Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

6 octobre 2016*

«Renvoi préjudiciel — Marchés publics de travaux — Directive 2004/18/CE — Article 7, sous c) — Montant des seuils des marchés publics — Seuil non atteint — Offres anormalement basses — Exclusion automatique — Faculté du pouvoir adjudicateur — Obligations du pouvoir adjudicateur résultant de la liberté d'établissement, de la libre prestation des services et du principe général de non-discrimination — Marchés susceptibles de présenter un intérêt transfrontalier certain»

Dans l'affaire C-318/15,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (tribunal administratif régional du Piémont, Italie), par décision du 29 avril 2015, parvenue à la Cour le 26 juin 2015, dans la procédure

Tecnoedi Costruzioni Srl

contre

Comune di Fossano,

en présence de :

Ge.Co. Italia SpA,

Niccoli Costruzioni Srl,

Selva Mercurio Srl,

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. T. von Danwitz, président de chambre, MM. C. Lycourgos, E. Juhász (rapporteur), C. Vajda et M^me^ K. Jürimäe, juges,

avocat général : M. Y. Bot,

greffier : M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

* Langue de procédure : l'italien.

considérant les observations présentées :

— pour le gouvernement italien, par M[mes] G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M[me] C. Colelli, avvocato dello Stato,

— pour la Commission européenne, par MM. G. Gattinara et A. Tokár, en qualité d'agents,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 49 et 56 TFUE concernant, respectivement, la liberté d'établissement et la libre prestation des services, ainsi que des principes généraux d'égalité de traitement, de non-discrimination et de proportionnalité.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Tecnoedi Costruzioni Srl au Comune di Fossano (municipalité de Fossano, Italie), au sujet de la régularité de l'attribution définitive, par cette municipalité, d'un marché public de travaux à Ge.Co. Italia SpA.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3 Le considérant 2 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 (JO 2004, L 134, p. 114), énonce :

« La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité [FUE], notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence […] »

4 Conformément à l'article 7, sous c), de la directive 2004/18, intitulé « Montant des seuils des marchés publics », tel que modifié par le règlement (UE) n° 1251/2011 de la Commission, du 30 novembre 2011 (JO 2011, L 319, p. 43), applicable ratione temporis à la procédure au principal, cette directive s'applique aux marchés publics de travaux dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (ci-après la « TVA ») est égale ou supérieure à 5 000 000 euros.

Le droit italien

5 Le décret législatif n° 163/2006, du 12 avril 2006, portant création du code des marchés publics de travaux, de services et de fournitures, en application de la directive 2004/18 (supplément ordinaire à la GURI n° 100, du 2 mai 2006), dispose à son article 122, paragraphe 9, intitulé « Régime spécifique pour les contrats de travaux publics dont la valeur est inférieure au seuil » :

« Pour les travaux d'un montant inférieur ou égal à 1 million d'euros lorsque le critère d'adjudication est celui du prix le plus bas, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans l'avis l'exclusion automatique des offres qui présentent un pourcentage de rabais égal ou supérieur au seuil d'anomalie déterminé

conformément à l'article 86, auquel cas l'article 87, paragraphe 1, ne s'applique pas. Il ne peut toutefois être fait usage de cette faculté d'exclusion automatique lorsque le nombre d'offres admises est inférieur à dix, auquel cas l'article 86, paragraphe 3, s'applique ».

6 Aux termes de l'article 86, paragraphe 3, de ce décret législatif :

« Dans tous les cas, les pouvoirs adjudicateurs peuvent évaluer le caractère adéquat de toute offre qui, sur la base d'éléments spécifiques, semble anormalement basse. »

7 L'article 87, paragraphe 1, dudit décret législatif prévoit :

« Lorsqu'une offre semble anormalement basse, le pouvoir adjudicateur demande au soumissionnaire les justifications relatives aux composants du prix qui contribuent à former la valeur globale de base du marché et, en cas d'adjudication sur la base du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, relatives aux autres éléments d'appréciation de l'offre, conformément à l'article 88. L'exclusion ne peut être décidée qu'à l'issue de cette vérification supplémentaire, après débat contradictoire. »

8 Le seuil d'anomalie auquel se réfère l'article 122, paragraphe 9, du décret législatif nº 163/2006, qui accorde aux pouvoirs adjudicateurs la faculté d'exclure certaines offres qui sont considérées comme anormalement basses, est déterminé conformément à un calcul mathématique établi à l'article 86, paragraphe 1, de ce décret législatif.

9 L'article 253, paragraphe 20 bis, du même décret législatif dispose :

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent appliquer jusqu'au 31 décembre 2015 les dispositions visées à l'article 122, paragraphe 9, et à l'article 124, paragraphe 8, pour les contrats d'un montant inférieur aux seuils fixés à l'article 28 [les seuils prévus à l'article 7 de la directive 2004/18 aux fins de l'application de celle-ci]. »

Le litige au principal et la question préjudicielle

10 Par avis publié le 26 juin 2013, la municipalité de Fossano (province de Cuneo, Italie) a lancé une procédure ouverte d'appel d'offres portant sur l'attribution du marché de travaux d'extension et de rénovation énergétique du jardin d'enfants « Gianni Rodari », pour un montant global de base de 1 158 899,97 euros. Le critère d'attribution de ce marché était le prix le plus bas. Le cahier des charges dudit marché prévoyait que « les offres anormales sont identifiées automatiquement », conformément à l'article 122, paragraphe 9, du décret législatif nº 163/2006, lorsque le nombre d'offres valides est égal ou supérieur à dix.

11 La commission d'adjudication a reçu 101 offres et a admis 86 d'entre elles. Lors de la première séance publique du 24 juillet 2013, cette commission a exclu automatiquement les offres contenant un rabais supérieur au seuil d'anomalie calculé en vertu de l'article 86, paragraphe 1, du décret législatif nº 163/2006.

12 Tecnoedi Costruzioni a été désignée en tant qu'adjudicataire provisoire, avec un rabais de 25,397 %. Puis, lors de la seconde séance publique du 30 juillet 2013, la commission d'adjudication a réexaminé d'office la position de deux opérateurs économiques concurrents qui avaient été exclus à tort, à savoir les groupements temporaires d'entreprises Niccoli Costruzioni Srl et Selva Mercurio Srl, en prononçant leur admission. En outre, elle a provisoirement adjugé le marché à Ge.Co. Italia. Ensuite, par décision du 5 septembre 2013, la commission d'adjudication a attribué définitivement le marché à cette dernière société, qui avait présenté une offre avec un rabais de 25,427 %.

13 Par son recours, Tecnoedi Costruzioni a demandé l'annulation de la décision du 5 septembre 2013 portant adjudication définitive du marché à Ge.Co. Italia et l'annulation du procès-verbal de la séance publique du 30 juillet 2013 portant réadmission à la procédure d'adjudication des groupements temporaires d'entreprises Selva Mercurio et Niccoli Costruzioni et d'adjudication provisoire du marché à Ge.Co. Italia. À titre subsidiaire, la partie requérante au principal a conclu à l'annulation du cahier des charges en raison de la violation de l'article 122, paragraphe 9, du décret législatif n° 163/2006, dans la mesure où, selon cet article, l'exclusion automatique des offres anormalement basses n'est pas permise pour les travaux d'un montant supérieur à 1 million d'euros comme c'est le cas du marché en cause au principal.

14 Eu égard à ce dernier moyen soulevé par Tecnoedi Costruzioni, la juridiction de renvoi estime qu'il y a lieu de poser une question préjudicielle à la Cour. En se référant à l'arrêt du 15 mai 2008, SECAP et Santorso (C-147/06 et C-148/06, EU:C:2008:277), la juridiction de renvoi observe que la réglementation nationale laisse à la discrétion illimitée des pouvoirs adjudicateurs la possibilité de prévoir, dans l'avis d'appel d'offres, le mécanisme d'exclusion automatique des offres anormalement basses, y compris pour un montant proche du seuil prévu par les règles du droit de l'Union et, en plus, en présence d'un petit nombre d'offres admises, à savoir à partir de dix, sans prendre en considération les éléments concrets susceptibles de démontrer l'existence d'un intérêt transfrontalier certain.

15 Cette réglementation nationale n'imposerait pas aux pouvoirs adjudicateurs d'apprécier concrètement l'existence d'un intérêt transfrontalier certain d'un marché eu égard aux caractéristiques propres à celui-ci. Conformément à la jurisprudence de la Cour, l'existence d'un intérêt transfrontalier certain d'un marché pourrait non seulement résulter de l'importance économique du contrat y afférent, mais aussi des caractéristiques techniques des ouvrages concernés ainsi que du lieu de leur exécution.

16 La juridiction de renvoi relève que, nonobstant le fait que le marché de travaux en cause au principal porte sur un montant estimé de 1 158 899,97 euros, l'existence d'un intérêt transfrontalier certain de ce marché ne pourrait être exclu dans la mesure où Fossano se trouve à moins de 200 kilomètres de la frontière franco-italienne et que, parmi les concurrents admis à l'appel d'offres, figurent plusieurs entreprises italiennes établies dans des régions qui ne sont pas limitrophes, telles que le Latium, situé à 600 kilomètres, ou la Campagne, située à environ 800 kilomètres de Fossano. En outre, conformément à la jurisprudence de la Cour, un intérêt transfrontalier certain existerait sans qu'il soit requis qu'un opérateur économique ait effectivement manifesté son intérêt (arrêt du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, point 31 et jurisprudence citée).

17 La juridiction de renvoi ajoute que l'article 253, paragraphe 20 bis, du décret législatif n° 163/2006 permet l'exclusion automatique des offres anormalement basses même pour des marchés dont le montant est légèrement inférieur au seuil prévu par les règles du droit de l'Union, sans aucune justification plausible en ce qui concerne la nécessité d'une réglementation transitoire aussi prolongée.

18 Eu égard à ces considérations, le Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (tribunal administratif régional du Piémont, Italie) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Les articles 49 et 56 TFUE ainsi que les principes de liberté d'établissement, de libre prestation des services, d'égalité de traitement, de non-discrimination et de proportionnalité doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils font obstacle à une réglementation telle que celle actuellement en vigueur en Italie, résultant de l'article 122, paragraphe 9, et de l'article 253, paragraphe 20 bis, du décret législatif n° 163/2006, [qui prévoit l']exclusion automatique des offres anormalement basses, dans les appels d'offres pour l'adjudication de marchés de travaux en deçà du seuil [prévu à l'article 7, sous c), de la directive 2004/18,] qui présentent un intérêt transfrontalier ? »

Sur la question préjudicielle

19 Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, la passation des marchés qui, eu égard à leur valeur, ne relèvent pas du champ d'application des directives en matière de passation des marchés publics est néanmoins soumise aux règles fondamentales et aux principes généraux du traité FUE, en particulier aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle, pour autant que ces marchés présentent un intérêt transfrontalier certain (voir, en ce sens, arrêts du 15 mai 2008, SECAP et Santorso, C-147/06 et C-148/06, EU:C:2008:277, points 20 et 21 ; du 11 décembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e.a., C-113/13, EU:C:2014:2440, points 45 et 46 ; du 18 décembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, point 32, ainsi que du 16 avril 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, point 16).

20 En ce qui concerne les critères objectifs susceptibles d'indiquer l'existence d'un intérêt transfrontalier certain, la Cour a déjà jugé que de tels critères pourraient être, notamment, le montant d'une certaine importance du marché en cause, en combinaison avec le lieu d'exécution des travaux ou encore les caractéristiques techniques du marché et les caractéristiques spécifiques des produits concernés. Dans ce contexte, peut également être prise en compte l'existence de plaintes introduites par des opérateurs situés dans d'autres États membres, à condition qu'il soit vérifié que ces dernières sont réelles et non fictives (voir, en ce sens, arrêts du 15 mai 2008, SECAP et Santorso, C-147/06 et C-148/06, EU:C:2008:277, point 31, ainsi que du 16 avril 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, point 20 et jurisprudence citée).

21 La juridiction de renvoi paraît considérer, concernant le marché en cause au principal, que l'existence d'un intérêt transfrontalier certain ne pourrait être exclue, un indice à cet égard étant le fait que Fossano est située à moins de 200 kilomètres de la frontière franco-italienne et que figurent parmi les soumissionnaires admis à participer à la procédure plusieurs entreprises italiennes établies dans des régions situées à 600, voire à 800 kilomètres du lieu d'exécution des travaux.

22 Il importe de souligner, à cet égard, que l'existence d'un intérêt transfrontalier certain ne saurait être déduite hypothétiquement de certains éléments qui, considérés de manière abstraite, pourraient constituer des indices en ce sens, mais doit ressortir de manière positive d'une appréciation concrète des circonstances du marché en cause. Plus particulièrement, la juridiction de renvoi ne peut se contenter de soumettre à la Cour des éléments qui permettent de ne pas exclure l'existence d'un intérêt transfrontalier certain, mais doit au contraire fournir les données de nature à en prouver l'existence.

23 Il y a lieu de constater que, dans sa demande de décision préjudicielle, la juridiction de renvoi n'a fourni aucun élément permettant à la Cour de disposer d'informations de cette nature.

24 À cet égard, il ne serait pas justifié de considérer qu'un marché de travaux tel que celui en cause au principal, qui porte sur un montant n'atteignant même pas le quart du seuil prévu par les règles du droit de l'Union et dont le lieu d'exécution est situé à 200 kilomètres de la frontière avec un autre État membre, puisse présenter un intérêt transfrontalier certain au seul motif qu'un certain nombre d'offres ont été déposées par des entreprises établies dans l'État membre considéré et situées à une distance considérable du lieu d'exécution des travaux en cause.

25 En effet, cet élément est nettement insuffisant eu égard aux circonstances de l'espèce au principal et, en tout cas, ne saurait être le seul dont il convienne de tenir compte, dans la mesure où les soumissionnaires potentiels provenant d'autres États membres sont susceptibles de faire face à des contraintes et à des charges supplémentaires tenant, notamment, à l'obligation de s'adapter au cadre juridique et administratif de l'État membre d'exécution ainsi qu'à des exigences linguistiques.

26 Dans ces circonstances, la Cour se trouve dans l'impossibilité d'apporter une réponse utile à la question posée par la juridiction de renvoi aux fins de la solution du litige dont celle-ci est saisie, ce qui constitue l'objectif de la coopération établie à l'article 267 TFUE.

27 Il s'ensuit que la demande de décision préjudicielle est irrecevable.

Sur les dépens

28 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit :

La demande de décision préjudicielle introduite par le Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (tribunal administratif régional du Piémont, Italie) par décision du 29 avril 2015 est irrecevable.

Signatures