

Les marchés et les contrats publics dans l'Union européenne

Pierre Nihoul^(*)

- L'attribution directe, sans publicité, de prestations à des associations de bénévolat est compatible avec le droit primaire moyennant le respect de certaines conditions
- Un système d'accords dénué de choix exclusif d'un opérateur économique n'est pas un marché public mais, pour autant qu'il présente un intérêt transfrontalier certain, est soumis aux principes généraux issus du droit primaire
- Une réglementation nationale relative à des concessions doit poursuivre de manière réelle, cohérente et systématique la réalisation de l'objectif allégué, cette approche devant être « non pas statique, mais dynamique, en ce sens qu'elle doit tenir compte de l'évolution des circonstances postérieurement à l'adoption de la réglementation » en cause
- Le système d'évaluation et de notation de chacun des critères d'attribution, qui doit en principe être arrêté préalablement à l'ouverture des offres, ne doit pas être porté à la connaissance des soumissionnaires mais ne peut en revanche altérer les critères d'attribution et leur pondération.
- Un règlement transactionnel qui contient des modifications substantielles d'un marché impose d'initier une nouvelle procédure de passation, sauf si cette possibilité a été prévue par les clauses du marché initial

1 Champ d'application *ratione personae*

1. Opérateur économique. — Il est de jurisprudence constante qu'il ne faut pas interpréter restrictivement cette notion et dès lors exclure *a priori* des marchés publics les entités qui ne poursuivent pas principalement un but lucratif, qui n'ont pas une structure organisationnelle d'entreprise ou qui n'assurent pas une présence continue ou régulière sur le marché, si et dans la mesure où la législation nationale les habilite à opérer sur le marché compte tenu de leurs objectifs institutionnels et statutaires. La Cour apporte une nuance importante à cette pétition de principe à l'égard de l'attribution directe, sans publicité, de prestations à des associations de bénévolat sous toutefois certaines conditions¹. D'abord, cette attribution directe n'est admissible qu'en cas d'application au marché public concerné des principes généraux de transparence et d'égalité de traitement. En effet, si elle est d'application, la directive 2004/18 s'oppose clairement à une réglementation nationale qui permet aux autorités de confier, en l'espèce, la fourniture de services de transport sanitaire, par voie d'attribution directe, à des organismes de bénévolat (point 54). Ensuite, même en cas de non-application des directives, une telle réglementation ne va pas de soi au regard des principes généraux précités dès lors qu'elle exclut les entités à finalité non bénévole des marchés concernés et constitue dès lors une discrimination indirecte selon la nationalité interdite en application des articles 49 et 56 TFUE sauf circonstances objectives (points 55 et 56). La Cour retient toutefois des justifications tirées des « principes d'universalité et de solidarité ainsi que des raisons d'efficacité économique et d'adéquation, en tant que [le recours à ces associations] permet que ce service d'intérêt général soit assuré dans des conditions d'équilibre économique sur le plan budgétaire, par des organismes constitués essentiellement en vue de servir l'intérêt général », de tels objec-

tifs étant en pris en considération par le droit de l'Union (points 57 et 58). La Cour y met des conditions : de manière générale, le recours à ces associations « doit effectivement contribuer à la finalité sociale ainsi qu'à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire ». Concrètement, 1) les associations de bénévolat ne peuvent réaliser aucun profit du fait de leurs prestations, indépendamment du remboursement des coûts variables, fixes et permanents nécessaires pour fournir celles-ci ; 2) l'activité desdites associations doit strictement respecter les exigences posées par la législation nationale à l'égard des travailleurs qu'elles emploient ; 3) l'application de cette législation ne peut couvrir des pratiques abusives. Deux précisions sont encore apportées. D'une part, l'absence d'exigence de publicité implique que les autorités publiques qui recourent, dans lesdites conditions, à des associations de bénévolat ne sont pas tenues d'organiser une comparaison entre les propositions de ces divers organismes. D'autre part, au cas où la législation nationale autorise les associations de bénévolat d'exercer certaines activités commerciales, moyennant le respect d'une limite, chiffrée ou autre, qu'il revient aux États de fixer, ces activités commerciales ne peuvent être que marginales et soutenir la poursuite de leurs activités bénévoles. Voilà un arrêt qui étonne au regard des objectifs des directives d'ouverture à la concurrence non faussée et la plus large possible, d'autant que la Cour laisse aux États une grande marge d'appréciation dans l'encadrement des activités de ces associations de bénévolat.

2 Champ d'application *ratione loci*

2. Intérêt transfrontalier. — Pour que les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement découlant des articles 49 et 56 TFUE puissent s'appliquer à des marchés publics dont l'en-

^(*) L'auteur est juge à la Cour constitutionnelle de Belgique et chargé de cours à la Faculté de droit de l'U.C.L. Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être communiqués à pierre.nihoul@const-court.be. La présente chronique couvre l'année 2016. (1) C.J., 28 janvier 2016, *Casta e.a.*, aff. C-50/14.



Chroniques

semble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre, il est requis que le marché en cause présente un intérêt transfrontalier certain² eu égard à certains critères objectifs, comme l'importance du montant du marché, en combinaison avec son lieu d'exécution, ou ses caractéristiques techniques, ou encore les caractéristiques spécifiques des produits concernés, voire l'existence de plaintes, réelles et non fictives, introduites par des opérateurs situés dans d'autres États membres³.

3 Champ d'application *ratione materiae*

A. Notion de marché public

3. Non-sélection d'un opérateur. — Y-a-t'il lieu de qualifier de marché public, au sens de la directive 2004/18, un système d'accords par lequel une entité publique entend acquérir des biens en contractant, pendant toute la durée de validité de ce système, avec tout opérateur économique qui s'engage à fournir les biens concernés à des conditions prédéterminées, sans opérer de choix entre les opérateurs intéressés et en permettant à ceux-ci d'adhérer audit système pendant toute sa durée de validité ? En l'occurrence, il s'agit d'une procédure engagée par une caisse nationale d'assurance maladie en vue de conclure des accords de remise de prix avec toutes les entreprises commercialisant un médicament comportant le même principe actif et remplissant les critères d'admission. *A priori*, un tel système est un marché public dès lors qu'il donne lieu à la conclusion de contrats à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur et des opérateurs économiques dont l'objet est la fourniture de produits. La Cour s'appuie toutefois sur une interprétation téléologique et systémique pour répondre négativement à cette question⁴. Systémique car les directives doivent être interprétées au regard du droit primaire, dont les libertés de circulation, et des principes qui en découlent. Téléologique car l'objectif des directives est d'exclure le favoritisme en faveur des opérateurs nationaux. Or ce risque est intimement lié à la sélection d'un opérateur et donc à l'exclusivité de la prestation qui va lui être confiée par l'attribution du marché. Il s'ensuit qu'un système dénué de choix exclusif d'un opérateur économique n'est pas un marché public. Le choix d'un attributaire est donc un « élément intrinsèquement lié » à la notion de « marché public » au sens des directives. Il n'en reste pas moins qu'à défaut d'être un marché public, cette procédure d'admission à un système d'accords, pour autant qu'elle présente un intérêt transfrontalier certain, est soumise aux principes généraux issus du droit primaire. Ainsi, « l'exigence de transparence implique une publicité permettant à des opérateurs économiques potentiellement intéressés de prendre dûment connaissance du déroulement et des caractéristiques essentielles d'une (telle) procédure d'admission »⁵.

4. Création d'une personne de droit public. — La création personnalisée d'une entité publique associant différents partenaires publics (comme une intercommunale ou un syndicat de pouvoirs

locaux) n'est pas en soi un marché public et donc ne relève pas de l'exception *in house* pour autant que soient transférées à cette nouvelle personne morale de droit public certaines compétences dont ces collectivités étaient investies jusqu'alors et qui sont désormais propres à ce syndicat de collectivités⁶. La Cour de justice encadre néanmoins cet affranchissement du droit des marchés publics :

1) Tout d'abord, une telle opération comportant plusieurs phases doit être examinée dans sa globalité et en tenant compte de sa finalité (point 37). Une clause anti-abus en quelque sorte.

2) Le fait que les activités en cause constituent des prestations visées par les directives matières (travaux, fournitures et services) ne suffit pas à les rendre applicables, les autorités publiques étant libres de recourir ou non au marché ou à leurs organes pour l'accomplissement de leurs tâches d'intérêt public (point 39).

3) Un tel transfert de compétences entre autorités publiques ne peut être considéré comme un acte d'organisation et relever de la liberté organisationnelle des États membres garantie par l'article 4, § 2, TFUE que s'il porte, à la fois, sur les responsabilités liées à la compétence transférée et sur les pouvoirs qui sont le corollaire de celle-ci, de sorte que l'autorité publique nouvellement compétente dispose d'une autonomie décisionnelle et financière. En d'autres termes, l'autorité publique nouvellement compétente doit exercer cette compétence de manière autonome et sous sa propre responsabilité (points 47 à 54).

Cet affranchissement du droit des marchés publics et la reconnaissance de l'autonomie organisationnelle des États membres quant à leurs structures internes rejoignent notre opinion déjà affirmée à ce sujet⁷.

B. Marché de services

5. Services mixtes. — Pour les services de nature mixte qui relèvent à la fois des annexes IIA et IIB de la directive 2004/18, le régime applicable dépend de la valeur des services en cause conformément à l'article 22 de cette directive. Si la valeur des services relevant de l'annexe IIA (services prioritaires) dépasse celle des services relevant de l'annexe IIB (services non prioritaires), la directive 2004/18 est pleinement applicable. Dans l'hypothèse inverse, sont applicables, outre les seuls articles 23 et 35, § 4, de cette directive, les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement⁸.

C. Exception « in house »

6. Essentiel des activités. — Un des deux éléments constitutifs de cette exception est que l'opérateur dédié réalise l'essentiel de ses activités au profit du ou des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. La mise en œuvre de ce critère nécessite donc d'identifier d'abord les missions confiées par le pouvoir adjudicateur à l'opérateur, et ce sans avoir égard à d'autres éléments, et ensuite ce qu'elles représentent comme part dans l'ensemble des prestations de l'opérateur. Il s'ensuit que toute activité de l'entité attributaire qui est consacrée à des personnes autres que celles qui la

(2) C.J., *Casta e.a.*, précité, point 42 ; 2 juin 2016, *Falk Pharma*, aff. C-410/14, point 44 ; 7 juillet 2016, *Município de Vila Pouca de Aguiar*, aff. C-214/15, point 36 ; 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14 et aff. C-67/15, points 66 à 68 ; 6 octobre 2016, *Tecnoedi Costruzioni Srl*, aff. C-318/15, point 19 ; 8 décembre 2016, *Undis Servizi Srl*, aff. C-553/15, point 24. (3) C.J., *Município de Vila Pouca de Aguiar*, précité, point 36 ; *Tecnoedi Costruzioni Srl*, précité, point 20. (4) C.J., *Falk Pharma*, précité, points 34-42. (5) C.J., *Falk Pharma*, précité, points 43-47. (6) C.J., 21 décembre 2016, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord*, aff. C-51/15. (7) Voy. P. Nihoul, « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'État et des marchés publics », in *Le paraétatisme*, Bruges, la Chartre, 2010, pp. 210-211 ; *Éléments de droit public de l'économie*, coll. Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 192-193. (8) C.J., *Casta e.a.*, précité, points 36-41.



détiennent, fussent-elles des autorités publiques, doit être considérée comme étant exercée en faveur de tiers. Cette conclusion ne saurait être infirmée par la circonstance selon laquelle l'activité de l'opérateur exercée au profit des collectivités territoriales non associées est, dans certains cas, imposée par une autorité publique, également non associée de cet opérateur. En effet, dès lors que les collectivités non associées doivent être considérées comme des tiers et que l'autorité publique qui impose les prestations n'est pas associée de cet opérateur et n'exerce aucun contrôle sur celui-ci, cette activité imposée doit être considérée comme une activité exercée pour des tiers⁹.

Par ailleurs, la Cour précise que les circonstances, tant qualitatives que quantitatives, qui sont prises en compte pour apprécier cette condition peuvent englober les activités passées que cette entité a réalisées pour les collectivités associées avant que le contrôle analogue conjoint en soit devenu effectif, qu'elles perdurent ou non au moment de l'attribution d'un marché public¹⁰.

D. Concessions

7. Qualification. — Pour distinguer un marché public de services et une concession de services, il faut avoir égard à deux éléments. D'une part, le mode de rémunération : dans le marché de services, la contrepartie est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services, alors que, dans le cas d'une concession de services, la contrepartie consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix. D'autre part, la prise en charge par le concessionnaire du risque lié à l'exploitation des services en question¹¹.

Il s'ensuit qu'une concession relative à l'organisation de paris est une concession de services lorsque le prestataire de services, d'une part, ne perçoit pas de rémunération du pouvoir adjudicateur et, d'autre part, supporte l'intégralité du risque lié à l'exercice de l'activité de collecte et de transmission des paris¹².

Qu'en est-il de concessions octroyées sur le domaine maritime et lacustre et qui visent l'exploitation d'une zone domaniale à des fins touristique-récréatives ? Ces concessions portent non pas sur une prestation de services mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique dans une zone domaniale et ne peuvent donc pas être qualifiées de concessions de services. Par contre, elles peuvent être qualifiées d'« autorisations » au sens de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services en ce qu'elles « constituent des actes formels, quelle que soit leur qualification en droit national, devant être obtenus par les prestataires, auprès des autorités nationales, afin de pouvoir exercer leur activité économique »¹³.

8. Conditions d'octroi. — Il est de jurisprudence constante que le fait de subordonner l'exercice d'une activité économique à l'obtention d'une concession est susceptible de constituer une restriction aux libertés d'établissement et de prestation de services au sens des articles 49 et 56 TFUE et que pour être admissibles, ces restrictions doivent, d'une part, être justifiées par soit des raisons

d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, soit des raisons impérieuses d'intérêt général et, d'autre part, passer les tests de pertinence et de proportionnalité. Sur ce dernier point, la Cour de justice vérifie depuis 2010 si la législation nationale en cause poursuit de manière *réelle, cohérente et systématique* la réalisation de l'objectif allégué. Cette vérification, mieux connue sous le nom de « test de cohérence et de systématique », est utilisée pour rechercher l'intention véritable du législateur national. La Cour a apporté une précision importante en relevant que cette approche devait être « non pas statique, mais dynamique, en ce sens qu'elle doit tenir compte de l'évolution des circonstances postérieurement à l'adoption de la réglementation » en cause. En d'autres termes, le contrôle de proportionnalité implique de se fonder non seulement sur l'objectif de cette réglementation et sur l'analyse de la situation, tels qu'ils se présentaient au moment de son adoption, mais également sur les effets et la mise en œuvre de cette réglementation, appréciés postérieurement à son adoption¹⁴.

Sur la base de cette grille d'analyse, la Cour a examiné, dans le domaine des jeux de hasard, l'admissibilité de :

— l'obligation imposée aux candidats d'apporter la preuve de leur capacité économique et financière au moyen de déclarations délivrées par au moins deux établissements bancaires, sans pouvoir établir autrement cette capacité¹⁵. L'objectif affirmé de lutte contre la criminalité et de protection des consommateurs par l'exercice continu et durable de l'activité légale de collecte de paris constitue une raison impérieuse d'intérêt général. Par ailleurs, cette obligation est manifestement de nature à assurer que l'opérateur économique dispose d'une capacité économique et financière lui permettant de répondre aux obligations qu'il pourrait contracter envers les parieurs gagnants. Elle n'apparaît pas non plus disproportionnée, ce qu'il appartient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier ;

— l'obligation pour le concessionnaire de céder à titre gratuit, lors de la cessation de l'activité, l'usage de biens matériels et immatériels détenus en propriété et constituant le réseau de gestion et de collecte du jeu¹⁶. Cette condition repose sur une raison impérieuse d'intérêt général (lutte contre la criminalité) et est pertinente au regard de cet objectif pour autant qu'elle soit imposée de manière systématique et non à la demande de l'autorité. Le test de proportionnalité nécessite de distinguer la cause de la cessation de la concession. Dans l'hypothèse de la déchéance ou de la révocation, à titre de sanction, du contrat de concession concerné, la cession à titre gratuit présente un caractère proportionné. En revanche, tel n'est pas nécessairement le cas lorsque la cessation de l'activité intervient du seul fait de l'expiration de la concession, l'objectif de continuité pouvant être atteint par des mesures moins contraignantes, telle la cession forcée, mais à titre onéreux au prix du marché, des biens concernés.

9. Prorogation automatique¹⁷. — Les concessions qui n'entrent pas dans le champ d'application des directives marchés publics doivent respecter les règles fondamentales du Traité FUE en général dans la mesure où elles présentent un intérêt transfrontalier

(9) C.J., *Undis Servizi Srl*, précité, points 34-38. (10) *Ibidem*, points 40-42. (11) C.J., 8 septembre 2016, *Domenico Politano*, aff. C-225/15, points 30-31 ; *Promoimpresa Srl*, précité, point 46. (12) C.J., *Domenico Politano*, précité, points 32-33. (13) C.J., *Promoimpresa Srl*, précité, points 40-48. (14) C.J., 30 juin 2016, *Admiral Casinos & Entertainment AG*, aff. C-464/15. (15) C.J., *Domenico Politano*, précité, points 36-50, confirmé par deux ordonnances du 28 septembre 2016, *David Durante*, aff. C-438/15 et *Angela Manzo*, aff. C-542/15. (16) C.J., 28 janvier 2016, *Rosanna Laezza*, aff. C-375/14, confirmé par sept ordonnances du 7 avril 2016, *Cristiano Pontillo*, aff. C-474/14 ; *Gaiti e.a.*, aff. C-534/14 ; *Baldo*, aff. C-467/14 ; *Tonachella*, aff. C-8/16 ; *Conti*, aff. C-504/15 ; *Santoro*, aff. C-65/15. (17) C.J., *Promoimpresa Srl*, précité, points 58-73. Cette même législation est également jugée contraire à l'article 12, §§ 1 et 2, de la directive 2006/123 « services ».



Chroniques

certain. Une législation qui reporte de manière répétée les échéances retarde l'attribution des concessions par une procédure transparente d'appel d'offres, et est donc prohibée, en principe, par l'article 49 TFUE. La Cour avait toutefois admis de telles prorogations au regard du principe de sécurité juridique (voy. 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, aff. C-347/06, point 64 ; 14 novembre 2013, *Belgacom*, aff. C-221/12, point 38) mais à propos d'une concession attribuée en 1984, alors qu'il n'avait pas encore été établi par la jurisprudence que les contrats qui présentaient un intérêt transfrontalier certain pourraient être soumis à une obligation de transparence, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

4 Champ d'application *ratione summae*

10. Marchés sous les seuils. — Lorsqu'un marché public ne relève pas du champ d'application des directives en raison du fait que sa valeur estimée n'atteint pas le seuil financier pertinent, il est néanmoins soumis aux principes généraux du TFUE pour autant qu'il présente un intérêt transfrontalier certain¹⁸.

5 Sélection qualitative

11. Causes d'exclusion. — La directive 2004/18, en son article 45, § 2, laisse l'application des sept cas d'exclusion qu'il mentionne, qui se rapportent à l'honnêteté professionnelle, à la solvabilité ou à la fiabilité des candidats d'un marché, à l'appréciation des États membres qui doivent en préciser les conditions d'application conformément à leur droit national et dans le respect du droit de l'Union. Elle permet donc aux États membres de laisser ou non, dans ce domaine, une liberté d'appréciation aux pouvoirs adjudicateurs¹⁹.

L'article 45, § 2, précité ne s'oppose dès lors pas à ce qu'une réglementation nationale oblige un pouvoir adjudicateur à examiner, en application du principe de proportionnalité, s'il y a effectivement lieu d'exclure un candidat à un marché public qui a commis une faute professionnelle grave. En effet, le principe de proportionnalité s'applique, d'une manière générale, aux procédures de passation des marchés publics. En l'espèce, la difficulté vient de ce que la réglementation nationale en cause confère aux pouvoirs adjudicateurs un large pouvoir d'appréciation concernant l'introduction et les conditions d'application des causes d'exclusion facultative et que les conditions de l'appel d'offres ont rendu cette clause d'exclusion plus stricte puisqu'un soumissionnaire ayant commis une faute professionnelle grave doit être nécessairement exclu sans pouvoir prendre en compte le caractère proportionné ou non de cette sanction. La Cour admet dans ce cas que vu les termes de l'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur puisse exclure le candidat sans prendre en compte le principe de proportionnalité — le pouvoir adjudicateur doit strictement observer les critères qu'il a lui-même fixés — pour autant qu'une telle clause soit insérée dans les documents du marché et formulée sans équivoque,

afin de ne pas placer les opérateurs économiques intéressés dans l'incertitude et de ne pas porter préjudice au principe de l'égalité de traitement et au respect de l'obligation de transparence²⁰.

Qu'en est-il des obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale ? Ici aussi, la Cour de justice reconnaît aux États membres un large pouvoir d'appréciation quant au fait de retenir une irrégularité en la matière comme cause d'exclusion, et ce sous un double aspect. D'abord, quant aux délais de mise en conformité de l'offre : l'article 45, § 2, précité laissant aux États membres le soin de déterminer ce délai de même que de prévoir d'éventuelles régularisations *a posteriori*, étant entendu que ce délai doit respecter les principes de transparence et d'égalité de traitement, peut être considérée comme étant un motif d'exclusion une infraction en matière de versement de cotisations de sécurité sociale qui existait à la date de la participation à un appel d'offres, alors même que le montant des cotisations a été régularisé avant l'adjudication ou avant le contrôle d'office par le pouvoir adjudicateur. Ensuite, quant à la rigueur d'application de ce motif : cette même disposition ne retenant pas une uniformité d'application des causes d'exclusion, une réglementation nationale peut exclure toute liberté d'appréciation des pouvoirs adjudicateurs en les obligeant à retenir ce motif d'exclusion lorsqu'il existait à la date de la participation à un appel d'offres, peu importe sa régularisation par après²¹.

“Une condition de participation à une procédure de marché public qui découlerait de l'interprétation du droit national et de la pratique d'une autorité nationale est préjudiciable pour les soumissionnaires établis dans d'autres États membres”

12. Clause prétorienne. — Il est de jurisprudence constante que les principes de transparence et d'égalité de traitement exigent que les conditions de fond et de procédure concernant la participation à un marché soient clairement définies au préalable et rendues publiques de manière claire, précise et univoque, afin que les soumissionnaires puissent connaître exactement les contraintes de la procédure et être assurés du fait que les mêmes exigences valent pour tous les concurrents. La Cour de justice a logiquement condamné l'exclusion d'un opérateur économique à la suite du non-respect, par celui-ci, d'une obligation, en l'espèce le versement d'une redevance, qui résulte non pas expressément des documents afférents à cette procédure ou de la loi nationale en vigueur, mais d'une interprétation extensive 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 documents. En effet, une condition de participation à une procédure de marché public qui découlerait de l'interprétation du droit national et de la pratique d'une autorité est particulièrement préjudiciable pour les soumissionnaires établis dans d'autres États membres, dans la mesure où leur niveau de connaissance du droit national et de son interprétation ainsi que

(18) C.J., *Municipio de Vila Pouca de Aguiar*, précité, point 35 ; *Tecnoedi Costruzioni Srl*, précité, point 19. (19) C.J., 10 novembre 2016, *Ciclat Soc. Coop.*, aff. C-199/15, point 36 ; 14 décembre 2016, *Connexion Taxi Services BV*, aff. C-171/15. (20) C.J., *Connexion Taxi Services BV*, précité. (21) C.J., *Ciclat Soc. Coop.*, précité.



de la pratique des autorités nationales ne peut être comparé à celui des soumissionnaires nationaux²².

13. Faillite. — Une entité adjudicatrice peut-elle autoriser un opérateur économique, qui faisait partie d'un groupement de deux entreprises ayant été présélectionné, à continuer à participer en son nom propre à cette procédure, à la suite de la dissolution dudit groupement pour cause de faillite de l'autre entreprise ? La directive 2004/17 ne prévoit pas de règles à cet égard de sorte que la réglementation d'une telle situation relève de la compétence des États membres, sous réserve cependant du respect des principes généraux du droit de l'Union. Une application stricte de ces principes implique une identité juridique et matérielle entre les opérateurs économiques présélectionnés et ceux qui présentent les offres. Cette exigence peut néanmoins être tempérée afin d'assurer une concurrence suffisante. Il est requis dans ce cas, d'une part, que cet opérateur économique satisfasse seul aux exigences définies par ladite entité et, d'autre part, que la continuation de sa participation à ladite procédure n'entraîne pas une détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires²³.

14. Capacité technique. — Les directives établissent un système fermé des modes d'évaluation et de vérification des capacités techniques par les pouvoirs adjudicateurs de sorte qu'ils ne peuvent établir de nouveaux moyens de preuve et ne peuvent pas non plus limiter la portée des moyens déjà prévus. Qu'en est-il de règles établies par un pouvoir adjudicateur qui ne permettent pas à un opérateur économique de prouver ses capacités techniques au moyen d'une déclaration unilatérale, sauf s'il apporte la preuve de l'impossibilité ou de la difficulté sérieuse d'obtenir une certification de l'acheteur privé²⁴ ?

L'article 48, § 2, sous a), ii), de la directive 2004/18 prévoit que la preuve des prestations effectuées au cours des trois dernières années peut être rapportée par deux différents moyens, à savoir « par une certification de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration de l'opérateur économique ». Ces deux moyens de preuve sont-ils sur un pied d'égalité, l'opérateur pouvant librement y recourir, ou sont-ils hiérarchisés ? L'interprétation littérale de ces termes renvoie à un rapport non pas d'équivalence mais de subsidiarité entre les moyens de preuve visés. Un opérateur économique ne peut donc être autorisé à établir ses capacités techniques au moyen d'une déclaration unilatérale que s'il n'est pas en mesure d'obtenir la certification de l'acheteur privé. Cette interprétation est corroborée par le contexte et par les objectifs poursuivis par la directive. Le contexte étant celui d'un système fermé, il ne peut être compatible avec celui-ci que chaque opérateur puisse se contenter de produire dans tous les cas une déclaration unilatérale en vue de se conformer à cette disposition. Privilégier le mode de preuve fondé sur une certification émanant de l'acheteur privé garantit davantage de transparence et de sécurité juridique quant à la réalité des capacités techniques de l'opérateur et donc se révèle cohérent avec les objectifs de la directive.

Toutefois, les règles établies doivent respecter le principe de proportionnalité, ce qui n'est pas le cas des deux modalités suivantes :

— si la disposition n'autorise un opérateur économique à produire une déclaration unilatérale que s'il démontre l'impossibilité *absolue* d'obtenir une certification de l'acheteur privé, de telles règles faisant peser sur lui une charge excessive. Par contre, pouvoir démontrer, au moyen d'éléments objectifs à vérifier au cas par cas, l'existence d'une difficulté sérieuse l'empêchant d'obtenir une telle certification, due par exemple à la mauvaise volonté de l'acheteur privé concerné, apparaît conforme au principe de proportionnalité ;

— si la disposition impose que la certification de l'acheteur privé porte une signature authentifiée par un notaire, un avocat ou toute autre entité compétente : elle constitue un formalisme excessif, d'une part, alourdissant la charge probatoire et, d'autre part, limitant la participation des opérateurs économiques, notamment étrangers, ce qui est contraire à l'économie et à la finalité générale de la directive 2004/18.

15. Capacité de tiers. — La Cour a reconnu de longue date le droit de tout opérateur économique de faire valoir les capacités d'autres entités, « quelle que soit la nature des liens existant entre lui-même et ces entités », pour autant qu'il est prouvé au pouvoir adjudicateur qu'il disposera effectivement des moyens de ces entités qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché, ce que reproduisent les articles 47, § 2, et 48, § 3, de la directive 2004/18²⁵. À cet égard, le soumissionnaire est libre de choisir, d'une part, la nature juridique des liens qu'il entend établir avec les entités dont il fait valoir les capacités et, d'autre part, le mode de preuve de l'existence de ces liens.

Il n'est dès lors pas admissible en principe qu'un pouvoir adjudicateur puisse, dans le cadre du cahier des charges, imposer à un soumissionnaire qui fait valoir les capacités d'autres entités des conditions expresses ou des modalités concrètes du recours à ces capacités. Tel est le cas de l'obligation de conclure avec ces entités un accord de partenariat ou de créer avec celles-ci une société en nom collectif, cette clause excluant tout autre mode de preuve²⁶, ou de l'impossibilité de faire valoir les attestations bancaires des entités tierces en cas d'appel à leurs capacités²⁷.

Cette réponse de principe ne permet toutefois pas au soumissionnaire de faire valoir les capacités d'autres entités de manière purement formelle. Par ailleurs, ce droit du soumissionnaire peut être limité dans des circonstances particulières eu égard à l'objet du marché et à ses finalités :

— Tel est le cas lorsque les capacités d'une entité tierce, qui sont nécessaires à l'exécution de ce marché, ne peuvent être transmises au soumissionnaire, de sorte que ce dernier ne saurait se prévaloir desdites capacités que si cette entité tierce participe directement et personnellement à l'exécution dudit marché. En l'occurrence, le marché public a pour objet le nettoyage mécanique polyvalent des rues d'une capitale, tant en hiver qu'en été, pendant quatre années consécutives, ce qui exige l'intervention de personnel expérimenté qui, au moyen notamment d'observations directes de l'état de la surface des chaussées ainsi que de relevés effectués sur place, permet d'anticiper ou, en tout état de cause, de répondre de manière adéquate et rapide aux besoins spéci-

(22) C.J., 2 juin 2016, *Pippo Pizzo*, aff. C-27/15, points 36-46, confirmé par plusieurs ordonnances du 10 novembre 2016, *Spinosa Costruzioni Generali SpA*, aff. C-162/16 ; *Edra Costruzioni Soc. Coop.*, aff. C-140/16 ; *M.B. srl*, aff. C-697/15. (23) C.J., 24 mai 2016, *MT Højgaard A/S*, aff. C-396/14 (avec des conclusions plus étayées de l'avocat général). (24) C.J., 7 juillet 2016, *Ambisig*, aff. C-46/15. (25) Pour la période concernée, C.J., 14 janvier 2016, *Ostas celtnieks SIA*, aff. C-234/14, point 23 ; 7 avril 2016, *Partner Apelski Dariusz*, aff. C-324/14, point 33 ; *Pippo Pizzo*, précité, point 25. (26) C.J., *Ostas celtnieks SIA*, précité. (27) C.J., *Pippo Pizzo*, précité, point 30.



Chroniques

fiques de ce marché, alors que la participation envisagée d'un tiers consiste dans le simple exercice d'activités de consultation et de formation²⁸.

— Tel est aussi le cas de travaux dont les particularités nécessitent une certaine capacité qui ne pourrait être atteinte par le seul rassemblement des capacités inférieures de plusieurs opérateurs. Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur est fondé à exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique, ou par le recours à un nombre limité d'opérateurs économiques, dès lors que cette exigence serait liée et proportionnée à l'objet du marché en cause²⁹.

En conclusion, compte tenu des particularités d'un marché, le pouvoir adjudicateur peut, aux fins de la correcte exécution de ce marché, indiquer expressément, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, des règles précises permettant à un opérateur économique de faire valoir les capacités d'autres entités ou ne retenant qu'un opérateur économique, à condition que ces règles soient liées et proportionnées à l'objet et aux finalités dudit marché, ce qui empêche d'ériger de telles exigences en règles générales par le droit national³⁰.

16. Sous-traitance. — La Cour a à nouveau condamné une limitation nationale du recours à la sous-traitance³¹. Dès lors qu'un soumissionnaire peut recourir aux capacités d'entités tierces, il a aussi la possibilité de recourir à la sous-traitance, et ce de façon, en principe, non limitée. Certes, un soumissionnaire peut être obligé d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il va sous-traiter et les sous-traitants proposés (article 25, alinéa 1^{er}, de la directive 2004/18). Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur est seulement en droit d'interdire le recours à des sous-traitants dont il n'a pas pu vérifier les capacités, pour l'exécution de parties essentielles du marché, ou dont il conclut à l'insuffisance des capacités³². Telle n'est pas la portée d'une clause qui exige que le soumissionnaire exécute par ses propres moyens 25 % de l'objet du marché dès lors qu'elle impose des limitations au recours à des sous-traitants pour une part du marché fixée de manière abstraite, et ce indépendamment de la possibilité de vérifier les capacités des éventuels sous-traitants et sans aucune mention relative au caractère essentiel de tâches qui seraient concernées.

Cette interdiction de principe doit tenir compte des règles particulières à certains secteurs. Ainsi, en cas d'attribution d'un marché de services de transport de voyageurs par autobus, l'article 4, § 7, du règlement 1370/2007 du 23 octobre 2007 permet à un pouvoir adjudicateur d'interdire à l'attributaire la sous-traitance, totalement ou partiellement, d'un tel service et donc ne s'oppose pas à la fixation à 70 %, par le pouvoir adjudicateur, de la proportion de fourniture autonome par l'opérateur chargé d'un tel marché. La Cour juge en effet que dans la mesure où tant l'article 4, § 7, de ce règlement que l'article 25 de la directive 2004/18 contiennent des règles relatives à la sous-traitance, il convient de considérer que la première disposition constitue une règle spéciale par rapport à celles prévues dans la seconde disposition et, en tant que *lex specialis*, prévaut sur ces dernières³³.

Par ailleurs, il convient de relever que la directive 2014/24 apporte à cet égard une modification essentielle en ce qu'elle autorise désormais expressément le pouvoir adjudicateur à prévoir de telles limitations (article 63, § 2).

6 Documents du marché

17. Critères d'attribution et pondération. — Lorsque le pouvoir adjudicateur choisit d'attribuer un marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'article 53, § 2, de la directive 2004/18 lui impose de préciser, dans l'avis de marché ou le cahier des charges, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères d'attribution, permettant ainsi aux soumissionnaires de déterminer objectivement l'importance effective dont dispose un critère d'attribution par rapport à un autre lors de leur évaluation ultérieure par le pouvoir adjudicateur. Il s'ensuit qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait, en principe, appliquer des règles de pondération qu'il n'a pas préalablement portées à la connaissance des soumissionnaires. De même, la pondération relative de chacun des critères d'attribution ne saurait être modifiée tout au long de la procédure. Néanmoins, la Cour a admis qu'il est possible pour un pouvoir adjudicateur de déterminer, après l'expiration du délai de présentation des offres, des coefficients de pondération sous trois conditions, à savoir que cette détermination *ex post*, premièrement, ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, deuxièmement, ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation et, troisièmement, n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires³⁴.

18. Critères d'attribution et méthode d'évaluation. — Qu'en est-il des éléments d'évaluation des critères d'attribution (dénommés souvent sous-critères d'attribution) ? Le pouvoir adjudicateur doit-il ici aussi indiquer, dès l'engagement de la procédure de passation, la méthode d'évaluation de chacun des critères retenus ?

De manière générale, il ressort de la jurisprudence de la Cour que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et, si possible, leur importance relative doivent être connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres. L'arrêt *Lianakis* était venu concrétiser cette position de principe pour les sous-critères d'attribution³⁵. La Cour y avait estimé que les obligations de publicité prévues par les directives, lues à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de l'obligation de transparence qui en découle, s'opposent à ce que le pouvoir adjudicateur fixe ultérieurement des sous-critères pour les critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché. Un pouvoir adjudicateur ne peut donc plus fixer, après le lancement de la procédure, des sous-critères d'attribution explicitant les critères eux-mêmes ; ceux-ci doivent désormais figurer dans les documents du marché,

(28) C.J., *Partner Apelski Dariusz*, précité, points 39-49. (29) C.J., *Pippo Pizzo*, précité, points 28-29. (30) C.J., *Partner Apelski Dariusz*, précité, points 54-57 ; *Pippo Pizzo*, précité, point 28. (31) C.J., 14 juillet 2016, *Wrocław*, aff. C-406/14, points 30-37. (32) Voy. C.J., 10 novembre 2016, *Brouillard*, aff. C-59/15 P où la Cour valide l'élimination en qualité de sous-traitant d'un marché de traduction juridique d'un prestataire pour insuffisance de qualification professionnelle. (33) C.J., 27 octobre 2016, *Hörmann Reisen GmbH*, aff. C-292/15. (34) C.J., 14 juillet 2016, *TNS Dimarso n.v.*, aff. C-6/15, points 20-26. (35) C.J., 24 janvier 2008, *Lianakis*, aff. C-532/06.



sous réserve de la détermination impossible *ex ante* de ces sous-critères moyennant dans ce cas le respect des trois conditions précitées (n° 17).

Cette fois, la Cour se prononce expressément sur la méthode d'évaluation de ces critères et sous-critères retenue par le pouvoir adjudicateur pour classer les offres. D'une part, cette méthode ne doit pas être portée à la connaissance des soumissionnaires dans les documents du marché. D'abord, en raison de la liberté dont doit pouvoir disposer un comité d'évaluation dans l'accomplissement de sa tâche ; ensuite par des considérations d'ordre pratique : le pouvoir adjudicateur doit pouvoir adapter la méthode d'évaluation qu'il appliquera afin d'évaluer et de classer les offres par rapport aux circonstances de l'espèce. D'autre part, pour éviter tout risque de favoritisme, la méthode d'évaluation doit, en principe, être déterminée avant l'ouverture des offres par le pouvoir adjudicateur, sauf à démontrer l'impossibilité de déterminer cette méthode avant l'ouverture des offres. En tout état de cause, cette méthode ne peut avoir pour effet d'altérer les critères d'attribution et leur pondération relative³⁶.

En conclusion, le point de départ du raisonnement de la Cour de justice est que pour assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires et la transparence des procédures, l'information de ceux-ci sur les éléments d'évaluation de leurs offres doit être la plus appropriée possible, et ce dès l'engagement de la procédure. Dans ce cas, cette information doit porter non seulement sur les critères d'attribution mais aussi sur les conditions de leur mise en œuvre, ce qui comprend notamment leur pondération et les sous-critères d'attribution. Par contre, le système d'évaluation et de notation de chacun des critères, qui doit en principe être arrêté préalablement à l'ouverture des offres, ne doit pas être porté à la connaissance des soumissionnaires mais ne peut en revanche altérer les critères d'attribution et leur pondération.

7 Examen des offres

19. Correction des offres. — En principe, une offre ne peut pas être modifiée après son dépôt, que ce soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou du soumissionnaire. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc pas demander des éclaircissements à un soumissionnaire dont il estime l'offre imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges. Sont néanmoins autorisées des corrections ponctuelles, notamment celles qui apportent à l'évidence une simple clarification ou celles qui mettent fin à des erreurs matérielles manifestes, pour autant que trois conditions soient respectées :

1. La demande de clarification d'une offre ne peut aboutir à la présentation, par le soumissionnaire concerné, de ce qui apparaîtrait en réalité comme une nouvelle offre. Tel est le cas de la demande d'un opérateur économique, qui a présenté une offre pour la totalité d'un marché, de ne prendre en considération son offre que pour l'attribution de certaines parties de ce marché³⁷. Il s'ensuit aussi que les corrections ou ajouts ne peuvent concerner que des données dont l'antériorité par rapport au terme du délai fixé pour le dépôt d'une offre ou d'une candidature est objectivement vérifiable³⁸.

2. Le pouvoir adjudicateur doit traiter les candidats de manière égale et loyale, de telle sorte qu'une demande de clarification ne puisse pas apparaître comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande.

3. Cette possibilité ne peut porter sur des omissions de données dont la communication, selon les dispositions expresses des documents du marché, était requise sous peine d'exclusion. Il s'ensuit que dans l'hypothèse où une condition de participation, imposée sous peine d'exclusion, n'est pas expressément prévue par les documents du marché mais ne peut être identifiée que par une interprétation jurisprudentielle du droit national, le pouvoir adjudicateur peut accorder au soumissionnaire exclu un délai suffisant pour régulariser son omission³⁹.

20. Enchères électroniques. — Le recours aux enchères électroniques permet aux pouvoirs adjudicateurs, après une première évaluation complète des offres, de demander aux soumissionnaires de présenter de nouveaux prix revus à la baisse et, lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, également d'améliorer des éléments des offres autres que le prix. Lorsqu'un soumissionnaire présente une offre recevable, il incombe au pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 54, § 4, de la directive 2004/18, d'assurer l'exercice du droit de ce soumissionnaire de participer, le cas échéant, à l'enchère électronique. À défaut d'avoir invité un tel soumissionnaire à prendre part à ladite enchère, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination imposent au pouvoir adjudicateur d'annuler et de répéter une telle enchère. Une telle conclusion s'impose indépendamment de la question de savoir si la participation de l'opérateur exclu aurait modifié le résultat de l'enchère en question⁴⁰.

8 Exécution du marché

21. Règlement transactionnel. — Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle empêchent le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire d'apporter de gré à gré aux dispositions du marché attribué des modifications dites « substantielles », lesquelles doivent donner lieu à une nouvelle procédure de passation portant sur le marché ainsi modifié. Il n'en va autrement que si cette modification a été prévue par les clauses du marché initial.

Sont notamment considérées comme des modifications substantielles des modifications qui sont de nature à remettre en cause l'attribution du marché, en ce sens que, si ces modifications avaient été intégrées dans les documents du marché initial, soit une autre offre aurait été retenue, soit d'autres soumissionnaires auraient pu être admis. Tel est le cas d'une réduction en importance de l'objet du marché, qui peut avoir pour conséquence de le mettre à la portée d'un plus grand nombre d'opérateurs économiques et qui est de nature à entraîner une réduction proportionnelle des exigences de capacités requises des candidats ou des soumissionnaires.

Qu'en est-il lorsque la réduction prononcée des prestations du marché est le résultat d'une négociation transactionnelle destinée à sortir le marché initial de l'impasse et comportant des renoncia-

(36) C.J., *TNS Dimarso n.v.*, précité, points 27-36. (37) C.J., *PartnerApelski Dariusz*, précité, points 66-70. (38) C.J., *Ciclat*, précité, point 29. (39) C.J., *Pippo Pizzo*, précité, points 49-50 ; *Ciclat*, précité, points 29-30. (40) C.J., *PartnerApelski Dariusz*, précité, points 72-81.



Chroniques

tions réciproques, permettant aux deux parties d'éviter des pertes importantes ? *A priori*, imposer l'attribution d'un nouveau marché revient à rendre impossible le recours à ce mode de règlement des conflits. La Cour de justice⁽⁴¹⁾ va toutefois conclure à la nécessité d'initier une nouvelle procédure de passation lorsqu'un pouvoir adjudicateur modifie substantiellement un marché à la suite d'une transaction. Tout d'abord, la Cour va étendre la jurisprudence *Belgacom* rendue à propos d'une concession de services aux marchés publics : la volonté délibérée des parties de renégocier les termes d'un marché n'est pas un élément déterminant, la qualification de modification substantielle devant s'analyser d'un point de vue objectif. Des difficultés objectives rencontrées dans le cadre de l'exécution d'un marché et le souci d'apporter une solution raisonnable à un litige survenu dans cette exécution, pour des raisons totalement indépendantes de la volonté des cocontractants, ne justifient pas le non-respect du principe d'égalité. Ensuite, la Cour ne va pas retenir non plus le caractère objectivement aléatoire de certaines réalisations dans le cadre d'un marché complexe : ces circonstances ne rentrent pas comme telles dans les cas de procédure négociée ; en outre, ce caractère objectivement aléatoire permettait de rendre prévisible le risque de survenance de difficultés d'exécution du marché, ce qui aurait dû inciter le pouvoir adjudicateur à définir l'objet du marché avec précaution et à se ménager, dans les documents du marché, la possibilité d'apporter des modifications substantielles destinées à résoudre ces difficultés. Les pouvoirs adjudicateurs doivent donc être particulièrement prudents lorsqu'ils rédigent les documents des marchés relativement complexes afin de pouvoir se ménager des portes de sortie négociables en cas de difficultés survenant dans l'exécution de ce type de marché.

9 Contrôle du comportement des pouvoirs adjudicateurs

22. Intérêt. — Selon l'article 1^{er}, §§ 1, alinéa 3, et 3, de la directive 89/665, les recours contre les décisions prises par un pouvoir adjudicateur doivent être accessibles au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

Par son arrêt *Fastweb*⁽⁴²⁾, la Cour avait interprété cette disposition comme s'opposant à ce que le recours d'un soumissionnaire évincé, c'est-à-dire un soumissionnaire dont l'offre sélectionnée n'a pas été retenue comme attributaire, contre la décision d'attribution du marché soit déclaré irrecevable par suite de l'examen préalable de l'exception d'irrecevabilité soulevée dans le cadre du recours incident de l'adjudicataire et tirée de l'irrégularité de l'offre du soumissionnaire évincé, sans qu'il ait été statué sur la conformité des deux offres en cause avec les spécifications du cahier des charges. Cet arrêt avait été rendu dans l'hypothèse où, à la suite d'une procédure de passation d'un marché public, les deux soumissionnaires retenus avaient introduit des recours visant leur exclusion réciproque. Dans une telle situation, chacun des deux soumissionnaires a en effet un intérêt à obtenir un marché déterminé. En effet, d'une part, l'exclusion d'un soumissionnaire peut aboutir à ce que l'autre obtienne le marché directement dans le cadre de

la même procédure. D'autre part, dans l'hypothèse d'une exclusion des deux soumissionnaires et de l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché public, chacun des soumissionnaires pourrait y participer et, ainsi, obtenir indirectement le marché.

La Cour a jugé que « le nombre de participants à la procédure de passation du marché public concerné, de même que le nombre de participants ayant introduit des recours ainsi que la divergence des motifs soulevés par eux, ne sont pas pertinents pour l'application du principe jurisprudentiel résultant de l'arrêt *Fastweb* »⁽⁴³⁾. L'hypothèse en cause concernait un cas où les entreprises participant à la procédure de marché concernée, quoique admises initialement en plus grand nombre que deux, ont toutes été évincées par le pouvoir adjudicateur, sans qu'un recours soit formé par les entreprises autres que celles, au nombre de deux, impliquées dans le litige au principal. Il n'est en effet pas exclu qu'une des irrégularités justifiant l'exclusion tant de l'offre de l'adjudicataire que de celle du soumissionnaire contestant la décision d'attribution vicié également les autres offres, ce qui pourrait conduire le pouvoir adjudicateur à devoir lancer une nouvelle procédure.

Par contre, cette jurisprudence ne peut être transposée à l'hypothèse suivante qui se distingue très nettement des cas précités par deux dimensions⁽⁴⁴⁾ : d'une part, les offres des soumissionnaires concernés dans les affaires ayant donné lieu aux deux arrêts précités n'avaient pas fait l'objet d'une décision d'exclusion de la part du pouvoir adjudicateur, à la différence de l'offre présentée par le soumissionnaire dans l'affaire en cause ; d'autre part, c'est dans le cadre d'une seule et même procédure de recours relative à la décision d'attribution du marché que, dans les deux affaires précitées, chacun des soumissionnaires contestait la régularité de l'offre de l'autre, alors que, dans l'hypothèse présente, le soumissionnaire exclu a introduit d'abord un recours contre la décision d'exclusion adoptée à son égard, recours rejeté, puis un second recours contre la décision d'attribution du marché, et c'est dans le cadre de la seconde procédure qu'il invoque l'irrégularité de l'offre de l'adjudicataire. Alors que tout soumissionnaire exclu a le droit de contester non seulement la décision d'exclusion, mais également, *tant que cette contestation n'a pas été tranchée*, les décisions ultérieures qui lui porteraient préjudice dans l'hypothèse où son exclusion serait annulée, il en va différemment du soumissionnaire définitivement exclu, en raison du rejet de son recours contre la décision l'excluant, lequel n'a plus d'intérêt à introduire un recours contre la décision d'attribution du marché.

23. Frais de justice. — Les directives recours ne contiennent aucune disposition spécifique relative aux frais de justice exigés pour introduire un recours. Comme de coutume, la Cour indique que dans ce cas, les modalités procédurales des recours en justice, qui relèvent du droit national, ne peuvent porter atteinte ni à l'effet utile des directives recours, ni aux droits conférés aux particuliers par le droit de l'Union. L'intérêt de l'arrêt rendu au cours de la période recensée réside dans le fait que la Cour va jauger l'admissibilité de ces modalités procédurales nationales, non plus seulement au regard des principes d'équivalence ou d'effectivité, mais aussi au regard de l'article 47 de la Charte⁽⁴⁵⁾. Les directives recours visent en effet à assurer, comme le relève la Cour, le plein

(41) C.J., 7 septembre 2016, *Finn Frogne A/S*, aff. C-549/14. (42) C.J., 4 juillet 2013, aff. C-100/12. (43) C.J., 5 avril 2016, *PFE*, aff. C-689/13. (44) C.J., 21 décembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*, aff. C-355/15. (45) C.J., 15 septembre 2016, *Star Storage e.a.*, aff. C-439/14 et C-488/14.



respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

Une réglementation nationale impose, comme condition de recevabilité de tout recours, de constituer au profit du pouvoir adjudicateur une « garantie de bonne conduite », d'un montant correspondant à 1 % de la valeur estimée du marché avec un plafond de 25.000 ou de 100 000 EUR selon le type de marché en cause. Cette garantie constitue une limitation du droit à un recours effectif et doit donc respecter les conditions prévues par l'article 52, § 1, de la Charte :

1. elle doit être prévue par la loi, ce qui est le cas en l'espèce ;
2. elle doit respecter le contenu essentiel dudit droit : en l'espèce, la garantie, qui peut atteindre un montant élevé, remplit néan-

moins cette condition dès lors que cette garantie doit être restituée, quelle que puisse être l'issue du recours ;

3. elle doit répondre à un objectif d'intérêt général : l'objectif du législateur en l'espèce est de prévenir l'exercice abusif des voies de recours et tout retard dans la conclusion du marché, ce qui est légitime et admissible ;

4. elle doit respecter le principe de proportionnalité : la charge financière demeure modeste en raison de son plafonnement ; elle peut être constituée sous la forme d'une garantie bancaire ; elle est restituable quelle que soit l'issue du recours ; enfin, elle incite les requérants à une certaine prudence dans l'introduction de leur recours et à faire preuve de diligence dans les procédures engagées.

