

Droit européen des marchés et autres contrats publics

(1^{er} janvier–
31 décembre 2019)

Ann. Lawrence **Durviaux**
Professeure ordinaire à l'Université
de Liège (Belgique), Avocate

1. Exclusion automatique et principe de proportionnalité

[CJUE 2 mai 2019, aff. C-309/18, *Lavorgna Srl c/ Communes de Montelanico, Supino, Sgurgola, Trivigliano* ; ECLI:EU:C:2019:350 ; Rev. CMP 2019, n° 7, p. 16, note W. Zimmer ; ACCP 2019, n° 199, p. 9]

Les principes de sécurité juridique, d'égalité de traitement et de transparence, tels que visés dans la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics ne s'opposent pas à une réglementation nationale, selon laquelle le défaut d'indication séparée des coûts de main-d'œuvre, dans une offre économique présentée dans une procédure d'adjudication de marché public, entraîne l'exclusion de cette offre, sans possibilité d'assistance à l'établissement du dossier, y compris dans le cas où l'obligation d'indiquer ces coûts séparément n'était pas spécifiée dans la documentation de l'appel d'offres, dans la mesure où cette condition et cette possibilité d'exclusion sont clairement prévues par la réglementation nationale relative aux procédures de marchés publics à laquelle un renvoi explicite y était effectué. Toutefois, si les dispositions de l'appel d'offres ne

permettent pas aux soumissionnaires d'indiquer ces coûts dans leurs offres économiques, les principes de transparence et de proportionnalité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas au fait de permettre aux soumissionnaires de régulariser leur situation et de satisfaire aux obligations prévues par la réglementation nationale en la matière, dans un délai fixé par le pouvoir adjudicateur.

Le droit italien prévoit que les soumissionnaires doivent indiquer dans leur offre, leurs coûts de main-d'œuvre et le montant des charges d'entreprises allouées au respect de leurs obligations en matière de santé et de sécurité sur les lieux de travail¹. Il prévoit, en outre, un mécanisme original permettant la régularisation des offres au moyen de la procédure d'assistance à l'établissement du dossier², cette faculté étant

(1) Code des marchés public italien, art. 96, § 10 (décr. législatif n° 50).

(2) Art. 83, § 9, du decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (décr. législatif n° 50 portant code des marchés publics), du 18 avr. 2016 [supplément ordinaire à la GURI n° 91, du 19 avril 2016, tel que modifié par le decreto legislativo n. 56 (décr. législatif n° 56), du 19 avr. 2017, (supplément ordinaire à la GURI n. 103, du 5 mai 2017) ci-après le « code des marchés publics »],

exclue en cas d'omission de l'indication des coûts de main-d'œuvre. Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, la commune de Montelanico n'a pas rappelé de manière expresse l'obligation faite aux opérateurs économiques d'indiquer, dans leur offre, les coûts de main-d'œuvre, le formulaire devant obligatoirement être utilisé par les soumissionnaires ne comportant apparemment aucune rubrique dédiée à cette information. Le pouvoir adjudicateur a eu recours à la procédure d'assistance à l'établissement du dossier, permettant à plusieurs soumissionnaires – dont le futur attributaire – de régulariser leur offre par l'indication des coûts de main-d'œuvre. L'entreprise classée seconde, au terme de la procédure, a introduit un recours contre la décision d'attribution, en soutenant que la procédure de régularisation avait été utilisée en violation du droit italien. La juridiction saisie du litige s'interroge sur la compatibilité du droit italien avec les principes du droit de l'Union européenne de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique, de libre circulation des marchandises, de liberté d'établissement et de libre prestation des services énoncés dans le [TFUE], ainsi que les principes qui en découlent, telles l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence, visés dans la directive [2014/24/UE]. Ces principes font-ils obstacle à l'application d'une réglementation nationale telle que la réglementation italienne issue des dispositions combinées de [l'article 95, paragraphe 10, et de l'article 83, paragraphe 9, du code des marchés publics], selon laquelle le défaut d'indication séparée des coûts de main-d'œuvre,

dans les offres économiques présentées dans une procédure d'adjudication de marché public, entraîne, en toute hypothèse, l'exclusion de l'entreprise auteure de l'offre, sans possibilité d'assistance à l'établissement du dossier (*soccorso istruttorio*), y compris dans le cas où l'obligation d'indiquer ces coûts séparément n'était pas spécifiée dans la documentation de l'appel d'offres, et ce, indépendamment du fait que, du point de vue du fond, l'offre respecte bien les coûts minimaux de main-d'œuvre, conformément d'ailleurs à une déclaration spécifique en ce sens de l'entreprise en question ?³ **[Il manque des guillemets ?]**

Après avoir rappelé que si le principe d'égalité de traitement et, son corollaire, l'obligation de transparence, s'oppose à l'exclusion d'un opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public à la suite du non-respect, par celui-ci, d'une obligation qui résulte non pas expressément des documents afférents à cette procédure ou de la loi nationale en vigueur, mais d'une interprétation de cette loi et de ces documents, ainsi que du comblement des lacunes, de la part des autorités ou des juridictions administratives nationales, présentées par lesdits documents⁴, ils ne s'opposent pas à l'exclusion d'un opérateur en raison du non-respect d'une obligation imposée sous peine d'exclusion, par les documents du marché ou le droit national en vigueur⁵, la régularisation de l'offre étant, dans cette dernière hypothèse, proscrite⁶. Par ailleurs, le principe de proportionnalité implique qu'une réglementation nationale ayant pour objectif de garantir le principe d'égalité de traitement des sou-

(3) Pt 17 de l'arrêt.

(4) Pt 20 de l'arrêt, citant l'arrêt du 2 juin 2016, aff. C-27/15, *Pizzo*, EU:C:2016:404, pt 51 ; v., en ce sens, CJUE, ord., 10 nov. 2016, aff. C-162/16, *Spinosa Costruzioni Generali et Melfi*, non publiée, EU:C:2016:870, pt 32.

(5) Pt 21 de l'arrêt.

(6) Pt 22 de l'arrêt citant par analogie, arrêts du 6 nov. 2014, aff. C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, EU:C:2014:2345, pts 46 et 48 ; du 2 juin 2016, aff. C-27/15, *Pizzo*, EU:C:2016:404, pt 49, ainsi que du 10 nov. 2016, aff. C-199/15, *Ciclat*, EU:C:2016:853, pt 30.

(7) Pt 24 de l'arrêt, citant l'arrêt du 8 févr. 2018, aff. C-144/17, *Lloyd's of London*, EU:C:2018:78, pt 32 et jurisprudence citée.

missionnaires ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif⁷. Appliqué au cas d'espèce, ces principes impliquent que les soumissionnaires étaient parfaitement informés des règles applicables, clairement énoncées par le droit italien, le pouvoir adjudicateur n'étant pas obligé de rappeler celles-ci dans les documents du marché⁸. Toutefois, dans la mesure où le formulaire préétabli, que les soumissionnaires devaient obligatoirement utiliser sans possibilité de remettre d'autres documents non expressément demandés par le pouvoir adjudicateur,

ne permettait pas matériellement d'indiquer les coûts séparés de main-d'œuvre, il a pu créer une confusion dans le chef des soumissionnaires⁹, ce qui doit être apprécié par la juridiction de renvoi. Si tel est effectivement le cas, les principes de sécurité juridique, de transparence et de proportionnalité impliquent que le pouvoir adjudicateur peut accorder à un tel soumissionnaire la possibilité de régulariser sa situation et de satisfaire aux obligations prévues par la législation nationale en la matière, dans un délai fixé par le pouvoir adjudicateur¹⁰.

2. Exclusions spécifiques de certains services juridiques

(CJUE 6 juin 2019, aff. C-264/18, *P.M., N. G.d.M. et P. V.d.S. c/ Ministerraad*, ECLI:EU:C:2019:472, D. 2019. 2435, obs. T. Clay ; AJCT 2019. 510, obs. A. Bercis-Gaugain ; Rev. UE 2020. 127, chron. V. Neveux ; Rev. CMP 2019, n^{os} 8-9, p. 23, note W. Zimmer, ACCP 2019, n^o 200, p. 8)

Le législateur européen a pu exclure du champ d'application les services juridiques énumérés sous l'article 10, sous c) et d), de la directive 2014/24/UE, sans violer ni les principes d'égalité de traitement et de subsidiarité, ni les articles 49 et 56 TFUE.

Alors que l'ensemble des barreaux des avocats des États membres de l'Union européenne ont largement défendu la spécificité de certains services juridiques assurés par les avocats pour justifier leur exclusion du champ d'application du droit européen des marchés publics, des avocats belges ont intenté un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle belge contre l'article 28 de la loi du 16 juin 2016 relative aux marchés publics, transposant l'article 10, sous c) et d), de la directive 2014/24/UE, au motif que ces dispositions étaient

contraires au principe d'égalité de traitement notamment. Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle a saisi la Cour de justice de la question de savoir si l'article 10, [sous c), et sous d), i), ii) et v)] de la directive [2014/24] est compatible avec le principe d'égalité, combiné ou non avec le principe de subsidiarité et avec les articles 49 et 56 [TFUE], en ce que les services qu'il vise sont exclus de l'application des règles de passation de marchés figurant dans la directive précitée, qui garantissent pourtant la pleine concurrence et la libre circulation pour la passation de marchés de services par l'autorité. La validité de l'article 10, sous c) et d), de la directive 2014/14/UE doit, dès lors, être appréciée au regard des dispositions supérieures invoquées.

La Cour de justice va rapidement faire un sort au principe de subsidiarité¹¹. Ce

(8) Pts 25 à 28 de l'arrêt.

(9) Pts 29 et 30 de l'arrêt.

(10) Pt 31 citant l'arrêt du 2 juin 2016, aff. C-27/15, *Pizzo*, EU:C:2016:404, pt 51, ainsi que CJUE, ord., 10 nov. 2016, aff. C-162/16, *Spinosa Costruzioni Generali et Melfi*, non publiée, EU:C:2016:870, pt 32.

dernier implique, en effet, que dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union n'intervient que si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau de l'Union¹². En excluant du champ d'application de la directive 2014/24/UE les services juridiques visés à l'article 10, sous c) et sous d), i), ii) et v), le législateur européen a estimé qu'il appartenait aux législateurs nationaux de se prononcer sur la nécessité d'assujettir ces services aux règles de passation des marchés publics, ce dispositif ne pouvant pas, dès lors, avoir été pris en violation du principe de subsidiarité¹³.

Tout aussi rapidement, la Cour indique que le respect des articles 49 et 56 du TFUE n'implique pas nécessairement l'interdiction d'exclure certains services du champ d'application de la directive marchés publics, la question essentielle étant celle de savoir si le législateur européen a fait reposer son choix sur des critères objectifs et appropriés par rapport au but poursuivi¹⁴, dans le respect du principe d'égalité de traitement, qui impose que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié¹⁵.

La Cour analyse ensuite les différents services juridiques exclus du champ d'application de la directive 2014/24/UE à l'aune de ses considérants.

Les services d'arbitrage et de conciliation¹⁶, exclus par l'article 10, sous c), sont généralement prestés par des personnes qui doivent être acceptées par toutes les parties, ce qui empêche le choix au terme d'une procédure de passation¹⁷. Cette spécificité ne les rend pas comparables aux autres services inclus dans le champ d'application de la directive.

Les services d'avocats, exclus par l'article 10, sous d), i) et ii), de la directive 2014/24/UE¹⁸, lorsqu'ils ont pour objet la représentation légale de son client, dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, ou le conseil juridique, dans le cadre de la préparation d'une procédure, ne se conçoivent que dans le cadre d'une relation *intuitu personae* entre l'avocat et son client, marquée par la plus stricte confidentialité. D'une part, la relation *intuitu personae*, qui se caractérise par le libre-choix de son défenseur et un rapport de confiance, rend difficile la description objective de la qualité attendue – et nous ajoutons son évaluation objective – sur base d'une offre et, d'autre part, la confidentialité, qui tend à sauvegarder l'exercice des droits de la défense et à protéger l'exigence selon laquelle tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, pourrait être menacée par la publicité des procédures de passation. Ces caractéristiques objectives ne rendent pas ces services comparables à ceux assujettis à la directive 2014/24/UE¹⁹.

Enfin, pour les services juridiques **relevant des activités participant**, même occasionnellement, à l'exercice de l'au-

(11) Art. 5, § 3, TUE.

(12) Pt 20 de l'arrêt citant l'arrêt du 4 mai 2016, aff. C-547/14, *Philip Morris Brands e.a.*, EU:C:2016:325, pt 215 et jurisprudence citée.

(13) Pts 21 et 22 de l'arrêt.

(14) Pt 27 de l'arrêt, citant l'arrêt du 16 déc. 2008, aff. C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, EU:C:2008:728, pt 58.

(15) Pt 29, citant les arrêts du 12 mai 2011, aff. C-176/09, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, EU:C:2011:290, pt 32, ainsi que du 30 janv. 2019, aff. C-220/17, *Planta Tabak*, EU:C:2019:76, pt 37.

(16) Dir. 2014/24/UE, consid. 24.

(17) Pts 31, 32 et 33 de l'arrêt.

(18) Dir. 2014/24/UE, consid. 25.

(19) Pts 35 à 38 de l'arrêt.

torité publique visés à l'article 10, sous d), v), de la directive 2014/24/UE, **ces activités étant** exclues du champ d'application de la liberté d'établissement, en vertu de l'article 51 TFUE, et de la libre prestation de services, en vertu de l'article 62 TFUE **[revoir cette phrase]**. La spécificité de ces services réside dans la circonstance qu'ils participent directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauve-

garde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques, leur nature même ne les rendant pas comparables aux services visés par la directive 2014/24/UE. Au terme de cette analyse, la Cour a conclu, logiquement, que la validité des dispositions de l'article 10, sous c) et d) i), ii) et v), de la directive 2014/24/UE, ne peut être remise en cause par les principes d'égalité de traitement, de subsidiarité et par les articles 49 et 56 du TFUE.

3. La faute professionnelle grave et la violation des règles de concurrence

(CJUE 4 juin 2019, aff. C-425/18, *Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) c/ Gruppo Torinese Trasporti GTT SpA*, ECLI:EU:C:2019:476, Rev. CMP 2019, n° 8-9, p. 30, note E. Muller ; ACCP 2019, n° 200, p. 8)

L'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004-2018/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 s'oppose à une réglementation nationale qui est interprétée comme excluant du champ d'application de la « faute grave », commise par un opérateur économique « en matière professionnelle », les comportements constitutifs d'une violation des règles de concurrence, constatés et sanctionnés par l'autorité nationale de la concurrence, par une décision confirmée par une juridiction, et qui empêche les pouvoirs adjudicateurs d'apprécier de manière autonome une telle violation pour éventuellement exclure cet opérateur économique d'une procédure d'attribution d'un marché public.

Une société condamnée au paiement d'une amende de 56190090 euros pour avoir participé à une entente restrictive de la concurrence de type horizontal,

dans le but d'influer sur le résultat d'une procédure de passation de marché, voit un marché ultérieur lui échapper, le pouvoir adjudicateur ayant considéré qu'il s'agissait d'une faute grave en matière professionnelle, au sens de l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004-2018/CE²⁰, d'autant que cette condamnation n'avait pas été signalée dans le dossier de participation et qu'aucune mesure de mise en conformité n'avait été adoptée au cours de la procédure de passation. Ces circonstances étaient de nature à rompre le lien de confiance avec le pouvoir adjudicateur. Ladite société ne se résigna pas et attaqua cette décision en référé, sans succès, puis devant le Conseil d'État, qui suivit sa thèse, considérant que les comportements constitutifs d'une infraction en matière de concurrence n'étaient pas susceptibles d'être qualifiés de faute grave professionnelle, cette dernière notion se limitant aux seuls manquements et négligences commis dans l'exécution d'un contrat public. Dans le cadre du recours en

(20) Figurant également à l'art. 57, § 4, c), de la dir. 2014/24/UE.

annulation de cette décision, la juridiction saisie a décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, afin de déterminer si les dispositions combinées de l'article 53, paragraphe 3, et de l'article 54, paragraphe 4, de la directive [2004-2017], d'une part, et de l'article 45, paragraphe 2, [premier alinéa,] sous d), de la directive [2004-2018], d'autre part, s'opposent à une disposition telle que l'article 38, paragraphe 1, sous f), du [code des contrats publics], tel qu'il est interprété par la jurisprudence nationale, qui exclut du champ d'application de la « faute grave » commise par un opérateur économique « en matière professionnelle » les comportements constitutifs d'une violation des règles de concurrence, constatés et sanctionnés par l'autorité nationale de la concurrence par une décision confirmée en justice, ce qui empêche *a priori* les pouvoirs adjudicateurs d'apprécier de manière autonome une telle violation pour exclure éventuellement, mais non obligatoirement, cet opérateur économique d'une procédure d'attribution d'un marché public.

La Cour rappelle qu'il lui appartient de définir la portée d'une cause facultative d'exclusion⁽²¹⁾. Les notions de « faute grave » commise « en matière professionnelle », figurant audit article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), peuvent être précisées et explicitées par le droit national, dans le respect, toutefois, du droit de l'Union⁽²²⁾. La Cour a déjà indiqué que la notion de « faute en matière professionnelle » couvre tout comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur économique en cause⁽²³⁾, son intégrité ou sa fiabilité. Cette interprétation large exclut que

la notion soit limitée aux seuls manquements et négligences commis dans l'exécution d'un contrat public. La notion de « faute grave » implique un comportement de l'opérateur économique en cause, qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité de sa part⁽²⁴⁾. Enfin, l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004-2018 autorise les pouvoirs adjudicateurs à constater une faute grave commise en matière professionnelle par tout moyen dont ces pouvoirs pourront justifier. La constatation d'une telle faute ne requérant pas un jugement ayant autorité de chose jugée⁽²⁵⁾, la décision d'une autorité nationale de concurrence établissant qu'un opérateur a méconnu les règles de concurrence peut assurément constituer l'indice de l'existence d'une faute grave commise par cet opérateur.

La commission d'une infraction aux règles de concurrence, notamment lorsque cette infraction a été sanctionnée par une amende, constitue une cause d'exclusion relevant de l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004-2018/CE⁽²⁶⁾. Toutefois, en vertu du principe de proportionnalité, cette infraction ne peut entraîner une exclusion automatique, la constatation d'une faute grave nécessitant, en principe, une appréciation concrète et individualisée de l'attitude de l'opérateur économique⁽²⁷⁾ par le pouvoir adjudicateur.

(21) Pt 27 de l'arrêt citant voir, en ce sens, les arrêts du 13 déc. 2012, aff. C-465/11, *Forposta et ABC Direct Contact*, EU:C:2012:801, pts 25 à 31, ainsi que du 18 déc. 2014, aff. C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító*, EU:C:2014:2469, pt 35.

(22) Pt 28 de l'arrêt citant l'arrêt du 13 déc. 2012, aff. C-465/11, *Forposta et ABC Direct Contact*, EU:C:2012:801, pt 26.

(23) Pt 29 citant l'arrêt du 13 déc. 2012, aff. C-465/11, *Forposta et ABC Direct Contact*, EU:C:2012:801, pt 27.

(24) Pt 31 de l'arrêt citant l'arrêt du 13 déc. 2012, aff. C-465/11, *Forposta et ABC Direct Contact*, EU:C:2012:801, pt 30.

(25) Pt 32 de l'arrêt citant l'arrêt du 13 déc. 2012, aff. C-465/11, *Forposta et ABC Direct Contact*, EU:C:2012:801, pt 28.

(26) Pt. 33 de l'arrêt citant l'arrêt du 18 déc. 2014 aff. C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító*, EU:C:2014:2469, pt 35.

4. La faute professionnelle grave et la résiliation d'un marché antérieur

[CJUE 19 juin 2019, aff. C-41/18, *Meca Srl c/ Comune di Napoli* ; ECLI:EU:C:2019:507 ; concl. de l'av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona présentées le 7 mars 2019 ; ECLI:EU:C:2019:183 ; Rev. CMP 2019, n° 10, p. 22, note W. Zimmer]

L'article 57, paragraphe 4, sous c) et g), de la directive 2014/24/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/2018/CE, s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle l'introduction d'un recours juridictionnel contre la décision de résilier un contrat de marché public prise par un pouvoir adjudicateur, en raison de défaillances importantes survenues lors de son exécution, empêche le pouvoir adjudicateur qui lance un nouvel appel d'offres de porter une quelconque appréciation, au stade de la sélection des soumissionnaires, sur la fiabilité de l'opérateur concerné par cette résiliation.

La commune de Naples a été amenée à résilier un marché de services portant sur la restauration scolaire en raison de cas d'intoxication alimentaire dus à la présence de bactéries coliformes dans la nourriture servie dans une cantine scolaire. L'entreprise défaillante, SIRIO, a contesté cette décision devant le tribunal. La commune de Naples a relancé postérieurement une procédure de passation en vue de l'attribution du marché de restauration scolaire, en admettant la candidature de l'entreprise SIRIO, s'estimant obligée de le faire en vertu du droit italien qui prévoyait l'admission automatique d'un candidat dans l'hypo-

thèse où la décision de résiliation avait été contestée devant un tribunal et que l'affaire était pendante.

L'article 80, paragraphe 5, sous c), du décret législatif n° 50/2016²⁸, dispose, en effet, que : « les pouvoirs adjudicateurs excluent de la participation à la procédure d'appel d'offres un opérateur économique [...] lorsque [...] les pouvoirs adjudicateurs démontrent, par des moyens appropriés, que l'opérateur économique s'est rendu coupable de fautes professionnelles graves, de nature à mettre en doute son intégrité ou sa fiabilité. Font partie des fautes professionnelles graves, les défaillances importantes dans l'exécution d'un marché public antérieur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à sa résiliation, non contestée en justice ou confirmée à l'issue d'une procédure juridictionnelle, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ; la tentative d'influencer indûment le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles dans un but de profit personnel ; le fait de fournir, même par négligence, des informations erronées ou trompeuses susceptibles d'influencer les décisions relatives à l'exclusion, à la sélection ou à l'adjudication, ou le fait d'omettre les informations exigibles aux fins du

(27) Pt 34 de l'arrêt citant l'arrêt du 13 déc. 2012, aff. C-465/11, *Forposta et ABC Direct Contact*, EU:C:2012:801, pt 31.

(28) Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (GURI n° 91, du 19 avr. 2016 – supplemento ordinario n° 10) (décr. législatif n° 50, du 18 avr. 2016, transposant les dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE relatives à l'attribution de contrats de concession, à la passation des marchés publics et à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, ainsi que pour la réorganisation de la réglementation applicable en matière de marchés publics de travaux, de services et de fournitures, ci-après le « code des marchés publics »).

bon déroulement de la procédure de sélection. » Au terme de cette seconde procédure de passation, le marché est à nouveau attribué à l'entreprise SIRIO, par une décision qui sera contestée par l'entreprise classée seconde. Cette dernière estime que le pouvoir adjudicateur aurait dû porter une appréciation sur la gravité du manquement et que l'entreprise SIRIO ne pouvait être automatiquement admise à participer en pareilles circonstances. La juridiction saisie du recours a interrogé la Cour de justice sur la comptabilité du dispositif législatif national avec l'article 57, paragraphe 4, sous c) et g), de la directive 2014/24/UE.

À titre liminaire, la Cour de justice estime que les dispositions des articles 45, paragraphe 2, de la directive 2014/18, sont suffisamment proches de celles de l'article 54, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE, pour que l'interprétation des secondes dispositions s'inspire des premières. Ces dispositions encadrent plus strictement la marge d'appréciation des États membres pour définir elles-mêmes la portée de la cause d'exclusion facultative²⁹, l'article 57, paragraphe 4, restreignant encore cette marge d'appréciation³⁰. La Cour souligne ensuite qu'en vertu du libellé même de cet article, c'est au pouvoir adjudicateur et non à une juridiction nationale qu'a été confié le soin d'apprécier si un opérateur doit ou non être exclu d'une procédure de passation³¹, le premier devant apprécier la fiabilité et l'intégrité de chaque soumissionnaire³² et pouvant exclure un opérateur à tout moment de la procédure³³ (et non pas après

qu'une décision juridictionnelle ait été rendue). Enfin, une compétence liée du pouvoir adjudicateur le priverait de respecter le principe de proportionnalité au moment d'appliquer les causes facultatives d'exclusion³⁴. La Cour estime que l'article 80, paragraphe 5, sous c), du code italien, n'est pas de nature à préserver l'effet utile de la cause facultative prévue par l'article 57, paragraphe 4, sous c) ou g), de la directive 2014/24/UE, puisque l'introduction d'une action judiciaire suffit à paralyser le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur³⁵ et n'incite pas un adjudicataire visé par une décision de résiliation à adopter des mesures correctrices, en contrariété avec les prescriptions de l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE³⁶.

La Cour va confirmer l'enseignement de cet arrêt quelques mois plus tard³⁷, le droit roumain reprenant, d'une part, les causes d'exclusion facultatives de « g) l'opérateur économique a manqué gravement ou de manière répétée aux obligations principales qui lui incombent dans le cadre d'un marché public, d'un marché sectoriel ou d'une concession conclus antérieurement, lorsque ce manquement a donné lieu à la résiliation dudit marché, à des dommages-intérêts ou à une autre sanction comparable ; h) l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigés par le pouvoir adjudicateur pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de qualification et de sélection, a caché ces

(29) Pt 26 de l'arrêt citant l'arrêt du 13 déc. 2012, aff. C-465/11, *Forposta et ABC Direct Contact*, EU:C:2012:801, pts 25 à 31.

(30) Pt 27 de l'arrêt.

(31) Pt 28 de l'arrêt.

(32) Pt 29 de l'arrêt citant le consid. 101 de la dir. 2014/24/UE ; v. égal. les pts 42 et 43 des concl. de l'av. gén.

(33) Pt 31 de l'arrêt.

(34) Pt 32 de l'arrêt.

(35) Pts 37 et 38 de l'arrêt.

(36) Pts 39 à 41 de l'arrêt et pt 44 des concl. de l'av. gén.

(37) CJUE 3 oct. 2019, aff. C-267/98, *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj 93 SA c/ Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, ECLI:EU:C:2019:826 ; concl. de l'av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona présentées le 8 mai 2019, ECLI:EU:C:2019:393 ; Rev CMP 2019, n° 12, p. 24-25, note H. Hoepffner ; ACCP 2019, n° 203, p. 8.

informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis »³⁸, et d'autre part, un dispositif permettant à l'opérateur de démontrer qu'il avait adopté des mesures correctrices³⁹. Un marché de travaux attribué à un groupement temporaire d'entreprises (ATE1), avec comme chef de file la société DELTA, fait l'objet d'une résiliation, au motif qu'une partie des travaux a été sous-traitée sans accord du pouvoir adjudicateur, entraînant, pour ce dernier, un préjudice important (de l'ordre de 521 000 €). Cette information étant reprise dans une banque de données, elle parvient aux oreilles d'un pouvoir adjudicateur, qui prend la peine d'interroger les deux parties concernées. L'entreprise DELTA (qui fait partie d'un groupement composé différemment dans la seconde procédure, ATE 2) se défend en indiquant qu'elle conteste la qualification de manquements graves et répétés à ses obligations contractuelles devant les juridictions dûment saisies. Le pouvoir adjudicateur se borne à rappeler qu'une partie importante des travaux a été sous-traitée sans son approbation préalable. Le pouvoir adjudicateur a décidé d'exclure l'ATE2, au motif que DELTA n'a pas démontré que le constat avait été suspendu ou annulé par une juridiction et que l'ATE2 avait déclaré ne pas être dans une hypothèse d'exclusion relevant de la notion de faute grave ou de résiliation anticipée. DELTA a contesté cette décision d'exclusion, considérant que la résiliation avait été prononcée pour un motif mineur et non une faute grave. La juridiction saisie se tourne alors vers la Cour de justice pour déterminer si l'absence de consentement du pouvoir adjudicateur à une sous-traitance d'une partie des travaux entraînant la résiliation du marché peut être qualifiée de défaillance importante

ou persistante, constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle prévue dans un marché public antérieur qui entraîne l'exclusion d'un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché, au sens de l'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24/UE. Renvoyant à l'arrêt MECA, la Cour va confirmer qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait automatiquement déduire de la décision d'un autre pouvoir adjudicateur de résilier un marché public antérieur, au motif que l'adjudicataire aurait sous-traité une partie des travaux sans son agrément préalable, que des défaillances importantes ou persistantes, au sens de l'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24/UE, ont été commises par cet adjudicataire relativement à l'exécution d'une obligation essentielle afférente à ce marché public⁴⁰. En effet, il incombe au pouvoir adjudicateur de procéder à sa propre évaluation du comportement de l'opérateur économique visé par la résiliation d'un marché public antérieur, en examinant, de manière diligente et impartiale, sur la base de tous les éléments pertinents, notamment la décision de résiliation, et eu égard au principe de proportionnalité, si cet opérateur est, de son point de vue, responsable de défaillances importantes ou persistantes commises lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre dudit marché, lesdites défaillances étant susceptibles de provoquer la rupture du lien de confiance avec l'opérateur économique en cause⁴¹. Il doit ainsi s'interroger notamment sur le contenu des documents du marché et de l'offre : les premiers prévoyaient-ils l'obligation d'informer ou de recevoir l'autorisation du pouvoir adjudicateur avant la sous-traitance ?, la seconde prévoyait-elle ou pas

(38) L'art. 167, § 1, de la Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (loi n° 98/2016 relative aux marchés publics), du 19 mai 2016 (*Monitorul Oficial al României*, partie I, n° 390 du 23 mai 2016).

(39) Art. 171 de la Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (loi n° 98/2016 relative aux marchés publics), du 19 mai 2016 (*Monitorul Oficial al României*, partie I, n° 390 du 23 mai 2016).

(40) Pt 27 de l'arrêt.

(41) Pt 28 de l'arrêt.

le recours à la sous-traitance ? Cette sous-traitance peut-elle être constitutive d'une modification substantielle, au sens de la jurisprudence *Wall*⁴² ? ou l'absence d'information relative à cette résiliation est-elle constitutive d'une fausse déclaration, au sens de l'article 57, paragraphe 4 sous h), de la directive⁴³ ? Enfin convient-il encore de s'interroger sur les éventuelles mesures correctrices éventuellement prises par

l'opérateur économique depuis la résiliation.

La Cour rappelle ainsi fermement la distinction entre les hypothèses d'exclusion obligatoires et les hypothèses d'exclusion facultatives, ces dernières impliquant nécessairement des faits constatés et évalués par le pouvoir adjudicateur *in casu*.

5. Prolongation d'une concession et modification substantielle

(CJUE 18 sept. 2019, aff. C-526/17, *Commission c/ Italie*, ECLI:EU:C:2019:756 ; concl. de l'av. gén. E. Sharpston présentées le 21 mars 2019, ECLI:EU:C:2019:244, Rev. CMP 2019, n° 12, p. 33-34, note H. Hoepffner ; ACCP 2019, n° 202, p. 8)

La prolongation d'une convention de concession pour une durée de plus de 18 ans constitue une modification substantielle des conditions de la concession existante, notamment parce qu'elle offre un important laps de temps supplémentaire au concessionnaire pour assurer l'exploitation du tronçon routier concédé et que, dans la mesure où ce concessionnaire se rémunère au moyen de cette exploitation, il augmente considérablement sa rémunération. Le droit applicable est celui en vigueur au moment où est prise la décision de la modification substantielle.

En 1969, un contrat de concession de travaux publics a été attribué à un opérateur économique pour la construction et l'exploitation d'une autoroute entre Livourne et Civitavecchia, d'une longueur totale de 237 km. Ce contrat prévoyait une réalisation des travaux en plusieurs tronçons (soit une division en lots), selon une séquence prédéterminée, avec une possibilité de demander que la date initiale de fin du contrat soit différée,

dans l'hypothèse où la réalisation des travaux était retardée. La durée initiale du contrat était de 30 ans, ce délai commençant à courir au début de l'exploitation de la totalité de l'autoroute. Cette convention sera modifiée en 1987 pour préciser que « la durée de la présente concession est fixée à 30 ans à partir de la date d'ouverture à la circulation de l'ensemble de l'autoroute ». Elle sera une nouvelle fois modifiée le 7 octobre 1999, en ce qui concerne l'exploitation du tronçon de Livourne-Cecina, de 36,6 km, ouvert à la circulation le 3 juillet 1993, et qui fait partie intégrante de l'autoroute A 12, Livourne-Civitavecchia, donnée en concession de construction et d'exploitation à la SAT. Il est, en outre, prévu que « lorsque les conditions de droit et de fait pour la continuation du plan de construction accordé en concession seront réunies, un acte supplémentaire spécial (avenant) sera conclu pour définir le cadre conventionnel de la construction et de l'exploitation des deux autres tronçons, Cecina-Grosseto et Grosseto-Civitavecchia »⁴⁴. Enfin, la

(42) CJUE 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall*, EU:C:2010:182, pt 39.

(43) Pts 31 à 35 de l'arrêt.

fin de la durée de la concession est fixée au 31 octobre 2028⁴⁵. Le 11 mars 2009, les mêmes parties signent un nouveau contrat (ci-après, convention unique de 2009), qui vise les travaux qui ont fait l'objet du contrat le 7 octobre 1999, l'article 4 reportant l'échéance au 31 décembre 2046, soit une prolongation de 18 années et 2 mois.

La Cour commence par rappeler sa jurisprudence antérieure, afin de déterminer l'applicabilité de la directive 2004-2018/CE au contrat litigieux. Elle a déjà jugé que la législation de l'Union applicable est celle en vigueur à la date de cette modification⁴⁶. À cet égard, le fait que la conclusion du contrat de concession initial est antérieure à l'adoption des règles de l'Union en la matière n'emporte donc pas de conséquences. Sans autre précision, elle va suivre la Commission, en décidant que la convention de 2009 contient des modifications substantielles par rapport à la concession.

Sur la violation alléguée, la Cour est plus concrète et limite la modification à un point précis de la convention de 2009, la durée de la concession, en ce qu'elle vise le tronçon reliant Livourne à Cecina, reporté au 31 décembre 2046 par la convention de 2009, alors qu'il est

ouvert à la circulation depuis le 3 juillet 1993 et impliquait une gestion séparée par le concessionnaire. Or, en vertu du contrat de 1999, la fin de l'exploitation aurait dû être fixée au 31 octobre 2028. Dans ce contexte précis, il s'agit, dès lors, d'une modification essentielle, puisqu'elle offre un laps de temps supplémentaire à la SAT pour assurer l'exploitation du tronçon reliant Livourne à Cecina, et que, dans la mesure où ce concessionnaire se rémunère au moyen de cette exploitation, il augmente considérablement sa rémunération⁴⁷ et aurait dû, à ce titre, faire l'objet d'une publication prévue à l'article 58 de la directive 2004-2018/CE. Elle écarte, ce faisant, les arguments liés au respect des engagements contractuels et de sécurité juridique et les nécessités du maintien de l'équilibre économique du contrat de concession invoqués par la République italienne.

Cet arrêt complique singulièrement la mise en œuvre des clauses habituelles de maintien de l'équilibre économique dans les contrats de concession, qui prennent très souvent la forme d'une prolongation de la durée d'exploitation et la technique d'adossement très fréquent dans les concessions autoroutières.

6. Compétence des États membres pour déterminer les modes de gestion des services publics

[CJUE 3 oct. 2019, aff. C-285/18, *Kauno miesto savivaldybe et Kauno miesto savivaldybes administracija c/ UAB « Irgita » et UAB « Kauno švara »*, ECLI:EU:C:2019:829 ; Concl. de l'av. gén. G. Hogan présentées le 7 mai 2019, ECLI:EU:C:2019:369 ; Rev CMP 2019, n° 12, p. 23-24, note M. Ubaud-Bergeron ; ACCP 2019, n° 203, p. 8]

L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE, doit être interprété en

ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle nationale par laquelle un État membre

(44) Art. 2, § 3 du contrat.

(45) Art. 23.

(46) Pt 60 de l'arrêt citant l'arrêt du 11 juill. 2013, aff. C-576/10, *Commission c/ Pays-Bas*, EU:C:2013:510, pt 54.

(47) Pt 75 de l'arrêt.

subordonne la conclusion d'une opération interne, notamment à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité, tant que le choix exprimé en faveur d'un mode de prestation de services en particulier, et effectué à un stade antérieur à celui de la passation de marché public, respecte les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence, pour autant que les conditions soient énoncées au moyen de règles précises et claires du droit positif des marchés publics, qui doivent être suffisamment accessibles et prévisibles dans leur application, afin d'éviter tout risque d'arbitraire, ce qu'il appartiendra, en l'occurrence, à la juridiction de renvoi de vérifier.

La question au centre de cette affaire est celle de savoir si les États membres peuvent soumettre la conclusion « d'opération interne » (au sens de la jurisprudence *Teckal*⁽⁴⁸⁾) à des conditions plus restrictives que celles posées par le droit européen – directives et droit primaire ?

En droit lituanien, une opération interne doit être autorisée par une autorité de marché et sa conclusion ne peut intervenir que de manière exceptionnelle, « lorsque [...] la passation d'un marché public ne permettait pas de garantir la continuité, la bonne qualité et l'accessibilité du service »⁽⁴⁹⁾. La loi lituanienne sur la concurrence⁽⁵⁰⁾ dispose, en outre, que : « 1. Dans l'exécution des tâches qui leur sont confiées en matière de réglementation de l'activité économique en République de Lituanie, les administrations publiques doivent garantir la concurrence loyale et libre. 2. Il est interdit aux administrations

publiques d'adopter des actes ou autres décisions qui privilégient ou discriminent certains opérateurs économiques ou des groupes d'opérateurs économiques et qui entraînent ou peuvent entraîner des disparités des conditions de concurrence pour les opérateurs économiques concurrents sur le marché en cause, sauf lorsque des disparités des conditions de concurrence sont impossibles à éviter en respectant la législation ».

Après avoir conclu un marché public de service de fauchage, pour une durée de 3 ans (prenant fin le 4 mars 2017), auprès d'une entreprise privée (IRGITA), avec des quantités maximales, mais sans quantité minimale, la ville de Kauna sollicite l'autorisation de l'autorité de marché pour une opération interne avec Kauna švara, société qu'elle contrôle et qui réalise 90,07 % de son chiffre d'affaires avec elle, portant sur le même type de services. Elle reçoit l'autorisation de l'autorité de marché, qui lui impose, avant de conclure le contrat, d'évaluer la possibilité de se procurer ces services en organisant une procédure de marché public. Le 19 mai 2016, exécutant une décision prise le 9 mai, la ville conclut un contrat avec Kauna švara, pour une durée de 5 ans, sur base de tarifs prédéterminés, au gré des besoins du pouvoir adjudicateur et avec possibilité de prorogation. La société IRGITA attaque la décision et la convention devant les juridictions lituaniennes, estimant que le marché en cours, conclu entre elle et le pouvoir adjudicateur, était un obstacle à la conclusion de l'opération interne. Perdant en instance, et gagnant en appel, le contentieux est porté devant la Cour suprême de Lituanie, qui saisit la Cour de justice de plusieurs questions préjudicielles.

La Cour va d'abord trancher la question relative au champ d'application *ratione*

(48) CJCE 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal*, EU:C:1999:562.

(49) Art. 10.2 de la loi sur les marchés publics en vigueur depuis le 1^{er} juill. 2017.

(50) L'art. 4 du Lietuvos Respublikos konkurencijos istatymas du 23 mars 1999 (*Žin.*, 1999, n° 30-856, ci-après la « loi sur la concurrence »).

temporis, le processus décisionnel s'étalant sur une période régie par la directive 2004-2018/CE et par la directive 2014/24/UE. Dès lors que le pouvoir adjudicateur a sollicité l'autorisation de l'autorité de marché le 1^{er} avril et l'a reçue le 20 avril 2016, soit postérieurement à l'abrogation de la directive 2004-2018/CE (18 avr. 2016), la directive 2014/24/UE est applicable au litige⁵¹ : c'est, en effet, le moment où le pouvoir adjudicateur tranche la question de savoir s'il est tenu de procéder à une mise en concurrence préalable pour le lancement d'un marché public qui est déterminant⁵².

Ensuite, la Cour aborde la question centrale : l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE, doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une règle nationale par laquelle un État membre subordonne la conclusion d'opérations internes, notamment, à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité ? Sans surprise, la Cour va répondre par la négative. La directive a pour objet la coordination des procédures de passation de marché public et ne réalise pas une complète harmonisation⁵³. L'article 12, paragraphe 1, a pour objet de définir les opérations internes qui ne relèvent pas du champ d'application de la directive, se bornant à les définir. Il a pour effet d'habiliter les États membres à exclure de telles opérations du champ de la directive 2014/24/UE et n'affecte en rien la liberté des États membres de privilégier un mode de prestation (exter-

nalisée ou pas), cette décision étant, au demeurant, antérieure à la passation d'un marché public, comme le rappelle le 5^e considérant de la directive⁵⁴. La directive n'oblige, dès lors, ni à recourir à un marché public, ni à conclure des opérations internes lorsque les conditions prévues par l'article 12 sont remplies. Cette liberté de choix des moyens est clairement exprimée dans l'article 2 de la directive, qui consacre le principe de libre administration par les autorités nationales, régionales et locales, ou le principe du libre choix du mode de gestion de leurs services. La Cour ajoute un point au débat qui semblait trancher, à vrai dire le point le plus contestable de cet arrêt, à savoir que cette liberté de choix est limitée, devant s'exercer dans « le respect des règles fondamentales du Traité FUE, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi que des principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence »⁵⁵. Cette dernière précision nous semble critiquable pour au moins deux raisons. La première est une question de principe : la liberté de choix du mode de gestion des services publics est l'expression d'une prérogative de puissance publique qui ne relève pas du champ d'application du droit primaire. La seconde est une question de cohérence : la formule est de style, mais non pertinente. En effet, la jurisprudence citée est relative à des contrats qui ne rentrent pas dans le champ d'application de directives relatives au marché public et aux concessions. La décision

(51) Pts 30 à 36 de l'arrêt.

(52) Pt 31 de l'arrêt, citant les arrêts du 10 juill. 2014, aff. C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, EU:C:2014:2067, pt 31, et du 7 avr. 2016, aff. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, EU:C:2016:214, pt 83.

(53) Si l'expression « harmonisation » ne figure pas dans l'arrêt, les concl. de l'av. gén. l'analyse tout en finesse, v. les pts 43 à 54.

(54) Qui précise que « rien, dans la présente directive, ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public au sens de la présente directive », consacrant, en cela, la jurisprudence de la Cour antérieure à ladite directive.

(55) Pt 48 de l'arrêt citant par analogie, les arrêts du 9 juill. 1987, aff. 27/86 à 29/86, *CEI et Bellini*, EU:C:1987:355, pt 15 ; 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, EU:C:2000:669, pt 60, ainsi que 10 sept. 2009, aff. C-573/07, *Sea*, EU:C:2009:532, pt 38.

relative au choix du mode de gestion, comme l'indique précisément la Cour dans le présent arrêt, est une décision antérieure à la matérialisation de cette décision, par le biais d'un contrat régi ou pas par le droit primaire. La nuance n'est pas anodine et méritait plus de considération.

Enfin, la Cour répond positivement à la troisième question, l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE, lu à la lumière du principe de transparence, doit être interprété en ce sens que les conditions auxquelles les États membres subordonnent la conclusion d'opérations internes doivent être énoncées au moyen de règles précises et claires du droit positif des marchés publics, s'écartant de la position de son avocat général⁵⁶. Pour finir, elle consi-

dère que la conclusion d'une opération interne qui remplit les conditions énoncées à l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive 2014/24/UE, n'est pas en soi conforme au droit de l'Union⁵⁷ : l'article 12 de la directive a pour seul objet de définir une exception au champ d'application du droit des marchés publics et ne précise en rien les modalités de conclusion d'une opération interne, ces modalités devant en toute hypothèse respecter les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de proportionnalité et de transparence, rappelle la Cour, de manière tout aussi critiquable⁵⁸, ces questions restant, selon nous, en dehors du champ d'application du droit européen, en raison de la circonstance qu'elles relèvent d'une prérogative de puissance publique.

7. Les modalités de l'attribution directe d'une concession de service de transports par chemin de fer

(CJUE 24 oct. 2019, aff. C-515/18, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c/ Regione autonoma della Sardegna, en présence de Trenitalia SpA*, ECLI:EU:C:2019:893 ; Rev CMP 2020, n° 1, p. 21-22, note M. Ubaud-Bergeron)

L'article 7, paragraphes 2 et 4, du règlement (CE) n° 1370/2007, du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70, du Conseil, doit être interprété en ce sens que les autorités nationales compétentes qui ont l'intention d'attribuer directement un contrat de service public de transport de voyageurs par chemin de fer ne sont pas tenues, d'une part, de publier ou de communiquer aux opérateurs économiques éventuellement intéressés toutes les informations nécessaires, afin qu'ils

soient en mesure d'élaborer une offre suffisamment détaillée et susceptible de faire l'objet d'une évaluation comparative et, d'autre part, d'effectuer une telle évaluation comparative de toutes les offres éventuellement reçues à la suite de la publication de ces informations.

Le règlement (CE) n° 1370/2007, du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70, du Conseil (JOUE 2007, n° L 315, p. 1), permet l'attribution directe de certains contrats de services de

(56) Pt 58 des concl. de l'av. gén.

(57) Pt 65 de l'arrêt.

(58) Pt 61 de l'arrêt.

transport par chemin de fer⁵⁹, l'attribution directe y étant définie comme l'attribution d'un contrat de service à un opérateur économique en l'absence de toute procédure de mise en concurrence préalable⁶⁰, sauf interdiction dans le droit national. Le droit italien n'a pas prévu cette interdiction et a exclu ces contrats du champ d'application du droit des marchés publics et des concessions. Le règlement européen impose cependant la publication d'un avis de pré-information relatif à l'attribution directe.

En 2015, la Région de Sardaigne procède à la publication de cet avis de pré-information recevant deux manifestations d'intérêt outre la proposition de l'opérateur historique Trenitalia. Un des opérateurs économiques intéressés a demandé des informations plus détaillées, ainsi que les modalités de la mise en concurrence. La Région a négocié et attribué le marché à Trenitalia, ne s'estimant pas obligée de procéder à une mise en concurrence. Saisie d'une plainte relative à des prétendus vices de procédure, l'autorité de la concurrence a formé un recours contre cette attribution devant le tribunal administratif régional. L'autorité soutenait que l'attribution

aurait dû respecter les principes généraux d'égalité de traitement et de non-discrimination et de transparence. Le tribunal a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle, dans ce contexte, visant à savoir, d'une part, si l'autorité est obligée de communiquer les renseignements utiles pour élaborer une offre sérieuse à tout opérateur qui en formule la demande et, d'autre part, si elle doit procéder à une évaluation comparative de toutes les offres reçues après la publication de l'avis de pré-information. La Cour de justice considère que ni les termes du règlement, ni l'analyse des objectifs qu'il poursuit ne permettent d'imposer de telles obligations. Le texte précise que l'attribution directe est celle qui n'impose aucune procédure de mise en concurrence préalable et l'avis de pré-information n'a pour objectif que de permettre une contestation portant sur le principe de l'attribution directe⁶¹. La genèse de l'article 7, paragraphes 2 et 4, plaide également pour cette interprétation littérale, puisque le législateur européen a rejeté la proposition de la Commission qui tendait à imposer une plus grande ouverture à la concurrence.

8. Prérogative de puissance publique versus activité économique

[CJUE 7 nov. 2019, aff. C-687/17 P, *Aanbestedingskalender BV, Negometrix BV, CTM Solution BV, Stillpoint Applications BV, Stillpoint Applications Bvc/ Stillpoint Applications BV*, ECLI:EU:C:2019:932, Rev CMP 2020, n° 1, p. 20, note E Muller]

La création et la gestion d'une plateforme numérique par un pouvoir adjudicateur n'est pas une activité économique, mais une prérogative de puissance publique visant à mettre en œuvre l'objectif de dématérialisation de la passation des marchés publics imposés par les direc-

tives 2014/24/UE et 2014/25/UE.

La question en relation avec les marchés publics dans cette affaire est celle de savoir si la création et la gestion, par un pouvoir adjudicateur, d'une plateforme électronique de passation déma-

(59) Art. 5, § 6.

(60) Art. 2, ss h).

(61) Pt 33 de l'arrêt, citant l'arrêt du 20 sept. 2018, aff. C-518/17, *Rudigier*, EU:C:2018:757, pts 64 et 66.

térialisée des marchés publics, est une activité économique ou, au contraire, une prérogative de puissance publique ?

TenderNed est une plateforme de passation électronique de marchés publics, créée et exploitée par un sous-département du ministère des Affaires économiques, de l'Agriculture et de l'Innovation néerlandais, offrant un certain nombre de fonctionnalités, disponibles gratuitement, aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités relevant de domaines particuliers, notamment d'un module de publication⁶², pour la publication des avis de marchés publics et des documents relatifs à ces marchés (ci-après le « module de publication »), d'un module de dépôt d'offres (soumission)⁶³, ainsi qu'un guide en ligne, qui aide les intéressés à utiliser TenderNed (ci-après le « guide en ligne »). TenderNed transmet également des informations statistiques au parlement national et à la Commission européenne concernant la passation des marchés publics aux Pays-Bas.

Le Tribunal de première instance de l'Union européenne (aff. T-138/15) a rejeté le recours dirigé contre la décision de la Commission européenne refusant de qualifier d'aide d'état le financement d'un tel service, créé et géré par un service du ministère des Affaires économiques du Royaume des Pays-Bas, estimant que ces services étaient des services d'intérêt général non économiques. Les requérants ont introduit un pourvoi devant la Cour de justice, estimant que la Commission avait commis une erreur de droit et apprécié erronément les faits. La Cour de justice rejette le pourvoi, en application de sa juris-

prudence bien établie, à laquelle s'était référé le tribunal qui a jugé qu'« afin de trancher la question de savoir si les activités de TenderNed, telles que définies dans la décision [*litigieuse*], relèvent de l'exercice des prérogatives de puissance publique ou de l'exercice d'activités économiques, il y a lieu de vérifier si ces activités, par leur nature, leur objet et les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice des prérogatives de puissance publique ou si elles présentent un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du droit de l'Union »⁶⁴. Si une entité exerce des activités économiques indissociablement liées à des prérogatives de puissance publique, l'ensemble de ces activités doit être considéré comme des prérogatives de puissance publique⁶⁵. Elle estime que le tribunal a correctement analysé, de manière individuelle, toutes les fonctionnalités, pour déduire que chacune d'entre elles pouvait être rattachée à l'exercice de prérogatives de puissance publique. S'agissant tout particulièrement du module de soumission, l'isoler du module de publication et du guide en ligne, voire l'éliminer de l'ensemble que constitue TenderNed, perturberait l'activité de cette dernière et méconnaîtrait l'objectif poursuivi par les directives marchés publics, or, la Cour a déjà jugé qu'en pareilles circonstances, les activités devaient être considérées comme indissociables⁶⁶.

(62) Le module de publication est divisé en deux parties, à savoir, une première partie pour la publication, notamment, d'avis de marchés publics [...], et une seconde partie, pour la mise en ligne des documents liés aux appels d'offres sur la plate-forme TenderNed.

(63) Proposant des fonctionnalités comme l'échange de questions et de réponses, ainsi que le téléchargement d'offres et soumissions. Ce module comprend également une rubrique « entreprise virtuelle », dans laquelle les opérateurs économiques peuvent saisir et gérer leurs données (ci-après le « module de soumission »).

(64) Pt 38 de l'arrêt attaqué, rappelé dans le pt 15 de l'arrêt, citant, par analogie, les arrêts du 18 mars 1997, aff. C-343/95, *Diego Cali & Figli*, EU:C:1997:160, pts 16, 18 et 23, ainsi que la jurisprudence citée, et du 28 févr. 2013, aff. C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, pt 40 et jurisprudence citée.

(65) Pt 18 de l'arrêt, citant le pt 38 de l'arrêt du 12 juill. 2012, aff. C-138/11, *Compass-Datenbank*, EU:C:2012:449.

(66) Pt 44 de l'arrêt, citant l'arrêt du 12 juill. 2012, aff. C-138/11, *Compass-Datenbank*, EU:C:2012:449, pt 41.

9. Prérogative de puissance publique versus activité économique

[CJUE 27 nov. 2019, aff. C-402/18, *Tedeschi Srl et Consorzio Stabile Istant Service c/ C. M. Service Srl, Università degli Studi di Roma La Sapienza*, ECLI:EU:C:2019:1023 ; Rev CMP 2020, n° 2, p. 27, note E. Muller ; ACCP 2020, n° 205, p. 9]

La directive 2004-2018/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, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui limite à 30 % la part du marché que le soumissionnaire est autorisé à sous-traiter à des tiers et qui limite la possibilité de réduire les prix applicables aux prestations sous-traitées de plus de 20 % par rapport aux prix résultant de l'adjudication.

Le droit italien interdit la sous-traitance de plus de 30 % des prestations qui forment l'objet du marché et prévoit que l'attributaire doit pratiquer, pour les prestations sous-traitées, les prix unitaires résultant de l'adjudication, sans pouvoir appliquer une réduction de plus de **[20 %] [...] [manque guillemets si c'est une citation]**⁶⁷. Dans le cadre de la passation d'un marché public de service de nettoyage pour une durée de 5 ans, le second classé intente un recours contre la décision d'attribution, au motif, d'une part, que l'attributaire du marché a sous-traité plus de 30 % de celui-ci, en violation de la limite posée par le droit national et, d'autre part, que son offre n'avait pas été examinée *in concreto*, alors que les entreprises sous-traitantes avaient remis des prix inférieurs de plus de 20 % par rapport aux prix unitaires

des autres concurrents. Le juge d'instance a considéré ces critiques comme fondées, alors que la juridiction d'appel a estimé devoir interroger la Cour de justice sur la compatibilité de la législation italienne. Elle estime, en effet, que si la limitation peut rendre plus difficile l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics et diminuer le nombre d'offres compétitives remises, elle s'explique par l'objectif de préserver l'intégrité des marchés publics, notamment en empêchant leur infiltration par des organisations criminelles, cet objectif pouvant justifier des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services⁶⁸.

La Cour de justice va limiter son appréciation à la directive 2004-2018/UE applicable au litige. Elle a déjà jugé que la directive consacre, pour les entreprises, la possibilité de recourir à la sous-traitance⁶⁹, celle-ci autorisant les entreprises à se prévaloir de la capacité de tiers pour justifier remplir certains critères de sélection⁷⁰, et les pouvoirs adjudicateurs à exiger des soumissionnaires qu'ils indiquent leur intention de sous-traiter une partie du marché, ainsi que l'identité des sous-traitants⁷¹. Le pouvoir peut, en outre, interdire le recours à des sous-traitants dont il n'a pas pu vérifier les capacités au stade de l'examen des candidatures et des offres, pour l'exécution de parties essentielles

(67) L'art. 118 du decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004-2017/CE e 2004-2018/CE (décr. législatif n° 163 portant code des marchés publics de travaux, de services et de fournitures, en application des dir. 2004-2017/CE et 2004-2018/CE), du 12 avril 2006 (supplément ordinaire à la GURI n° 100, du 2 mai 2006, ci-après le « décret législatif n° 163/2006 »).

(68) Pt 19 de l'arrêt.

(69) Pt 36 de l'arrêt, citant l'arrêt du 14 juill. 2016, aff. C-406/14, *Wroclaw – Miasto na prawach powiatu*, EU:C:2016:562, pts 31 à 33.

(70) Art. 47, § 2 et 3, et à son art. 48, § 3 et 4, de la dir. 2004-2018/CE.

(71) Art. 25, 1^{er} al., de la dir. 2004-2018/CE.

du marché⁽⁷²⁾. La Cour considère que la limitation quantitative fixée de manière abstraite (30 % du marché) – indépendamment de la possibilité de vérifier les capacités des éventuels sous-traitants et le caractère essentiel des tâches qui leur sont confiées – est incompatible avec la directive 2004-2018/CE. Cette interprétation est conforme à l'objectif d'ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible, dans l'intérêt, tant des entreprises que des pouvoirs adjudicateurs, et à l'objectif de faciliter l'accès des PME aux marchés publics⁽⁷³⁾. Si la Cour a déjà jugé que la lutte contre le phénomène d'infiltration du secteur des marchés publics par la criminalité organisée constitue un objectif légitime susceptible de justifier une restriction aux règles fondamentales et aux principes généraux du Traité FUE, qui s'appliquent dans le cadre des procédures de passation des marchés publics⁽⁷⁴⁾, et à supposer que la restriction quantitative puisse être pertinente pour lutter contre un tel phénomène, la restriction va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif en ce qu'elle s'applique sans tenir compte ni du secteur économique concerné, ni

de la nature des prestations, et indépendamment de l'identité des sous-traitants. En outre, l'interdiction générale ne laisse pas de place à une appréciation au cas par cas. La Cour conclut à la violation de la directive 2004-2018/UE.

Sur la seconde limitation, relative aux prix pratiqués par les sous-traitants (20 %), la Cour souligne également qu'elle est formulée de manière générale et abstraite, indépendamment du secteur d'activité et des normes (lois, règlements et conventions collectives), et qu'elle est susceptible de décourager la sous-traitance, car elle diminue la marge de l'entreprise générale (sic). Pour les mêmes raisons, la protection des travailleurs ne peut justifier la limitation qui va au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle ne laisse aucune marge d'appréciation au cas par cas et s'applique indépendamment de la protection sociale prévue par le cadre normatif applicable aux travailleurs concernés⁽⁷⁵⁾. L'objectif de vouloir assurer la viabilité de l'offre et la bonne exécution du marché ne permet pas non plus de justifier la limitation, pour les mêmes raisons.

10. Effectivité, célérité et sécurité juridique des recours contre les décisions préparatoires

(CJUE, ord., 14 févr. 2019, aff. C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus c/ Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo et al.*, ECLI:EU:C:2019:118 ; Rev. CMP 2019, n° 5, p. 29, note W. Zimmer ; ACCP 2019, n° 196, p. 8)

La directive 89/665/CEE, du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à

l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2014/23/UE,

(72) Pt 37 de l'arrêt citant l'arrêt du 14 juill. 2016, aff. C-406/14, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, EU:C:2016:562, pt 34 et jurisprudence citée.

(73) Pt 39 de l'arrêt citant l'arrêt du 10 oct. 2013, aff. C-94/12, *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino*, EU:C:2013:646, pt 34.

(74) Pt 44 de l'arrêt citant l'arrêt du 22 oct. 2015, aff. C-425/14, *Impresa Edilux et SICEF*, EU:C:2015:721, pts 27 et 28.

(75) Pt 65 de l'arrêt.

du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, et en particulier ses articles 1^{er} et 2 quater, lus à la lumière de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui prévoit, d'une part, que les recours contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs portant admission ou exclusion de la participation aux procédures de passation des marchés publics doivent être introduits dans un délai de 30 jours, à peine de forclusion, à compter de leur communication aux intéressés, à condition que les décisions ainsi communiquées comportent un exposé des motifs pertinents garantissant que ces derniers ont eu ou ont pu avoir connaissance de la violation du droit de l'Union qu'ils allèguent, et d'autre part, qu'en l'absence de recours contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs portant admission des soumissionnaires à la participation aux procédures de passation des marchés publics dans un délai de forclusion de 30 jours à compter de leur communication, il n'est plus possible pour les intéressés d'exciper de l'illégalité desdites décisions dans le cadre de recours dirigés contre les actes subséquents, et notamment contre les décisions d'adjudication, sous réserve qu'une telle forclusion ne puisse être opposée auxdits intéressés qu'à la condition qu'ils aient eu ou pu avoir connaissance, par ladite communication, de l'illégalité qu'ils allèguent.

Dans le cadre d'un recours en annulation intenté contre une décision d'attribution d'un marché public de service

de soin à domicile, l'entreprise classée seconde au terme de l'analyse des offres soutenait que l'adjudicataire du marché ne pouvait être admis à participer à la procédure d'appel d'offres en l'absence d'un dépôt d'une caution provisoire d'un montant requis et de la démonstration de la réunion des conditions de participation. En l'absence de l'introduction d'un recours contre la décision de sélection (ou de non-sélection) dans un délai de 30 jours à compter de la communication de celle-ci, accompagnée de ses motifs, la législation italienne prévoyait que le soumissionnaire ne pouvait plus invoquer l'illégalité de la décision de sélection pour critiquer la décision d'attribution du marché⁷⁶. L'exception d'irrecevabilité était donc logiquement soulevée par le pouvoir adjudicateur et l'attributaire du marché. La juridiction saisie s'est cependant interrogée sur la compatibilité de la législation italienne avec la réglementation européenne en matière de droits de la défense, de procès équitable et d'effectivité substantielle de la protection, notamment les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, l'article 47 de la Charte et l'article 1^{er}, paragraphes 1 et 2, de la directive 89/665/CEE.

En effet, si la législation italienne permet de trancher le litige avant que n'intervienne la décision d'adjudication, en déterminant, de manière exhaustive, les personnes admises à participer à la procédure d'appel d'offres avant l'examen des offres⁷⁷ et, par la suite, la désigna-

(76) Not., l'art. 120, § 2-bis, de l'annexe I au decreto legislativo n. 104 – Codice del processo amministrativo (décr. législatif n° 104, portant code de procédure administrative), du 2 juill. 2010 (supplément ordinaire à la GURI n° 156, du 7 juill. 2010), tel que modifié par l'art. 204 du decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (décr. législatif n° 50 instituant le code des marchés publics), du 18 avr. 2016 (supplément ordinaire à la GURI n° 91, du 19 avr. 2016), ci-après le « code de procédure administrative », dispose : « L'acte à la base de l'exclusion de la procédure d'attribution et d'admission à cette dernière, à l'issue de l'évaluation des conditions subjectives, économiques et financières, ainsi que techniques et professionnelles, peut faire l'objet d'un recours dans les 30 jours à compter de sa publication sur le site Internet du pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 29, paragraphe 1, du [code des marchés publics]. L'absence de recours empêche de faire valoir l'illégalité des actes successifs de la procédure d'attribution, même par un recours incident. La contestation de la proposition d'attribution du marché, si elle a été décidée, et des autres actes internes à la procédure dépourvus de caractère immédiatement préjudiciables est également irrecevable ».

(77) Pt 11 de l'arrêt.

tion de l'adjudicataire, elle semble critiquable pour diverses raisons. Les soumissionnaires sont obligés d'introduire un recours sans aucune garantie que cette initiative leur procure un avantage concret, ne sachant, à ce stade, ni qui sera adjudicataire, ni leur place dans le classement final, alors que les charges financières peuvent être lourdes et le risque d'être ensuite vu avec méfiance par le pouvoir adjudicateur certain.

La Cour va rappeler que le délai de 30 jours est parfaitement compatible avec le droit de l'Union⁷⁸. La Cour a déjà précisé que la fixation de délai à peine de forclusion permet, d'une part, de réaliser l'objectif de célérité poursuivi par la directive 89/665/CEE, en obligeant les opérateurs à contester dans de brefs délais les mesures préparatoires ou les décisions intermédiaires prises dans le cadre de la procédure de passation d'un marché⁷⁹ et, d'autre part, satisfait, en principe, à l'exigence d'effectivité, dans la mesure où elle constitue une application du principe fondamental de sécurité juridique⁸⁰ et qu'elle est compatible avec le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective⁸¹. Toutefois, l'objectif de célérité doit respecter les exigences de sécurité juridique, les États membres devant mettre en place un régime de délais suffisamment précis, clair et prévisible pour permettre

aux particuliers de connaître leurs droits et obligations⁸². Les modalités procédurales doivent, en particulier, prévoir que les délais imposés pour former les recours ne commencent à courir qu'à partir de la date où le requérant a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la violation alléguée desdites dispositions⁸³. L'effectivité du contrôle juridictionnel garanti par l'article 47 de la Charte exige que l'intéressé puisse connaître les motifs sur lesquels est fondée la décision prise à son égard, soit par la lecture de la décision elle-même, soit par une communication de ces motifs, faite sur sa demande, afin de lui permettre de défendre ses droits dans les meilleures conditions possibles et de décider, en pleine connaissance de cause, s'il est utile de saisir le juge compétent, ainsi que pour mettre ce dernier pleinement en mesure d'exercer le contrôle de la légalité de la décision nationale en cause⁸⁴. La Cour rappelle que le risque d'être lésé par une décision est suffisant pour fonder un intérêt immédiat à l'introduction d'un recours contre ladite décision, la décision d'admettre un soumissionnaire étant un acte qui peut faire l'objet d'un recours juridictionnel autonome⁸⁵. Elle termine son analyse en rappelant sa jurisprudence constante sur la question de la forclusion⁸⁶, fondée sur la nécessité de ne pas obliger le pouvoir adjudicateur de

(78) L'article 2 *quater* de la dir. 89/665/CEE prévoit, en effet, que le délai de recours doit être égal à dix jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour où la décision du pouvoir adjudicateur est envoyée au soumissionnaire ou au candidat, si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou si d'autres moyens de communication sont utilisés, soit à quinze jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour où la décision du pouvoir adjudicateur est envoyée au soumissionnaire ou au candidat, soit à dix jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour de réception de la décision du pouvoir adjudicateur. Cette même disposition précise, en outre, que la décision du pouvoir adjudicateur est communiquée à chaque soumissionnaire ou candidat, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents.

(79) Pt 27 de l'arrêt, citant l'arrêt du 28 janv. 2010, aff. C-456/08, *Commission c/ Irlande*, EU:C:2010:46, pt 60 et jurisprudence citée.

(80) Pt 28 de l'arrêt, citant les arrêts du 12 déc. 2002, aff. C-470/99, *Universale-Bau e.a.*, EU:C:2002:746, pt 76, ainsi que du 21 janv. 2010, aff. C-17/09, *Commission c/ Allemagne*, non publié, EU:C:2010:33, pt 22.

(81) Pt 28 de l'arrêt, citant l'arrêt du 11 sept. 2014, aff. C-19/13, *Fastweb*, EU:C:2014:2194, pt 58.

(82) Pt 29 de l'arrêt, citant les arrêts du 30 mai 1991, aff. C-361/88, *Commission c/ Allemagne*, EU:C:1991:224, pt 24, et du 7 novembre 1996, aff. C-221/94, *Commission c/ Luxembourg*, EU:C:1996:424, pt 22.

(83) Pt 31 de l'arrêt, citant les arrêts du 28 janv. 2010, aff. C-406/08, *Uniplex (UK)*, EU:C:2010:45, pt 32 ; du 12 mars 2015, aff. C-538/13, *eVigilo*, EU:C:2015:166, pt 52, ainsi que du 8 mai 2014, aff. C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox e.a.*, EU:C:2014:307, pt 37.

(84) Pt 33 de l'arrêt, citant les arrêts du 15 oct. 1987, aff. 222/86, *Heylens e.a.*, EU:C:1987:442, pt 15, ainsi que du 4 juin 2013, aff. C-300/11, *ZZ*, EU:C:2013:363, pt 53.

(85) Pts 36 et 37 de l'arrêt, citant l'arrêt du 5 avr. 2017, aff. C-391/15, *Marina del Mediterraneo e.a.*, EU:C:2017:268, pts 26 à 29 et 34.

reprandre la totalité de la procédure, afin de corriger les infractions⁸⁷.

La Cour opère de cette façon, en validant une sorte d'effet « cliquet »⁸⁸, une

synthèse entre les objectifs de sécurité juridique, d'effectivité des recours et d'application effective des directives marchés publics.

11. La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer

[CJUE 28 févr. 2019, aff. C-388/17, *Konkurrensverket c SJ AB*, ECLI:EU:C:2019:161 ; concl. de l'av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona présentées le 19 sept. 2018, ECLI:EU:C:2018:738 ; ACCP 2019, n° 197, p. 8]

L'article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2004-2017/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, doit être interprété en ce sens qu'il existe un réseau de services de transport ferroviaire, au sens de cette disposition, lorsque des services de transport sont mis à disposition, en application d'une réglementation nationale transposant la directive 2012/34/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen, sur une infrastructure ferroviaire gérée par une autorité nationale qui répartit les capacités de cette infrastructure, même si celle-ci est tenue de satisfaire les demandes des entreprises ferroviaires, tant que les limites de ces capacités ne sont pas atteintes ; quant à l'article 5, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2004-2017/CE, il doit être interprété en ce sens que l'activité exercée par une entreprise ferroviaire, qui consiste à fournir des services de transport au

public en exerçant un droit d'utilisation du réseau ferroviaire, constitue une « exploitation de réseaux » aux fins de cette directive.

Au mois de janvier 2012, SJ, société anonyme entièrement détenue par l'État suédois, qui exerce une activité de transport ferroviaire, a conclu deux contrats, d'un montant respectif de 56 et de 60 millions de couronnes suédoises (SEK ; environ 5502306 et 5895328 €), par lesquels elle a attribué les marchés des services de nettoyage des trains qu'elle exploite, sans avoir engagé une procédure d'appel d'offres aux fins de la passation de ces marchés, estimant que son activité ne relevait pas du champ d'application de la loi suédoise transposant la directive 2004-2017/CE. L'autorité de concurrence a saisi le tribunal administratif, qui va considérer que l'administration des transports en Suède (le Trafikverket), en tant que gestionnaire de l'infrastructure de transport, octroyant les sillons nécessaires à la réalisation de l'activité de transport ferroviaire, ne disposant que de peu de moyens pour exercer une

(86) Pt 40 de l'arrêt, citant les arrêts du 12 déc. 2002, aff. C-470/99, *Universale-Bau e.a.*, EU:C:2002:746, pt 79 ; du 27 févr. 2003, aff. C-327/00, *Santex*, EU:C:2003:109, pt 50, ainsi que du 11 oct. 2007, aff. C-241/06, *Lämmerzahl*, EU:C:2007:597, pt 50.

(87) Pt 41 de l'arrêt, citant les arrêts du 12 déc. 2002, aff. C-470/99, *Universale-Bau e.a.*, EU:C:2002:746, pt 75 ; du 11 oct. 2007, aff. C-241/06, *Lämmerzahl*, EU:C:2007:597, pt 51, ainsi que du 28 janv. 2010, aff. C-456/08, *Commission c Irlande*, EU:C:2010:46, pt 52.

influence active sur la manière dont SJ fournit ses services de transport, ne pouvait être considérée comme étant une autorité imposant à cette société des conditions d'exercice de son activité. En d'autres termes, compte tenu du degré de libéralisation des transports ferroviaires en Suède, les entreprises offrant des services de transport fixent relativement librement les conditions de transport (prix, trajet, fréquence). La juridiction d'appel va confirmer cette interprétation, la Cour suprême administrative saisie d'un pourvoi va poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice. Le champ d'application de la directive secteurs spéciaux suppose la réunion d'un critère personnel, qui ne fait pas débat ici, SJ étant une entreprise publique⁸⁹ dont le capital est entièrement détenu par l'État suédois, et d'un critère matériel, l'exercice d'une activité précisée dans l'article 5 de la directive 2004-2017/CE. SJ soutient qu'elle n'opère pas sur un « réseau » et que ces activités ne sont pas des activités de « mise à disposition » ou « d'exploitation » du réseau au sens de cette dernière disposition.

L'interprétation de la notion de « réseau » suppose l'analyse de la directive marché public secteurs spéciaux, mais également de la directive 2012/34/UE⁹⁰ : le réseau existe-t-il lorsque les services de transport sont mis à disposition sur une infrastructure ferroviaire gérée par une autorité nationale qui répartit les capacités de cette infrastructure en étant tenue de satisfaire les demandes des entreprises ferroviaires tant que les limites de ces capacités ne sont pas atteintes ? L'ar-

ticle 5 de la directive 2004-2017/CE précise encore que le réseau existe lorsque « le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service ».

La Cour va s'écarter de l'interprétation retenue par les juridictions d'instance et d'appel dans le litige et considérer que les circonstances que SJ fournit des services de transport ferroviaire en situation de pleine concurrence sur le marché et ne bénéficie d'aucun financement de l'État, qu'elle tire ses recettes de la vente de tickets, que tout transport qu'elle effectue résulte de sa propre initiative, ne sont pas suffisantes pour démontrer que « les conditions » dans lesquelles elle preste les services ne seraient pas « déterminées par une autorité compétente ». Au contraire, les obligations qui reposent sur le gestionnaire de l'infrastructure, en vertu de la directive 2012/34/UE⁹¹, impliquent que toute demande de capacités de l'infrastructure doit être introduite auprès de lui par une entreprise ferroviaire, conformément au document de référence du réseau élaboré par celui-ci, et doit répondre aux principes et aux critères figurant dans ce document. Par conséquent, l'attribution des droits d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire est subordonnée au respect, par les entreprises candidates, d'exigences qui portent tant sur leur capacité à pouvoir présenter une demande que sur les conditions dans lesquelles celles-ci exploiteront cette infrastructure, et réduisent considérablement la liberté

(88) Selon la belle expression de W. Zimmer, *Rev. CMP* 2019, n° 5, p. 29.

(89) Au sens de l'art. 2, § 1, ss b), de la dir. 2004/17/UE.

(90) La dir. 2012/34/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 21 nov. 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen (JOUE 2012, n° L 343, p. 32), regroupe en un seul acte plusieurs directives en matière de transport ferroviaire ayant fait l'objet d'une refonte. Au nombre de ces directives figure la dir. 2001/14/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 26 févr. 2001, concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire (JO 2001, n° L 75, p. 29), telle que modifiée par la dir. 2007/58/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 23 oct. 2007 (JO 2007, n° L 315, p. 44). La dir. 2012/34/UE est entrée en vigueur le 15 déc. 2012, conformément à son art. 66.

(91) Not. par l'art. 27, § 1 et 2, de la dir. 2012/34/UE et son annexe IV.

commerciale des entreprises candidates.

La Cour estime, compte tenu des obligations et des restrictions, prises dans leur ensemble, qui pèsent sur elle, en particulier l'obligation d'obtenir des sillons et de respecter les conditions qui y sont attachées, que les conditions dans lesquelles une entreprise fournit le service de transport sont déterminées par une autorité compétente d'un État membre, en l'occurrence l'administration des transports agissant en tant que gestionnaire de l'infrastructure.

Cette interprétation de la directive 2012/34/CE est corroborée par l'analyse de la genèse de l'article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2004-2017/CE. En effet, cette dernière disposition reprend l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 90/531/CEE⁹², qui a été introduit afin de soumettre la passation de marchés dans le secteur des services de transport par autobus aux dispositions de ladite directive et a permis de préciser qu'un réseau de transport existe non seulement s'il est constitué par une infrastructure physique, comme les voies ferrées, mais également par un système coordonné

des lignes dans des conditions déterminées, comme dans le domaine du transport par autobus. En revanche, le législateur de l'Union n'a pas eu l'intention de limiter, par cette disposition, le champ d'application des procédures de passation des marchés publics dans le domaine des transports effectués sur un réseau physique.

La Cour va ensuite interpréter « la mise à disposition » ou « l'exploitation d'un réseau », selon le langage courant, puisque ces expressions ne sont pas définies par la directive. Le terme « exploitation » renvoie à l'utilisation d'un objet ou à l'exercice d'un droit pour en tirer un revenu, l'exploitation de réseaux par une entreprise ferroviaire consistant pour celle-ci à exercer le droit d'utiliser l'infrastructure ferroviaire pour en tirer des revenus⁹³ La mise à disposition est, quant à elle, une prérogative de l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure. Les termes ont été ajoutés dans la directive 2004-2017/CE, afin que les procédures de passation s'appliquent également à la gestion des réseaux physiques, tels que voies ferrées, installations ferroviaires, tunnels, ponts, passages à niveau⁹⁴.

12. L'attribution directe de contrat de services de transport public par autobus et par tramway

[CJUE 21 mars 2019, aff. jtes C-266/17 et C-267/17, *Rhein-Sieg-Kreis et Rhenus Veniro GmbH & Co. KG c/ Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH e.a* ; ECLI:EU:C:2019 241 ; concl. de l'av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona présentées le 13 sept. 2018, ECLI:EU:C:2018:723]

L'article 5, paragraphe 2, du règlement (CE) no 1370/2007, du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transport

de voyageurs par chemin de fer et par route, ne s'applique pas à l'attribution directe des contrats portant sur des services publics de transport par auto-

(92) Du Conseil, du 17 sept. 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JOUE 1990, n° L 297, p. 1).

(93) Pt 50 de l'arrêt.

(94) Pt 52 de l'arrêt.

bus qui ne revêtent pas la forme de contrats de concession de services au sens de la directive 2004-2017/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, et de la directive 2004-2018/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.

Les deux affaires permettent à la Cour de justice de préciser le champ d'application de l'article 5, paragraphes 1 et 2, du règlement (CE) n° 1370/2007, relatif à l'attribution directe des contrats portant sur des services publics de transport par autobus par rapport à ceux des directives marchés publics (2004-2018/CE et 2004-2017/CE).

Dans le cadre des deux litiges au principal, des autorités publiques locales allemandes ont eu recours au mécanisme d'attribution directe à des « opérateurs internes »⁹⁵, selon des modalités variables, dans le cadre de l'organisation du transport public de voyageurs par autobus. Des entreprises privées attaquent ces opérations, suite à la publication de l'avis d'information imposé par le règlement (CE) n° 1370/2007⁹⁶. Les deux affaires sont portées devant le tribunal régional de Düsseldorf, qui pose différentes ques-

tions à la Cour de justice. La Cour se concentre sur la question de savoir si l'article 5, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1370/2007, s'applique à l'attribution directe de contrats portant sur des services publics de transport de voyageurs par autobus qui ne revêtent pas la forme de contrats de concession de services au sens des directives 2004-2017/CE et 2004-2018/CE⁹⁷, en adoptant un autre cheminement que son avocat général et une analyse très différente. Elle indique, principalement, qu'il ne pourrait s'agir de considérer que l'article 5 du règlement (CE) n° 1370/2007 constituerait une *lex specialis* par rapport aux directives marchés publics (2004-2017/CE et 2004-2018/CE) sur la question des attributions directes. Au contraire, l'économie générale et la genèse de la réglementation relative aux marchés publics s'opposent à une telle interprétation. Suivant l'analyse de la Commission, elle souligne⁹⁸ que les contrats de services de transport par autobus et par tramway sont soumis à l'intégralité des procédures de passation de marchés publics prévues par ces directives⁹⁹, alors que, d'une part, les services de transport par chemin de fer et par métro ne sont soumis¹⁰⁰ qu'à un nombre très limité de dispositions de ces directives¹⁰¹ et, d'autre part, les contrats de concession de services de transport ne sont soumis à aucune disposition de la directive 2004-2017/CE¹⁰² et ne sont soumis qu'à l'article 3 de la directive 2004-2018/CE¹⁰³. Or, ce sont les contrats de concession et

(95) Au sens de l'art. 2, j), du Règl. (CE) n° 1370/2007, à savoir, une entité juridiquement distincte sur laquelle l'autorité locale compétente ou, dans le cas d'un groupement d'autorités, au moins une autorité locale compétente, exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

(96) Art. 7.

(97) Pt 66 de l'arrêt.

(98) Pt 70 de l'arrêt.

(99) En application des art. 5 et 31 de la dir. 2004-2017/CE, lus en combinaison avec l'annexe XVII A, catégorie 2, de cette directive, ainsi que des art. 12 et 20 de la dir. 2004-2018/CE, lus en combinaison avec l'annexe II A, catégorie 2, de cette directive.

(100) En application des art. 5 et 32 de la dir. 2004-2017/CE, lus en combinaison avec l'annexe XVII B, catégorie 18, de cette directive, et de l'art. 21 de la dir. 2004-2018/CE, lu en combinaison avec l'annexe II B, catégorie 18, de cette directive.

(101) Not. aux art. 34 et 43 de la dir. 2004-2017/CE et aux art. 23 et 35 de la dir. 2004-2018/CE.

(102) Art. 18 de cette directive.

(103) Art. 17 de cette directive.

les contrats de service de transport de voyageurs par chemin de fer et par métro que l'article 5, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1370/2007, soumet au régime établi par ses paragraphes 2 à 6, tandis qu'il renvoie, pour les contrats de services de transport par autobus ou par tramway, aux directives 2004-2017/CE et 2004-2018/CE¹⁰⁴. Par conséquent, en l'absence dans ces directives, de dispositions relatives à l'attribution de marchés publics relatifs à des contrats de service de transport de voyageurs par chemin de fer et par métro, ainsi que l'attribution de contrats revêtant la forme de concession de services, le législateur de l'Union a, dans le cadre de l'article 5, paragraphes 2 à 6, du règlement (CE) n° 1370/2007, institué un corps spécifique de règles d'attribution applicables à ces marchés et à ces concessions, y compris en ce qui concerne l'attribution directe de tels contrats¹⁰⁵. En revanche, puisque les contrats de service public de transport de voyageurs par autobus et tramway ne portant pas sur des concessions étaient régis par les directives 2004-2017/CE et 2004-2018/CE avant l'adoption du règlement (CE) n° 1370/2007, la nécessité d'une nouvelle réglementation ne s'est pas fait sentir pour les attributions de tels contrats qui, en conséquence,

restent normalement soumises, selon le cas, à l'application de la directive 2004-2017/CE ou à celle de la directive 2004-2018/CE¹⁰⁶. La Cour a déjà jugé que le régime des attributions directes qui s'applique aux situations relevant du champ d'application des directives 2004-2017/CE et 2004-2018/CE constitue une exception à l'application des procédures prévues par ces directives et doit, dès lors, être considéré comme intrinsèquement lié à ces deux textes et à leur régime juridique¹⁰⁷. La Cour estime que cette interprétation est renforcée par l'incorporation ultérieure, dans les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, de la jurisprudence relative aux attributions directes.

Le même jour, la Cour rendra un autre arrêt précisant le champ d'application *ratione temporis* de l'article 5, en précisant qu'il ne s'appliquait pas à une procédure d'attribution qui s'est déroulée avant le 3 décembre 2019, de sorte qu'une autorité compétente qui attribue, par une décision d'adjudication clôturant une procédure de mise en concurrence, avant cette date, un contrat de concession de service public de transport local de voyageurs par route, cette fois, n'est pas tenue de se conformer au dit article 5¹⁰⁸.

13. De la subtile distinction entre les services ambulanciers de transports de patients et le transport en ambulance qualifié

[CJUE 21 mars 2019, aff. C-465/17, *Falck Rettungsdienste GmbH et Falck A/S contre Stadt Solingen*, ECLI:EU:C:2019:234 ; concl. de l'av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona présentées le 14 nov. 2018, ECLI:EU:C:2018:907 ; Rev. CMP 2019, n° 6, p. 22-23, note W Zimmer ; ACCP 2019, n° 197, p. 8]

(104) Pt 71 de l'arrêt.

(105) Pt 72 de l'arrêt.

(106) Pt 73 de l'arrêt.

(107) Pt 75 de l'arrêt citant, arrêt du 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, EU:C:2014:303, pt 25.

(108) CJUE 21 mars 2019, aff. jtes C-350/17 et C-351/17, *Mobit Soc. cons. Arl c/ Regione Toscana*, ECLI:EU:C:2019:237 ; concl. de l'av. gén. H. Saugmandsgaard Øe présentées le 25 oct. 2018, ECLI:EU:C:2018:869.

L'article 10, sous h), de la directive 2014/24/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004-2018/CE, doit être interprété en ce sens que, d'une part, l'exception à l'application des règles de passation des marchés publics qu'il prévoit couvre la prise en charge de patients en situation d'urgence dans un véhicule de secours par un secouriste/ambulancier, couverte par le code CPV [Common Procurement Vocabulary (vocabulaire commun pour les marchés publics)] 75252000-7 (services de secours), ainsi que le transport en ambulance qualifié, qui comprend outre la prestation de transport, la prise en charge de patients dans une ambulance par un ambulancier assisté d'un auxiliaire ambulancier, couvert par le code CPV 85143000-3 (services ambulanciers), pour autant, s'agissant dudit transport en ambulance qualifié, qu'il est effectivement assuré par un personnel dûment formé aux premiers secours et qu'il vise un patient pour lequel existe un risque de dégradation de son état de santé durant ce transport, et d'autre part, qu'il s'oppose à ce que des associations d'utilité publique, reconnues par le droit national comme des organisations de protection et de défense civiles, soient considérées comme « des organisations ou des associations à but non lucratif », au sens de cette disposition, dans la mesure où la reconnaissance du statut d'association d'utilité publique n'est pas subordonnée, en droit national, à la poursuite d'un but non lucratif et, enfin, que les organisations ou les associations ayant pour objectif d'assumer des missions sociales, qui sont dépourvues de finalité commerciale et qui réinvestissent d'éventuels bénéfices en vue d'atteindre l'objectif de l'organisation ou de l'association, constituent « des organisations ou des associations à but non lucratif », au sens de ladite disposition.

La ville de Solingen décide, en mars 2016, de renouveler l'attribution du marché des services municipaux de secours pour une durée de 5 ans, sans procéder à la publication d'un avis de marché, tout en invitant quatre associations à soumissionner. Il s'agissait de permettre sur son territoire, l'utilisation de véhicules de secours municipaux, d'une part, pour les interventions d'urgence, avec pour principale mission la prise en charge de patients en situation d'urgence par un secouriste assisté d'un ambulancier et, d'autre part, pour le transport en ambulance, avec pour principale mission la prise en charge de patients par un ambulancier assisté d'un auxiliaire ambulancier. Les lots du marché sont attribués à deux associations. Une association évincée du processus attaque la décision d'attribution, en faisant valoir que la ville aurait dû respecter les procédures de passation prévues par le droit de l'Union.

Le tribunal saisi du litige interroge la Cour de justice sur la portée de l'article 10, sous h), de la directive 2014/24/UE⁽¹⁰⁹⁾. Cette disposition dispose que la directive ne s'applique pas aux services ayant pour objet « h) les services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques qui sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif et qui relèvent des codes CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 et 85143000-3 (services ambulanciers), exceptés les services ambulanciers de transport de patients ». Les questions préjudicielles visaient, en particulier, à déterminer, d'une part, la portée des services ambulanciers auxquels s'appliquait l'exception et, d'autre part, la portée des notions d'organisations ou d'association à but non lucratif. La contre-exception visant les services ambulanciers de transport de patients

(109) Dir. 2014/24/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 26 févr. 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la dir. 2004-2018/CE (JOUE 2014, n° L 94, p. 65).

est introduite, puisque ces services sont régis par le régime simplifié des services sociaux et autres services spécifiques¹¹⁰.

Dans un premier temps, la Cour va interpréter la notion de prévention des risques, distincte de la notion de défense civile et de protection civile, afin de déterminer si elle vise uniquement les risques collectifs ou, au contraire, les risques individuels également. La Cour considère que l'expression vise tant les risques collectifs que les risques individuels, au terme d'un raisonnement classique reposant sur l'absence de définition dans la directive, l'interprétation autonome indispensable mêlant une interprétation littérale et contextuelle.

Dans un second temps, il s'agissait de distinguer les services ambulanciers (exclusion du champ d'application de la directive 2014/24/UE) des services ambulanciers de transport de patients (assujettis au régime assoupli des services sociaux). Pour résoudre l'énigmatique distinction¹¹¹, la Cour se plonge dans la nomenclature des codes CPV, censée faciliter la rédaction des documents du marché et la publication des

avis de marché. L'exception portée par l'article 10, sous h), comporte une double condition, que les services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques correspondent, d'une part, aux codes CPV mentionnés, et qu'ils soient, d'autre part, fournis par des organisations ou associations à but non lucratif. La contre-exception vise à assujettir les services ambulanciers de transport de patients au régime simplifié. Selon la Cour, les services ambulanciers (couverts par le code CPV 85143000-3) supposent qu'ils sont effectivement assurés par un personnel dûment formé aux premiers secours et, d'autre part, ils visent un patient pour lequel existe un risque de dégradation de son état de santé durant ledit transport¹¹².

Dans un troisième temps, la Cour va préciser que la législation allemande attribuant le statut d'organisation de protection et de défense civile sans garantir avec certitude que ces entités ne poursuivent pas un but lucratif¹¹³, il appartient donc à la juridiction nationale de vérifier *in concreto* si l'association poursuit ou pas un but lucratif.

14. L'exigence d'identité juridique entre les opérateurs économiques présélectionnés et ceux déposant les offres

(CJUE 11 juill. 2019, aff. C-697/17, *Telecom Italia SpA c/ Ministero dello Sviluppo Economia e Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia) SpA*, ECLI:EU:C:2019:599, RDI 2019. 564, obs. R. Noguellou ; concl. de l'av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona, présentées le 23 janv. 2019, ECLI:EU:C:2019:54 ; Rev. CMP 2019, n° 10, p. 23, note W. Zimmer ; ACCP 2019, n° 201, p. 9)

L'article 28, paragraphe 2, première phrase, de la directive 2014/24/UE, du

(110) Les art. 74 à 77 de la dir. 2014/24/UE.

(111) V. sur la même difficulté d'interprétation, CJUE 20 juin 2019, aff. C-424/18, *Italy Emergenza Cooperativa Sociale, Associazione Volontaria di Pubblica Assistenza « Croce Verde » c/ Ulss 5 Polesana Rovigo, Regione del Veneto*, ECLI:EU:C:2019:528 ; ACCP 2019, n° 201, p. 9.

(112) Pt 50 de l'arrêt.

(113) Pt 56 de l'arrêt.

Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004-2018/CE, doit être interprété en ce sens que, eu égard à l'exigence d'identité juridique et matérielle entre les opérateurs économiques présélectionnés et ceux qui présentent les offres, il ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre d'une procédure restreinte d'attribution d'un marché public, un candidat présélectionné qui s'engage à absorber un autre candidat présélectionné, en vertu d'un accord de fusion conclu entre la phase de présélection et celle de présentation des offres et exécuté après cette phase de présentation, puisse présenter une offre.

Dans le cadre d'une procédure restreinte de passation en vue de l'attribution d'un marché pour la construction, l'entretien et la gestion d'un réseau passif public à bande ultra-large, dans les zones dites « blanches » de plusieurs régions d'Italie (Abruzzes, Molise, Émilie-Romagne, Lombardie, Toscane et Vénétie), deux candidats sélectionnés décident de se rapprocher. Entre la phase de présélection et le 17 octobre 2016, date limite de soumission des offres, Enel SpA et Metroweb Italia SpA, sociétés holdings, ont conclu, le 10 octobre 2016, un accord-cadre contraignant qui prévoyait qu'OpEn Fiber acquerrait la totalité des actions de Metroweb SpA, qui détenait Metroweb Sviluppo, cette acquisition entraînant ainsi la fusion par absorption de Metroweb SpA et, par conséquent, de Metroweb Sviluppo par OpEn Fiber. En application de cet accord-cadre, l'absorption de Metroweb Sviluppo par OpEn Fiber a été décidée le 23 janvier 2017. Le projet de concentration a été notifié à la Commission européenne le 10 novembre 2016⁽¹¹⁴⁾. Par une décision du 15 décembre 2016⁽¹¹⁵⁾, la Commission avait décidé de ne pas s'y opposer. À la date de la présentation des offres, le

17 octobre 2016, l'opération de fusion avait seulement commencé, son achèvement n'étant intervenu qu'ultérieurement. À cette date, la structure d'OpEn Fiber demeurait inchangée. Le marché lui a été finalement attribué, suscitant un recours d'un concurrent, Télécom Italia. La juridiction saisie interroge la Cour de justice sur la portée de l'exigence d'identité juridique de l'article 28, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE, dans pareil contexte, et lui demande, en particulier s'il impose « une totale identité juridique et économique entre les opérateurs présélectionnés et ceux qui présentent les offres dans le cadre de la procédure restreinte, et [s'il] convient, en particulier, d'interpréter cette disposition en ce sens qu'elle s'oppose à un accord conclu entre les sociétés holdings qui contrôlent deux opérateurs présélectionnés, à un moment compris entre la présélection et la présentation des offres, lorsque : a) cet accord a pour objet et pour effet (entre autres) la réalisation d'une fusion par absorption d'une des entreprises présélectionnées dans une autre (opération par ailleurs autorisée par la Commission) ; b) les effets de l'opération de fusion se sont produits après la présentation de l'offre par l'entreprise absorbante (raison pour laquelle, au moment de la présentation de l'offre, sa composition était inchangée par rapport à celle existant au moment de la présélection) ; c) l'entreprise ensuite absorbée (dont la composition était inchangée à la date d'échéance du délai pour la présentation des offres) a, en tout état de cause, renoncé à participer à la procédure restreinte, probablement en exécution du programme contractuel prévu par l'accord conclu entre les sociétés holdings ».

Dans un premier temps, la Cour de justice rappelle que si le libellé de l'article 28, paragraphe premier, première phrase, implique que l'opérateur éco-

(114) Conformément au règl. (CE) n° 139/2004, du Conseil, du 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JOUE 2004, n° L 24, p. 1).

(115) Aff. M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia (JOUE n° 2017, C 15, p. 1).

nomique qui présente une offre doit, en principe, être celui qui a été sélectionné, cette disposition ne comporte aucune règle concernant les changements éventuellement intervenus dans la structure et la capacité économique et technique du candidat présélectionné. Elle s'est, cependant, déjà prononcée sur l'incidence de tels changements, dans le cadre d'une procédure négociée au regard des principes généraux du droit de l'Union, notamment du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence qui en découle, ainsi que des objectifs de ce droit en matière de marchés publics ¹¹⁶. Elle a décidé qu'une application stricte du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires, dans le cadre d'une procédure négociée, aboutirait à la conclusion que seuls les opérateurs économiques qui ont été présélectionnés en tant que tels peuvent présenter des offres et devenir adjudicataires ¹¹⁷. Toutefois, elle a également jugé que, dans une procédure négociée, en cas de dissolution d'un groupement présélectionné en tant que tel, dont faisaient partie deux opérateurs économiques, l'un de ceux-ci peut se substituer à ce groupement et poursuivre cette procédure, sans que le principe d'égalité soit violé, à la condition qu'il soit établi que cet opérateur économique satisfait seul aux exigences définies initialement par le pouvoir adjudicateur et que la continuation de sa participation à ladite procédure n'entraîne pas une détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires ¹¹⁸.

Elle avait donc admis que l'identité matérielle entre l'opérateur sélectionné et le soumissionnaire avait été modifiée, dans un contexte où un seul membre du groupement sélectionné avait remis une offre et que, par ailleurs, la faillite d'un des membres avait entraîné une diminution des capacités. La Cour souligne qu'au contraire, dans la présente affaire, la fusion augmente les capacités du soumissionnaire. Elle considère qu'il n'existe pas d'identité matérielle, en raison des termes contraignants de l'accord-cadre, et estime alors pouvoir faire application des critères préétablis dans l'arrêt *MT Højgaard et Züblin*, pour déterminer s'il y a eu ou non violation du principe d'égalité de traitement, tout en les adaptant aux spécificités de l'affaire, puisque le pouvoir adjudicateur a intérêt à ce qu'un candidat renforce sa capacité technique et économique à garantir une bonne exécution du marché. Elle souligne, enfin, que la situation concurrentielle des autres soumissionnaires n'a pu être détériorée : d'une part, l'opération de concentration a été jugée conforme à la réglementation européenne par la Commission et, d'autre part, il ressort des pièces fournies qu'aucun comportement collusoire, comme l'échange d'informations sensibles concernant la procédure de passation de marché avant la réalisation de la fusion en vue de se procurer des avantages injustifiés, n'est établi. La Cour conclut, logiquement et de manière prévisible, à la non-violation de l'article 28 de la directive.

(116) Pt 31 de l'arrêt citant l'arrêt du 24 mai 2016, aff. C-396/14, *MT Højgaard et Züblin*, EU:C:2016:347).

(117) Pt 33 de l'arrêt citant l'arrêt du 24 mai 2016, aff. C-396/14, *MT Højgaard et Züblin*, EU:C:2016:347, pts 38 et 39.

(118) Pt 35 de l'arrêt citant voir, l'arrêt du 24 mai 2016, aff. C-396/14, *MT Højgaard et Züblin*, EU:C:2016:347, pt 48 et dispositif.