Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

20 décembre 2017 *

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics de travaux – Directive 2004/18/CE – Article 45, paragraphes 2 et 3 – Conditions d'exclusion de la participation au marché public – Déclaration relative à l'absence de jugements définitifs de condamnation des anciens administrateurs de la société soumissionnaire – Comportement délictueux d'un ancien administrateur – Condamnation pénale – Dissociation complète et effective entre l'entreprise soumissionnaire et cet administrateur – Preuve – Appréciation par l'entité adjudicatrice des exigences relatives à cette obligation »

Dans l'affaire C-178/16,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie), par décision du 1er décembre 2015, parvenue à la Cour le 24 mars 2016, dans la procédure

**Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA,**

**Guerrato SpA**

contre

**Provincia autonoma di Bolzano,**

**Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP),**

**Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),**

en présence de :

**Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA,**

**Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA,**

LA COUR (quatrième chambre),

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

avocat général : M. M. Campos Sánchez-Bordona,

greffier : Mme L. Hewlett, administrateur principal,

* Langue de procédure : l'italien.

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 5 avril 2017,

considérant les observations présentées :

– pour Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA et Guerrato SpA, par M[es] M. A. Sandulli et L. Antonini, avvocati,

– pour la Provincia autonoma di Bolzano et l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP), par M[e] C. Guccione, avvocato, M[e] R. von Guggenberg, Rechtsanwältin, M[es] L. Fadanelli, A. Roilo et S. Bikircher, avvocati,

– pour Società Italiana per Condotte d'acqua SpA, par M[es] A. Guarino et C. Martelli, avvocati,

– pour le gouvernement italien, par M[me] G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M[me] C. Pluchino et de M. P. Grasso, avvocati dello Stato,

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

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 21 juin 2017,

rend le présent

**Arrêt**

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous c) et g), et paragraphe 3, sous a), 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), ainsi que de certains principes généraux du droit de l'Union.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (ci-après « Mantovani ») et Guerrato SpA, la première agissant en son nom propre et en qualité de chef de file mandataire de l'association temporaire d'entreprises devant être constituée avec Guerrato, à la Provincia autonoma di Bolzano (province autonome de Bolzano, Italie) (ci-après la « province de Bolzano »), à l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) [Agence responsable des procédures et du contrôle des marchés publics de travaux, services et fournitures (ACP)] et à l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) [Autorité nationale de lutte contre la corruption (ANAC)] au sujet de l'exclusion de Mantovani de la procédure d'appel d'offres relative à l'adjudication d'un marché de travaux ayant pour objet le financement, l'élaboration du projet définitif et exécutif, la construction et la gestion du nouvel établissement pénitentiaire de Bolzano.

## *Le cadre juridique*

### *Le droit de l'Union*

3 Le considérant 2 de la directive 2004/18 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, 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 L'article 45 de la directive 2004/18, intitulé « Situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire », prévoit :

« 1. Est exclu de la participation à un marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif, dont le pouvoir adjudicateur a connaissance, pour une ou plusieurs des raisons énumérées ci-dessous :

[...]

En vue de l'application du présent paragraphe, les pouvoirs adjudicateurs demandent, le cas échéant, aux candidats ou soumissionnaires de fournir les documents visés au paragraphe 3 et peuvent, lorsqu'ils ont des doutes sur la situation personnelle de ces candidats/soumissionnaires, s'adresser aux autorités compétentes pour obtenir les informations sur la situation personnelle de ces candidats ou soumissionnaires qu'ils estiment nécessaires. Lorsque les informations concernent un candidat ou soumissionnaire établi dans un autre État que celui du pouvoir adjudicateur, le pouvoir adjudicateur peut demander la coopération des autorités compétentes. Suivant la législation nationale de l'État membre où les candidats ou soumissionnaires sont établis, ces demandes porteront sur les personnes morales et/ou sur les personnes physiques, y compris, le cas échéant, les chefs d'entreprise ou toute personne ayant le pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle du candidat ou du soumissionnaire.

2. Peut être exclu de la participation au marché, tout opérateur économique :

[...]

c) qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle ;

d) qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier ;

[...]

g) qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n'a pas fourni ces renseignements.

Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe.

3. Les pouvoirs adjudicateurs acceptent comme preuve suffisante attestant que l'opérateur économique ne se trouve pas dans les cas visés au paragraphe 1 et au paragraphe 2, points a), b), c), e) et f) :

a) pour le paragraphe 1 et le paragraphe 2, points a), b) et c), la production d'un extrait du casier judiciaire ou, à défaut, d'un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou de provenance et dont il résulte que ces exigences sont satisfaites ;

[...] »

### *Le droit italien*

5 Le decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (décret législatif nº 163/2006 portant création d'un code des marchés publics de travaux, de services et de fournitures en application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE), du 12 avril 2006 (supplément ordinaire à la GURI nº 100, du 2 mai 2006), tel que modifié par le décret-loi nº 70, du 13 mai 2011 (GURI nº 110, du 13 mai 2011, p. 1), converti en loi par la loi nº 106, du 12 juillet 2011 (GURI nº 160, du 12 juillet 2011, p. 1) (ci-après le « décret législatif nº 163/2006 »), régit en Italie, dans leur ensemble, les procédures de passation des marchés publics dans les secteurs des travaux, des services et des fournitures.

6 Le décret législatif nº 163/2006 contient, dans sa partie II, l'article 38 qui fixe les conditions générales de participation aux procédures de passation des concessions et des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. L'article 38, paragraphe 1, sous c), de ce décret dispose :

« Sont exclues de toute participation aux procédures d'adjudication de concessions et des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ni ne peuvent intervenir en qualité de sous-traitantes, et ne peuvent conclure les contrats y afférents les personnes :

[...]

c) qui ont fait l'objet d'un arrêt de condamnation passé en force de chose jugée ou d'une ordonnance pénale devenue définitive, ou encore d'un jugement d'application de la peine négociée, conformément à l'article 444 du code de procédure pénale, pour des infractions graves au préjudice de l'État ou de la Communauté affectant leur moralité professionnelle ; en tout état de cause, est source d'exclusion la condamnation prononcée par un jugement ayant autorité de chose jugée au motif de la commission d'un ou plusieurs délits de participation à une organisation criminelle, corruption, fraude, blanchiment de capitaux, tels que définis par les actes communautaires cités à l'article 45, paragraphe 1, de la directive 2004/18 ; l'exclusion et l'interdiction s'appliquent si le jugement ou l'ordonnance ont été rendus à l'encontre : du titulaire ou du directeur technique, s'il s'agit d'une entreprise individuelle ; des associés ou du directeur technique, s'il s'agit d'une société en nom collectif ; des associés commandités ou du directeur technique, s'il s'agit d'une société en commandite simple ; des administrateurs disposant du pouvoir de représentation, du directeur technique ou de l'associé unique personne physique, ou encore de l'associé majoritaire dans le cas d'une société de moins de quatre associés, s'il s'agit d'un autre type de société ou de consortium. En tout état de cause, l'exclusion et l'interdiction s'appliquent également aux personnes démises de leurs fonctions dans l'année ayant précédé la date de publication de l'avis de marché, dès lors que l'entreprise ne démontre pas qu'il y a eu une dissociation complète et effective de l'entreprise par rapport au comportement pénalement sanctionné ; l'exclusion et l'interdiction en tout état de cause n'opèrent pas quand l'infraction a été dépénalisée ou si une réhabilitation est intervenue, c'est-à-dire lorsque l'infraction a été déclarée éteinte après la condamnation ou en cas de révocation de ladite condamnation ; [...] »

### *Le litige au principal et la question préjudicielle*

7 Par un avis publié au *Journal officiel de l'Union européenne* le 27 juillet 2013 (S 145-251280), la province de Bolzano a lancé une procédure d'appel d'offres pour l'attribution, par procédure ouverte, d'un marché de travaux ayant pour objet le financement, la conception du projet définitif et exécutif, la construction et la gestion du nouvel établissement pénitentiaire de Bolzano. Le montant estimé des travaux s'élevait à 165 400 000 euros.

8 Mantovani a présenté une demande de participation le 16 décembre 2013, en son nom propre et en qualité de chef de file mandataire d'une association temporaire d'entreprises devant être constituée. Cette société a produit deux déclarations relatives au respect des conditions générales prévues à l'article 38 du décret législatif nº 163/2006. Le 4 décembre 2013, elle a déclaré que M. B., en sa qualité de président du conseil d'administration, directeur général et représentant légal ayant cessé d'exercer ses fonctions le 6 mars 2013, n'a fait l'objet d'aucun jugement de condamnation passé en force de chose jugée. Le 16 décembre 2013, Mantovani a réitéré le contenu de cette déclaration.

9 Lors de sa session du 9 janvier 2014, le pouvoir adjudicateur a admis, en émettant des réserves, la candidature de Mantovani, dans l'attente que celle-ci apporte certaines précisions au sujet de M. B. En effet, un article de la presse locale, publié le 6 décembre 2013, révélait que M. B. avait fait l'objet de poursuites judiciaires, pour avoir été l'instigateur d'un système de fausses factures, et avait négocié sa condamnation à une peine d'un an et dix mois de réclusion.

10 Par la suite, le pouvoir adjudicateur s'est procuré le casier judiciaire de M. B. duquel il ressortait que ladite condamnation avait été infligée le 5 décembre 2013, laquelle est passée en force de chose jugée le 29 mars 2014. Lors de sa session du 29 mai 2014, le pouvoir adjudicateur a invité Mantovani à lui fournir des précisions sur cette condamnation.

11 Mantovani a répondu en faisant notamment valoir que la condamnation de M. B. était passée en force de chose jugée postérieurement à ses propres déclarations des 4 et 16 décembre 2013, le jugement du 6 décembre 2013 ayant été rendu en chambre de conseil en dehors de toute audience publique et sa publication n'ayant eu lieu que le 3 février 2014. Mantovani a ajouté que, afin d'établir une dissociation complète et effective de l'entreprise par rapport aux agissements de M. B., ce dernier avait été immédiatement démis de toutes ses fonctions de direction dans le groupe Mantovani, les organes de gestion de la société avaient été réorganisés, les actions de M. B. avaient été rachetées et une action en responsabilité avait été introduite contre celui-ci.

12 Après avoir établi un classement dans lequel Mantovani était positionnée, avec réserve, au cinquième rang, le pouvoir adjudicateur a sollicité un avis de la part de l'ANAC sur la légalité d'une éventuelle exclusion de Mantovani. L'ANAC a, en substance, répondu que, si, en l'absence d'un jugement définitif, les déclarations de Mantovani ne peuvent être qualifiées de « fausses déclarations », le défaut de communication, en temps utile, de l'évolution d'une procédure pénale concernant l'une des personnes mentionnées à l'article 38, paragraphe 1, sous c), du décret législatif nº 163/2006 peut constituer une violation de l'obligation de coopération loyale avec le pouvoir adjudicateur et faire ainsi échec à la dissociation complète et effective par rapport à la personne concernée.

13 Dans ces conditions, le pouvoir adjudicateur a décidé, lors de sa réunion du 27 février 2015, d'exclure Mantovani de la procédure d'appel d'offres. Selon le procès-verbal de cette réunion, il a été constaté que les conditions générales requises à l'article 38 du décret législatif nº 163/2006 n'étaient pas réunies « en raison du caractère tardif et insuffisant des éléments fournis par la société pour démontrer qu'elle s'était dissociée des agissements pénalement répréhensibles de la personne ayant cessé d'exercer ses fonctions de direction » et que la condamnation « est intervenue antérieurement à la déclaration produite dans la procédure d'appel d'offres et aurait pu, en tant que telle, être communiquée par Mantovani au stade de l'examen de la participation ».

14 Mantovani a saisi le Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (tribunal administratif régional, section autonome de Bolzano, Italie), d'un recours contre cette décision d'exclusion. Par un jugement du 27 août 2015, ce tribunal a confirmé la légalité de l'exclusion, considérant que l'existence de la condamnation de M. B. aurait pu faire l'objet d'une déclaration au cours de la procédure d'adjudication et que seul un soumissionnaire ayant fourni des déclarations conformes à la réalité sans induire en erreur le pouvoir adjudicateur pouvait revendiquer le bénéfice de la dissociation visée à l'article 38, paragraphe 1, sous c), du décret législatif nº 163/2006.

15 Mantovani a attaqué ce jugement devant le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie), notamment au motif que l'article 38 du décret législatif nº 163/2006 est contraire au droit de l'Union et a demandé qu'une demande de décision préjudicielle soit déférée à la Cour.

16 Dans ces conditions, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Une disposition nationale, telle que celle de l'article 38, paragraphe 1, sous c), du décret législatif [nº 163/2006] fait-elle obstacle à l'application correcte de l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous c) et g), et paragraphe 3, sous a), de la directive 2004/18 et des principes de droit européen de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de transparence, d'interdiction d'alourdir la procédure, et d'ouverture maximale des procédures de passation de marché à la concurrence, ainsi que des principes d'exhaustivité et de précision des conditions d'application des sanctions, en ce que cette disposition nationale étend le contenu de l'obligation déclarative qu'elle prévoit, quant à l'absence de jugements définitifs de condamnation (ce qui inclut les jugements d'application d'une peine négociée avec le parquet) pour les délits visés par cette disposition, aux personnes ayant eu, dans les entreprises souhaitant soumissionner, des fonctions de direction qu'elles ont cessé d'exercer au cours de l'année précédant la publication de l'avis de marché et considère en conséquence comme un motif d'exclusion de la participation de l'entreprise concernée à la procédure de passation de marché l'incapacité de celle-ci à démontrer qu'elle s'est complètement et effectivement dissociée des agissements pénalement sanctionnés desdites personnes, l'appréciation du respect de cette exigence de dissociation incombant à l'entité adjudicatrice, laquelle peut introduire concrètement un certain nombre d'obligations sous peine d'exclusion de l'entreprise souhaitant soumissionner, à savoir :

i) des obligations d'information et de déclaration concernant des procédures pénales qui n'ont pas encore fait l'objet d'un jugement définitif (et dont l'issue est donc par définition incertaine), obligations qui ne sont pas prévues par la loi, y compris à l'égard des personnes toujours en exercice ;

ii) une obligation de mise en œuvre spontanée de mesures de dissociation, sans que cette obligation soit définie par rapport à la nature des mesures susceptibles d'exonérer l'entreprise concernée, à la période de temps prise en compte (qui peut également être antérieure à la date à laquelle le jugement pénal est devenu définitif) et à la phase de la procédure au cours de laquelle elles doivent être mises en œuvre ;

iii) des obligations de coopération loyale dont les termes ne sont pas précisément définis si ce n'est en référence au principe général de bonne foi ? »

### *Sur la question préjudicielle*

#### *Sur la recevabilité*

17 La province de Bolzano estime que la demande de décision préjudicielle est irrecevable. Selon elle, la Cour a déjà statué, dans l'arrêt du 10 juillet 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), sur une question relative à l'interprétation de l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18 analogue à celle soulevée dans la présente affaire.

18 À cet égard, il suffit de relever qu'une demande de décision préjudicielle en interprétation n'est pas irrecevable au seul motif qu'elle serait analogue à une question préjudicielle sur laquelle la Cour aurait déjà statué. En toute hypothèse, l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt cité au point précédent concernait une situation juridique différente, caractérisée par l'exclusion d'un soumissionnaire pour non-paiement des cotisations de sécurité sociale dans le cadre d'une procédure d'adjudication à laquelle seuls les règles fondamentales et les principes généraux du traité FUE étaient d'application, le seuil prévu à l'article 7, sous c), de la directive 2004/18 n'étant pas atteint.

19 La province de Bolzano est, en outre, d'avis que la question préjudicielle est dépourvue de lien avec le litige au principal, l'exclusion ayant été une sanction non pas de la violation d'obligations d'information ou de déclaration, mais de l'absence de dissociation complète et effective entre Mantovani et le comportement de son ancien administrateur M. B. Par ailleurs, la référence à la cause d'exclusion relative à de fausses déclarations figurant à l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous g), et paragraphe 3, de la directive 2004/18 ne serait ni pertinente ni déterminante.

20 À cet égard, il convient de rappeler que les questions portant sur le droit de l'Union bénéficient d'une présomption de pertinence. Le refus de la Cour de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (arrêt du 8 septembre 2015, Taricco e.a., C-105/14, EU:C:2015:555, point 30 ainsi que jurisprudence citée).

21 En l'occurrence, la juridiction de renvoi a indiqué que, certes, les déclarations faites par Mantovani, les 4 et 16 décembre 2013, sur l'absence de jugement passé en force de chose jugée, ne sauraient être qualifiées de « fausses déclarations », au sens de l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous g), de la directive 2004/18. Néanmoins, elle a précisé qu'elle se trouve confrontée à la question de savoir si le droit de l'Union permet la prise en considération de l'absence de déclaration concernant des procédures pénales visant d'anciens administrateurs de l'entreprise soumissionnaire, qui n'ont pas encore fait l'objet d'un jugement définitif.

22 Dans ces conditions, il n'apparaît pas de manière manifeste que la question préjudicielle soit dépourvue de lien avec la réalité ou l'objet du litige au principal.

23 Il s'ensuit que la demande de décision préjudicielle est recevable.

#### *Sur le fond*

24 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2004/18, en particulier l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous c) et g), et l'article 45, paragraphe 3, sous a), de cette directive, ainsi que les principes de protection de la confiance légitime, de sécurité juridique, de l'égalité de traitement, de proportionnalité et de transparence doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale permettant au pouvoir adjudicateur de prendre en considération, selon les conditions qu'il a établies, une condamnation pénale de l'administrateur d'une

entreprise soumissionnaire pour un délit affectant la moralité professionnelle de cette entreprise, lorsque celui-ci a cessé d'exercer ses fonctions dans l'année qui précède la publication de l'avis de marché public et d'exclure ladite entreprise de la participation à la procédure de passation de marché en cause, au motif que, en omettant de déclarer cette condamnation non encore définitive, elle ne s'est pas dissociée complètement et effectivement des agissements dudit administrateur.

25 À titre liminaire, il convient de relever que la juridiction de renvoi se réfère, dans la formulation de la question préjudicielle, aux causes d'exclusion figurant à l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous c) et g), de la directive 2004/18, relatives à l'exclusion, respectivement, d'un soumissionnaire qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays concerné et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle, et d'un soumissionnaire qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application de la section 2 du chapitre VII de cette directive ou qui n'a pas fourni ces renseignements.

26 Ainsi qu'il ressort des indications contenues dans la décision de renvoi, Mantovani a été écartée de la procédure de passation de marché au motif qu'elle avait communiqué de manière tardive et incomplète les éléments démontrant qu'elle s'était dissociée des agissements de son administrateur. Il lui a en particulier été reproché de ne pas avoir indiqué, dans ses déclarations des 4 et 16 décembre 2013, que son ancien administrateur faisait l'objet d'une procédure pénale ayant donné lieu à une condamnation négociée en chambre du conseil le 6 décembre 2013.

27 Partant, comme l'affirme la Commission européenne, il pourrait être considéré que les faits au principal sont susceptibles de relever de la cause d'exclusion figurant à l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18, permettant l'exclusion d'un soumissionnaire qui a, en matière professionnelle, commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier.

28 Or, il ressort d'une jurisprudence constante que le fait que la juridiction de renvoi a formulé une question préjudicielle en se référant à certaines dispositions seulement du droit de l'Union ne fait pas obstacle à ce que la Cour lui fournisse tous les éléments d'interprétation qui peuvent être utiles au jugement de l'affaire dont elle est saisie, qu'elle y ait fait ou non référence dans l'énoncé de ses questions. Il appartient, à cet égard, à la Cour d'extraire de l'ensemble des éléments fournis par la juridiction nationale, et notamment de la motivation de la décision de renvoi, les éléments du droit de l'Union qui appellent une interprétation compte tenu de l'objet du litige (voir, notamment, arrêt du 22 octobre 2015, Impresa Edilux et SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, point 20 ainsi que jurisprudence citée).

29 Dans ces conditions, il convient de considérer que la question préjudicielle vise, également, l'interprétation de la cause d'exclusion facultative figurant à l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18.

30 S'agissant des causes d'exclusion facultatives, il convient de constater d'emblée que, conformément à l'article 45, paragraphe 2, dernier alinéa, de la directive 2004/18, il appartient aux États membres, dans le respect du droit de l'Union, d'en fixer les « conditions d'application ».

31 Conformément à une jurisprudence constante, l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18 n'envisage pas une uniformité d'application des causes d'exclusion qui y sont indiquées au niveau de l'Union, dans la mesure où les États membres ont la faculté de ne pas appliquer ces causes d'exclusion, ou de les intégrer dans la réglementation nationale avec un degré de rigueur qui pourrait être variable selon les cas, en fonction de considérations d'ordre juridique, économique ou social prévalant au niveau national. Dans ce cadre, les États membres ont le pouvoir d'alléger ou de rendre plus souples les critères établis à cette disposition (arrêt du 14 décembre 2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, point 29 et jurisprudence citée).

32 Les États membres disposent donc d'un pouvoir d'appréciation certain dans la détermination des conditions de l'application des causes d'exclusion facultatives prévues à l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18.

33 S'agissant de la cause d'exclusion facultative, prévue à l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous c), de ladite directive, qui permet aux pouvoirs adjudicateurs d'exclure de la participation à une procédure de passation de marché un soumissionnaire qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays concerné et constatant un délit affectant la moralité professionnelle de ce soumissionnaire, il convient de relever, d'abord, qu'elle ne précise pas dans quelle mesure des délits commis par des dirigeants ou des administrateurs d'une personne morale peuvent conduire à l'exclusion de cette dernière en vertu de cette disposition.

34 Néanmoins, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 54 et 58 de ses conclusions, le droit de l'Union part de la prémisse selon laquelle les personnes morales agissent par l'intermédiaire de leurs représentants. Le comportement contraire à la moralité professionnelle de ces derniers peut donc constituer un facteur pertinent pour apprécier la moralité professionnelle d'une entreprise. Il est ainsi tout à fait loisible aux États membres de retenir, dans le cadre de l'exercice de leur compétence pour fixer les conditions d'application des causes d'exclusion facultatives, parmi les éléments pertinents pour apprécier l'intégrité de l'entreprise soumissionnaire, l'existence éventuelle d'agissements d'administrateurs de cette entreprise contraires à la moralité professionnelle.

35 À cet égard, l'article 45, paragraphe 1, in fine, de la directive 2004/18 admet, dans le cadre des causes d'exclusion obligatoires, que le droit national puisse prendre en compte l'existence d'agissements répréhensibles de la part des administrateurs de la personne morale. Rien ne s'oppose donc à ce que les États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre la cause d'exclusion prévue à l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous c), de la directive 2004/18, considèrent que les agissements d'un administrateur représentant l'entreprise soumissionnaire sont imputables à celle-ci.

36 La prise en compte, dans le cadre de la cause d'exclusion prévue à l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous c), de la directive 2004/18, des agissements des administrateurs d'un soumissionnaire constitué en tant que personne morale ne peut donc pas être considérée comme une « extension » du champ d'application de cette cause d'exclusion, mais constitue une mise en œuvre de celui-ci préservant l'effet utile de ladite cause d'exclusion.

37 Ensuite, la circonstance que les éléments factuels qui peuvent aboutir à l'exclusion du soumissionnaire résultent du comportement d'un administrateur ayant cessé ses fonctions à la date de la présentation de la demande de participation à la procédure d'appel d'offres ne saurait non plus faire obstacle à l'application de cette cause d'exclusion.

38 En effet, ladite cause d'exclusion vise, de toute évidence, le comportement fautif d'un opérateur économique antérieur à la procédure de passation d'un marché public. Il appartient à l'État membre de déterminer, en tenant compte du principe de proportionnalité, la date à partir de laquelle un tel comportement peut justifier l'exclusion du soumissionnaire.

39 Pour ce qui est, en outre, de la question de savoir si un délit a affecté ou non la moralité professionnelle de l'entreprise soumissionnaire, il convient de constater que la participation à l'émission de fausses factures par l'administrateur d'une société peut être considérée comme un délit affectant la moralité professionnelle.

40 Enfin, s'agissant de la condition selon laquelle le jugement doit avoir autorité de la chose jugée, il convient d'observer que cette condition a été remplie dans l'affaire au principal, étant donné que la décision d'exclusion a été prise après que le jugement relatif à M. B. était passé en force de chose jugée.

41 Conformément à la jurisprudence citée au point 31 du présent arrêt, l'État membre est en droit d'alléger les conditions de l'application des causes d'exclusion facultatives et, ainsi, de renoncer à appliquer une cause d'exclusion en cas de dissociation entre l'entreprise soumissionnaire et le comportement constituant un délit. Dans ce cas, il est en droit également de déterminer les conditions de cette dissociation et d'exiger, comme le fait le droit italien, que l'entreprise soumissionnaire informe le pouvoir adjudicateur d'une condamnation subie par son administrateur, même si cette condamnation n'est pas encore définitive.

42 L'entreprise soumissionnaire, qui doit remplir ces conditions, peut présenter toutes les preuves qui, à son avis, démontrent une telle dissociation.

43 Si ladite dissociation ne peut être démontrée à la satisfaction du pouvoir adjudicateur, la conséquence nécessaire en est l'application de la cause d'exclusion.

44 Eu égard à ce qui a été relevé au point 27 du présent arrêt, dans une situation où le jugement constatant un délit affectant la moralité professionnelle de l'administrateur d'une entreprise soumissionnaire n'est pas encore définitif, l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18 est susceptible de s'appliquer. Cette disposition permet l'exclusion d'une entreprise soumissionnaire qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier.

45 À cet égard, il convient de constater que les considérations figurant aux points 34 à 43 du présent arrêt sont valables et applicables mutatis mutandis en ce qui concerne une faute grave en matière professionnelle.

46 Par rapport à l'application de l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous c), de la directive 2004/18, une des différences consiste en la circonstance que le pouvoir adjudicateur peut justifier, et par « tout moyen », de l'existence d'une telle faute grave.

47 À cet effet, une décision à caractère juridictionnel, même si elle n'est pas encore définitive, peut, en fonction de l'objet de cette décision, fournir au pouvoir adjudicateur un moyen approprié pour justifier de l'existence d'une faute grave professionnelle, sa décision étant, en tout état de cause, susceptible d'un contrôle juridictionnel.

48 Il convient d'ajouter que, selon l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous g), de la directive 2004/18, un soumissionnaire peut être exclu s'il s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations, mais également lorsqu'il ne fournit pas des renseignements exigibles en vertu de la section 2 du chapitre VII du titre II de cette directive, à savoir concernant les « critères de sélection qualitative ». Ainsi, le fait de ne pas informer le pouvoir adjudicateur des agissements pénalement répréhensibles de l'ancien administrateur peut aussi être un élément permettant d'exclure, en vertu de cette disposition, un soumissionnaire de la participation à une procédure de passation de marché public.

49 S'agissant de l'article 45, paragraphe 3, premier alinéa, sous a), de ladite directive, il suffit d'observer que la juridiction de renvoi n'explique pas dans quelle mesure l'interprétation de cette disposition serait nécessaire compte tenu des faits au principal.

50 La juridiction de renvoi, dans sa question préjudicielle, se réfère encore à plusieurs principes, dont seuls certains ont été élevés au rang de principes du droit de l'Union, sans expliciter précisément en quoi, au regard des faits de l'espèce, ils pourraient s'avérer pertinents et s'opposeraient à la réglementation nationale en cause au principal.

51 En ce qui concerne le principe de l'égalité de traitement, il suffit, dans ces circonstances, d'observer que, compte tenu de l'objectif de cette réglementation qui vise à protéger l'intégrité de la procédure de marché public, la situation d'une entreprise soumissionnaire dont l'administrateur a commis un délit affectant la moralité professionnelle de cette entreprise ou une faute grave professionnelle ne saurait être considérée comme comparable à celle d'une entreprise soumissionnaire dont l'administrateur ne s'est pas rendu coupable d'un tel comportement.

52 S'agissant du principe de sécurité juridique, de la protection de la confiance légitime et du principe de transparence, la demande de décision préjudicielle ne laisse pas apparaître dans quelle mesure il pourrait s'avérer nécessaire de les interpréter au regard de l'affaire au principal.

53 Quant au principe de proportionnalité, il y a lieu d'examiner son application au regard de l'incidence de la date à partir de laquelle le comportement fautif de l'administrateur peut être considéré comme provoquant l'exclusion de l'entreprise soumissionnaire. En effet, dans le cas d'un éloignement temporel trop important, la réglementation nationale serait susceptible de réduire le champ d'application des directives de l'Union en matière de marchés publics.

54 À cet égard, la prise en considération d'un comportement fautif au cours de l'année précédant la date de la publication de l'avis de marché public n'apparaît pas disproportionnée, d'autant que la réglementation en cause dans l'affaire au principal prévoit que l'entreprise peut prouver qu'elle s'est effectivement et complètement dissociée des agissements de son administrateur.

55 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que la directive 2004/18, en particulier l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous c), d) et g), de cette directive, ainsi que les principes de l'égalité de traitement et de proportionnalité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale permettant au pouvoir adjudicateur :

– de prendre en considération, selon les conditions qu'il a établies, une condamnation pénale de l'administrateur d'une entreprise soumissionnaire, même si cette condamnation n'est pas encore définitive, pour un délit affectant la moralité professionnelle de cette entreprise lorsque celui-ci a cessé d'exercer ses fonctions dans l'année qui précède la publication de l'avis de marché public et

– d'exclure ladite entreprise de la participation à la procédure de passation de marché en cause, au motif que, en omettant de déclarer cette condamnation non encore définitive, elle ne s'est pas dissociée complètement et effectivement des agissements dudit administrateur.

### *Sur les dépens*

56 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 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, en particulier l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous c), d) et g), de cette**

**directive, ainsi que les principes de l'égalité de traitement et de proportionnalité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale permettant au pouvoir adjudicateur :**

– **de prendre en considération, selon les conditions qu'il a établies, une condamnation pénale de l'administrateur d'une entreprise soumissionnaire, même si cette condamnation n'est pas encore définitive, pour un délit affectant la moralité professionnelle de cette entreprise lorsque celui-ci a cessé d'exercer ses fonctions dans l'année qui précède la publication de l'avis de marché public et**

– **d'exclure ladite entreprise de la participation à la procédure de passation de marché en cause, au motif que, en omettant de déclarer cette condamnation non encore définitive, elle ne s'est pas dissociée complètement et effectivement des agissements dudit administrateur.**

Signatures