Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 3 mars 2016 [1]

Affaire C-46/15

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA
contre
AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal
[demande de décision préjudicielle
formée par le Tribunal Central Administrativo Sul

(tribunal administratif central Sud, Portugal)]

«Renvoi préjudiciel — Marchés publics — Directive 2004/18/CE — Article 48, paragraphe 2, sous a), ii) — Effet direct — Procédures de passation — Opérateurs économiques — Capacités techniques et/ou professionnelles — Preuve»

I – Introduction

1. La demande de décision préjudicielle s'inscrit dans le cadre d'une action qui oppose Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA (ci-après « Ambisig ») à AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (ci-après l'« AICP »).

2. Cette demande porte sur l'interprétation de l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, 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 [2].

3. Cette disposition a trait aux preuves des capacités techniques et/ou professionnelles des opérateurs intéressés par le marché en cause. Par ses questions préjudicielles, le Tribunal Central Administrativo Sul (tribunal administratif central Sud, Portugal) interroge la Cour sur, d'une part, son éventuel effet direct et, d'autre part, sur l'agencement des modalités probatoires qu'elle prévoit.

II – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

4. Le titre II de la directive 2004/18 fixe les règles applicables aux marchés publics. Les critères de sélection qualitative sont développés à la section 2 du chapitre VII qui comprend, notamment, les articles 45 et 48.

1 — Langue originale : le français.
2 — JO L 134, p. 114.

5. L'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18 dispose que tout opérateur économique « qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant des renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n'a pas fourni ces renseignements » peut être exclu de la participation au marché en cause.

6. L'article 48 de la directive 2004/18, intitulé « Capacités techniques et/ou professionnelles », est rédigé comme suit :

« 1. Les capacités techniques et/ou professionnelles des opérateurs économiques sont évaluées et vérifiées conformément aux paragraphes 2 et 3.

2. Les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent être justifiées d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services :

[…]

ii) la présentation d'une liste des principales livraisons ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées :

— lorsque le destinataire a été un pouvoir adjudicateur, par des certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente,

— lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une certification de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration de l'opérateur économique ;

[…] »

B – *Le droit portugais*

1. Le code des marchés publics

7. La directive 2004/18 a été transposée dans l'ordre juridique portugais par le code des marchés publics (Código dos Contratos Públicos), approuvé par le décret-loi nº 18/2008, du 29 janvier 2008, tel que modifié et republié à l'annexe du décret-loi nº 278/2009, du 2 octobre 2009 (*Diário da República,* 1re série, nº 192, du 2 octobre 2009, ci-après le « code des marchés publics »).

8. L'article 165 du code des marchés publics est libellé comme suit :

« 1 – Les exigences minimales en matière de capacité technique visées au point h) du paragraphe 1 de l'article précédent doivent être adaptées à la nature des prestations faisant l'objet du marché à conclure et décrire les situations, les qualités, les caractéristiques ou d'autres éléments de fait relatifs, notamment :

a) à l'expérience professionnelle des candidats ;

b) aux ressources humaines, technologiques, en équipement ou autres utilisées, à quelque titre que ce soit, par les candidats ;

c) au modèle et à la capacité organisationnels des candidats, en particulier en ce qui concerne la direction et l'intégration de compétences spécialisées, les systèmes informatiques de support et les systèmes de contrôle de la qualité ;

d) à la capacité des candidats à adopter des mesures de gestion environnementale dans le cadre de l'exécution du marché à conclure ;

e) aux informations figurant dans la base de données de l'Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., concernant les entrepreneurs, lorsqu'il s'agit de la passation d'un marché de travaux ou d'une concession de travaux publics.

[…]

5 – Les exigences minimales en matière de capacité technique visées au paragraphe 1 et le facteur "f" visé au point i) du paragraphe 1 de l'article précédent ne peuvent pas être fixés de manière discriminatoire. »

2. L'avis de marché

9. L'article 12 de l'avis de marché prévoit :

« Pour être sélectionnés, les candidats doivent présenter les documents de candidature suivants :

[…]

c) une déclaration du client, sur papier à en-tête et timbré, prouvant la mise en œuvre du système de gestion environnementale et/ou de qualité [exigée par l'article 8 de l'avis de marché] par le candidat, conformément au modèle de déclaration figurant à l'annexe VIII du présent avis de marché. La déclaration devra porter une signature certifiée par un notaire, un avocat ou par toute autre entité compétente, précisant la qualité du signataire ;

[…]

f) une déclaration du client, sur papier à en-tête et timbré, prouvant la mise en œuvre de systèmes de gestion, de développement et la mise en œuvre d'une plateforme technologique en réseau, d'un logiciel de gestion et des actions de coordination [exigée par l'article 8 de l'avis de marché] par le candidat, précisant le montant en cause, conformément au modèle de déclaration figurant à l'annexe IX du présent avis de marché. La déclaration devra porter une signature certifiée par un notaire, un avocat ou par toute autre entité compétente, précisant la qualité du signataire ; […] ».

III – Les faits du litige au principal

10. Selon la décision de renvoi, l'AICP a décidé de lancer, le 23 avril 2013, une procédure d'appel d'offres restreinte avec sélection préalable visant à la passation d'un marché de prestation de services pour la mise en œuvre de systèmes de gestion environnementale, de la qualité et d'une plateforme technologique.

11. En vertu de l'article 8, paragraphe 1, sous a) à c), de l'avis de marché, les candidats devaient satisfaire à plusieurs conditions cumulatives relatives à leur capacité technique.

12. L'article 12, paragraphe 1, sous c) et f), du même avis de marché prévoyait que, pour être sélectionnés, les candidats devaient attester de ces conditions au moyen de déclarations de clients sur papier à en-tête timbré. Celles-ci devaient également porter une signature certifiée par un notaire, un avocat ou par toute autre entité compétente, précisant la qualité du signataire.

13. Dans le cadre de cet appel d'offres, l'AICP a approuvé, le 30 août 2013, le rapport final de sélection établi par le jury. Ce rapport sélectionnait la société Índice ICT & Management Lda et excluait les deux autres candidatures, dont celle d'Ambisig.

14. Pour des motifs qui ne sont pas mentionnés dans la décision de renvoi, cette décision a été annulée, le 14 novembre 2013, par un jugement du Tribunal Central Administrativo Sul (tribunal administratif central Sud). Ce dernier a, en outre, condamné l'AICP à adopter, dans un délai de 20 jours, une nouvelle décision sur le choix de la procédure et à émettre un nouvel avis de marché, expurgé des illégalités constatées, ainsi qu'à prendre tous les actes et mesures y liés.

15. Conformément à ce jugement, l'AICP a décidé, le 10 décembre 2013, de lancer un nouvel appel d'offres restreint avec sélection préalable en vue de la passation d'un marché de prestation de services de mise en œuvre de systèmes de gestion environnementale, de la qualité et d'une plateforme technologique dans treize entreprises.

16. Au terme de cette nouvelle procédure de sélection, la direction de l'AICP a décidé d'approuver, le 27 mars 2014, le rapport final de sélection établi par le jury qui sélectionnait la candidature d'Índice ICT & Management Lda, et excluait celle d'Ambisig.

17. Ambisig a introduit un recours contre cette décision devant le Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (tribunal administratif et fiscal de Leiria, Portugal), qui l'a annulée le 11 juin 2014. Ambisig a toutefois contesté la décision devant la formation collégiale de la même juridiction au motif qu'elle avait erronément rejeté les moyens du recours tirés, notamment, de l'incompatibilité de l'article 12, paragraphe 1, sous c) et f), de l'avis de marché avec les exigences de preuve visées à l'article 48 de la directive 2004/18, ainsi qu'avec les principes de concurrence, d'impartialité et de proportionnalité découlant du code des marchés publics.

18. Par arrêt du 6 août 2014, le Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (tribunal administratif et fiscal de Leiria) a rejeté la réclamation d'Ambisig et a, par conséquent, confirmé sa décision du 11 juin 2014. Ambisig a décidé d'attaquer cet arrêt devant le Tribunal Central Administrativo Sul (tribunal administratif central Sud).

19. C'est dans le cadre de ce recours que la présente demande de décision préjudicielle a été formulée. En effet, le Tribunal Central Administrativo Sul (tribunal administratif central Sud) exprime certains doutes quant à la portée des exigences probatoires prévues à l'article 48 de la directive 2004/18 et la conformité à cet article des exigences de l'avis de marché.

IV – La demande de décision préjudicielle et la procédure devant la Cour

20. Par décision du 29 janvier 2015, parvenue à la Cour le 5 février 2015, le Tribunal Central Administrativo Sul (tribunal administratif central Sud) a donc décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) La législation portugaise ne régissant pas le domaine couvert par l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 […], cette disposition est-elle directement applicable dans l'ordre juridique portugais en ce sens qu'elle confère aux particuliers un droit qu'ils peuvent invoquer à l'encontre des pouvoirs adjudicateurs ?

2) L'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'application de règles, établies par un pouvoir adjudicateur, qui ne permettent pas à l'opérateur économique de prouver qu'il a réalisé les prestations de services au moyen d'une déclaration signée par lui-même, sauf s'il apporte la preuve de l'impossibilité ou de la difficulté sérieuse pour obtenir une certification de l'acheteur privé ?

3) L'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'application de normes, établies par un pouvoir adjudicateur, qui imposent, sous peine d'exclusion, que la certification de l'acheteur privé porte une signature certifiée par un notaire, un avocat ou par toute autre entité compétente ? »

21. Des observations écrites ont été déposées par Ambisig, le gouvernement portugais ainsi que par la Commission européenne. Le gouvernement portugais et la Commission se sont, en outre, exprimés lors de l'audience qui s'est tenue le 28 janvier 2016.

V – Analyse

A – *Sur la première question préjudicielle*

22. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, en l'absence de transposition en droit interne, il est susceptible de conférer des droits aux particuliers que ceux-ci pourraient invoquer à l'encontre des pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de litiges introduits devant les juridictions nationales. Il s'agit donc de déterminer l'éventuel effet direct de cette disposition.

1. La détermination de l'effet direct de l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18

23. Les conditions et les limites de la reconnaissance de l'effet direct des dispositions d'une directive sont connues. Selon une jurisprudence constante de la Cour, dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer devant les juridictions nationales à l'encontre de l'État, soit lorsqu'il s'est abstenu de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsque celui-ci en a fait une transposition incorrecte [3].

24. Une disposition du droit de l'Union est considérée comme étant inconditionnelle lorsqu'elle énonce une obligation qui n'est assortie d'aucune condition ni subordonnée, dans son exécution ou dans son effet, à l'intervention d'aucun acte des institutions de l'Union européenne ou des États membres [4].

25. L'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 me paraît remplir les conditions d'inconditionnalité et de précision précitées. Cette disposition ne requiert, en effet, aucune mesure complémentaire pour son application en ce qu'elle prévoit, d'une part, que les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent être justifiées par la présentation d'une liste des principales livraisons ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années sur

3 — Voir, en ce sens, parmi de nombreux arrêts, arrêt Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, point 18 et jurisprudence citée).

4 — Voir, en ce sens, arrêts Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, point 32) et Larentia + Minerva et Marenave Schiffahrt (C-108/14 et C-109/14, EU:C:2015:496, point 49).

laquelle figurent le montant, la date et le destinataire public ou privé concerné et en ce qu'elle précise, d'autre part, que lorsque le destinataire a été un acheteur privé, la prestation du service sera prouvée par une certification de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration de l'opérateur économique.

26. La Cour a, en outre, déjà eu l'occasion de juger que l'article 26 de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [5], pouvait être invoqué par un particulier devant les juridictions nationales, « aucune mesure particulière de mise en œuvre n'étant nécessaire pour le respect [des] exigences [qui y sont fixées]» [6]. Or, même si cet article de la directive 71/305 concernait uniquement les marchés de travaux et non les marchés de services, les règles de justification des capacités techniques prévues par cette disposition peuvent être considérées analogues, du point de vue de leur inconditionnalité et de leur précision, à celles de l'article 48 de la directive 2004/18.

27. Je relève, enfin, que la Cour a également estimé, de façon générale, que les dispositions du titre VI de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services [7], pouvaient être invoquées par un particulier devant une juridiction nationale « dans la mesure où il ressort de l'examen individuel de leur libellé qu'elles sont inconditionnelles et suffisamment claires et précises» [8]. Or, parmi ces dispositions figurait l'article 32, lequel prévoyait déjà, à son paragraphe 2, que la capacité technique du prestataire de services pouvait être justifiée par « la présentation d'une liste des principaux services fournis au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé des services fournis, [et que], lorsqu'il s'agi[ssai]t d'acheteurs privés, la prestation d[evai]t être certifiée par l'acheteur ou, à défaut, simplement déclarée avoir été effectuée par le prestataire de services ».

28. Or, force est de constater que l'article 48, paragraphe 2, de la directive 2004/18 reprend cette disposition dans des termes quasi identiques. Cette dernière disposition me paraît donc inconditionnelle et suffisamment précise pour être invoquée devant les juridictions nationales.

2. La nécessité de qualifier le pouvoir adjudicateur comme « État »

29. Toutefois, pour que l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 puisse être invoqué par Ambisig devant le juge national, il appartient à la juridiction de renvoi de s'assurer que le pouvoir adjudicateur en cause dans l'affaire au principal n'est pas un « particulier ».

30. En effet, selon une jurisprudence constante, une directive ne peut par elle-même créer d'obligation dans le chef d'un particulier. Elle ne peut, dès lors, être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne devant une juridiction nationale [9].

31. Toutefois, si les dispositions d'une directive revêtues de l'effet direct ne peuvent, par conséquent, être invoquées qu'à l'encontre d'un État, la qualité en laquelle agit ce dernier est sans importance [10].

5 — JO L 185, p. 5.

6 — Arrêt Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, point 43).

7 — JO L 209, p. 1.

8 — Arrêt Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, point 47).

9 — Voir, en ce sens, arrêts Marshall (152/84, EU:C:1986:84, point 48) ; Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, point 20), ainsi que Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, point 22).

10 — Voir, en ce sens, arrêt Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, point 23).

32. Ainsi, selon une jurisprudence constante, « figure au nombre des entités qui peuvent se voir opposer les dispositions d'une directive susceptibles d'avoir des effets directs un organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers» [11].

33. Il semble résulter du nom du pouvoir adjudicateur en cause dans l'affaire au principal qu'il s'agit d'une association d'entreprises purement privée qui ne fournit pas un service d'intérêt public et ne dispose pas, en tout état de cause, de pouvoirs exorbitants pour réaliser ses missions.

34. En réponse aux questions posées par la Cour lors de l'audience du 28 janvier 2016, le représentant du gouvernement portugais a confirmé que l'AICP était une association de droit privé, qui n'exerçait pas et à qui n'avaient pas été confiées des missions d'intérêt public. Selon ses explications, seul le financement majoritairement public des activités de l'AICP entraînerait l'application de la législation relative aux marchés publics [12].

35. Cela étant dit, c'est au Tribunal Central Administrativo Sul (tribunal administratif central Sud) qu'il appartient de vérifier si, au moment des faits en cause au principal, l'AICP était un organisme chargé d'accomplir, sous le contrôle d'une autorité publique, un service d'intérêt public et si cette association d'entreprises disposait, à cet effet, de pouvoirs exorbitants [13].

36. À défaut, l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 ne peut lui être opposé. Dans cette hypothèse, il appartiendrait néanmoins à la juridiction de renvoi de faire application du principe d'interprétation conforme et d'interpréter toute norme pertinente du droit national dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive 2004/18 pour atteindre le résultat visé par celle-ci et, partant, se conformer à l'article 288, troisième alinéa, TFUE [14].

B – *Sur la deuxième question préjudicielle*

37. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 s'oppose à l'application de règles, établies par un pouvoir adjudicateur, qui ne permettent pas à l'opérateur économique de prouver ses capacités techniques au moyen d'une déclaration signée par lui-même, sauf s'il apporte la preuve de l'impossibilité ou de la difficulté sérieuse d'obtenir une certification de l'acheteur privé.

38. La juridiction de renvoi interroge donc la Cour sur l'éventuelle hiérarchie des modes de preuve autorisés par l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18.

11 — Arrêt Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, point 24 et jurisprudence citée).

12 — Conformément à l'article 1er, paragraphe 9, de la directive 2004/18.

13 — Voir, en ce sens, arrêt Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, point 31).

14 — Voir, en ce sens, arrêt Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, point 24 et jurisprudence citée). La Cour a expressément confirmé la hiérarchisation des solutions applicables dans un litige entre particuliers à l'occasion de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200), en affirmant que, « si le droit national n'est pas susceptible d'une interprétation conforme à [la] directive [en cause] – ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier – l'article [pertinent] de celle-ci ne peut pas être invoqué dans un litige entre particuliers […] afin de garantir le plein effet [du] droit [qu'il consacre] et de laisser inappliquée toute disposition nationale contraire. Par ailleurs, dans une telle situation, la partie lésée par la non-conformité du droit national au droit de l'Union pourrait néanmoins se prévaloir de la jurisprudence [relative à la responsabilité non contractuelle des États membres pour violation du droit de l'Union] issue de l'arrêt Francovich e.a. (C-6/90 et C-9/90, EU:C:1991:428) pour obtenir, le cas échéant, réparation du dommage subi (voir arrêt Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, point 43) » (point 48). En d'autres termes, si, dans un litige entre particuliers, le juge national ne parvient pas à interpréter le droit national conformément à la directive applicable, il ne pourra pas appliquer cette directive mais ne pourra pas non plus écarter l'application du droit national contraire. Dans cette hypothèse, le seul palliatif offert au particulier lésé sera de mettre en cause la responsabilité de l'État membre pour violation du droit de l'Union.

39. L'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), de la directive 2004/18 prévoit que les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent être justifiées par la présentation d'une liste des principales livraisons ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années. Si le destinataire était un acheteur privé, deux modes de preuve sont prévus sous le second tiret de cette disposition pour démontrer la réalité desdites opérations (livraisons ou services). Elle peut l'être soit « par une certification de l'acheteur ou, *à défaut,* simplement par une déclaration de l'opérateur économique» [15].

40. Selon une jurisprudence constante de la Cour, il y a lieu, pour l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union, de tenir compte non seulement des termes de celle-ci, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie [16].

41. Cela dit, comme le relevait l'avocat général Trstenjak au point 37 de ses conclusions dans l'affaire Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99), « le texte d'une disposition constitue toujours *le point de départ* et en même temps la limite de toute interprétation» [17]. Je partage, en outre, la précision apportée par l'avocat général Léger selon laquelle les modes d'interprétation autres que celui lié au libellé d'une disposition ne sont pas nécessaires lorsque le texte en cause est absolument clair et univoque. « Dans ce cas, en effet, les dispositions du droit [de l'Union] se suffisent à elles-mêmes» [18].

42. Or, en l'espèce, force est de constater que l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), de la directive 2004/18 présente la clarté et le caractère univoque requis, et ce dans toutes les versions linguistiques.

43. En effet, l'expression « à défaut » utilisée dans cette disposition signifie « en l'absence de» [19], « à la place de » ou encore « faute de quelque chose» [20]. Elle ne peut, dès lors, être interprétée autrement que dans le sens d'une hiérarchisation des idées. Concrètement, le mode de preuve qui suit les termes « à défaut » – c'est-à-dire la déclaration de l'opérateur économique – est donc nécessairement subsidiaire par rapport à celui qui les précède, c'est-à-dire la certification de l'acheteur.

44. Certaines versions linguistiques sont encore plus explicites en ce qu'elles ne se contentent pas d'une expression analogue aux termes « à défaut », mais n'autorisent la simple déclaration de l'opérateur qu'en visant expressément l'absence de la certification de l'acheteur visée précédemment [21].

45. En outre, si l'opérateur économique pouvait choisir librement le mode de preuve parmi ceux autorisés par l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18, les termes « à défaut » n'auraient pas de sens. En effet, il serait toujours plus facile pour l'opérateur économique d'établir lui-même une déclaration plutôt que de solliciter une certification auprès d'un tiers.

46. La déclaration de l'opérateur économique constitue donc un mode de preuve subsidiaire, lorsqu'il n'a pas été possible d'obtenir la certification de l'acheteur. Dans ce cas, il appartient à l'opérateur économique de démontrer qu'il ne lui a pas été possible d'obtenir ladite certification.

15 — C'est moi qui souligne.

16 — Voir, notamment, arrêts Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750, point 24) ; Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, point 13) ; Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862, point 34), ainsi que Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, point 35).

17 — C'est moi qui souligne.

18 — Conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568, point 88). Voir également, dans une lecture a contrario, arrêt Tecom Mican et Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744, point 35).

19 — Selon la définition du dictionnaire *Le Petit Robert,* 2014.

20 — Selon les définitions du dictionnaire *Larousse.fr*

21 — Voir, notamment, la version en langue espagnole dans laquelle l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), de la directive 2004/18 est ainsi rédigé: « cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado* [à défaut de ce certificat], simplemente mediante una declaración del operador económico » (c'est moi qui souligne). Dans la version en langue italienne, il est également dit « in mancaza di tale attestazione ». Enfin, dans la version allemande, le législateur de l'Union vise la situation où « falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist ». La version en langue grecque est encore plus claire en ce qu'elle vise l'« impossibilité » d'une certification de l'acheteur: « εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, *εάν τούτο δεν είναι δυνατόν* [si ce n'est pas possible], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα » (c'est moi qui souligne).

47. En effet, puisque l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18 autorise l'exclusion du marché de tout opérateur économique « qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant des renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n'a pas fourni ces renseignements », le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de vérifier la véracité de ces informations ou de la raison de leur absence.

48. Cette possibilité de vérification dans le chef du pouvoir adjudicateur s'impose d'autant plus que la Cour a déjà jugé que, en vertu du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence qui en découle et auxquels les pouvoirs adjudicateurs sont soumis par l'article 2 de la directive 2004/18, ceux-ci doivent « observer strictement les critères qu'il[s ont eux-mêmes] fixés, de sorte qu'il[s] serai[en]t tenu[s] d'exclure du marché un opérateur économique qui n'a pas communiqué une pièce ou une information dont la production était imposée dans les documents de ce marché sous peine d'exclusion» [22].

49. Toutefois, comme le souligne la Commission dans ses observations écrites, cette exigence supplémentaire doit être conforme au principe de proportionnalité.

50. Cela signifie, d'une part, que le recours à une déclaration de l'opérateur économique ne saurait être limité à l'impossibilité absolue d'obtenir la certification de l'acheteur (comme dans l'hypothèse d'une faillite par exemple). Un obstacle à l'obtention de cette certification, tel un simple refus non argumenté par l'acheteur ou une demande par celui-ci d'une contrepartie financière, pourrait suffire. D'autre part, la preuve de cette impossibilité doit être appréciée in concreto. Ainsi, si le dépôt d'un document officiel peut être requis dans le cas d'une faillite, un simple échange de courriers ou une absence de réponse (à prouver par un ou plusieurs rappels, par exemple) pourraient suffire à démontrer la mauvaise volonté de l'acheteur.

51. En conclusion, je considère que l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 ne s'oppose pas à l'application de règles, établies par un pouvoir adjudicateur, qui ne permettent à l'opérateur économique de prouver ses capacités techniques au moyen d'une déclaration qu'il signe lui-même que s'il apporte la preuve de l'impossibilité ou de la difficulté sérieuse d'obtenir une certification de l'acheteur privé.

C – *Sur la troisième question préjudicielle*

52. Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande si l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 s'oppose à l'application de règles, établies par un pouvoir adjudicateur, qui imposent, sous peine d'exclusion, que la certification de l'acheteur privé porte une signature certifiée par un notaire, un avocat ou toute autre entité compétente.

53. Le doute de la juridiction de renvoi provient de la rédaction de l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 dans la version en langue portugaise. En effet, dans celle-ci, il est fait mention d'une « declaração *reconhecida* do adquirente» [23], c'est-à-dire d'une déclaration « reconnue » ou « certifiée ». Or, dans les autres versions linguistiques, un tel adjectif ne figure pas dans le texte de l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de ladite directive.

54. Selon une jurisprudence constante de la Cour, la formulation utilisée dans l'une des versions linguistiques d'une disposition du droit de l'Union ne saurait servir de base unique à l'interprétation de cette disposition ou se voir attribuer un caractère prioritaire par rapport aux autres versions linguistiques. Les dispositions du droit de l'Union doivent, en effet, être interprétées et appliquées de

22 — Arrêt Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, point 42). Voir, également, point 43 de cet arrêt pour la référence aux principes d'égalité et de transparence, ainsi que l'article 2 de la directive 2004/18.

23 — C'est moi qui souligne.

manière uniforme, à la lumière des versions établies dans toutes les langues de l'Union. En cas de disparité entre les diverses versions linguistiques d'un texte du droit de l'Union, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément [24].

55. Ce principe d'équivalence ou d'égalité linguistique ne va cependant pas jusqu'à empêcher la Cour d'écarter la version linguistique d'un texte qui contredit le sens commun partagé par les autres versions linguistiques, en se fondant sur l'interprétation contextuelle et/ou téléologique de ce texte [25].

56. En l'espèce, le sens commun du terme employé dans les autres versions linguistiques ne permet sans doute pas, à lui seul, d'apporter une réponse ferme à la question préjudicielle posée. Toutefois, le contexte dans lequel s'inscrit l'article 48 de la directive 2004/18 et son évolution, ainsi que son interprétation téléologique me conduisent à retenir l'interprétation selon laquelle l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret de la directive 2004/18 n'exige pas que la production d'une certification de l'acheteur privé soit revêtue d'une signature certifiée par un notaire, un avocat ou toute autre entité compétente.

1. Le libellé de l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18

57. Lorsque l'on compare les différentes versions linguistiques de l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18, il apparaît que, si le qualificatif « reconhecida » (« reconnue » ou « certifiée ») ne figure que dans la version en langue portugaise, il s'agit également de la seule version qui utilise ce même terme pour les deux modes de preuve envisagés.

58. En effet, dans les autres versions linguistiques, le mot « déclaration » est réservé à la seconde hypothèse (la déclaration de l'opérateur économique) alors que la première vise une « certification » des livraisons ou des prestations de services par l'acheteur. C'est ainsi que l'on retrouve, notamment dans les versions en langues espagnole, allemande, anglaise ou encore française, les termes « certificado » et « declaración », « Bescheinigung » et « Erklärung », « certification » et « declaration » ainsi que « certification » et « déclaration» [26].

59. L'usage d'un mot différent pour chacune des deux hypothèses visées par l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 pourrait traduire la volonté du législateur de l'Union de distinguer la charge probatoire associée à celles-ci. L'opposition entre les termes « certification » et « déclaration » évoquerait alors l'idée d'un formalisme accru dans la première hypothèse. Cette interprétation serait confirmée par le libellé de la disposition dans la version en langue portugaise qui utilise le terme « déclaration » dans les deux cas de figure, mais en lui accolant l'adjectif « reconnue » ou « certifiée » dans le seul premier cas.

24 — Voir, en ce sens, arrêt Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, point 35 et jurisprudence citée).

25 — Voir, en ce sens, Lenaerts, K., et Guttiérrez-Fons, J. A., « To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice », *Columbia Journal of European Law,* 2014, 20th Anniversary Issue, p. 3 à 61, spécialement p. 14 et auteurs cités à la note en bas de page 78.

26 — Notons que la version en langue slovaque utilise les termes « potvrdením », lequel peut être traduit par « confirmation » plutôt que par « certification », et « vyhlásením ».

60. Toutefois, je ne peux faire totalement abstraction du fait que l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 autorise la preuve des prestations de services invoquées par l'opérateur économique par une certification *de l'acheteur,* sans qu'il soit fait référence ni à un quelconque document officiel ni à l'intervention d'un tiers. Or, en l'absence d'une telle précision, le sens commun du mot « certification » ne signifie rien d'autre que le fait d'assurer quelque chose par écrit [27].

61. Force m'est, dès lors, de constater que l'analyse littérale de la disposition en cause ne permet pas, à elle seule, d'en donner une interprétation avec la certitude requise.

2. L'interprétation systématique de l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18

62. Tout d'abord, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que l'article 48 de la directive 2004/18 établit un système fermé qui limite les modes d'évaluation et de vérification dont disposent les pouvoirs adjudicateurs et, partant, *leurs possibilités de formuler des exigences* [28].

63. La Cour a, en outre, précisé que, même dans le cadre d'un système ouvert (comme celui prévu à l'article 47, paragraphe 4, de la directive 2004/18 en ce qui concerne les capacités économiques et financières des candidats), la liberté des pouvoirs adjudicateurs n'était pas illimitée et que les éléments choisis devaient être « objectivement propres à renseigner sur cette capacité […] sans toutefois aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin» [29].

64. Il ne saurait, a fortiori, en aller autrement pour les exigences prévues dans le système probatoire fermé de l'article 48 de la directive 2004/18. Or, imposer une signature authentifiée de l'acheteur privé qui atteste de la livraison ou de la prestation d'un service par l'opérateur économique candidat au marché me semble aller au-delà de ce qui est nécessaire pour prouver la capacité technique de l'opérateur concerné et être exagérément formaliste par rapport à la simple déclaration de l'opérateur économique, mode de preuve subsidiaire autorisé par l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18.

65. Si le pouvoir adjudicateur a un doute sur la véracité du document qui lui est soumis, il peut également, à mon sens, demander des informations complémentaires de nature à démontrer l'authenticité de la certification communiquée. En effet, dans le cadre de l'analyse contextuelle, il convient de ne pas oublier que l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18 autorise l'exclusion du marché de l'opérateur qui se serait « rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles ».

66. Ensuite, l'évolution de la réglementation applicable plaide également en faveur d'une interprétation non formaliste de la certification requise.

67. L'idée qui sous-tend l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 était déjà présente dans la directive 92/50, mais sous un libellé légèrement différent. En effet, selon l'article 32, paragraphe 2, sous b), second tiret, de la directive 92/50, la prestation invoquée par l'opérateur économique en vue de prouver sa capacité technique devait « être certifiée *par l'acheteur*» [30].

27 — Selon le dictionnaire *Le Petit Robert* (2014), la certification est, en premier lieu, un terme juridique signifiant « assurance donnée par écrit ». En langue espagnole, selon le dictionnaire en ligne de la Real Academia Española, le mot « certificado » renvoie au terme « certificación », lequel peut être défini comme un document dans lequel la véracité d'un fait est assurée.

28 — Voir, en ce sens, arrêt Édukövízig et Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, point 28).

29 — Arrêt Édukövízig et Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, point 29).

30 — C'est moi qui souligne.

68. Si l'idée de « certification » se retrouve dans le verbe « certifier », l'absence de toute intervention d'un tiers institutionnel apparaissait, en revanche, avec davantage de clarté, puisque l'accent était clairement mis sur une action de l'acheteur, la prestation devant être certifiée *par* celui-ci.

69. En outre, il peut également être constaté que la version en langue portugaise de la directive 92/50 employait déjà le terme « declaração » pour les deux hypothèses probatoires, mais sans l'assortir d'un quelconque adjectif dans le premier cas de figure.

70. Or, le texte de l'article 32, paragraphe 2, de la directive 92/50 n'avait, initialement, subi aucune modification dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux [COM(2000) 275 final] [31] ayant abouti à l'article 48, paragraphe 2, de la directive 2004/18.

71. Ce n'est qu'après l'intégration des amendements du Parlement européen relatifs, d'une part, aux participations des opérateurs économiques en groupement et, d'autre part, aux préoccupations liées à l'environnement et à la santé ainsi qu'à la sécurité des travailleurs que l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 fut rédigé dans son libellé actuel [32].

72. Il ne peut donc être tiré argument de la modification du libellé de la disposition litigieuse, puisque les considérations ayant conduit à ce changement sont étrangères à toute volonté du législateur d'accroître le formalisme probatoire associé à la certification, par l'acheteur, des prestations de services accomplies par l'opérateur économique.

73. Au contraire, la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18 [33], va même plus loin dans le sens d'une diminution du formalisme probatoire en supprimant toute référence à une quelconque certification de l'acheteur.

74. Désormais, l'article 60, paragraphe 4, de cette directive – qui remplace l'article 48, paragraphe 2, de la directive 2004/18 – prévoit simplement que « la preuve des capacités techniques des opérateurs économiques peut être fournie par un ou plusieurs des moyens énumérés à l'annexe XII, partie II, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services ».

75. Or, selon cette annexe XII, partie II, sous a), ii), de la directive 2014/24, les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques sont « une liste des principales livraisons effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années tout au plus, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte ». La nécessité d'accompagner ladite liste d'une certification de l'acheteur a donc disparu.

76. Même si la directive 2014/24 n'est pas applicable à l'affaire au principal, cette nouvelle directive, qui abroge la directive 2004/18, est utile en ce qu'elle traduit la volonté contemporaine du législateur de l'Union. Celle-ci peut donc nous aider à donner le sens actuel d'une disposition similaire antérieure, à condition, toutefois, de ne pas aller contra legem.

31 — JO 2001, C 29 E, p. 11. Voir article 49, paragraphe 3, de ladite proposition de directive.

32 — Voir proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux [COM(2002) 236 final, JO 2002, C 203 E, p. 210, spécialement p. 223 et 224].

33 — JO L 94, p. 65.

77. En l'espèce, il me semble que c'est sans heurter le libellé de la disposition applicable que la directive 92/50 et la directive 2014/24 confirment la volonté continue du législateur de l'Union de ne pas assortir la preuve de la capacité technique de l'opérateur économique d'un formalisme particulier.

78. En d'autres termes, placé dans son contexte et dans une perspective historique, l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 n'exige rien d'autre que l'assurance ou la confirmation, par l'acheteur, que la prestation de services invoquée par l'opérateur économique en vue de l'obtention du marché est conforme à la réalité.

3. L'interprétation téléologique de l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18

79. Enfin, une telle interprétation est également conforme à la finalité de la directive 2004/18, qui est de faciliter la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services ainsi que, plus généralement, la mise en concurrence effective des marchés publics [34].

80. Or, subordonner l'acceptation d'une certification de l'acheteur à son authentification par un notaire, un avocat ou toute autre entité compétente me semble susceptible d'aller à l'encontre de cet objectif.

81. Une telle exigence serait, en effet, de nature à dissuader certains candidats potentiels qui, confrontés à la difficulté pratique (en raison des délais fixés par l'avis de marché par exemple) de remplir cette condition supplémentaire, renonceraient à présenter une offre.

4. Conclusion sur la troisième question préjudicielle

82. En conclusion, j'estime que les interprétations contextuelle et téléologique de l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 confirment le sens commun attaché au terme « certification » qui y figure et qu'il n'y a pas lieu de tirer des conséquences particulières de l'ajout du mot « reconhecida » dans la version en langue portugaise.

83. Le contexte dans lequel s'inscrit l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 et son évolution, ainsi que son interprétation téléologique, conduisent à retenir l'interprétation selon laquelle le mot « certification » ou les termes « déclaration certifiée » utilisés dans la version en langue portugaise ne requièrent aucun formalisme particulier.

84. Par conséquent, je considère que l'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 s'oppose à l'application de règles, établies par un pouvoir adjudicateur, qui imposent, sous peine d'exclusion, que la certification de l'acheteur privé porte une signature certifiée par un notaire, un avocat ou toute autre entité compétente.

34 — Voir considérant 2 de la directive 2004/18.

VI – Conclusion

85. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Tribunal Central Administrativo Sul (tribunal administratif central Sud) de la manière suivante :

« 1) L'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, 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 que, en l'absence de transposition en droit interne, il est susceptible de conférer des droits aux particuliers que ceux-ci pourraient invoquer à l'encontre des pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de litiges introduits devant les juridictions nationales, à la condition que le pouvoir adjudicateur en cause réponde à la notion d'État au sens de la jurisprudence de la Cour.

2) L'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 ne s'oppose pas à l'application de règles, établies par un pouvoir adjudicateur, qui ne permettent à l'opérateur économique de prouver ses capacités techniques au moyen d'une déclaration signée par lui-même que s'il apporte la preuve de l'impossibilité ou de la difficulté sérieuse d'obtenir une certification de l'acheteur privé.

3) L'article 48, paragraphe 2, sous a), ii), second tiret, de la directive 2004/18 s'oppose à l'application de règles, établies par un pouvoir adjudicateur, qui imposent, sous peine d'exclusion, que la certification de l'acheteur privé porte une signature certifiée par un notaire, un avocat ou toute autre entité compétente. »