Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
MME ELEANOR SHARPSTON
présentées le 1er décembre 2016 [1]

Affaire C-298/15

UAB « Borta »

[demande de décision préjudicielle présentée par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie, Lituanie)]

«Marchés publics — Critères de sélection qualitative — Obligation incombant à l'adjudicataire d'exécuter lui-même "les travaux principaux" — Preuve de la capacité professionnelle — Offre présentée par un groupement d'opérateurs — Exigence de proportionnalité entre la contribution de chaque partenaire et sa contribution à établir sa capacité professionnelle — Procédure de passation de marché — Modification du cahier des charges en cours de procédure — Principes d'égalité de traitement et de transparence»

1. Cette demande de décision préjudicielle présentée par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) porte sur une clause figurant dans un appel d'offres concernant la passation d'un marché de travaux publics pour la construction d'un quai dans le port de Klaipėda (Lituanie). La clause en question contient des dispositions régissant les offres présentées par les parties à un accord de partenariat. Ces dispositions exigent de chaque partenaire qu'il *exécute* une part du marché équivalant proportionnellement à sa contribution à établir l'expérience professionnelle du partenariat, au stade de la *passation* du marché public. La juridiction de renvoi éprouve des doutes quant à la compatibilité de cette exigence avec les règles relatives à la mise en commun de capacités professionnelles, prévues par le droit de l'Union en matière de marchés publics. Dans la mesure où la clause litigieuse n'a été publiée que plusieurs semaines après la publication de l'appel d'offres lui-même, la juridiction de renvoi aimerait également savoir si (et, le cas échéant, dans quelles circonstances) les pouvoirs adjudicateurs peuvent modifier le cahier des charges au cours de la procédure de passation de marché. La juridiction de renvoi soulève également d'office la question de savoir si le droit de l'Union en matière de marchés publics s'oppose à une disposition du droit lituanien qui interdit de sous-traiter « les travaux principaux » dans le cadre de marchés publics de travaux.

2. Une première difficulté concerne la compétence de la Cour pour répondre à ces questions. La juridiction de renvoi a fait part de ses interrogations dans le cadre de la directive 2004/17/CE [2]. Toutefois, il est constant que la valeur estimée du marché public en cause n'atteint pas le seuil pertinent et que cette directive ne s'applique donc pas au litige au principal. Cette directive a-t-elle été rendue directement et inconditionnellement applicable au marché en cause par la législation lituanienne ? Dans l'affirmative, il est de jurisprudence constante que la Cour est compétente pour interpréter les dispositions pertinentes de cette directive. Par ailleurs, si le marché en cause présente

1 — Langue originale : l'anglais.

2 — Directive 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 (JO 2004, L 134, p. 1). La version pertinente de cette directive est celle qui a été modifiée en dernier lieu par le règlement (UE) nº 1336/2013 de la Commission, du 13 décembre 2013 (JO 2013, L 335, p. 17).

un intérêt transfrontalier certain, sa passation sera soumise aux règles fondamentales et aux principes généraux du TFUE (notamment aux principes de libre circulation prévus aux articles 49 et 56 TFUE) et il appartient alors à la Cour de fournir des indications utiles à la juridiction de renvoi sur ce fondement.

Cadre juridique

Le droit de l'Union

3. Le considérant 9 de la directive 2004/17 énonce :

« En vue de garantir l'ouverture à la concurrence des marchés publics attribués par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, il est souhaitable que soient élaborées des dispositions instaurant une coordination communautaire des marchés dépassant une certaine valeur. Cette coordination est fondée sur les exigences résultant des articles 14, 28 et 49 du traité CE et de l'article 97 du traité Euratom, à savoir le principe d'égalité de traitement, dont le principe de non-discrimination n'est qu'une expression particulière, le principe de reconnaissance mutuelle, le principe de proportionnalité, ainsi que le principe de transparence. Compte tenu de la nature des secteurs concernés par cette coordination, celle-ci devrait, tout en sauvegardant l'application des principes en question, créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité. »

4. Le considérant 43 indique qu'il convient de prévoir des dispositions en matière de sous-traitance, afin de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics.

5. L'article 10 prévoit que « les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence ».

6. L'article 11, paragraphe 2, énonce :

« Les groupements d'opérateurs économiques sont autorisés à soumissionner ou à se porter candidats. Pour la présentation d'une offre ou d'une demande de participation, les entités adjudicatrices ne peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques aient une forme juridique déterminée, mais le groupement retenu peut être contraint de revêtir une forme juridique déterminée lorsque le marché lui a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché. »

7. L'article 37 (« Sous-traitance ») prévoit :

« Dans le cahier des charges, l'entité adjudicatrice peut demander ou peut être obligée par un État membre de demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés. Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'opérateur économique principal. »

8. Conformément à l'article 38 (« Conditions d'exécution du marché ») :

« Les entités adjudicatrices peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant que ces conditions soient compatibles avec le droit [de l'Union] et soient indiquées dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales. »

9. L'article 53 (« Systèmes de qualification ») prévoit notamment :

« 1. Les entités adjudicatrices peuvent, si elles le souhaitent, établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économiques.

[…]

2. Le système prévu au paragraphe 1 peut comprendre plusieurs stades de qualification.

Il est géré sur la base de critères et de règles de qualification objectifs définis par l'entité adjudicatrice.

[…]

5. Lorsque les critères et les règles de qualification visés au paragraphe 2 comportent des exigences relatives aux capacités techniques et/ou professionnelles de l'opérateur économique, il peut, le cas échéant, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver à l'entité adjudicatrice qu'il disposera de ces moyens pendant toute la période de validité du système de qualification, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités de mettre à la disposition de l'opérateur économique les moyens nécessaires.

Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 11 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

[…] »

Le droit lituanien

10. L'article 2, paragraphe 29, de la Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (loi lituanienne relative aux marchés publics) définit le fournisseur en termes généraux comme étant tout opérateur économique, qu'il s'agisse d'une personne physique, d'une personne morale de droit privé, d'une personne morale de droit public ou de toute autre organisation ou branche des personnes précitées ou un groupement de ces personnes, qui est en mesure de proposer ou qui propose des biens, des services ou des travaux.

11. Conformément à l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics, le cahier des charges exige du candidat ou soumissionnaire qu'il précise dans son offre à quels sous-traitants il envisage d'avoir recours, et peut requérir dudit candidat ou soumissionnaire qu'il indique la part du marché qu'il a l'intention de leur sous-traiter. Toutefois, en cas de recours à des sous-traitants pour l'exécution d'un marché de travaux, les travaux principaux, tels que précisés par le pouvoir adjudicateur, doivent être réalisés par le fournisseur.

12. Conformément à l'article 27, paragraphe 4, de la loi relative aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut, de sa propre initiative, à tout moment avant la date limite de présentation des offres, apporter des clarifications au cahier des charges.

13. L'article 32, paragraphe 3, de la loi relative aux marchés publics prévoit que, si cela est nécessaire dans le cadre spécifique d'un appel d'offres, un fournisseur peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature de son rapport juridique avec ces derniers. Dans ce cas, le fournisseur est tenu de prouver au pouvoir adjudicateur que ces ressources seront à sa disposition pour l'exécution du marché. Un groupement d'opérateurs économiques peut, dans les mêmes conditions, avoir recours aux capacités de membres du groupement ou à celles d'autres opérateurs économiques.

Les faits à l'origine du litige, la procédure au principal et les questions préjudicielles

14. Le 2 avril 2014, VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (direction du port maritime national de Klaipėda, ci-après l'« autorité portuaire »), une entreprise publique lituanienne, a publié un appel d'offres pour des « Travaux de construction concernant le "Renouvellement des quais n° 67 et n° 68. Étape 1" ». Cet appel d'offres a également été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* le 5 avril 2014 [3].

15. Le point 3.2.1 du cahier des charges comportait l'exigence suivante : « S'agissant des travaux principaux de construction et d'installation (construction ou renouvellement des quais du port maritime), les volumes annuels moyens de travaux effectués par les fournisseurs au cours des cinq dernières années ou au cours de la période écoulée à compter de la date d'enregistrement du fournisseur (lorsque le fournisseur exerce son activité depuis moins de cinq ans) doivent correspondre à un montant d'au moins 5 000 000 litas lituaniens (LTL) (1 448 100,09 euros) hors TVA ».

16. Le point 4.2.3 du cahier des charges exigeait que toute offre « précise les engagements des parties opérant dans le cadre d'un accord de partenariat concernant la mise en œuvre du marché, ainsi que la part en pourcentage de ces engagements, et indique que cette répartition du volume des prestations ne s'applique qu'aux parties à l'accord et ne crée aucune obligation à la charge du client (le pouvoir adjudicateur) ».

17. La version initiale du point 4.3 du cahier des charges prévoyait les dispositions suivantes :

« Lorsque l'offre est présentée par des fournisseurs opérant dans le cadre d'un accord de partenariat, les exigences prévues [au point 3.2.1] doivent être satisfaites par au moins l'un des partenaires participant aux activités communes ou par toutes les parties opérant dans le cadre de l'accord de partenariat, considérées dans leur ensemble. […] Conformément à l'article 24, paragraphe 5, de [la loi relative aux marchés publics], [l'autorité portuaire] indique que les travaux principaux figurent au point 1.2.8 de la partie "Construction" du métré et que, par conséquent, ces travaux doivent être réalisés par le fournisseur lui-même» [4].

18. Le 24 avril 2014, l'autorité portuaire a publié, à son initiative, une première modification du point 4.3 du cahier des charges. Cette nouvelle version, qui a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne*, prévoyait notamment que, lorsque l'offre était présentée par des fournisseurs opérant dans le cadre d'un accord de partenariat, chaque partenaire participant aux activités communes devait satisfaire à au moins 50 % de l'exigence visée au point 3.2.1. Suite à cette modification, l'autorité portuaire a prolongé le délai de présentation des offres.

3 — JO 2014, S 68-117458.

4 — La juridiction de renvoi explique que ces travaux principaux consistent, notamment, en la construction d'un mur en acier rainuré, soutenu par des poutres porteuses.

19. Le 3 mai 2014, UAB Borta, une société à responsabilité limitée de droit lituanien, a contesté cette redéfinition auprès de l'autorité portuaire. Partant, l'autorité portuaire a, par décision du 9 mai 2014, modifié pour la seconde fois le point 4.3 du cahier des charges [5]. La nouvelle version (qui est la version finale) de ce point est formulée de la façon suivante :

« Lorsque l'offre est présentée par des fournisseurs opérant dans le cadre d'un accord de partenariat, les exigences prévues aux points 3.2.1 […] doivent être satisfaites par au moins l'un des partenaires participant aux activités communes ou par toutes les parties opérant dans le cadre de l'accord de partenariat, considérées dans leur ensemble. La contribution d'un partenaire (le volume de travaux réalisés) dans le cadre de l'accord de partenariat doit être proportionnelle à sa contribution à satisfaire l'exigence visée au point 3.2.1 […], ainsi qu'au volume de travaux qu'il réalisera effectivement si l'offre est retenue (exécution du marché) [6]. […] Conformément à l'article 24, paragraphe 5, de [la loi relative aux marchés publics], [l'autorité portuaire] indique que les travaux principaux figurent au point 1.2.8 de la partie "Construction" du métré et que, par conséquent, ces travaux doivent être réalisés par le fournisseur lui-même. »

20. Suite à la dernière modification qui a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne*, le délai de présentation des offres a été prolongé pour la deuxième fois et la date limite a été fixée au 12 juin 2014.

21. Le 12 juin 2014, Borta a présenté une offre dans laquelle elle a proposé de réaliser ces travaux pour un montant équivalant en LTL à environ 4 761 460 euros. Il s'agissait de l'offre la plus élevée [7].

22. Borta a néanmoins contesté la version finale du point 4.3 du cahier des charges auprès de l'autorité portuaire et, suite au rejet de cette réclamation, devant le Klaipėdos apygardos teismas (tribunal régional de Klaipėda, Lituanie). Le 18 août 2014, le Klaipėdos apygardos teismas (tribunal régional de Klaipėda) a rejeté ce recours. Borta a interjeté appel de ce jugement devant le Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie, Lituanie), qui a rejeté cet appel le 13 novembre 2014. Les deux juridictions ont considéré en substance que, d'une part, la clause contestée figurant dans l'appel d'offres était justifiée par la nature de l'objet du marché et par son importance pour l'intérêt public et que, d'autre part, la responsabilité solidaire entre les parties à l'accord de partenariat à l'égard de l'autorité portuaire ne garantissait pas, en elle-même, une bonne exécution du marché public. Elles ont également rejeté l'argument selon lequel les modifications successives du cahier des charges étaient illégales, dans la mesure où l'article 27, paragraphe 4, de la loi relative aux marchés publics autorise explicitement l'autorité portuaire à apporter des clarifications à ce cahier des charges.

23. Borta a introduit un pourvoi en cassation contre cet arrêt du Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie) devant le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) qui a sursis à statuer et saisi la Cour d'une demande de décision préjudicielle sur les questions suivantes :

« 1) Les dispositions des articles 37, 38, 53 et 54 de la directive 2004/17, lues en combinaison ou séparément (mais sans s'y limiter), doivent-elles être comprises et interprétées en ce sens que :

a) celles-ci s'opposent à une réglementation nationale selon laquelle, en cas de recours à des sous-traitants en vue d'exécuter un marché de travaux, les travaux principaux, tels que définis par le pouvoir adjudicateur, doivent être réalisés par l'adjudicataire [8] ?

5 — Dans le même temps, le pouvoir adjudicateur a, à son initiative, légèrement remanié le point 4.2.3 du cahier des charges. Cette modification apportée au cahier des charges n'est néanmoins pas en cause dans le litige au principal.

6 — Je ferai référence à cette dernière exigence comme étant la « condition de correspondance ». L'on peut supposer que le « volume des travaux » est évalué en argent.

7 — L'offre de l'adjudicataire s'élevait à un montant équivalant en LTL à environ 3 168 400 euros.

8 — Dans son ordonnance, la juridiction de renvoi indique qu'elle a soulevé cette question « d'office » pour la protection de l'intérêt public.

b) celles-ci s'opposent à des modalités, définies dans les documents d'appel d'offres, permettant de grouper les capacités professionnelles des fournisseurs, telles que celles définies par le pouvoir adjudicateur dans la condition de l'appel d'offre litigieux, qui exigent que la part afférente aux capacités professionnelles de l'opérateur économique concerné (d'une partie à l'accord d'association) doit correspondre proportionnellement à la part des travaux qu'il réalise réellement dans le cadre du marché public ?

2) Les dispositions des articles 10, 46, 47 de la directive 2004/17, lues en combinaison ou séparément (mais sans s'y limiter), doivent-elles être comprises et interprétées en ce sens que :

a) les principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence ne sont pas violés lorsque le pouvoir adjudicateur :

— définit en avance dans les documents d'appel d'offres une possibilité générale de groupement des capacités professionnelles des fournisseurs, mais pas ses modalités concrètes de mise en œuvre ;

— définit plus précisément par la suite, au cours de la procédure d'appel d'offres, les conditions d'appréciation des qualifications des fournisseurs en prévoyant certaines limitations au groupement des capacités professionnelles des fournisseurs ; ou

— prolonge, en raison de cette définition plus précise du contenu des exigences de qualification, le délai limite de présentation des offres et annonce cette prolongation au *Journal officiel [de l'Union européenne*] ?

b) une limitation du groupement des capacités des fournisseurs ne doit pas être clairement annoncée en avance si, en raison de la spécificité de l'activité du pouvoir adjudicateur et des caractéristiques du marché public, celle-ci peut être prévisible et justifiable ? »

24. L'autorité portuaire, le gouvernement lituanien et la Commission européenne ont présenté des observations écrites. Ces mêmes parties, ainsi que Borta, ont été entendues lors de l'audience du 1er juin 2016.

Analyse

Remarques liminaires

25. Le gouvernement lituanien a fait observer lors de l'audience que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics a transposé la nouvelle règle en matière de sous-traitance, figurant à l'article 79, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE[9] avant l'expiration du délai de transposition de cette directive et que, par conséquent, la Cour devrait examiner la présente demande de décision préjudicielle uniquement au regard de cette directive[10]. L'autorité portuaire a adopté une position

9 — Directive 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 (JO 2014, L 94, p. 243). Conformément à cette disposition, « pour les marchés de travaux, les marchés de services et les travaux de pose et d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, les entités adjudicatrices peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 37, paragraphe 2, par un participant dudit groupement ». Une règle similaire est prévue à l'article 63, paragraphe 2, de 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/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

10 — Il ressort des observations écrites présentées par le gouvernement lituanien que, au moment des faits pertinents, la directive 2014/25 n'avait pas encore été intégralement transposée en droit lituanien.

similaire. La Commission a fait valoir, au contraire, que la directive 2014/25 ne pouvait pas être prise en compte. Premièrement, l'adoption de l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics était antérieure à celle de la directive. Deuxièmement, la Lituanie a omis de notifier à la Commission les mesures de transposition en droit lituanien de la directive 2014/25.

26. Conformément à une jurisprudence constante, la directive applicable est, en principe, celle en vigueur au moment où le pouvoir adjudicateur choisit le type de procédure qu'il va suivre et tranche définitivement la question de savoir s'il y a ou non obligation de procéder à une mise en concurrence préalable pour l'adjudication d'un marché public. En revanche, une directive *ne* s'applique *pas* si son délai de transposition a expiré après ce moment [11].

27. La directive 2014/25 a abrogé la directive 2004/17 avec effet à compter du 18 avril 2016. Elle ne s'applique donc pas au litige au principal, dans le cadre duquel l'appel d'offres a été publié le 2 avril 2014. Ainsi que l'a indiqué récemment la Cour concernant la directive 2014/24, appliquer cette directive avant l'expiration de son délai de transposition empêcherait non seulement les États membres, mais également les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques, de bénéficier d'un délai suffisant pour s'adapter aux nouvelles dispositions qu'elle a introduites [12]. À mon sens, procéder ainsi ne serait pas non plus conforme au principe de sécurité juridique [13]. Il en va de même, par analogie, pour la directive 2014/25.

28. Ensuite, il est constant que la valeur du marché en cause (qui peut vraisemblablement être évaluée par rapport à l'offre la plus élevée ayant été présentée, à savoir une offre équivalant en LTL à un montant de 4 761 459,72 euros) est inférieure au seuil de 5 186 000 euros, fixé pour les marchés de travaux, au moment des faits pertinents, à l'article 16, sous b), de la directive 2004/17. Comme le fait observer la juridiction de renvoi, le marché public en question ne relève donc pas du champ d'application de la directive 2004/17.

29. La juridiction de renvoi affirme néanmoins que la Cour a compétence pour répondre aux questions posées. Premièrement, l'autorité portuaire avait clairement l'intention de considérer l'appel d'offres comme ayant une portée internationale en publiant ce dernier, ainsi que les modifications ultérieures du cahier des charges, dans le *Journal officiel de l'Union européenne*. Cela est confirmé par le fait que deux entreprises non lituaniennes ont présenté des offres. La juridiction de renvoi indique également en substance que le législateur lituanien a décidé, lors de la transposition de la directive 2004/17 dans la loi relative aux marchés publics, d'appliquer certaines règles prévues par cette directive à des procédures de marchés publics qui ne relèvent pas du champ d'application de ladite directive.

30. Lors de l'audience, le gouvernement lituanien a ajouté que la loi lituanienne exige que les pouvoirs adjudicateurs opèrent un choix procédural lorsqu'ils organisent une procédure de passation pour un marché dont la valeur estimée est inférieure au seuil pertinent. Ils peuvent décider d'appliquer soit la procédure simplifiée prévue par le droit national pour ce type de marchés, soit la procédure applicable aux marchés publics excédant le seuil pertinent. Dans cette seconde hypothèse et en application du droit de l'Union en vigueur au moment des faits pertinents, les dispositions – selon l'objet du marché public – de la directive 2004/17 ou de la directive 2004/18/CE [14] seraient devenues contraignantes pour le pouvoir adjudicateur. Les juridictions nationales auraient également dû les appliquer.

11 — Arrêts du 10 juillet 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, point 31 et jurisprudence citée), ainsi que du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, point 83).

12 — Arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, point 86).

13 — Voir, par analogie, arrêt du 15 octobre 2009, Hochtief et Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, point 29 et jurisprudence citée). Voir également arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France (C-337/98, EU:C:2000:543, point 40).

14 — Directive 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).

31. Dans certaines conditions, le caractère purement interne d'une situation ne fait pas obstacle à ce que la Cour réponde à une question posée au titre de l'article 267 TFUE [15]. Tel peut être le cas, notamment, dans l'hypothèse où le droit national impose à la juridiction de renvoi de faire bénéficier un ressortissant de l'État membre dont cette juridiction relève des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit de l'Union dans la même situation ou lorsque la demande de décision préjudicielle porte sur des dispositions du droit de l'Union auxquelles le droit national d'un État membre renvoie pour déterminer les règles applicables à une situation purement interne à cet État [16].

32. En ce qui concerne cette dernière hypothèse, la compétence de la Cour s'étend à des questions relatives à des dispositions du droit de l'Union lorsque les faits au principal se situent en dehors du champ d'application de ce droit, mais que ces dispositions ont été rendues *directement* et *inconditionnellement* applicables par le droit national afin d'assurer un traitement identique aux situations internes et à celles régies par le droit de l'Union [17]. En effet, il est dans l'intérêt de l'Union que, afin d'éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme lorsque, pour les solutions qu'elle apporte à des situations ne relevant pas du champ d'application de l'acte de l'Union concerné, une législation nationale se conforme à celles retenues par ledit acte, afin d'assurer un traitement identique aux situations internes et aux situations régies par le droit de l'Union, quelles que soient les conditions dans lesquelles les dispositions ou les notions reprises du droit de l'Union sont appelées à s'appliquer [18].

33. En l'espèce, toutefois, il n'y a pas suffisamment d'indications précises qui puissent laisser entendre que les dispositions du droit de l'Union citées ont été « rendues directement et inconditionnellement applicables par le droit national » de manière à garantir que les situations internes et celles régies par le droit de l'Union soient toutes soumises aux mêmes règles [19]. Notamment, ni la juridiction de renvoi ni le gouvernement lituanien n'ont indiqué à la Cour de disposition spécifique du droit lituanien rendant la directive 2004/17 directement et inconditionnellement applicable aux marchés publics d'une valeur inférieure au seuil pertinent fixé à l'article 16 de cette directive [20]. J'en conclus donc que la Cour n'est pas compétente pour interpréter la directive 2004/17 dans le cadre de la présente procédure.

34. Les questions posées visent uniquement une interprétation de la directive 2004/17. Néanmoins, en vue de fournir une réponse utile à une juridiction nationale qui lui a adressé une question préjudicielle, la Cour peut être amenée à prendre en considération des normes du droit de l'Union auxquelles le juge national n'a pas fait référence dans sa demande de décision préjudicielle [21].

35. Il est donc nécessaire de déterminer si la Cour est compétente pour répondre aux questions posées en se fondant sur les principes généraux du TFUE, en particulier les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, ainsi que l'obligation de transparence qui en découle. Cela présuppose, conformément à une jurisprudence constante, que le marché concerné présente un

15 — Voir, notamment, ordonnance du 3 juillet 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, point 38).

16 — Voir, notamment, ordonnances du 3 juillet 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, point 39 et jurisprudence citée), ainsi que du 12 mai 2016, Security Service e.a. (C-692/15 à C-694/15, EU:C:2016:344, point 27).

17 — Arrêts du 22 décembre 2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, point 21 et jurisprudence citée), ainsi que du 18 décembre 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, point 23).

18 — Arrêt du 7 novembre 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, point 22 et jurisprudence citée).

19 — Voir, notamment, arrêt du 18 octobre 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, point 51). Dans son arrêt du 14 janvier 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, points 19 à 21), la Cour a accepté d'interpréter la directive 2004/18 en tenant compte, notamment, du point de vue formulé par le gouvernement lituanien, selon lequel les dispositions de la loi lituanienne relative aux marchés de travaux publics étaient applicables aux marchés de travaux publics d'un montant inférieur au seuil fixé par la directive 2004/18. La Cour n'a néanmoins retenu sa compétence pour répondre aux questions préjudicielles que « sous réserve des vérifications à opérer par la juridiction de renvoi ».

20 — Voir, par analogie, arrêt du 18 décembre 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, point 25).

21 — Voir, notamment, arrêts du 10 octobre 2013, Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, point 24 et jurisprudence citée), ainsi que du 16 avril 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, point 17 et jurisprudence citée).

intérêt transfrontalier certain eu égard, notamment, à son importance et au lieu de son exécution [22]. L'existence de cet intérêt transfrontalier doit être appréciée sur la base de l'ensemble des critères pertinents, tels que l'importance économique du marché, le lieu géographique de son exécution ou ses aspects techniques, en ayant égard aux caractéristiques propres du marché concerné [23].

36. La Cour a déjà jugé que l'existence d'un intérêt transfrontalier peut être établie, notamment, par 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 [24]. Ainsi, un marché de travaux peut présenter un intérêt transfrontalier du fait de sa valeur estimée, en liaison avec sa technicité ou une localisation des travaux à un endroit qui est propice à attirer l'intérêt d'opérateurs étrangers [25].

37. La Cour laisse dans certains cas à la juridiction de renvoi le soin de vérifier l'existence d'un intérêt transfrontalier [26]. En l'espèce, toutefois, la Cour dispose de suffisamment d'éléments pour conclure que le marché public en cause présente effectivement un tel intérêt transfrontalier. Tout d'abord, la valeur estimée du marché est importante [27]. En outre, le port maritime de Klaipėda est l'un des ports les plus importants de la mer Baltique. La construction de quais de port maritime telle que celle prévue par la procédure de passation de marché en cause requiert, de surcroît, des compétences techniques élevées que seul un nombre limité d'entreprises peut être présumé posséder. Enfin, l'attractivité de ce marché public pour les opérateurs étrangers est confirmée par le fait que deux entreprises non lituaniennes ont présenté des offres [28], l'une d'entre elles ayant finalement obtenu le marché.

38. Il convient donc d'examiner les questions posées au regard des principes généraux d'égalité de traitement et de transparence découlant des articles 49 et 56 TFUE qui doivent être respectés lors de la passation de marchés publics [29]. Étant donné que les articles 49 et 56 TFUE s'appliquent à un marché tel que celui en cause au principal, l'autorité portuaire est tenue de respecter l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité et l'obligation de transparence qui découlent de ces articles [30].

La restriction au recours à la sous-traitance figurant à l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics [première question, sous a)]

39. Par le point a) de sa première question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si le droit de l'Union s'oppose à une disposition telle que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics qui exige que, dans le cadre de marchés publics de travaux, le soumissionnaire est tenu de réaliser lui-même les « travaux principaux » tels que spécifiés par le pouvoir adjudicateur.

22 — Voir, notamment, arrêts du 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, EU:C:2012:817, point 23) ; du 10 juillet 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, point 24), ainsi que du 18 décembre 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, point 27).

23 — Voir, en dernier lieu, arrêt du 14 juillet 2016, Promoimpresa e.a. (C-458/14 et C-67/15, EU:C:2016:558, point 66 et jurisprudence citée). Voir également mes conclusions dans l'affaire Commission/Finlande (C-195/04, EU:C:2007:28, point 55).

24 — Arrêt du 16 avril 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, point 20).

25 — Voir arrêts du 15 mai 2008, SECAP et Santorso (C-147/06 et C-148/06, EU:C:2008:277, point 24), ainsi que du 17 novembre 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, point 51).

26 — Voir, notamment, arrêts du 23 décembre 2009, Serrantoni et Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, point 25), ainsi que du 14 novembre 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, point 30 et jurisprudence citée).

27 — Voir, par analogie, arrêt du 16 avril 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, point 20).

28 — Voir arrêts du 15 mai 2008, SECAP et Santorso (C-147/06 et C-148/06, EU:C:2008:277, point 24), ainsi que du 17 novembre 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, point 51).

29 — Voir, notamment, arrêts du 13 novembre 2007, Commission/Irlande (C-507/03, EU:C:2007:676, point 26), ainsi que du 10 juillet 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, point 27). La Cour a jugé à plusieurs occasions que l'objectif poursuivi par la coordination des procédures de passation de marchés publics au niveau de l'Union consiste précisément à supprimer les entraves à la libre circulation des services et des marchandises et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un État membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre (voir, notamment, arrêts du 3 octobre 2000, University of Cambridge [C-380/98, EU:C:2000:529, point 16] ; du 18 octobre 2001, SIAC Construction [C-19/00, EU:C:2001:553, point 32], ainsi que du 24 janvier 2008, Lianakis e.a. [C-532/06, EU:C:2008:40, point 39]).

30 — Voir, par analogie, arrêt du 18 décembre 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, point 32 et jurisprudence citée).

40. Borta n'a pas contesté la légalité de cette restriction au recours à la sous-traitance dans le cadre de son pourvoi en cassation devant la juridiction de renvoi. Cette dernière a posé cette question « d'office » dans l'intérêt public. En réalité, il n'apparaît pas d'emblée clairement si les faits au principal comportent un recours à la sous-traitance. Une offre présentée dans le cadre d'un accord de partenariat peut impliquer que, lorsque cette offre est retenue, tous les partenaires deviennent parties au marché public avec le pouvoir adjudicateur. Ce cas de figure n'implique pas un recours à la sous-traitance, qui n'a lieu que lorsque le marché est exécuté (en totalité ou en partie) par des tiers au marché [31]. À l'inverse, un accord de partenariat impliquerait un recours à la sous-traitance s'il était prévu qu'un seul des partenaires agisse formellement en tant que soumissionnaire, mais que le marché était exécuté par l'ensemble des partenaires ou si ces derniers créaient une société commune, signataire du contrat à la place des partenaires eux-mêmes. Seul un nombre limité d'informations concernant l'offre présentée par Borta est disponible et il n'appartient pas à la Cour de vérifier si cette offre impliquait effectivement ou potentiellement un recours à la sous-traitance.

41. Conformément à une jurisprudence constante, la Cour ne peut pas statuer sur une question posée par une juridiction nationale lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation ou l'appréciation de la validité d'une règle du droit de l'Union, demandée par la juridiction nationale, n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal [32]. Cela n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Le point 4.3 du cahier des charges, qui fait l'objet du litige au principal, contient une référence explicite à l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics. Dans ce contexte, il n'apparaît pas que la première question préjudicielle, sous a), n'a manifestement aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige et cette question est en conséquence recevable [33].

42. J'en viens à présent au fond.

43. Conformément à une jurisprudence constante, les articles 49 et 56 TFUE s'opposent à toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayant l'exercice, par des ressortissants de l'Union, de la liberté d'établissement et de prestation des services garantie par ces dispositions [34].

44. En ce qui concerne les marchés publics, ainsi que la liberté d'établissement et de prestation de services, l'Union s'attache à garantir que l'ouverture d'un appel d'offres à la concurrence soit la plus large possible, même lorsque les directives en matière de marchés publics ne s'appliquent pas [35]. Cela est dans l'intérêt du pouvoir adjudicateur lui-même, qui disposera ainsi d'un choix plus large quant à l'offre la plus avantageuse et la mieux adaptée à ses besoins [36]. L'une des principales fonctions du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de son corollaire, l'obligation de transparence, est donc d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres [37].

31 — Voir, en ce qui concerne cette distinction, les conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558, point 22).

32 — Voir, notamment, arrêt du 12 mai 2011, Runevič-Vardyn et Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, point 33).

33 — Voir, par analogie, arrêt du 12 mai 2011, Runevič-Vardyn et Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, point 34).

34 — Arrêts du 23 décembre 2009, Serrantoni et Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, point 41), ainsi que du 10 juillet 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, point 28 et jurisprudence citée).

35 — Voir arrêts du 23 décembre 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, point 37) ; du 10 juillet 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, point 29), ainsi que du 11 décembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e.a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, point 51 et jurisprudence citée).

36 — Arrêt du 23 décembre 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, point 37 et jurisprudence citée).

37 — Arrêt du 10 octobre 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, point 28).

45. La sous-traitance contribue à la poursuite de ces objectifs dans la mesure où elle est susceptible de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics et d'accroître ainsi le nombre de candidats potentiels à l'adjudication des marchés publics [38].

46. En l'espèce, une disposition telle que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics limite clairement la possibilité offerte aux entreprises établies dans d'autres États membres d'exercer les droits que leur confèrent les articles 49 et 56 TFUE, dans la mesure où cette disposition les empêche, si elles présentent une offre dans le cadre de la passation du marché, soit de sous-traiter en totalité ou en partie « les travaux principaux » tels que définis par le pouvoir adjudicateur, soit de proposer leurs propres services en tant que sous-traitants pour cette part du marché. Comme le fait valoir à juste titre la Commission, l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics restreint donc la libre prestation de services et la liberté d'établissement.

47. Néanmoins, une telle restriction peut être justifiée dans la mesure où elle poursuit un objectif légitime d'intérêt général et pour autant qu'elle respecte le principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elle soit propre à garantir la réalisation de cet objectif et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci [39].

48. Le gouvernement lituanien explique que la restriction litigieuse au recours à la sous-traitance a été mise en place afin de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de protéger plus aisément leurs intérêts et de veiller à ce que les marchés ayant été sous-traités soient convenablement exécutés. Cette restriction visait notamment à traiter la situation courante dans laquelle des opérateurs économiques participaient aux procédures d'appel d'offres avec l'intention, si leur offre était retenue, de sous-traiter la majeure partie du marché. Il en résultait souvent une plus faible qualité des travaux ou des difficultés lors de leur exécution. Le gouvernement lituanien soutient en outre que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics est conforme à la position commune adoptée sur des questions similaires au sein du Conseil et ayant abouti, notamment, à l'adoption de la règle figurant désormais à l'article 79, paragraphe 3, de la directive 2014/25 [40]. Lors de l'audience, l'autorité portuaire a fait valoir en substance qu'elle avait un intérêt légitime à garantir que des travaux publics tels que ceux en cause au principal, qui présentent une importance stratégique pour la sécurité nationale, soient correctement exécutés.

49. Un pouvoir adjudicateur peut légitimement veiller à ce qu'un marché de travaux publics soit effectivement et correctement exécuté [41]. Cela vaut notamment lorsque les travaux en cause sont considérés comme étant nécessaires pour la sauvegarde de la sécurité nationale, qui relève, conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, des fonctions essentielles de l'État que l'Union européenne est tenue de respecter [42]. Par conséquent, un soumissionnaire peut être tenu d'apporter la preuve qu'il a effectivement à sa disposition les moyens des entités ou entreprises qu'il fait valoir, qui

38 — Voir, par analogie, arrêts du 10 octobre 2013, Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, point 34), ainsi que du 14 janvier 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, point 24). Voir également mes conclusions dans l'affaire Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, point 30).

39 — Voir, notamment, arrêts du 27 octobre 2005, Contse e.a. (C-234/03, EU:C:2005:644, point 25), ainsi que du 10 juillet 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, point 31). Voir également, sur le principe de proportionnalité appliqué en tant que principe général du droit de l'Union dans le cadre de procédures de passation de marché qui ne relèvent pas du champ d'application de la directive 2004/17 ou de la directive 2004/18, arrêt du 22 octobre 2015, Impresa Edilux et SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, point 29).

40 — La directive 2004/17 ne contient aucune règle comparable à cette disposition.

41 — Voir, par analogie, arrêt du 14 juillet 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, point 34 et jurisprudence citée). Voir également mes conclusions dans cette affaire (EU:C:2015:761, point 32 et jurisprudence citée).

42 — La question de savoir si des considérations de sécurité nationale peuvent être de nature à justifier une restriction aux principes du traité applicables dans le cadre du présent litige est une question différente qui ne nécessite pas d'être abordée en l'espèce.

ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché [43]. Partant, le pouvoir adjudicateur est en droit d'interdire le recours à des sous-traitants dont les capacités n'ont pas pu être vérifiées au cours de l'examen des offres et de la sélection de l'adjudicataire pour l'exécution de parties essentielles du marché [44].

50. Toutefois, la restriction à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement qu'implique l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics n'apparaît pas proportionnée à cet objectif.

51. En premier lieu, cette restriction s'applique même lorsque le pouvoir adjudicateur est en réalité en mesure de vérifier la capacité technique et économique des sous-traitants au cours de la procédure de passation du marché. Une alternative à cette restriction aurait (par exemple) pu consister à exiger de l'entrepreneur principal qu'il mentionne les sous-traitants lors de la soumission de son offre et qu'il établisse que, d'une part, les ressources de ces sous-traitants, nécessaires à l'exécution du marché, seront effectivement à sa disposition et que, d'autre part, ces sous-traitants sont aptes à réaliser les tâches qu'il envisage de leur confier.

52. En second lieu, l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics est également à la fois *trop rigide* et *trop vague* pour satisfaire à l'exigence de proportionnalité. Bien que les pouvoirs adjudicateurs semblent bénéficier d'une certaine flexibilité lorsqu'ils définissent pour chaque marché « les travaux principaux », la restriction au recours à la sous-traitance qui résulte de cette disposition est définie dans des termes particulièrement larges. Elle s'applique quel que soit l'objet du marché de travaux publics et elle s'impose aux pouvoirs adjudicateurs lorsque ceux-ci passent tout type de marché de travaux publics, y compris lorsque ces pouvoirs adjudicateurs peuvent considérer qu'il n'existe aucune raison évidente d'imposer une telle restriction.

53. Comme le fait observer la Commission, la restriction au recours à la sous-traitance prévue à l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics diffère à cet égard de l'article 79, paragraphe 3, de la directive 2014/25. Cette disposition donne simplement *la possibilité* à un pouvoir adjudicateur, notamment, d'exiger que certaines tâches *essentielles* soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent donc déterminer si, eu égard aux circonstances, cette limitation est opportune. Par conséquent, même si, comme l'affirme le gouvernement lituanien, l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics devait être considéré comme transposant l'article 79, paragraphe 3, de la directive 2014/25 en droit lituanien [45], cette transposition serait incorrecte.

54. Pour ces raisons, j'estime que, dans le cadre d'un marché public qui ne relève pas du champ d'application de la directive 2004/17 ou de la directive 2004/18, mais qui présente un intérêt transfrontalier certain, l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité et l'obligation de transparence qui découlent des articles 49 et 56 TFUE s'opposent à une règle nationale telle que celle contenue à l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics, qui prévoit que le soumissionnaire est tenu de réaliser lui-même les « travaux principaux » tels que définis par le pouvoir adjudicateur, sans avoir la possibilité de sous-traiter cette part du marché.

43 — Voir, par analogie, arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, point 37 et jurisprudence citée).

44 — Voir, par analogie, arrêts du 18 mars 2004, Siemens et ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, point 45), ainsi que du 14 juillet 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, point 34).

45 — Voir point 25 des présentes conclusions.

La légalité du point 4.3 du cahier des charges [première question, sous b)]

55. Le point b) de la première question porte sur le point de savoir si le droit de l'Union s'oppose aux stipulations d'un cahier des charges qui exigent que, lorsque des partenaires proposent d'associer leurs capacités professionnelles en présentant une offre commune, il doit exister une correspondance arithmétique entre la part du marché exécutée par chaque partie à l'accord de partenariat et la contribution de cette partie à satisfaire une condition relative à l'expérience professionnelle.

56. Dans l'affaire au principal, le point 4.3 du cahier des charges se rapporte à la passation du marché public. Cette clause doit être lue conjointement avec le point 4.2.3 du cahier des charges, qui exige que les offres présentées par des parties à un accord de partenariat indiquent les engagements (travaux ou services) qui seront réalisés par chacune de ces parties, ainsi que la part en pourcentage de ces engagements. Le pouvoir adjudicateur est donc en mesure de vérifier, lorsqu'il examine les offres et qu'il sélectionne celle qui sera retenue, que chaque partenaire sera chargé d'une part des travaux ou services correspondant à sa contribution à satisfaire l'exigence relative à l'expérience professionnelle, visée au point 3.2.1 du cahier des charges.

57. Les principes que j'ai exposés précédemment concernant la sous-traitance sont également pertinents s'agissant de parties à un accord de partenariat qui mettent en commun leurs capacités [46].

58. Selon moi, une exigence telle que celle prévue au point 4.3 du cahier des charges est susceptible de limiter la flexibilité des parties à un accord de partenariat. Cette exigence a une incidence non seulement sur la manière dont les partenaires conviennent de partager les responsabilités au stade de la présentation de l'offre commune, mais elle les empêche aussi, si le marché de travaux leur est attribué, de modifier à un stade ultérieur la contribution de chaque partenaire audit marché.

59. Par conséquent, l'exigence prévue au point 4.3 du cahier des charges est de nature à exercer un effet dissuasif sur les opérateurs économiques établis dans d'autres États membres. Elle affecte les opérateurs qui souhaiteraient s'établir dans l'État membre concerné par la création d'un groupement stable, constitué éventuellement d'entreprises nationales et étrangères. Elle affecte également les opérateurs qui souhaiteraient proposer leurs services en adhérant à de tels groupements déjà constitués, afin de pouvoir participer plus aisément à des procédures de marchés publics lancées par des pouvoirs adjudicateurs de cet État membre [47]. Une telle clause constitue donc une restriction au sens des articles 49 et 56 TFUE.

60. L'autorité portuaire et le gouvernement lituanien font valoir en substance que le point 4.3 du cahier des charges vise simplement à garantir que chaque partie à l'accord de partenariat ait la capacité professionnelle d'exercer la part du marché de travaux public dont elle sera responsable.

61. J'ai déjà indiqué que l'objectif visant à garantir une bonne exécution du marché public peut justifier une restriction (non discriminatoire) à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement [48]. Lorsqu'elles présentent une offre, les parties opérant dans le cadre d'un accord de partenariat peuvent être en mesure de satisfaire *collectivement* à la condition (ou aux conditions) tenant à la capacité professionnelle (y compris à l'expérience professionnelle) stipulée(s) par le pouvoir adjudicateur. Toutefois, cela n'offre aucune garantie que chaque partenaire sera ensuite effectivement chargé des tâches spécifiques pour lesquelles sa capacité professionnelle a été vérifiée préalablement à la passation de ce marché. Les articles 49 et 56 TFUE ne s'opposent donc pas en principe à ce qu'un pouvoir adjudicateur exige que les offres présentées dans le cadre d'accords de partenariat précisent

46 — Voir points 43 à 45, 47 et 49 des présentes conclusions.

47 — Voir, par analogie, arrêt du 23 décembre 2009, Serrantoni et Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, point 42).

48 — Voir point 49 des présentes conclusions.

les modalités de répartition des différentes tâches entre les partenaires, vérifie la capacité de chaque partenaire à exécuter les tâches dont il sera chargé et contrôle que, suite à la passation du marché, chaque partenaire exécute dûment les tâches pour lesquelles sa capacité professionnelle a été établie [49].

62. Toutefois, le point 4.3 du cahier des charges en cause dans le cadre du présent litige n'est pas propre à garantir la réalisation de cet objectif.

63. Ce point requiert qu'il existe une correspondance arithmétique entre la contribution de chaque partenaire à satisfaire l'exigence d'expérience professionnelle visée au point 3.2.1 et le « volume » (ou la valeur monétaire) des tâches effectivement réalisées par chaque partenaire lors de l'exécution du marché.

64. Comme le fait observer à juste titre la Commission, cette clause est *sans rapport* avec les *travaux ou services spécifiques* nécessaires à la bonne exécution du marché public en cause. À titre d'exemple, chaque partie à un accord de partenariat devrait être en mesure d'établir qu'elle a acquis de l'expérience dans la construction ou le renouvellement de quais de port maritime au cours des cinq dernières années. Collectivement, les partenaires remplissent ainsi l'exigence concernant l'expérience professionnelle visée au point 3.2.1 du cahier des charges. Toutefois, chacun d'entre eux peut être spécialisé dans un aspect différent de la construction de quais de port maritime tel que le dragage des bassins du port, la pose des fondations des travaux, la construction de murs en acier rainuré ou la fourniture et l'installation de l'équipement du quai du port maritime. L'exigence figurant au point 4.3 n'empêche pas que l'un des partenaires accomplisse des tâches spécifiques pour lesquelles il n'a, en réalité, pas l'expérience requise (bien que, d'un point de vue arithmétique, ces tâches puissent correspondre à la contribution de ce partenaire à satisfaire l'exigence visée au point 3.2.1 du cahier des charges et donc à se conformer au point 4.3 de celui-ci).

65. Par conséquent, je considère que l'objectif visant à garantir une bonne exécution du marché public ne peut pas, dans une situation telle que celle au principal, justifier la restriction à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement qui résulte du point 4.3 du cahier des charges. Cela est d'autant plus vrai que même des tâches représentant une faible part de la valeur totale du marché peuvent être essentielles à la bonne exécution de ce marché [50].

66. L'autorité portuaire soutient que le respect des principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence exige que l'on ne puisse tenir compte, lors de l'appréciation des capacités professionnelles de parties à un accord de partenariat, que des capacités professionnelles qui seront effectivement utilisées pour exécuter le marché public.

67. Bien que ces objectifs soient légitimes [51], cet argument ne saurait prospérer. En réponse à une question de la Cour lors de l'audience, l'autorité portuaire a expliqué que le cahier des charges n'empêchait pas des partenaires présentant une offre dans le cadre d'un accord de partenariat, de sous-traiter, de la même manière que les autres soumissionnaires, l'exécution du marché de travaux publics (à l'exception des « travaux principaux ») et que, dans ce cas, l'expérience professionnelle des sous-traitants n'avait *pas* à être déclarée au moment de la présentation de l'offre commune. Par conséquent, contrairement à ce qu'a soutenu l'autorité portuaire, le cahier des charges au principal ne garantissait en réalité pas que les capacités professionnelles que les partenaires ont déclaré posséder lors de la présentation d'une offre commune et que le pouvoir adjudicateur a vérifiées seraient effectivement utilisées pour exécuter le marché de travaux publics en cause.

49 — Le raisonnement sous-jacent est le même que dans le cadre du recours à la sous-traitance. Voir point 49 des présentes conclusions, ainsi que la jurisprudence citée par analogie dans les notes de bas de page 43 et 44.

50 — À titre d'exemple, les travaux d'étanchéité d'une infrastructure.

51 — Voir, en ce sens, arrêts du 23 décembre 2009, Serrantoni et Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, points 31 et 32 et jurisprudence citée), ainsi que du 22 octobre 2015, Impresa Edilux et SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, point 36).

68. J'en conclus donc que, dans le cadre d'un marché public d'une valeur inférieure au seuil fixé par la directive 2004/17 ou la directive 2004/18, mais présentant un intérêt transfrontalier certain, l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité et l'obligation de transparence qui découlent des articles 49 et 56 TFUE s'opposent à une clause figurant dans un appel d'offres, telle que le point 4.3 du cahier des charges en cause, qui exige que, lorsque des partenaires proposent d'associer leurs capacités professionnelles en présentant une offre commune, il doit exister une correspondance arithmétique entre la part du marché exécutée par chaque partie à l'accord de partenariat et la contribution de cette partie à satisfaire une condition relative à l'expérience professionnelle.

La légalité des modifications apportées au point 4.3 du cahier des charges au cours de la procédure de passation de marché (deuxième question)

69. Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité découlant des articles 49 et 56 TFUE, ainsi que l'obligation subséquente de transparence, s'opposaient-ils à ce que l'autorité portuaire modifie le point 4.3 du cahier des charges, comme elle l'a fait ?

70. La jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation de l'article 2 de la directive 2004/18 fournit des indications utiles pour répondre à cette question. Conformément à cette disposition, « les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence ». Cette disposition est donc fondée sur les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, ainsi que sur l'obligation de transparence qui découlent du TFUE [52].

71. La Cour a ainsi jugé que tant le principe d'égalité de traitement que l'obligation de transparence qui en découle exigent que l'objet de chaque marché ainsi que les critères de son attribution soient clairement définis dès le début de la procédure de passation de marché [53]. L'égalité de traitement impose que les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la présentation de leurs offres. Cela implique que les offres de tous les soumissionnaires soient soumises aux mêmes conditions [54]. En outre, l'obligation de transparence a pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Cela signifie que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution doivent être formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou le cahier des charges de façon, premièrement, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, deuxièmement, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier si les offres présentées satisfont aux critères régissant le marché en cause [55].

72. Par conséquent, un pouvoir adjudicateur ne peut pas modifier, ne serait-ce que par le biais de corrections, la portée des conditions essentielles du marché telles qu'elles ont été formulées dans le cahier des charges, sur lequel les opérateurs économiques intéressés se sont légitimement fondés pour prendre la décision de préparer la présentation d'une offre ou, au contraire, de renoncer à participer à la procédure de passation du marché concerné [56].

52 — Arrêt du 7 septembre 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, point 34).

53 — Arrêt du 10 décembre 2009, Commission/France (C-299/08, EU:C:2009:769, point 41), ainsi que du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas (C-368/10, EU:C:2012:284, point 56).

54 — Arrêt du 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, point 44).

55 — Voir, notamment, arrêt du 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, point 44 et jurisprudence citée) ; voir également arrêt du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas (C-368/10, EU:C:2012:284, point 88).

56 — Arrêt du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas (C-368/10, EU:C:2012:284, point 55).

73. Les mêmes principes s'appliquent lorsqu'un marché qui ne relève pas de la directive 2004/18 présente un intérêt transfrontalier certain. Dans l'affaire Enterprise Focused Solutions [57], la Cour a jugé qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait procéder, après la publication d'un avis de marché, à une modification de la spécification technique relative à un élément du marché, en violation des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, ainsi que de l'obligation de transparence [58]. Cela est conforme à d'autres arrêts dans lesquels la Cour a précisé que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'opposent, en règle générale, à ce qu'une offre soit modifiée après son dépôt, que ce soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou du soumissionnaire concerné, à moins que la modification ne corrige une erreur matérielle manifeste ou ne clarifie un point de détail figurant dans l'offre [59].

74. En l'espèce, l'autorité portuaire a agi en violation de ces principes en modifiant à deux reprises le point 4.3 du cahier des charges.

75. Tout d'abord, comme le fait observer la Commission, ces modifications ne peuvent pas être considérées comme étant des clarifications mineures de ce point ou des corrections d'une erreur matérielle. La version initiale du point 4.3 autorisait explicitement que l'exigence de capacité professionnelle visée au point 3.2.1 du cahier des charges soit satisfaite par au moins l'un des partenaires participant aux activités communes *ou* par tous les partenaires considérés dans leur ensemble. Les deux modifications (en date du 24 avril 2014 et du 9 mai 2014) ont introduit des restrictions concernant la preuve de la capacité professionnelle dans le cas d'un partenariat. Ces restrictions ne faisaient manifestement pas partie de la version initiale de ce point. Au contraire, elles ont modifié la substance du point 4.3 du cahier des charges, sur lequel les opérateurs économiques intéressés se fondaient déjà légitimement pour prendre la décision de préparer la présentation d'une offre ou de renoncer à participer à la procédure de passation de marché public. Pour cette raison, je suis en désaccord avec la thèse de l'autorité portuaire selon laquelle les soumissionnaires raisonnablement informés pouvaient anticiper les changements en question.

76. En outre, l'autorité portuaire n'a avancé aucune justification objective de nature à expliquer pourquoi elle a procédé à deux reprises à des modifications substantielles du point 4.3 du cahier des charges après avoir publié l'appel d'offre initial. Ainsi, bien qu'il appartienne en définitive à la juridiction de renvoi, en tant que seul juge des faits, de vérifier cet aspect, rien parmi les éléments dont dispose la Cour ne permet de conclure que ces modifications ont été rendues nécessaires par un changement fondamental, intervenu après la publication de l'appel d'offres, des circonstances dans lesquelles le marché public en cause devait être passé ou exécuté.

77. Il est possible d'imaginer des circonstances dans lesquelles un tel changement fondamental est susceptible de se produire et où le pouvoir adjudicateur serait confronté au dilemme de reprendre la procédure d'appel d'offres *ab initio* ou de modifier le cahier des charges. Chacune des deux solutions comporterait des inconvénients en termes de dépenses inutiles pour ceux qui sont déjà engagés dans le processus de présentation d'offres ; des problèmes évidents se poseraient en outre, notamment en ce qui concerne le risque d'abus ou de manipulation, la nécessité de transparence et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires (potentiels), ainsi que le remboursement (éventuel) des dépenses inutiles (en totalité ou en partie). Fort heureusement, aucun de ces points épineux ne requiert d'être tranché par la Cour en l'espèce et je n'ai pas l'intention de les aborder par la suite.

57 — Arrêt du 16 avril 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228).

58 — Arrêt du 16 avril 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, point 29).

59 — Voir, notamment, arrêt du 10 octobre 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, points 31 et 32).

78. Dans les circonstances de l'espèce, je conclus dès lors que l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité et l'obligation de transparence qui découlent des articles 49 et 56 TFUE s'opposent à des modifications du cahier des charges telles que celles en cause au principal, qui introduisent des restrictions qui ne faisaient manifestement pas partie de la version initiale du cahier des charges, concernant la preuve de la capacité professionnelle à fournir par les parties à un accord de partenariat.

79. Cette conclusion n'est pas remise en cause par le fait que les modifications ont été effectuées alors qu'aucune offre n'avait encore été présentée ou par la constatation que l'autorité portuaire a non seulement publié les modifications au *Journal officiel de l'Union européenne*, mais aussi prolongé le délai de présentation des offres. Comme je l'ai expliqué, les modifications successives apportées au point 4.3 du cahier des charges par l'autorité portuaire ont entraîné, sans justification objective, une modification essentielle des conditions dans lesquelles une offre pouvait être présentée par les parties à un accord de partenariat [60].

80. Enfin, je souhaiterais souligner que l'analyse que je propose en l'espèce résulte de la situation spécifique au principal. Cette analyse ne préjuge donc en aucun cas la façon dont les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, ainsi que l'obligation de transparence découlant du TFUE, s'appliqueraient dans des circonstances différentes.

Conclusion

81. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je suis d'avis que la Cour devrait répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) :

1) Dans le cadre d'un marché public qui ne relève pas du champ d'application de la 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 ou 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, mais qui présente un intérêt transfrontalier certain, l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité et l'obligation de transparence qui découlent des articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une règle nationale telle que celle contenue à l'article 24, paragraphe 5, de la Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (loi relative aux marchés publics), qui prévoit que le soumissionnaire est tenu de réaliser lui-même les « travaux principaux » tels que définis par le pouvoir adjudicateur, sans avoir la possibilité de sous-traiter cette part du marché.

2) Dans ce cadre également, l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité et l'obligation de transparence qui découlent des articles 49 et 56 TFUE s'opposent à une clause figurant dans un appel d'offres, telle que le point 4.3 du cahier des charges en cause au principal, qui exige que, lorsque les partenaires proposent d'associer leurs capacités professionnelles en présentant une offre commune, il doit exister une correspondance arithmétique entre la part du marché exécutée par chaque partie à l'accord de partenariat et la contribution de cette partie à satisfaire une condition relative à l'expérience professionnelle.

60 — Voir points 75 et 76 des présentes conclusions.

3) L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité et l'obligation de transparence qui découlent des articles 49 et 56 TFUE s'opposent à des modifications du cahier des charges telles que celles en cause au principal, qui introduisent, sans justification objective, des restrictions qui ne faisaient manifestement pas partie de la version initiale du cahier des charges, concernant la preuve de la capacité professionnelle à fournir par les parties à un accord de partenariat.