

Les marchés et les contrats publics dans l'Union européenne

Kris Wauters^(*)

- Le choix du mode de gestion pour l'exécution d'une prestation n'est pas illimité
- Une relation *intuitu personae* justifie une plus grande liberté pour le pouvoir adjudicateur dans le choix de son cocontractant
- La recevabilité d'un recours ne saurait être subordonnée à la constatation de l'irrégularité des autres offres

1 Champ d'application *ratione temporis*

1. — Passation. — Dans le cadre de la passation d'un marché public, le pouvoir adjudicateur applique, en principe, la directive en vigueur au moment où il choisit le type de procédure de passation qu'il va suivre et où il tranche définitivement la question de savoir s'il y a ou non l'obligation de procéder à une mise en concurrence préalable¹. Ces deux décisions constituent une phase distincte de la procédure de passation et au cours de laquelle les caractéristiques essentielles du déroulement de la procédure sont définies². Sont, en revanche, inapplicables les dispositions d'une directive dont le délai de transposition a expiré après ce moment³.

2. — Modification. — Lorsqu'un pouvoir adjudicateur modifie un marché public en cours, il est actuellement tenu par l'article 72 de la directive 2014/24⁴. La date de la modification du contrat détermine si cette dernière directive s'applique. En effet, la directive applicable est celle en vigueur à la date de la modification du contrat. Le fait que la conclusion du contrat initial est antérieure à l'adoption des directives Marchés publics n'a aucune conséquence⁵.

2 Champ d'application *ratione materiae*

A. Droit primaire

3. — Intérêt transfrontalier certain. — Le droit de l'Union européenne s'applique uniquement lors de la passation d'un contrat public, si ce contrat présente un intérêt transfrontalier certain. L'appréciation de cet intérêt transfrontalier certain peut se faire notamment sur la base de l'importance de son montant, en combinaison avec le lieu d'exécution des prestations, ou sur la base de ses caractéristiques spécifiques⁶.

4. — Concessions. — Avant 2014, la passation d'une concession de service public n'était pas gouvernée par une directive spéci-

fique. Cependant, le droit primaire était applicable. Sur la base du droit primaire de l'Union européenne, les autorités publiques devaient, dans le cadre de la passation d'une telle concession et dans la mesure où une telle concession présente un intérêt transfrontalier certain, respecter le droit primaire et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. En l'absence de toute transparence, la passation d'un tel contrat à une entreprise située dans un État membre entraîne une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par celle-ci qui sont situées dans un autre État membre⁷.

5. — Choix mode de gestion. — En principe, le droit de l'Union européenne n'affecte pas la manière dont une autorité publique gère son service public. Cependant, la liberté concernant le choix du mode de gestion n'est pas illimitée. Une autorité publique doit, au contraire, respecter les règles fondamentales en matière de libre circulation des marchandises, de liberté d'établissement et de libre prestation de services et les principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Dans ces limites, un État membre peut imposer à un pouvoir adjudicateur des conditions, non prévues à l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, afin qu'il gère son service en régie, notamment afin de garantir la continuité, la bonne qualité et l'accessibilité du service⁸.

6. — Opération interne. — Même si une opération interne ne tombe pas sous le champ d'application de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de proportionnalité et de transparence⁹.

B. Droit secondaire

1. Application

7. — Marchés nationaux. — Certains pays, comme la Belgique, ont rendu applicable certaines dispositions des directives marchés publics à des « marchés nationaux » (en-dessous des seuils). Dans un tel cas, il est justifié que des dispositions nationales, qui rendent applicables de manière directe et incondi-

(*) Avocat, professeur à la Faculté de droit, UCLouvain, Belgique. L'auteur remercie vivement Elvira Saitova pour son aide précieuse. Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être communiqués à K.Wauters@janson.be. Période couverte : 2019. (1) C.J., arrêt du 3 octobre 2019, *Irgita*, aff. C-285/18, EU:C:2019:829, point 31. (2) Voy. antérieurement C.J., arrêt du 5 octobre 2000, *Commission c. France*, aff. C-337/98, EU:C:2000:543, point 36. (3) C.J., arrêt du 27 novembre 2019, *Tedeschi et Consorzio Stabile Istant Service*, aff. C-402/18, EU:C:2019:1023, point 29. (4) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, J.O., L 94, p. 65. (5) C.J., arrêt du 18 septembre 2019, *Commission c. Italie*, aff. C-526/17, EU:C:2019:756, point 60. (6) C.J., arrêt du 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse*, aff. C-699/17, EU:C:2019:290, point 50. (7) C.J., arrêt du 21 mars 2019, *Unareti*, aff. C-702/17, EU:C:2019:233, points 27-28. (8) C.J., arrêt du 3 octobre 2019, *Irgita*, aff. C-285/18, EU:C:2019:829, points 48-49. (9) *Op. cit.*, point 61.



Chroniques

nelle les dispositions européennes, reçoivent la même interprétation que les dispositions des directives européennes. Ainsi, on assure un traitement identique aux différentes situations¹⁰.

8. — Secteurs spéciaux. — La directive secteurs spéciaux s'applique aux activités qui visent la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble¹¹. Deux types d'activités sont ainsi visées : la mise à disposition et l'exploitation de réseaux. Il est précisé que le terme « exploitation » correspond à l'utilisation d'un objet ou à l'exercice d'un droit pour en tirer un revenu. Par conséquent, l'exploitation de réseaux par une entreprise ferroviaire consiste pour celle-ci à exercer le droit d'utiliser l'infrastructure ferroviaire pour en tirer des revenus. Il convient toutefois de relever que la « mise à disposition de réseaux » est une prérogative du gestionnaire de l'infrastructure et non de l'entreprise ferroviaire. Quant à l'activité visant l'« exploitation de réseaux », cette dernière fait référence à l'exercice du droit d'utilisation du réseau ferroviaire pour la fourniture des services de transport, tandis que l'activité visant la « mise à disposition de réseaux » renvoie à la gestion du réseau¹².

Pour les services de transport, le réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente. Il s'agit notamment des conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service¹³. Il convient d'examiner dans quelle situation ces conditions sont déterminées par une autorité compétente.

Cette étape est nécessaire même lorsque l'entreprise ferroviaire fournit les services de transport ferroviaire en situation de pleine concurrence sur le marché et ne bénéficie d'aucun financement de l'État, qu'elle tire ses recettes de la vente des billets, qu'elle n'est aucunement prioritaire lors de l'examen des demandes de capacités ferroviaires et que tout transport qu'elle effectue résulte de sa propre décision¹⁴. En outre, l'attribution des droits d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire est subordonnée au respect par les entreprises candidates d'exigences suivantes :

- relatives à leur capacité à pouvoir présenter une demande ;
- sur les conditions dans lesquelles celles-ci exploiteront cette infrastructure ;
- l'obligation, dans la mesure du possible, de satisfaire toutes les demandes de capacités d'infrastructure ;
- la présence de dispositions dans la réglementation applicable en cas de saturation de l'infrastructure ferroviaire, dans le cadre desquelles le gestionnaire de l'infrastructure peut établir des critères de priorité ;
- la démonstration que les conditions dans lesquelles l'entreprise ferroviaire fournit le service de transport sont déterminées par une autorité compétente d'un État membre¹⁵.

9. — Relation règlement n° 1370/2007. — Les contrats de services de transport par autobus et par tramway sont soumis à l'in-

tégralité des procédures de passation de marchés publics prévues par les directives applicables. Les services de transport par chemin de fer et par métro ne sont soumis qu'à un nombre très limité de dispositions de ces directives. Cependant, l'article 5, paragraphes 2 à 6, du règlement n° 1370/2007 comporte des règles spécifiques en matière d'attribution pour les marchés et concessions attribuées par ces derniers services. Ladite disposition prévoit même l'attribution directe de tels contrats¹⁶. L'article 5, paragraphe 2, du règlement n° 1370/2007 ne s'applique pas à l'attribution directe de contrats portant sur des services publics de transport de voyageurs par autobus qui ne revêtent pas la forme de contrats de concession de services¹⁷.

2. Exclusions

10. — Services juridiques. — Lorsque des personnes fournissent des services d'arbitrage et de conciliation ainsi que d'autres modes alternatifs similaires de règlement des conflits, ils sont souvent sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation de marchés publics. En effet, les arbitres et conciliateurs doivent toujours être acceptés par toutes les parties au litige et sont désignés d'un commun accord par celles-ci. Il n'est donc pas possible qu'un pouvoir adjudicateur puisse, dans un tel cas, imposer un arbitre ou un conciliateur de manière unilatérale¹⁸.

Certains services, fournis par des avocats, sont également exclus du champ d'application des directives marchés publics (en l'espèce la directive 2014/24). Ainsi, le législateur européen a pris en compte que de tels services juridiques sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut pas être soumise à des règles de passation des marchés publics dans certains États membres. Il ressort qu'est uniquement exclue du champ d'application de cette directive la représentation légale du client dans le cadre d'une procédure devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, devant les juridictions ou les autorités publiques d'un État membre ou d'un pays tiers ainsi que devant les juridictions ou institutions internationales. Est également exclu le conseil juridique fourni dans le cadre de la préparation ou de l'éventualité d'une telle procédure. De telles prestations de services peuvent uniquement être fournies dans le cadre d'une relation *intuitu personae* entre l'avocat et son client, cette dernière étant marquée par la confidentialité la plus stricte. Une relation *intuitu personae* entre l'avocat et son client, caractérisée par le libre choix de son défenseur et le rapport de confiance qui unit le client à son avocat, rend difficile la description objective de la qualité attendue des services à fournir. De plus, la confidentialité de cette relation, dont l'objet est de sauvegarder le plein exercice des droits de la défense des justiciables et de protéger l'exigence selon laquelle tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, pourrait être menacée par l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de respecter les formalités prescrites par la directive 2014/24/UE¹⁹.

(10) C.J., arrêt du 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse*, aff. C-699/17, EU:C:2019:290, points 42-43. (11) Article 5, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, J.O., L 134, p. 1. Comp. article 11, alinéa 1^{er}, directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, J.O., L 94, p. 243. (12) C.J., arrêt du 28 février 2019, *SJ*, aff. C-388/17, EU:C:2019:161, points 47-53. (13) Article 5, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, directive 2004/17. Comp. article 11, alinéa 2, directive 2014/25. (14) C.J., arrêt du 28 février 2019, *SJ*, aff. C-388/17, EU:C:2019:161, points 33-34. (15) *Op. cit.*, points 38-41. (16) C.J., arrêt du 21 mars 2019, *Verkehrsbetrieb Hüttebräucker et Rhenus Veniro*, aff. C-266/17 et C-267/17, EU:C:2019:241, points 70-72. (17) *Op. cit.*, point 80. (18) C.J., arrêt du 6 juin 2019, *P.M. e.a.*, aff. C-264/18, EU:C:2019:472, points 31-32. (19) *Op. cit.*, points 34-37.

Les activités participant, même occasionnellement, à l'exercice de l'autorité publique, sont exclues du champ d'application des dispositions du TFUE (articles 51 et 62 TFUE). Il en va de même des services qui relèvent de ces activités. Ces services sont différents de ceux relevant du champ d'application de la directive 2014/24. En effet, ces services participent directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques²⁰.

11. — Services ambulanciers. — L'article 10, sous h), de la directive 2014/24 exclut du champ d'application les marchés publics de services portant sur des services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques, à la double condition que ces services correspondent aux codes CPV mentionnés dans cette disposition et qu'ils soient fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif. Cette exclusion comporte toutefois une contre-exclusion, à savoir qu'elle ne vaut pas pour les services ambulanciers de transport de patients. Ces derniers tombent sous le champ d'application du régime assoupli des articles 74 à 77 de la directive 2014/24²¹. L'exclusion prévue à l'article 10, sous h) ne peut bénéficier qu'à certains services d'urgence fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif et ne doit pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire²². La non-application des règles prévues par les directives Marchés publics pour les services de prévention des risques est en réalité indissociablement liée à l'existence d'un service d'urgence. Ainsi, la présence d'un personnel qualifié à bord d'une ambulance ne saurait suffire à établir, à elle seule, l'existence d'un service ambulancier couvert par le code CPV 85143000-3²³. L'urgence peut cependant être établie, à tout le moins potentiellement, en cas de transport d'un patient pour lequel il existe un risque de dégradation de son état de santé durant ledit transport. Ce risque doit, en principe, pouvoir s'apprécier objectivement. Ce n'est qu'à ces conditions que le transport en ambulance qualifié pourrait entrer dans le champ de l'exclusion²⁴. Par conséquent, les services ambulanciers pour lesquels la réglementation rend obligatoires la présence à bord d'un conducteur secouriste et d'au moins un secouriste dûment formés, et les services de transport prévus dans le cadre des niveaux essentiels de prise en charge effectués au moyen de véhicules de secours ne relèvent pas automatiquement de l'exclusion prévue à l'article précité. En effet, cette exclusion prévoit, outre la présence d'un personnel dûment formé aux premiers secours, que le service ambulancier soit fourni par des organisations ou des associations à but non lucratif au sens de cette disposition et qu'une situation d'urgence soit caractérisée²⁵.

12. — Convention collective. — En soi, une convention collective n'est pas soustraite au champ d'application des directives Marchés publics. Pour autant que l'autorité publique, en l'espèce « l'employeur », ait eu une influence sur le choix du cocontractant par le biais de la convention collective, une telle application n'est pas exclue²⁶.

3 Principes de droit primaire

13. — Égalité de traitement. — Le principe d'égalité de traitement oblige l'autorité publique de garantir aux soumissionnaires les mêmes chances dans le cadre de la préparation et l'établissement de son offre. Ainsi, l'autorité publique doit appliquer les mêmes conditions à tous les soumissionnaires²⁷.

14. — Transparence. — L'obligation de transparence impose au pouvoir adjudicateur un degré de publicité adéquat afin de permettre une ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution. Ainsi, il importe que les règles relatives à la procédure de passation soient appliquées de manière transparente à tous les soumissionnaires. En effet, l'obligation de transparence, étant un corollaire du principe d'égalité, a essentiellement pour but d'assurer que tout opérateur intéressé puisse décider de soumissionner sur le fondement de l'ensemble des informations pertinentes, et de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Cette obligation implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure de passation soient formulées de manière claire, précise et univoque. Procéder de la sorte permet à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière. Cela permet également d'encadrer le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur et de mettre celui-ci en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant la procédure en cause²⁸.

4 Sélection qualitative

15. — Compétence et pouvoir d'appréciation motifs facultatifs d'exclusion. — En principe, un État membre est libre de prévoir les motifs facultatifs d'exclusion dans sa propre législation. Cependant, ce pouvoir d'appréciation n'est pas absolu. Si, un État membre transpose l'un des motifs facultatifs d'exclusion, il doit en respecter les caractéristiques essentielles prévues par les directives Marchés publics²⁹.

Les pouvoirs adjudicateurs déterminent si un opérateur économique doit être exclu d'une procédure de passation. La faculté du pouvoir adjudicateur d'exclure un soumissionnaire d'une procédure de passation lui permet d'apprécier l'intégrité et la fiabilité de chaque soumissionnaire. Sur la base de ces éléments, le pouvoir adjudicateur gagne en confiance. Les pouvoirs adjudicateurs doivent pouvoir exclure un opérateur économique « à tout moment de la procédure »³⁰.

16. — Attitude adjudicataire. — Un adjudicataire doit informer le pouvoir adjudicateur de sa situation personnelle par rapport aux causes d'exclusions et des critères de sélection prévus. Cette obli-

(20) *Op. cit.*, point 39. (21) C.J., arrêt du 21 mars 2019, *Falck Rettungsdienste et Falck*, aff. C-465/17, EU:C:2019:234, point 38. (22) *Op. cit.*, point 43. (23) *Op. cit.*, points 44-45. (24) *Op. cit.*, points 46 et 49. (25) C.J., ordonnance du 20 juin 2019, *Italy Emergenza et Associazione Volontaria di Pubblica Assistenza « Croce Verde »*, aff. C-424/18, EU:C:2019:528, point 28. (26) C.J., arrêt du 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse*, aff. C-699/17, EU:C:2019:290, points 57-58. (27) C.J., arrêt du 2 mai 2019, *Lavorgna*, aff. C-309/18, EU:C:2019:350, point 19. (28) C.J., arrêt du 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse*, aff. C-699/17, EU:C:2019:290, points 61-62. Comp. *op. cit.*, point 19. (29) C.J., arrêt du 19 juin 2019, *Meca*, aff. C-41/18, EU:C:2019:507, point 33 ; C.J., ordonnance du 20 novembre 2019, *Indaco Service*, aff. C-552/18, EU:C:2019:997, point 23. (30) C.J., arrêt du 19 juin 2019, *Meca*, aff. C-41/18, EU:C:2019:507, points 28, 29, 31 et 34 ; C.J., arrêt du 3 octobre 2019, *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj 93*, aff. C-267/18, EU:C:2019:826, points 25-26 ; C.J., ordonnance du 20 novembre 2019, *Indaco Service*, aff. C-552/18, EU:C:2019:997, point 24.

Chroniques

gation s'impose en vertu des exigences de transparence et de loyauté³¹.

17. — Faute en matière professionnelle/faute grave. — Un pouvoir adjudicateur peut exclure un opérateur économique lorsque celui-ci a commis, en matière professionnelle, une faute grave (article 45, paragraphe 2, sous d, directive 2004/18). La notion de « faute en matière professionnelle » vise tout comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur économique, son intégrité ou sa fiabilité. Cette notion fait l'objet d'une interprétation large et ne peut être limitée aux seuls manquements et négligences commis dans l'exécution d'un contrat public.

La notion de « faute grave » se réfère normalement à un comportement de l'opérateur économique, qui témoigne d'une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité de sa part. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent constater une faute grave commise en matière professionnelle par tout moyen dont ces pouvoirs pourront justifier. La constatation d'une telle faute ne requiert pas un jugement ayant autorité de chose jugée. Ainsi, la décision d'une autorité nationale de concurrence établissant qu'un opérateur a méconnu les règles de concurrence peut assurément constituer l'indice de l'existence d'une faute grave commise par cet opérateur³². Une exclusion doit également être possible même si l'adjudicataire interjette un appel contre une décision qui comporte un indice de faute³³.

18. — Concordat. — Afin de garantir la solvabilité du cocontractant du pouvoir adjudicateur, il est permis d'exclure de la participation à un marché public tout opérateur économique qui fait notamment l'objet d'une procédure de concordat préventif³⁴. Une législation nationale peut autoriser un opérateur économique, qui fait l'objet d'une procédure de concordat préventif, à participer à des procédures de passation de marchés publics selon les conditions que cette législation définit³⁵.

19. — Mesures correctrices. — Le mécanisme des mesures correctrices (*self-cleaning*) s'applique aux opérateurs économiques n'ayant pas été exclus par un jugement définitif. Ce dispositif tend à inciter un opérateur économique se trouvant dans l'une des situations visées à l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24 à fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'une cause facultative d'exclusion. Lorsque ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné ne doit pas être exclu. À cette fin, l'opérateur économique doit prouver qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique, organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Les mesures correctrices témoignent de l'importance attachée à la fia-

bilité de l'opérateur économique. Cet élément influence profondément les causes d'exclusion qui sont en relation avec les caractéristiques subjectives du soumissionnaire³⁶.

L'opérateur économique doit avoir la possibilité de prouver que ses mesures correctrices suffisent à éviter la réitération de l'irrégularité à l'origine de la résiliation du marché public antérieur et qu'elles sont, partant, de nature à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'une cause facultative d'exclusion³⁷.

20. — Recours aux capacités d'autres/sous-traitance. — Sous certaines conditions, les soumissionnaires ont la possibilité d'avoir recours aux capacités d'autres entités pour satisfaire à certains critères de sélection³⁸.

Ainsi, la directive 2014/24 prévoit notamment la possibilité, pour les soumissionnaires, de recourir à certaines conditions à la sous-traitance en vue de l'exécution d'un marché. Le recours à la sous-traitance peut favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics³⁹.

Le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre à demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, toute part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés. Le pouvoir adjudicateur a la possibilité de demander ou est obligé par l'État membre à demander au soumissionnaire de l'informer de ses intentions en matière de sous-traitance, ainsi que la possibilité, sous certaines conditions, pour le pouvoir adjudicateur d'effectuer directement au sous-traitant les paiements dus pour les services, fournitures ou travaux fournis au contractant principal. De plus, les pouvoirs adjudicateurs peuvent vérifier ou être obligés par les États membres à vérifier s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants⁴⁰.

Le pouvoir adjudicateur a, pour l'exécution de parties essentielles du marché, la possibilité d'interdire le recours à des sous-traitants dont il n'a pas pu vérifier les capacités au stade de l'examen des offres et de la sélection de l'opérateur économique⁴¹. Par conséquent, un document du marché qui limite le recours à des sous-traitants pour une part du marché fixée de manière abstraite à un certain pourcentage de celui-ci, est incompatible avec les directives Marchés publics. Ceci vaut indépendamment de la possibilité de vérifier les capacités des éventuels sous-traitants et sans aucune mention relative au caractère essentiel de tâches qui seraient concernées⁴². En outre, une interdiction générale de recours à des sous-traitants ne laisse pas de place à une appréciation au cas par cas par le pouvoir adjudicateur⁴³.

Toutefois, l'objectif de la protection des travailleurs sous-traitants peut, en principe, justifier certaines limitations du recours à la sous-traitance. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent ainsi exiger des conditions particulières pour l'exécution d'un marché, lesquelles peuvent notamment viser des considérations sociales. Mais une restriction du recours à la sous-traitance, telle qu'une li-

(31) C.J., arrêt du 3 octobre 2019, *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj* 93, aff. C-267/18, EU:C:2019:826, point 36. (32) C.J., ordonnance du 4 juin 2019, *Consorzio Nazionale Servizi*, aff. C-425/18, EU:C:2019:476, points 29-32. (33) C.J., arrêt du 19 juin 2019, *Meca*, aff. C-41/18, EU:C:2019:507, points 38-39. (34) C.J., arrêt du 28 mars 2019, *Idi*, aff. C-101/18, EU:C:2019:267, point 36. (35) *Op. cit.*, point 47. (36) C.J., arrêt du 19 juin 2019, *Meca*, aff. C-41/18, EU:C:2019:507, points 40-41. (37) C.J., arrêt du 3 octobre 2019, *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj* 93, aff. C-267/18, EU:C:2019:826, point 37. (38) Article 63, paragraphe 1, directive 2014/24. (39) C.J., arrêt du 26 septembre 2019, *Vitali*, aff. C-63/18, EU:C:2019:787, points 26-27 ; C.J., arrêt du 27 novembre 2019, *Tedeschi et Consorzio Stabile Istant Service*, aff. C-402/18, EU:C:2019:1023, points 36 et 39. (40) C.J., arrêt du 26 septembre 2019, *Vitali*, aff. C-63/18, EU:C:2019:787, points 25 et 29. (41) C.J., arrêt du 27 novembre 2019, *Tedeschi et Consorzio Stabile Istant Service*, aff. C-402/18, EU:C:2019:1023, point 37. (42) C.J., arrêt du 26 septembre 2019, *Vitali*, aff. C-63/18, EU:C:2019:787, points 28 ; *op. cit.*, point 38. (43) C.J., arrêt du 27 novembre 2019, *Tedeschi et Consorzio Stabile Istant Service*, aff. C-402/18, EU:C:2019:1023, point 47.

mitation à 20 % de la réduction des prix applicables aux prestations sous-traitées par rapport aux prix résultant de l'adjudication, va au-delà de ce qui est nécessaire afin d'assurer une protection pour les travailleurs sous-traitants en matière de salaire. La limitation des 20 % ne laisse pas de place à une appréciation au cas par cas par le pouvoir adjudicateur⁴⁴.

Les États membres peuvent prévoir, dans leur législation nationale, des règles plus strictes que celles prévues par les directives marchés publics en matière de sous-traitance, à condition que ces premières règles soient compatibles avec le droit de l'Union⁴⁵. À titre d'exemple, un contrat qui comporte une obligation d'exécution personnelle par le soumissionnaire lui-même ou qui subordonne le recours à un sous-traitant à l'obtention d'un agrément préalable est compatible avec l'article 71, paragraphe 2, de la directive 2014/24⁴⁶.

21. — Autres mesures. — Un État membre a le droit d'imposer ou d'appliquer des mesures nécessaires, notamment, à la protection de l'ordre public, de la moralité et de la sécurité publiques, à condition que ces mesures soient conformes au traité FUE. Ainsi, les États membres ont, à cet égard, une certaine marge d'appréciation. Ainsi, ils peuvent adopter des mesures qui garantissent le respect de l'obligation de transparence, laquelle s'impose aux pouvoirs adjudicateurs dans toute procédure de passation. En effet, chaque État membre est le mieux à même d'identifier, à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres, les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses au respect de cette obligation⁴⁷.

5 Régularité de l'offre

22. — Demande de renseignements. — Un État membre peut dans sa réglementation nationale limiter les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander aux opérateurs économiques de présenter, de compléter, de clarifier ou de préciser les informations ou les documents prétendument incomplets, erronés ou manquants dans un délai approprié⁴⁸.

23. — Régularité formelle. — Un pouvoir adjudicateur doit avoir la possibilité d'exclure un opérateur économique d'une procédure de passation si son offre n'est pas conforme à une obligation expressément imposée, sous peine d'exclusion, par la réglementation applicable ou par les documents du marché. Dans un tel cas, l'opérateur économique ne peut pas avoir la possibilité de rectifier certaines omissions⁴⁹. Cependant, une interprétation d'une disposition légale ou réglementaire ou d'une disposition dans un document du marché et un comblement de lacune par un pouvoir adjudicateur ou une juridiction⁵⁰ ne peuvent pas donner lieu à une exclusion d'un opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public⁵¹.

6 Modifications

A. Pendant la passation du contrat

24. — Groupement. — Dans le cadre d'une procédure de passation en deux phases, une offre peut uniquement être soumise par un opérateur économique qui a été sélectionné. L'opérateur économique qui présente une offre doit, en principe, être la même personne que celui qui a été présélectionné⁵².

En cas de dissolution d'un groupement présélectionné, un membre du groupement peut se faire substituer par une autre entreprise et le groupement peut ainsi poursuivre la procédure. Cette substitution peut avoir lieu sans que le principe d'égalité soit violé, à la condition qu'il soit établi que cet opérateur économique satisfait seul aux exigences définies initialement par le pouvoir adjudicateur et que la continuation de sa participation à ladite procédure n'entraîne pas une détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires⁵³.

En outre, un pouvoir adjudicateur peut bénéficier du fait qu'un candidat renforce sa capacité économique et technique après la présélection. Il est assez normal qu'un candidat se dote de moyens lui permettant de s'assurer de sa capacité à garantir une bonne exécution du marché. Ce renforcement de capacité économique et technique peut inclure le recours aux moyens d'autres opérateurs économiques et, le cas échéant, l'absorption partielle ou complète d'un opérateur économique (y compris d'un opérateur économique participant à la même procédure de passation). Il doit être établi qu'un opérateur économique souhaitant poursuivre une procédure de passation, en l'absence d'identité juridique ou matérielle entre cet opérateur économique lors de la phase de présélection et celui-ci à la date limite de soumission des offres, et qu'il continue de satisfaire aux exigences définies initialement par le pouvoir adjudicateur. Cette condition est par hypothèse remplie dans une situation où sa capacité matérielle a uniquement augmenté. En outre, sa participation à une telle opération ne peut pas, en tant que telle, entraîner une détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires en raison du simple fait que l'entité fusionnée bénéficiera d'une capacité économique et technique renforcée. Toutefois, s'il n'est pas porté atteinte au principe d'égalité en raison de la fusion entre deux soumissionnaires présélectionnés, il ne peut être exclu que des informations sensibles concernant la procédure de passation aient pu être échangées par les parties concernées par la fusion avant sa réalisation. Une telle situation pourrait procurer au soumissionnaire absorbant des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires, entraînant nécessairement une détérioration de la situation concurrentielle de ces derniers⁵⁴.

B. Après la conclusion du contrat

25. — Modification substantielle. — Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence interdisent à l'autorité publique de modifier un contrat public, si une telle modification change certaines conditions initiales de manière substantielle.

(44) *Op. cit.*, points 61-65. (45) C.J., arrêt du 26 septembre 2019, *Vitali*, aff. C-63/18, EU:C:2019:787, point 33. (46) C.J., arrêt du 3 octobre 2019, *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj* 93, aff. C-267/18, EU:C:2019:826, point 32. (47) C.J., arrêt du 26 septembre 2019, *Vitali*, aff. C-63/18, EU:C:2019:787, points 35-36. (48) C.J., arrêt du 2 mai 2019, *Lavorgna*, aff. C-309/18, EU:C:2019:350, point 23. (49) *Op. cit.*, points 21-22. (50) On utilise dans la présente chronique la notion de juridiction au sens de l'article 267 TFUE. (51) C.J., arrêt du 2 mai 2019, *Lavorgna*, aff. C-309/18, EU:C:2019:350, point 20. (52) C.J., arrêt du 11 juillet 2019, *Telecom Italia*, aff. C-697/17, EU:C:2019:599, points 27 et 29. (53) *Op. cit.*, point 35. (54) *Op. cit.*, points 45 à 48 et 51.

Chroniques

Une telle modification substantielle est présente si la modification a « pour effet soit d'étendre le contrat, dans une mesure importante, à des éléments non prévus, soit de changer l'équilibre économique dudit contrat en faveur du cocontractant ou encore si ces modifications sont de nature à remettre en cause l'attribution du contrat en ce sens que, dans l'hypothèse où lesdites modifications auraient été intégrées dans les documents ayant régi la procédure d'attribution initiale, soit une autre offre aurait été retenue, soit d'autres soumissionnaires auraient pu être admis »⁵⁵. Une modification substantielle d'un contrat public oblige l'autorité publique à organiser une nouvelle procédure de passation. Cette nouvelle procédure aura pour objet le contrat modifié⁵⁶.

7 Protection juridictionnelle

26. — Recevabilité : délai. — Un État membre doit prévoir des délais de recours suffisamment précis, clairs et prévisibles contre une décision d'un pouvoir adjudicateur prise dans le cadre d'une procédure de passation pour permettre aux particuliers de connaître leurs droits et obligations⁵⁷.

Ledit délai est égal à au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision du pouvoir adjudicateur est envoyée au soumissionnaire ou au candidat si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, soit au moins à quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision du pouvoir adjudicateur est envoyée au soumissionnaire ou au candidat, soit au moins à dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision du pouvoir adjudicateur. Ces délais ne peuvent commencer à courir qu'à partir de la date où l'opérateur économique a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la violation alléguée des dispositions applicables en matière de passation des marchés publics⁵⁸. L'intéressé doit connaître les motifs sur lesquels est fondée la décision prise afin de lui permettre de défendre ses droits dans les meilleures conditions possible et de décider en pleine connaissance de cause s'il est utile de saisir le juge compétent, ainsi que pour mettre ce dernier pleinement en mesure d'exercer le contrôle de la légalité de la décision attaquée⁵⁹.

27. — Intérêt. — 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 doit avoir accès à la juridiction compétente. Un soumissionnaire peut avoir un intérêt à contester une décision de non-exclusion d'un concurrent, si elle risque de lui causer un préjudice et que ce risque est suffisant pour fonder un intérêt immédiat à l'introduction d'un recours contre ladite déci-

sion. Dans ce cadre, l'on peut même faire abstraction du préjudice qui peut résulter de l'attribution du marché à un autre candidat⁶⁰.

Lorsque, à la suite d'une procédure de passation d'un marché public, deux soumissionnaires introduisent des recours visant leur exclusion réciproque, chacun des deux soumissionnaires a un intérêt à obtenir un marché déterminé. En effet, l'exclusion d'un soumissionnaire peut aboutir à ce que l'autre obtienne le marché directement dans le cadre de la même procédure. De plus, dans l'hypothèse d'une exclusion de tous les 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. L'action incidente de l'adjudicataire ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire évincé dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure. En effet, dans une telle hypothèse, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière. Par conséquent, un juge a l'obligation de ne pas déclarer irrecevable le recours en exclusion principal en application des règles procédurales nationales qui prévoient l'examen prioritaire du recours incident formé par un autre soumissionnaire. Ce principe trouve également à s'appliquer lorsque d'autres soumissionnaires ont soumis des offres dans le cadre de la procédure d'attribution et que les recours en exclusion réciproques ne concernent pas de telles offres moins bien classées que les offres faisant l'objet desdits recours en exclusion⁶¹. La recevabilité du recours principal ne saurait être subordonnée à la constatation préalable que l'ensemble des offres moins bien classées que celle du soumissionnaire ayant introduit ledit recours sont également irrégulières. Cette recevabilité ne saurait pas davantage être soumise à la condition que ledit soumissionnaire apporte la preuve de ce que le pouvoir adjudicateur sera amené à réitérer la procédure de passation de marché public. À cet égard, l'existence d'une telle possibilité doit être considérée comme étant suffisante. Enfin, 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 pertinents⁶².

28. — Chose jugée. — Le principe de la chose jugée veut que la décision définitive d'une juridiction ne puisse plus être remise en cause après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus⁶³. Si, en droit interne, le juge national a, sous certaines conditions, la possibilité de remettre en cause une décision juridictionnelle définitive afin que la situation créée suite à cette décision soit conforme au droit national, il doit, conformément aux principes d'équivalence et d'effectivité, faire prévaloir cette solution afin de restaurer la conformité de cette situation avec la réglementation de l'Union⁶⁴.

(55) C.J., arrêt du 18 septembre 2019, *Commission c. Italie*, aff. C-526/17, EU:C:2019:756, point 58. (56) *Op. cit.*, point 59. (57) C.J., ordonnance du 14 février 2019, *Cooperativa Animazione Valdocco*, aff. C-54/18, EU:C:2019:118, point 29. (58) *Op. cit.*, point 31. (59) *Op. cit.*, point 33. (60) *Op. cit.*, points 35-36. (61) C.J., arrêt du 5 septembre 2019, *Lombardi*, aff. C-333/18, EU:C:2019:675, points 23-26. (62) *Op. cit.*, points 29-30. (63) C.J., arrêt du 29 juillet 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fioktelepe*, aff. C-620/17, EU:C:2019:630, point 54. (64) *Op. cit.*, point 60.