

Commentaires

Arrêt « Lavorgna » : l'exclusion d'une offre irrégulière, sans possibilité de régularisation, à la lumière des principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité

Maxime Vanderstraeten^(*)

- Dans son arrêt *Lavorgna*¹, la Cour de justice de l'Union européenne juge que la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui impose aux soumissionnaires une formalité (en l'occurrence, l'indication séparée, dans l'offre de prix, des coûts de main-d'œuvre), sous peine d'exclusion et sans possibilité de régularisation, y compris lorsque cette obligation n'est pas rappelée dans la documentation de l'appel d'offres
- En revanche, si le formulaire joint à l'appel d'offres ne permettait matériellement pas d'indiquer séparément les coûts de main-d'œuvre, les principes de transparence et de proportionnalité ne s'opposent pas à la possibilité pour les soumissionnaires de régulariser leur situation

L'arrêt commenté s'inscrit dans le contexte d'un encadrement *a minima*, par la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics², de l'examen de la régularité des offres³.

L'article 56, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/24/UE confirme seulement que le pouvoir adjudicateur doit vérifier que l'offre est « conforme aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ainsi que dans les documents de marché ».

Sauf disposition contraire du droit national, le pouvoir adjudicateur peut demander à un opérateur économique de compléter ou clarifier son offre⁴.

Pour le surplus, ladite directive n'aborde pas la question du degré de gravité des irrégularités ni celle des suites qu'il convient d'y réserver⁵.

Il est à cet égard acquis que le droit national ou les documents afférents à une procédure de passation d'un marché public peuvent exclure le soumissionnaire qui ne respecte pas une obligation expressément imposée sous peine d'exclusion. Néanmoins, conformément aux principes d'égalité de traitement et de transparence, l'obligation concernée et la sanction de son non-respect doivent faire l'objet de dispositions claires, précises et univoques.

Dans l'affaire *Pizzo*⁶, la Cour a par conséquent jugé que les principes généraux précités s'opposent à l'exclusion d'un opérateur

économique à la suite du non-respect, par celui-ci, d'une obligation — à savoir l'indication séparée des coûts de main-d'œuvre — qui résulte non pas expressément des documents de l'appel d'offres ou de la loi nationale en vigueur, mais d'une interprétation jurisprudentielle de cette loi.

À la suite de cet arrêt et dans le cadre de la transposition de la directive 2014/24/UE, le législateur italien a expressément prévu l'obligation, pour les soumissionnaires, d'indiquer séparément leurs coûts de main-d'œuvre, tout en excluant la faculté, pour le pouvoir adjudicateur, de recourir à la procédure d'« assistance à l'établissement du dossier » pour inviter les soumissionnaires n'ayant pas rempli cette obligation à régulariser leur situation.

L'on pouvait s'attendre à ce que la Cour valide désormais cette codification législative claire, précise et univoque, ce qu'elle a fait dans l'arrêt commenté.

La Cour formule néanmoins deux précisions.

Premièrement, il n'est pas nécessaire de rappeler cette formalité légale dans la documentation de l'appel d'offres, pourvu que cette documentation renvoie explicitement à la réglementation nationale des marchés publics contenant l'obligation concernée.

Cette première précision est de bon sens, car il n'est assurément pas opportun que les documents du marché reproduisent *in ex-*

(*) L'auteur est assistant à l'Université Saint-Louis (Bruxelles) et à l'Université libre de Bruxelles, et avocat au barreau de Bruxelles (Belgique). Il peut être contacté à l'adresse suivante : m.vanderstraeten@liedekerke.com. (1) Arrêt du 2 mai 2019, *Lavorgna*, aff. C-309/18, EU:C:2019:350. (2) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.*, 2014, L 94, p. 65. (3) S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, t. 1, Londres, Sweet & Maxwell, 2014, pp. 7-155. (4) Article 56, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE. Le professeur Arrowsmith estime que cette disposition peut servir de fondement à la régularisation d'offres non conformes (*op. cit.*, pp. 7-161). Le Conseil d'État de Belgique en a jugé autrement, à tout le moins à l'égard d'une irrégularité de nature à conférer au soumissionnaire un avantage discriminatoire (C.E., 3 avril 2019, *Jette Clean*, n° 244.164). (5) Mentionnons néanmoins l'article 26 de la directive 2014/24/UE, qui autorise l'usage de la procédure concurrentielle avec négociation ou du dialogue compétitif lorsque seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées en réponse à une procédure ouverte ou restreinte. Est notamment irrégulière, au sens de cette disposition, l'offre qui n'est pas conforme aux documents du marché. (6) Arrêt du 2 juin 2016, *Pizzo*, aff. C-27/15, EU:C:2016:404.



tenso les dispositions du droit national. En effet, les soumissionnaires peuvent être présumés connaître ces règles, ou pouvoir en prendre connaissance (d'où l'intérêt d'y renvoyer dans la documentation du marché).

Encore faut-il, conformément à la jurisprudence *Pizzo*, que le droit national soit clair, ce qui n'est pas toujours le cas. Pour ne citer qu'un seul exemple, le droit belge exige que l'offre soit signée par la ou les personne(s) compétente(s) pour engager le soumissionnaire⁷ ; à défaut, l'offre est réputée affectée d'une irrégularité dite « substantielle » qui, en procédure ouverte ou restreinte, doit emporter son écartement sans possibilité de régularisation⁸. Il faut néanmoins connaître la jurisprudence belge pour savoir, par exemple, que l'administrateur-délégué d'une société anonyme n'est pas compétent pour approuver et signer seul une offre, car ce pouvoir ne relève en principe pas de la gestion journalière et revient donc, par défaut, au conseil d'administration de ladite société⁹. Cette restriction du pouvoir de représentation de l'administrateur-délégué n'a rien d'évident, surtout pour un soumissionnaire étranger, de sorte que l'on peut se demander si le pouvoir adjudicateur ne devrait pas adresser un rappel en ce sens dans les documents du marché. L'on pourrait citer de nombreux autres exemples analogues.

Deuxièmement, si le formulaire préétabli que les soumissionnaires devaient utiliser ne leur permettait pas matériellement d'y indiquer séparément les coûts de main-d'œuvre, et était donc source de confusion, les principes de transparence et de proportionnalité ne s'opposent pas au fait de permettre aux soumissionnaires de régulariser leur situation, dans un délai fixé par le pouvoir adjudicateur.

La formulation de l'arrêt sur ce point n'est pas dénuée d'ambiguïté : en cas de confusion dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur *peut-il* ou *doit-il* offrir une possibilité de régularisation aux soumissionnaires affectés ? La seconde solution devrait à notre sens prévaloir¹⁰, car l'erreur commise par le soumissionnaire résulte d'un défaut de clarté imputable au pouvoir adjudicateur¹¹.

L'arrêt commenté confirme en tout cas la recherche de proportionnalité qui doit présider à l'analyse de régularité des offres. Lorsqu'une exigence est formulée à peine de nullité, le pouvoir adjudicateur peut — et doit même¹² — écarter l'offre irrégulière. Ce grand pouvoir implique cependant de grandes responsabilités, à savoir la formulation claire de l'exigence concernée dans le droit national ou les documents du marché, et l'absence de sources de confusion imputables au pouvoir adjudicateur.

(7) Article 44, paragraphe 1, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. (8) Article 76, paragraphes 1 et 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 (cité précédemment). (9) C.E., 27 février 2019, *Larcin*, n° 243.817. (10) L'arrêt *Pizzo* est lui aussi équivoque, mais relève tout de même que les dispositions de la directive « s'opposent 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 ». (11) S. Arrowsmith, *op. cit.*, pp. 7-157. Il n'en irait autrement que si le droit national excluait en toutes circonstances la possibilité de régulariser une offre. L'article 56, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE ne semble néanmoins pas conférer aux États membres une marge de manœuvre aussi large ; une régularisation doit être possible lorsqu'elle est commandée par l'application du principe de proportionnalité (S. Arrowsmith, *op. cit.*, pp. 7-161). (12) Voy. arrêt commenté, point 22 et jurisprudence citée.

