

Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak

ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS

C.J.U.E., 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce contre Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, aff. C-159/11, avec concl. av. gén. V. Trstenjak

HvJ, 19 december 2012, *Locale di Lecce tegen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, zaak C-159/11, concl. adv.-gen. V. Trstenjak

Marchés publics de services – Contrat conclu entre deux entités publiques, dont une université – Entité publique susceptible d’être qualifiée d’opérateur économique – Contrat à titre onéreux – Contrepartie ne dépassant pas les coûts exposés

La juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2004/18 doit être interprétée en ce sens qu’elle s’oppose à une réglementation nationale qui autorise la conclusion, sans appel à la concurrence, d’un contrat par lequel deux entités publiques instituent entre elles une coopération telle qu’un contrat de consultance passé entre deux administrations publiques, qualifié en droit national « d’accord entre administrations publiques ».

La circonstance que le contrat en cause au principal puisse relever, le cas échéant, soit de la directive 2004/18, soit des règles fondamentales et des principes généraux du traité FUE n’influence pas la réponse à apporter à la question posée. En effet, les critères énoncés dans la jurisprudence de la Cour pour apprécier si un appel à la concurrence est ou non obligatoire sont pertinents tant pour l’interprétation de cette directive que pour celle de ces règles et principes du traité FUE.

Conformément à l’article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2004/18, un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un opérateur économique et un pouvoir adjudicateur, et ayant pour objet la prestation de services visés à l’annexe II A de cette directive constitue un marché public.

Il est sans incidence que cet opérateur soit lui-même un pouvoir adjudicateur. Il est par ailleurs indifférent que l’entité concernée ne poursuive pas à titre principal une finalité lucrative, qu’elle n’ait pas une structure d’entreprise ou encore qu’elle n’assure pas une présence continue sur le marché. Ainsi, s’agissant d’entités telles que des établissements universitaires publics, la Cour a jugé que de telles entités ont, en principe, la faculté de participer à une procédure d’attribution d’un marché

public de services. Toutefois, les États membres peuvent réglementer les activités de ces entités, et notamment autoriser ou ne pas autoriser ces dernières à opérer sur le marché compte tenu de leurs objectifs institutionnels et statutaires. Pour autant, si et dans la mesure où lesdites entités sont habilitées à offrir certains services sur le marché, il ne peut pas leur être interdit de participer à un appel d’offres portant sur les services concernés.

Ainsi que l’a exposé Mme l’avocat général aux points 32 à 34 de ses conclusions et tel qu’il ressort du sens normal et habituel des termes « à titre onéreux », un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu.

Il résulte toutefois de la jurisprudence de la Cour que deux types de marchés conclus par des entités publiques ne rentrent pas dans le champ d’application du droit de l’Union en matière de marchés publics. Il s’agit, en premier lieu, des marchés conclus par une entité publique avec une personne juridiquement distincte de celle-ci lorsque, à la fois, cette entité exerce sur cette personne un contrôle analogue à celui qu’elle exerce sur ses propres services et que ladite personne réalise l’essentiel de ses activités avec la ou les entités qui la détiennent. Il s’agit, en second lieu, des contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques ayant pour objet d’assurer la mise en œuvre d’une mission de service public qui est commune à celles-ci. Dans cette hypothèse, les règles du droit de l’Union en matière de marchés publics ne sont pas applicables pour autant que, en outre, de tels contrats soient conclus exclusivement par



des entités publiques, sans la participation d'une partie privée, qu'aucun prestataire privé ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents et que la coopération qu'ils instaurent soit uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public.

En l'espèce, la mission de service public qui fait l'objet de la coopération entre des entités publiques instaurée par ledit contrat ne paraît pas assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à l'ASL et à l'université.

Le droit de l'Union en matière de marchés publics s'oppose à une réglementation nationale qui autorise la conclusion, sans appel à la concurrence, d'un contrat par lequel des entités publiques instituent entre elles une coopération lorsque – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – un tel contrat n'a pas pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ces entités, qu'il n'est pas exclusivement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ou qu'il est de nature à placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

**C.J.U.E., 13 décembre 2012, *Forposta contre Poczta Polska SA*, aff. C-465/11
HvJ, 13 december 2012, *Forposta tegen Poczta Polska SA*, zaak C-465/11**

Marchés publics – Secteur des services postaux – Sélection – Critères d'exclusion de la procédure d'attribution du marché – Faute grave en matière professionnelle – Circonstances imputables au soumissionnaire – Sauvegarde de l'intérêt public – Maintien d'une concurrence loyale

La juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit qu'une faute grave en matière professionnelle, conduisant à l'exclusion automatique de l'opérateur économique en cause d'une procédure d'attribution d'un marché public en cours, est constituée lorsque, en raison de circonstances imputables à ce même opérateur économique, le pouvoir adjudicateur a résilié ou dénoncé un précédent contrat de marché public passé avec ledit opérateur, ou s'est rétracté, si cette résiliation, dénonciation ou rétractation du contrat est intervenue dans un délai de trois ans avant l'ouverture de la procédure en cours et que le montant de la partie du marché public qui n'a pas été exécutée s'élève à au moins 5 % du montant total de ce marché.

L'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18, à la différence des dispositions concernant les causes d'exclusion prévues au même alinéa, sous a), b), e) et f), ne renvoie pas aux législations et réglementations nationales, mais que le second alinéa de ce même paragraphe 2 énonce que les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit de l'Union, les conditions de son application. Par conséquent, les notions de « faute » « grave » commise « en matière professionnelle », figurant audit article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), peuvent être précisées et

explicitées en droit national, dans le respect, toutefois, du droit de l'Union.

La notion de « faute en matière professionnelle » couvre tout comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur en cause et non pas seulement les violations des normes de déontologie au sens strict de la profession à laquelle appartient cet opérateur, qui seraient constatées par l'organe de discipline prévu dans le cadre de cette profession ou par une décision juridictionnelle ayant autorité de chose jugée. En effet, l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18 autorise les pouvoirs adjudicateurs à constater une faute commise en matière professionnelle par tout moyen dont ils pourront justifier. En outre, à la différence de ce même alinéa, sous c), un jugement ayant autorité de chose jugée n'est pas exigé pour la constatation d'une faute professionnelle au sens de la disposition figurant audit alinéa, sous d). Par conséquent, l'inobservation par un opérateur économique de ses obligations contractuelles peut, en principe, être considérée comme une faute commise en matière professionnelle.

Néanmoins, la notion de « faute grave » doit être comprise comme se référant normalement à un comportement de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité de sa part. Ainsi, toute exécution incorrecte, imprécise ou défectueuse d'un contrat ou d'une partie de ce dernier peut éventuellement démontrer une compétence profes-



sionnelle limitée de l'opérateur économique en cause, mais n'équivaut pas automatiquement à une faute grave. En outre, la constatation de l'existence d'une « faute grave » nécessite, en principe, que soit effectuée une appréciation concrète et individualisée de l'attitude de l'opérateur économique concerné.

La réglementation en cause au principal impose au pouvoir adjudicateur d'exclure de la procédure d'attribution d'un marché public un opérateur économique lorsque, en raison de circonstances qui « sont imputables » à ce dernier, ce pouvoir a résilié ou dénoncé un contrat conclu avec lui dans le cadre d'un précédent marché public. Il importe de relever que, compte tenu des caractéristiques propres des systèmes juridiques nationaux en matière de responsabilité, la notion de « circonstances imputables » est très large et peut appréhender des situations allant bien au-delà d'une attitude de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité de sa part. Or, l'article 54, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 2004/17 renvoie à la faculté d'application des critères d'exclusion énumérés à l'article 45 de la directive 2004/18 « dans les conditions qui y sont exposées », de sorte que la notion de « faute grave », au sens indiqué au point 25 du présent arrêt, ne saurait être remplacée par la notion de « circonstances imputables » à l'opérateur économique concerné. En outre, la réglementation nationale en cause au principal détermine elle-même les paramètres sur la base desquels un comportement précédent d'un opérateur économique impose au pouvoir adjudicateur en cause d'exclure automatiquement cet opérateur de la procédure d'attribution d'un marché public nouvellement engagée, sans laisser à ce pouvoir adjudicateur la faculté d'apprécier, au cas par cas, la gravité du comportement prétendument fautif dudit opérateur dans le cadre de l'exécution du marché précédent.

Par conséquent, force est de constater que la réglementation en cause au principal ne se limite pas à tracer le cadre général d'application de l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18. Une telle cause d'exclusion, qui excède le cadre de l'énumération exhaustive figurant à ce premier alinéa, ainsi qu'il ressort de la réponse à la première question, n'est, dès lors, pas davantage admissible au regard des principes et d'autres règles du droit de l'Union en matière de marchés publics.

L'interprétation que la Cour donne d'une règle du droit de l'Union, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 267 TFUE, éclaire et

précise la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis la date de son entrée en vigueur, et que ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel que la Cour peut, par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique de l'Union, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée en vue de mettre en cause des relations juridiques établies de bonne foi. En ce qui concerne la prétendue existence d'une incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions concernées du droit de l'Union, elle ne peut pas être retenue dans l'affaire au principal. En effet, d'une part, l'hypothèse de la « faute grave en matière professionnelle », au sens de l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18 ne couvre manifestement pas la cause d'exclusion prévue à l'article 24, paragraphe 1, point 1, a), de la loi sur le droit des marchés publics. D'autre part, il ressort d'une jurisprudence déjà bien établie à la date de l'adoption de cette disposition nationale qu'une telle cause d'exclusion ne saurait être justifiée par les principes ou d'autres règles du droit de l'Union en matière de marchés publics.

Dispositif :

- 1) L'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit qu'une faute grave en matière professionnelle, conduisant à l'exclusion automatique de l'opérateur économique en cause d'une procédure d'attribution d'un marché public en cours, est constituée lorsque, en raison de circonstances imputables à cet opérateur économique, le pouvoir adjudicateur a résilié ou dénoncé un précédent contrat de marché public passé avec ledit opérateur, ou s'est rétracté, si cette résiliation, dénonciation ou rétractation du contrat est intervenue dans un délai de trois ans avant l'ouverture de la procédure en cours et que le montant de la partie du marché public précédent qui n'a pas été exécutée s'élève à au moins 5 % du montant total de ce marché.
- 2) Les principes et les règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ne justifient pas que, au titre de la sauvegarde de l'intérêt public et des intérêts légitimes des pouvoirs adjudicateurs, ainsi que du maintien d'une concurrence loyale entre opérateurs économiques, une réglementa-



tion nationale, telle que celle en cause au principal, impose à un pouvoir adjudicateur d'exclure automatiquement d'une procédure d'attribution

d'un marché public un opérateur économique dans une hypothèse telle que celle visée par la réponse à la première question préjudicielle.

C.J.U.E., 29 novembre 2012, *Econord contre Commune di Cagno*, aff. C-182/11 et C-183/11, avec concl. av. gén. M.P. Cruz Villalón
HvJ, 29 november 2012, *Econord tegen Commune di Cagno*, zaak C-182/11 et C-183/11, concl. adv.-gen. M.P. Cruz Villalón

Marchés publics de services – Pouvoir adjudicateur exerçant sur une entité attributaire juridiquement distincte de lui un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services – Contrôle analogue – Absence d'obligation d'organiser une procédure d'adjudication selon les règles du droit de l'Union – In House – Entité attributaire contrôlée conjointement par plusieurs collectivités territoriales – Conditions de l'applicabilité d'une attribution « in house »

Un pouvoir adjudicateur, tel qu'une collectivité territoriale, est dispensé d'engager une procédure de passation d'un marché public lorsqu'il exerce sur l'entité attributaire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. Il est constant que cette jurisprudence, initialement adoptée en vue de l'interprétation et de l'application de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, est également applicable aux procédures de passation de marchés publics de travaux et de services.

La question de savoir s'il s'agit d'une concession de services ou d'un marché public de services et, dans ce dernier cas, si la valeur du marché atteint le seuil prévu par les règles de l'Union est sans incidence sur la réponse à apporter par la Cour à la question préjudicielle, étant donné que l'exception à l'application des règles du droit de l'Union lorsque les conditions de l'exercice d'un « contrôle analogue » sont remplies est applicable dans toutes ces situations.

Selon une jurisprudence constante, il existe un « contrôle analogue » lorsque l'entité en cause est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de celle-ci. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité. En cas de recours à une entité détenue en commun par plusieurs autorités publiques, le « contrôle analogue » peut être exercé conjointement par ces autorités, sans qu'il soit indispensable que ce contrôle soit exercé individuellement par chacune d'elles. Il en découle que, si une autorité publique devient associée minoritaire d'une société par actions à capital entièrement public en vue de lui attribuer la ges-

tion d'un service public, le contrôle que les autorités publiques associées au sein de cette société exercent sur celle-ci peut être qualifié d'analogue au contrôle qu'elles exercent sur leurs propres services lorsqu'il est exercé conjointement par ces autorités.

Dans ces conditions, si, en cas de recours de plusieurs autorités publiques à une entité commune aux fins de l'accomplissement d'une mission commune de service public, il n'est, certes, pas indispensable que chacune de ces autorités détienne, à elle seule, un pouvoir de contrôle individuel sur cette entité, il n'en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée et ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint. La position d'un pouvoir adjudicateur au sein d'une entité attributaire détenue en commun ne lui assurant pas la moindre possibilité de participation au contrôle de cette entité ouvrirait, en effet, la voie au contournement de l'application des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ou de concessions de services, dès lors qu'une affiliation purement formelle à une telle entité ou à un organe commun assurant la direction de celle-ci dispenserait ce pouvoir adjudicateur de l'obligation d'engager une procédure d'appel d'offres selon les règles de l'Union, alors même que ce dernier ne prendrait aucunement part à l'exercice du « contrôle analogue » sur cette entité.

Il s'ensuit que, dans les affaires au principal, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la souscription par les Commune di Cagno et Comune di Solbiate d'un pacte d'actionnaires, leur conférant le droit d'être consultées, de nommer un membre du commissariat aux comptes et de désigner un conseiller d'administration en accord avec



les autres collectivités concernées par ce pacte, est de nature à permettre à ces communes de contribuer effectivement au contrôle d'ASPEM.

Lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, établissent en commun une entité chargée d'accomplir leur mission de service public ou lorsqu'une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie par la jurisprudence de la Cour de justice de

l'Union européenne selon laquelle ces autorités, afin d'être dispensées de leur obligation d'engager une procédure de passation de marchés publics selon les règles du droit de l'Union, doivent exercer conjointement sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité.

**C.J.U.E., 8 novembre 2012, *Evropaïki Dynamiki contre Commission*, aff. C-469/11
HvJ, 8 november 2012, *Evropaïki Dynamiki tegen Commission*, zaak C-469/11**

*Marchés publics de l'Union – Recours en indemnité – Délai de prescription –
Délai de procédure – Point de départ – Application du délai de distance*

Le tribunal a, par l'ordonnance attaquée, jugé que le délai de prescription avait commencé à courir à partir du moment où la décision de la Commission rejetant l'offre de la requérante avait été communiquée à cette dernière, à savoir le 15 septembre 2004. À cet égard, le tribunal a constaté que le rejet de l'offre, et non la motivation de ce rejet, constituait le fait donnant lieu à l'action en responsabilité en matière de marchés publics et concrétisant les dommages prétendument subis par le soumissionnaire écarté. Ensuite, le tribunal a jugé que ce délai de prescription n'était pas prolongé par le délai de distance prévu à l'article 102, paragraphe 2, du règlement de procédure du tribunal. Ce délai ne concernerait que les délais de procédure et non le délai de prescription prévu à l'article 46 du statut de la Cour dont l'écoulement entraînerait l'extinction de l'action en responsabilité non contractuelle.

Empêcher le délai de prescription de l'action en responsabilité non contractuelle de l'Union de commencer à courir aussi longtemps que la partie prétendument lésée n'a pas personnellement acquis la conviction d'avoir subi un préjudice aurait pour conséquence de faire varier le moment de l'extinction de ladite action selon la perception individuelle que pourrait avoir chaque partie de la réalité du dommage, ce qui serait en contradiction avec l'exigence de sécurité juridique.

En vertu de l'article 102, paragraphe 2, du règlement de procédure du tribunal, le délai de distance s'applique aux délais de procédure et est destiné à tenir compte des difficultés auxquelles se trouvent confrontées les parties en raison de leur plus ou moins grand éloignement du siège de la Cour. Le délai de prescription, prévu à l'article 46, paragraphe 1, du statut de la Cour, ne constitue, toutefois, pas un délai de procédure. Ces deux délais

sont, comme l'a constaté à juste titre le tribunal, différents par nature.

Les délais de procédure sont d'ordre public et ne sont, dès lors, ni à la disposition des parties ni encore à celle du juge, leur respect devant être examiné d'office par le juge de l'Union. À la différence des délais de procédure, le délai de prescription en cause, en entraînant l'extinction de l'action en justice, se rapporte au droit matériel puisqu'il affecte l'exercice d'un droit subjectif dont la personne concernée ne peut plus se prévaloir effectivement en justice. En outre, le délai de prescription, prévu à l'article 46, paragraphe 1, du statut de la Cour, a notamment pour fonction, d'une part, d'assurer la protection des droits de la personne lésée, celle-ci devant disposer de suffisamment de temps pour rassembler des informations appropriées en vue d'un recours éventuel, et, d'autre part, d'éviter que la personne lésée puisse retarder indéfiniment l'exercice de son droit à dommages et intérêts. Ce délai protège, dès lors, en définitive, la personne lésée et la personne responsable du dommage.

La prescription constitue donc une fin de non-recevoir qui, à la différence des délais de procédure, n'est pas d'ordre public, mais éteint l'action en responsabilité uniquement sur demande de la partie défenderesse.

L'application du délai de distance au délai de prescription aurait pour conséquence que la prescription serait acquise au bout d'une durée différente selon que la partie lésée a choisi d'introduire une requête devant le tribunal ou de s'adresser par une demande préalable à l'institution compétente de l'Union, ce qui serait en contradiction avec l'exigence de sécurité juridique nécessaire pour l'application des délais de prescription.



**C.J.U.E., 6 novembre 2012, *Europese gemeenschap contre Otis Nv*, aff. C-199/11,
avec concl. av. gén. M.P. Cruz Villalón
HvJ, 6 november 2012, *Europese gemeenschap tegen Otis Nv*, zaak C-199/11,
concl. adv.-gen. M.P. Cruz Villalón**

*Représentation de l'Union européenne devant les juridictions nationales –
Articles 282 CE et 335 TFUE – Demande de dommages et intérêts en raison du
préjudice causé à l'Union par une entente – Article 47 de la Charte des droits
fondamentaux de l'Union européenne – Droit à un procès équitable – Droit
d'accès à un tribunal – Égalité des armes*

Le droit de l'Union doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, il ne s'oppose pas à ce que la Commission européenne représente l'Union européenne devant une juridiction nationale saisie d'une action civile en réparation du préjudice causé à l'Union par une entente ou une pratique

interdites par les articles 81 CE et 101 TFUE, susceptibles d'avoir affecté certains marchés publics passés par différentes institutions et différents organes de l'Union, sans qu'il soit nécessaire que la Commission dispose d'un mandat à cet effet de la part de ces derniers.

**C.J.U.E., 18 octobre 2012, *Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság*
contre *Döntbizottság*, aff. C-218/11
HvJ, 18 oktober 2012, *Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság*
tegen *Döntbizottság*, zaak C-218/11**

Marchés publics de travaux et de fournitures – Sélection – Capacité économique et financière des candidats ou des soumissionnaires – Niveau minimal de capacité établi sur la base d'une seule donnée du bilan – Donnée comptable susceptible d'être influencée par des divergences entre les droits nationaux en matière de comptes annuels des sociétés

La juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 44, paragraphe 2, et 47, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur est autorisé à exiger un niveau minimal de capacité économique et financière par référence à un poste donné du bilan, et ce même si des divergences peuvent exister quant à ce poste entre les législations des différents États membres et, par voie de conséquence, dans les bilans des sociétés selon la législation à laquelle elles sont soumises quant à l'établissement de leurs comptes annuels.

En vertu de l'article 44, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2004/18, un pouvoir adjudicateur est autorisé à exiger un niveau minimal de capacité économique et financière conformément à l'article 47 de cette directive. Ce dernier article prévoit à son paragraphe 1, sous b), que le pouvoir adjudicateur peut notamment demander aux candidats et aux soumissionnaires qu'ils justifient de cette capacité par la présentation de leur bilan. Il y a toutefois lieu de constater qu'un niveau minimal de capacité économique et financière ne pourrait pas être formulé par référence au bilan en général. Il s'ensuit que la faculté prévue à l'article 44, para-

graphe 2, premier alinéa, de la directive 2004/18 ne peut être mise en œuvre, s'agissant dudit article 47, paragraphe 1, sous b), que par référence à un ou à plusieurs éléments particuliers du bilan.

Quant au choix de ces éléments, l'article 47 de la directive 2004/18 laisse une assez grande liberté aux pouvoirs adjudicateurs. Le paragraphe 4 de cet article 47 autorise expressément les pouvoirs adjudicateurs à choisir les références probantes qui doivent être produites par les candidats ou soumissionnaires en vue de justifier de leur capacité économique et financière. L'article 44, paragraphe 2, de la directive 2004/18 se référant audit article 47, la même liberté de choix existe en ce qui concerne les niveaux minimaux de capacité économique et financière. Cette liberté n'est cependant pas illimitée. En effet, conformément à l'article 44, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/18, un niveau minimal de capacité doit être lié et proportionné à l'objet du marché. Il en découle que le ou les éléments du bilan choisis par un pouvoir adjudicateur pour formuler un niveau minimal de capacité économique et financière doivent être objectivement propres à renseigner sur cette capacité dans le chef d'un opérateur



économique et que le seuil ainsi fixé doit être adapté à l'importance du marché concerné en ce sens qu'il constitue objectivement un indice positif de l'existence d'une assise économique et financière suffisante pour mener à bien l'exécution de ce marché, sans toutefois aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin.

Dès lors que les législations des États membres en ce qui concerne les comptes annuels des sociétés n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation complète, il ne peut pas être exclu que des divergences existent entre ces législations quant à un élément particulier du bilan par référence auquel un pouvoir adjudicateur a formulé un niveau minimal de capacité. Une référence peut être légitimement exigée par un pouvoir adjudicateur même si, objectivement, tout candidat ou soumissionnaire potentiel n'est pas en mesure de la présenter, fût-ce, dans le cas dudit paragraphe 1, sous b), en raison d'une différence de législation. Partant, une telle exigence ne peut pas être considérée, en soi, comme constitutive d'une discrimination.

Par sa troisième question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si l'article 47 de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un opérateur économique se trouve dans l'impossibilité de satisfaire à un niveau minimal de capacité économique et financière tel que l'exigence économique en raison d'une convention en vertu de laquelle cet opérateur économique transfère systématiquement ses bénéfices à sa société mère, il suffit que cet opérateur puisse faire valoir les capacités d'une autre entité, conformément au paragraphe 2 de cet article, ou s'il doit être autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout document approprié, conformément au paragraphe 5 dudit article, eu égard au fait qu'une telle convention est autorisée sans limitation par la législation de l'État membre d'établissement dudit opérateur économique alors que, selon la législation de l'État membre d'établissement du pouvoir adjudicateur, elle ne le serait qu'à la condition que le transfert des bénéfices n'ait pas pour effet de rendre négatif le résultat selon bilan.

Il apparaît que, dans une telle situation, l'impossibilité dans laquelle une filiale se trouve de satisfaire à un niveau minimal de capacité économique et financière fixé par référence à un élément particulier du bilan résulte en dernière analyse non pas d'une divergence de législation, mais d'une décision de sa société mère qui oblige cette filiale à lui transférer systématiquement la totalité de ses bénéfices. Dans un tel contexte, ladite filiale dispose uniquement de la faculté prévue à l'article 47, paragraphe 2, de la directive 2004/18, qui lui per-

met de faire valoir la capacité économique et financière d'une autre entité par la production de l'engagement de celle-ci de mettre les moyens nécessaires à sa disposition. Force est de constater que cette faculté est particulièrement adaptée à un tel contexte, puisque la société mère peut ainsi pallier elle-même l'impossibilité dans laquelle elle a placé sa filiale de satisfaire à un niveau minimal de capacité.

Dispositif :

- 1) Les articles 44, paragraphe 2, et 47, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur est autorisé à exiger un niveau minimal de capacité économique et financière par référence à un ou à plusieurs éléments particuliers du bilan, pour autant que ceux-ci soient objectivement propres à renseigner sur cette capacité dans le chef d'un opérateur économique et que ce niveau soit adapté à l'importance du marché concerné en ce sens qu'il constitue objectivement un indice positif de l'existence d'une assise économique et financière suffisante pour mener à bien l'exécution de ce marché, sans toutefois aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin. L'exigence d'un niveau minimal de capacité économique et financière ne saurait, en principe, être écartée pour la seule raison que ce niveau porte sur un élément du bilan à propos duquel des divergences peuvent exister entre les législations des différents États membres.
- 2) L'article 47 de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un opérateur économique se trouve dans l'impossibilité de satisfaire à un niveau minimal de capacité économique et financière consistant dans le fait que le résultat selon bilan des candidats ou des soumissionnaires ne soit pas négatif pour plus d'un des trois derniers exercices clôturés, en raison d'une convention en vertu de laquelle cet opérateur économique transfère systématiquement ses bénéfices à sa société mère, celui-ci n'a d'autre possibilité, pour satisfaire à ce niveau minimal de capacité, que de faire valoir les capacités d'une autre entité, conformément au paragraphe 2 dudit article. Il est sans incidence à cet égard que les législations de l'État membre d'établissement dudit opérateur économique et de l'État membre d'établissement du pouvoir adjudicateur divergent en ce qu'une telle conven-

tion est autorisée sans limitation par la législation du premier État membre alors que, selon la législation du second, elle ne le serait qu'à la

condition que le transfert des bénéfices n'ait pas pour effet de rendre négatif le résultat selon bilan.

C.J.U.E., 4 octobre 2012, *Salvodi contre Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, aff. C-502/11

HvJ, 4 oktober 2012, *Salvodi tegen Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, zaak C-502/11

Marchés publics de travaux – Directive 93/37/CEE – Article 6 – Principes d'égalité de traitement et de transparence – Réglementation limitant la participation aux procédures d'appel d'offres à certaines sociétés – Exclusion des sociétés commerciales – Objectifs institutionnels et statutaires – Entreprises agricoles

La juridiction de renvoi demande, en substance, si le droit de l'Union, et notamment l'article 6 de la directive 93/37, s'oppose à une législation nationale telle que celle en cause au principal, qui interdit à une société simple, qui a la qualité d'« entrepreneur » au sens de la directive 93/37, de participer aux procédures d'appel d'offres du seul fait de sa forme juridique.

La Cour a jugé que l'un des objectifs des règles de l'Union en matière de marchés publics est l'ouverture à la concurrence la plus large possible et qu'il est de l'intérêt du droit de l'Union que soit assurée la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres. Il importe d'ajouter, à cet égard, que cette ouverture à la concurrence la plus large possible est envisagée non pas uniquement au regard de l'intérêt de l'Union en matière de libre circulation des produits et des services, mais également dans l'intérêt propre du pouvoir adjudicateur impliqué, qui disposera ainsi d'un choix élargi quant à l'offre la plus avantageuse et la mieux adaptée aux besoins de la collectivité publique concernée.

Il ressort tant des règles de l'Union que de la jurisprudence de la Cour qu'est admise à soumissionner ou à se porter candidate toute personne ou entité qui, au vu des conditions énoncées dans un avis de marché, se considère apte à assurer l'exécution de ce marché, directement ou en recourant à la sous-traitance, indépendamment de son statut ainsi que de la question de savoir si elle est systématiquement active sur le marché ou si elle n'intervient qu'à titre occasionnel. La capacité effective de cette entité à remplir les conditions fixées par l'avis de marché est appréciée lors d'une phase ultérieure de la procédure. Il résulte de ce qui précède qu'il ne peut être interdit, par principe, à un « entrepreneur » au sens de la directive 93/37 de participer à des procédures d'appel d'offres du seul fait de sa forme juridique.

Un État membre est en droit de prévoir, en sus des causes d'exclusion fondées sur des considérations objectives de qualité professionnelle, limitativement énumérées à l'article 24, premier alinéa, de la directive 93/37, des mesures d'exclusion destinées à assurer le respect des principes d'égalité de traitement de l'ensemble des soumissionnaires, ainsi que de transparence, dans le cadre des procédures de passation des marchés publics. Il convient de reconnaître, dans ce contexte, aux États membres une certaine marge d'appréciation aux fins de l'adoption de mesures destinées à garantir les principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence.

Toutefois, les objectifs poursuivis en l'occurrence par le droit italien ne peuvent justifier, au titre des principes d'égalité de traitement et de transparence, l'exclusion, par principe, des sociétés simples de la participation aux procédures d'appel d'offres. Dans le cas d'espèce, il y a lieu de souligner qu'il résulte de la décision de renvoi que les sociétés simples se caractérisent, par rapport aux sociétés commerciales, par l'absence d'un capital minimum, par la responsabilité, en principe, limitée aux associés qui ont agi au nom et pour le compte de la société ainsi que par l'exclusion des procédures de faillite. Or, il ne saurait être retenu que, en raison de ces caractéristiques, la participation des sociétés simples aux procédures de passation des marchés publics pourrait être de nature à porter atteinte aux principes de transparence et de non-discrimination.

Les États membres peuvent, certes, réglementer les activités des entités, telles que les universités et les instituts de recherche, qui ne poursuivent pas un but lucratif et dont l'objet est orienté principalement vers l'enseignement et la recherche. Ils peuvent, notamment, autoriser ou ne pas autoriser de telles entités à opérer sur le marché en fonction de la circonstance que l'activité en question est com-

patible ou non avec leurs objectifs institutionnels et statutaires. Toutefois, il importe de souligner que l'activité des entrepreneurs agricoles constitués en sociétés simples consiste en la poursuite incontestable d'un but lucratif, de sorte qu'elles ne peuvent être assimilées aux entités telles que les universités et les instituts de recherche, visées dans l'arrêt *CoNISMa*, précité, et pour lesquelles la Cour a reconnu la faculté aux États membres d'autoriser ou de ne pas autoriser qu'elles opèrent sur le marché. Dans de telles circonstances, la jurisprudence issue de l'arrêt *CoNISMa*, précité, ne saurait permettre de déroger, pour des sociétés telles que les sociétés simples, au principe selon lequel aucune forme juridique déterminée ne saurait être imposée aux fins de la participation aux procédures d'appel d'offres.

Dispositif :

Le droit de l'Union, et notamment l'article 6 de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, telle que modifiée par la directive 2001/78/CE de la Commission, du 13 septembre 2001, s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui interdit à une société telle qu'une société simple qui a la qualité d'« entrepreneur », au sens de la directive 93/37, de participer aux procédures d'appel d'offres du seul fait de sa forme juridique.

**C.J.U.E., 4 octobre 2012, *Evropaïki Dynamiki contre Commission*, aff. C-629/11
HvJ, 4 oktober 2012, *Evropaïki Dynamiki tegen Commission*, zaak C-629/11**

Pourvoi – Marché public passé par la Commission – Obligation de motivation – Règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 – Article 100, paragraphe 2 – Délai pour répondre à une demande d'information – Règlement (CE, Euratom) n° 2342/2002

Il découle de la jurisprudence qu'il ne saurait être exigé de la Commission qu'elle transmette à un soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue, d'une part, outre les motifs du rejet de cette dernière, un résumé minutieux de la manière dont chaque détail de son offre a été pris en compte au titre de l'évaluation de celle-ci et, d'autre part, dans le cadre de la communication des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre retenue, une analyse comparative minutieuse de cette dernière et de l'offre du soumissionnaire évincé. De même, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de fournir à un soumissionnaire évincé, sur demande écrite de ce

dernier, une copie complète du rapport d'évaluation.

Bien que la Commission ait manqué à son devoir de diligence et de bonne administration en ayant satisfait tardivement à son obligation de motivation, il n'en demeure pas moins que, malgré ce retard de huit jours, la requérante a disposé des informations nécessaires, de sorte à pouvoir introduire un recours en annulation contre les décisions litigieuses devant le tribunal. Dans ces conditions, le tribunal a jugé à bon droit que ledit retard ne saurait, à lui seul, entraîner l'annulation des décisions litigieuses.

