire constituent une condition nécessaire à l'exercice des activités d'intérêt général de cette société mère, ce qu'il appartient toutefois à la jurisdiction de renvoi de vérifier »⁸², peu importe qu'elle accomplit d'autres activités dans un but de lucre⁸³.

(76) Concl. av. gén., pts 79 et 80.

(77) Concl. av. gén., pt 84.

(78) Pt 30 de l'arrêt, citant les arrêts du 22 mai 2003, aff. C-18/01, *Korhonen e. a.*, EU:C:2003:300, pt 32, ainsi que du 10 avr. 2008, aff. C-393/06, *Ing. Aigner*, EU:C:2008:213, pt 36 et jurisprudence citée.

(79) Pt 31 de l'arrêt, citant l'arrêt du 15 mai 2003, aff. C-214/00, *Commission c/ Espagne*, EU:C:2003:276, pt 53 et jurisprudence citée.

(80) Pt 24 de l'arrêt, citant l'arrêt du 15 janv. 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*, EU:C:1998:4, pt 39.

(81) Pts 35 et 36 de l'arrêt, citant l'arrêt du 22 mai 2003, aff. C-18/01, *Korhonen e. a.*, préc., pt 40.

(82) Pt 38 de l'arrêt.

(83) Pt 40 de l'arrêt, citant les arrêts du 15 janv. 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*, préc., pt 25, ainsi que du 10 avr. 2008, aff. C-393/06, *Ing. Aigner*, préc., pt 47, et jurisprudence citée.

Pour déterminer si ces besoins présentent un caractère d'intérêt général, autre qu'industriel et commercial, la Cour rappelle son faisceau d'indices, « les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce les activités visant à satisfaire des besoins d'intérêt général, y compris, notamment, l'absence de concurrence sur le marché, l'absence de poursuite d'un but lucratif, l'absence de prise en charge des risques liés à ces activités ainsi que le financement public éventuel des activités en cause »⁸⁴ et sa jurisprudence antérieure⁸⁵. Revenant à sa formule incantatoire, elle répond qu'il « appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, sur la base de tous les éléments juridiques et factuels de l'espèce, si, au moment de l'attribution du marché en cause au principal, les activités exercées par VLRD, visant à la satisfaction des besoins d'intérêt général, étaient effectuées en situation de concurrence, et notamment si VLRD pouvait, eu égard aux circonstances de l'espèce, se laisser guider par des considérations autres qu'économiques »⁸⁶. Sans un mot d'explica-

tion, elle précise encore qu'est « toutefois dépourvue de pertinence, à cet égard, la circonstance soulevée par la juridiction de renvoi dans la décision de renvoi, selon laquelle l'importance des opérations internes réalisées avec la société des chemins de fer lituaniens au regard du chiffre d'affaires global de VLRD pourrait diminuer dans le futur, étant donné qu'il appartient à cette juridiction d'examiner la situation de cette société au moment de l'attribution du marché en cause »⁸⁷.

Le laconisme de la Cour ne lasse pas d'étonner compte tenu du caractère sensible de cette question, de la qualité des développements des conclusions de l'avocat général et de la clarté de la question préjudiciale posée qui mettait bien en relation l'importance des opérations internes au moment de la décision d'attribution du marché, seule la seconde **question** visant cette **question** dans une perspective d'évolution dans le temps. On peut espérer qu'il ne s'agit là que d'un acte manqué et que la Cour veillera à trancher cette délicate question avec plus de soin à l'occasion d'une prochaine affaire.

17

(84) Pt 43 de l'arrêt.

(85) Pt 44 de l'arrêt, citant l'arrêt du 16 oct. 2003, aff. C-283/00, *Commission c/ Espagne*, préc., pts 81 et 82, ainsi que jurisprudence citée.

(86) Pt 46 de l'arrêt.

(87) Pt 48 de l'arrêt.

