Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 23 avril 2015 [1]

Affaire C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
contre
Airgest SpA

[demande de décision préjudicielle formée par le Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Italie)]

«Directive 89/665/CEE — Marchés publics — Recours en annulation contre l'acte d'attribution du marché public — Recours incidents visant à contester la participation au marché public de soumissionnaires non retenus — Règle jurisprudentielle nationale selon laquelle le juge national peut statuer sur le fond du recours principal uniquement si le recours incident n'est pas fondé — Caractère contraignant des principes énoncés par l'assemblée plénière de la juridiction administrative suprême nationale, même en cas de non-conformité avec le droit de l'Union — Arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) — Article 267 TFUE — Primauté — Interprétation conforme»

I – Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle porte, d'une part, sur l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux [2], telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 [3] (ci-après la «directive 89/665»), et, d'autre part, sur l'interprétation de l'article 267 TFUE ainsi que des principes de primauté du droit de l'Union et d'interprétation conforme.

2. En effet, les questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi, le Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Conseil de la justice administrative de la région de Sicile, Italie), portent sur deux problèmes juridiques distincts. La première question préjudicielle concerne la portée de l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) tandis que la seconde nous interroge sur l'interprétation de l'article 267 TFUE dans l'hypothèse d'une législation nationale qui impose à une juridiction de renvoyer l'affaire à son assemblée plénière en cas de doute sur la conformité avec le droit de l'Union d'un principe de droit énoncé par celle-ci.

1 — Langue originale: le français.
2 — JO L 395, p. 33.
3 — JO L 335, p. 31.

II – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

3. L'article 1er de la directive 89/665, intitulé «Champ d'application et accessibilité des procédures de recours», dispose:

«1. La présente directive s'applique aux marchés visés par 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 L 134, p. 114)], sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive.

Les marchés au sens de la présente directive incluent les marchés publics, les accords-cadres, les concessions de travaux publics et les systèmes d'acquisition dynamiques.

Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 *septies* de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

[…]

3. Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

[…]»

4. L'article 2 de cette directive, intitulé «Exigences en matière de procédure de recours», prévoit à son paragraphe 1:

«Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1er prévoient les pouvoirs permettant:

[…]

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales […]»

B – *Le droit italien*

1. La Constitution

5. Selon l'article 111, dernier alinéa, de la Constitution, «le pourvoi en cassation est admis contre les décisions du Consiglio di Stato [...] pour les motifs tenant à la compétence».

2. Le code de procédure administrative

6. Le décret législatif nº 104, du 2 juillet 2010 (supplément ordinaire à la GURI nº 156, du 7 juillet 2010), a institué le code de procédure administrative.

7. Selon l'article 6, paragraphe 1, de ce code, «[le] Consiglio di Stato est l'organe de la juridiction administrative statuant en dernier ressort». Le paragraphe 6 de cet article précise par ailleurs que «[l]es recours contre les décisions du Tribunale amministrativa regionale della Sicilia [(tribunal administratif régional de la Sicile)] sont introduits auprès du Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, dans le respect des dispositions du statut spécial et des dispositions d'application correspondantes.»

8. L'article 42 dudit code prévoit que «[l]es parties défenderesses et intervenantes peuvent présenter des demandes dont l'intérêt est lié à la demande formée à titre principal, par la voie d'un recours incident».

9. Enfin, selon son article 99:

«1. Si la chambre à laquelle est attribué le recours constate que le point de droit soumis à son examen a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à des divergences de jurisprudence, elle peut, par une ordonnance rendue à la demande des parties ou d'office, renvoyer le recours devant l'assemblée plénière. L'assemblée plénière, si elle l'estime approprié, peut renvoyer les actes à la chambre.

2. Avant qu'une décision ne soit rendue, le président du Consiglio di Stato (Conseil d'État), à la demande des parties ou d'office, peut déférer à l'assemblée plénière tout recours pour statuer sur les questions de principe de la plus grande importance ou pour mettre fin aux divergences de jurisprudence.

3. Si la chambre à laquelle est attribué le recours estime qu'elle ne partage pas un principe de droit énoncé par l'assemblée plénière, elle renvoie à cette dernière la décision du recours, par une ordonnance motivée.

4. L'assemblée plénière statue sur tout le litige, sauf si elle décide d'énoncer le principe de droit et de renvoyer pour le reste l'instance à la chambre de renvoi.

5. Si elle estime la question particulièrement importante, l'assemblée plénière peut en tout état de cause énoncer le principe de droit dans l'intérêt de la loi, même si elle prononce l'irrecevabilité ou l'inadmissibilité du recours ou une fin de non-recevoir ou l'extinction de la procédure. Dans ce cas, la décision de l'assemblée plénière n'a pas d'effet sur la mesure attaquée.»

3. Le décret législatif n° 373, du 24 décembre 2003

10. Le 24 décembre 2003, le législateur italien a adopté le décret législatif n° 373, intitulé «Modalités d'application du statut spécial de la région de Sicile concernant l'exercice dans la région des fonctions incombant au Consiglio di Stato» (supplément ordinaire à la GURI n° 10, du 14 janvier 2004).

11. Conformément à son article 1er, paragraphe 2, «[l]e Consiglio di Giustizia amministrativa [per la Regione siciliana] a son siège à Palerme et il est composé de deux chambres ayant des fonctions, respectivement, consultatives et juridictionnelles, qui constituent des chambres détachées du Consiglio di Stato».

III – Les faits du litige au principal

12. Par avis publié le 18 janvier 2012, Airgest SpA, la société de gestion de l'aéroport civil de Trapani-Birgi (Italie) a lancé une procédure ouverte ayant pour objet l'attribution du service de nettoyage et d'entretien des espaces verts de cet aéroport civil.

13. Le marché a été attribué, par une décision d'adjudication définitive du 22 mai 2012, à l'association temporaire d'entreprises (ci-après l'«association temporaire d'entreprises») créée entre Gestione Servizi Ambientali Srl (ci-après «GSA») et Zenith Services Group Srl.

14. Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (ci-après «PFE»), qui avait également participé à l'appel d'offres et avait été classée deuxième, a attaqué cette décision devant le Tribunale amministrativo regionale della Sicilia. Elle demandait notamment l'annulation de la décision d'adjudication et, par voie de conséquence, que lui soit adjugé le marché.

15. À l'appui de son recours, PFE estimait que le pouvoir adjudicateur aurait dû exclure l'association temporaire d'entreprises adjudicataire pour violation de l'article 38, premier alinéa, sous h) et m), du décret législatif nº 163, du 12 avril 2006, portant code des marchés publics de travaux, de services et de fournitures en application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (GURI nº 100, du 2 mai 2006) et du point III.2.1 de l'avis de marché ainsi que du point c) du cahier des charges.

16. GSA, chef de file de l'association temporaire d'entreprises, s'est alors constituée partie au litige et a introduit une action incidente visant à faire valoir le défaut d'intérêt de PFE à poursuivre son action. Ce recours incident se fondait, notamment, sur le fait que, selon GSA, PFE ne remplissait pas les conditions d'admission à l'appel d'offres en raison de l'imprécision de son offre et aurait, dès lors, dû être exclue de la procédure de passation de marché.

17. Le Tribunale amministrativo regionale della Sicilia a examiné les arguments des deux parties et a accueilli les deux recours.

18. À la suite de ce jugement, le pouvoir adjudicateur a exclu les entreprises litigieuses. Au terme du contrôle effectué en exécution dudit jugement, il a également exclu toutes les autres entreprises initialement insérées dans le classement en raison d'un même vice relatif à l'absence d'indication spécifique des coûts de sécurité. Une procédure négociée pour l'attribution des services précités fut alors ouverte.

19. PFE a interjeté appel du jugement du Tribunale amministrativo regionale della Sicilia devant la juridiction de renvoi, tandis que GSA a interjeté un appel incident, au motif notamment que ledit Tribunale n'avait pas respecté l'ordre d'examen des recours établi par l'arrêt nº 4/2011 de l'assemblée plénière du Consiglio di Stato (ci-après l'«arrêt nº 4/2011») selon lequel, en cas de recours incident visant à contester la recevabilité du recours au principal, le recours incident devait être examiné avant le recours au principal.

20. Dans sa demande de décision préjudicielle, la juridiction de renvoi rappelle que le principe posé par l'arrêt nº 4/2011 fut déjà au centre des débats dans le renvoi préjudiciel qui a donné lieu à l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

21. Dans l'affaire à l'origine de cet arrêt, deux soumissionnaires avaient été préalablement sélectionnés par le pouvoir adjudicateur et avaient été invités à présenter des offres. Estimant que l'offre de l'adjudicataire ne respectait pas le cahier des charges, le soumissionnaire dont l'offre n'avait pas été retenue avait introduit un recours. En réaction à celui-ci, l'adjudicataire avait, à son tour, formé un recours incident en faisant valoir que l'offre non retenue aurait dû être exclue au motif qu'elle ne remplissait pas non plus l'une des conditions minimales prévues par le cahier des charges.

22. Selon la juridiction nationale saisie du litige, le Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (tribunal administratif régional du Piémont), les deux offres étaient inadéquates et il convenait dès lors de faire droit aux deux actions, tant au recours au principal qu'au recours incident, avec pour conséquence l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation de marché. Cependant, en vertu du principe de droit posé par l'arrêt n° 4/2011, le recours incident aurait dû être examiné avant le recours au principal, puisque le premier portait sur la qualité pour agir du requérant au principal en contestant son admission à la procédure d'appel d'offres.

23. Saisie à titre préjudiciel par le Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, la Cour a considéré qu'une action incidente de l'adjudicataire ne pouvait pas conduire à écarter le recours principal d'un soumissionnaire lorsque la régularité de l'offre de chacun des opérateurs était mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique. En effet, dans une telle situation, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres [4].

24. Par conséquent, elle a jugé que l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 s'opposait à ce que le recours introduit par le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue soit déclaré irrecevable au terme de l'examen préalable de l'exception d'irrecevabilité soulevée par l'adjudicataire, sans qu'il soit statué sur la conformité avec les spécifications techniques définies dans le cahier des charges tant de l'offre de l'adjudicataire que de celle du soumissionnaire ayant introduit le recours au principal [5].

25. Nonobstant ce rappel, la juridiction de renvoi attire l'attention de la Cour sur le fait que, dans l'affaire au principal, contrairement à l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), les entreprises participantes sont plus de deux, même si deux d'entre elles seulement sont parties au principal.

26. La juridiction de renvoi attire également l'attention de la Cour sur la règle établie à l'article 99, paragraphe 3, du code de procédure administrative, selon laquelle, si elle souhaite s'écarter de l'orientation jurisprudentielle définie par l'assemblée plénière du Consiglio di Stato, elle doit obligatoirement renvoyer la décision querellée à cette même assemblée plénière.

27. Par conséquent, eu égard aux spécificités de l'affaire sur laquelle elle est tenue de statuer, la juridiction de renvoi a décidé d'interroger la Cour sur l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 et sur l'interprétation de l'article 267 TFUE.

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

28. Par décision du 26 septembre 2013, parvenue à la Cour le 24 décembre 2013, le Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour, en vertu de l'article 267 TFUE, les questions préjudicielles suivantes:

«1) Les principes déclarés par la Cour de justice par l'arrêt [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], pour ce qui concerne le cas précis, faisant l'objet de ce renvoi préjudiciel, dans lequel seulement deux entreprises ont participé à une procédure d'attribution de marché public, sont-ils également applicables, en raison d'une similitude en substance du cas d'espèce, dans le cas, soumis au contrôle du présent Consiglio, dans lequel les entreprises participant à la procédure de marché, quoique admises en plus grand nombre que deux, ont toutes été exclues par l'organisme adjudicateur, sans qu'intervienne un recours contre ladite exclusion de la part d'entreprises autres que celles impliquées dans la présente instance, de telle sorte que le litige dont est saisi la présente juridiction est de fait circonscrit à seulement deux entreprises?

4 — Arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, point 33).

5 — Ibidem (point 34 et dispositif).

2) En se limitant aux questions susceptibles d'être tranchées par le biais de l'application du droit de l'Union, l'article 99, paragraphe 3, du code de procédure administrative, dans la mesure où cette disposition établit le caractère contraignant pour toutes les chambres et tous les collèges du Consiglio di Stato de tout principe de droit énoncé par l'assemblée plénière, même lorsqu'il apparaît clairement que ladite assemblée aurait affirmé ou pourrait avoir affirmé un principe en contradiction ou incompatible avec le droit de l'Union, est-il contraire avec l'interprétation de ce droit et notamment avec l'article 267 TFUE? Et, notamment,

— Le Consiglio di Stato (la chambre ou le collège) saisi de l'examen de l'affaire, en cas de doute quant à la conformité ou à la compatibilité avec le droit de l'Union d'un principe de droit déjà énoncé par l'assemblée plénière, est-il tenu de renvoyer le litige à cette dernière, par une ordonnance motivée, avant même, par hypothèse, de pouvoir effectuer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice pour établir la conformité et la compatibilité avec le droit de l'Union du principe de droit litigieux, ou alors, au contraire, le Consiglio di Stato (la chambre ou le collège) peut-il ou plutôt doit-il, en tant que juridiction nationale de dernière instance, soulever de façon autonome, en tant que juridiction ordinaire du droit de l'Union, une question préjudicielle auprès de la Cour de justice pour la correcte interprétation de ce droit?

— Dans l'hypothèse dans laquelle la réponse à la question posée au précédent alinéa serait dans le sens de reconnaître à toute chambre et tout collège du Consiglio di Stato la faculté ou l'obligation de soulever directement des questions préjudicielles auprès de la Cour de justice ou, dans tous les cas dans lesquels la Cour s'est en tout état de cause exprimée, d'autant plus si elle l'a fait postérieurement à l'assemblée plénière du Consiglio di Stato, en affirmant l'existence d'un écart ou d'une conformité incomplète entre la correcte interprétation du droit de l'Union et le principe de droit interne énoncé par l'assemblée plénière – le Consiglio di Stato (chaque chambre et chaque collège), en tant que juridiction commune de dernière instance du droit de l'Union, pourrait-il ou devrait-il donner une application immédiate à l'interprétation correcte du droit de l'Union telle que donnée par la Cour de justice ou, au contraire, même dans ces cas, serait-il tenu de renvoyer, par une ordonnance motivée, le litige à l'assemblée plénière, avec pour effet de confier à l'appréciation exclusive de cette dernière et à son pouvoir de contrôle juridictionnel l'application du droit de l'Union, comme l'a déclaré la Cour de façon contraignante?

— Enfin, une interprétation du système procédural administratif de la République italienne dans le sens de confier à l'appréciation exclusive de l'assemblée plénière l'éventuelle décision relative à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice – ou même la seule solution du litige, lorsque celle-ci découle directement de l'application de principes de droit de l'Union déjà énoncés par la Cour de justice – ne serait-elle pas contraire, outre au principe de la durée raisonnable du procès et de la rapide solution d'un recours en matière de procédure d'attribution de marché public, également à l'exigence que le droit de l'Union reçoive une pleine et diligente mise en œuvre par chaque juridiction de chaque État membre, d'une façon obligatoirement conforme à son interprétation correcte telle qu'établie par la Cour de justice, y compris en vue d'un renforcement des principes de l'effet utile et de la primauté du droit de l'Union sur le droit (non seulement matériel mais également procédural) interne de chaque État membre (en l'espèce, sur l'article 99, paragraphe 3, du code de procédure administrative de la République italienne)?»

29. Des observations écrites ont été déposées par PFE, GSA, le gouvernement italien ainsi que par la Commission européenne. Ils se sont, en outre, tous exprimés lors de l'audience qui s'est tenue le 11 mars 2015.

V – Analyse

A – *Sur la première question préjudicielle*

30. Par sa première question, la juridiction de renvoi se demande si l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 donnée par la Cour dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) s'applique dans l'hypothèse où les entreprises participant à la procédure de marché litigieuse, quoique admises initialement en plus grand nombre que deux, ont toutes été exclues par l'organisme adjudicateur sans qu'intervienne un recours contre ladite exclusion de la part d'entreprises autres que celles impliquées dans le litige au principal, qui était circonscrit à seulement deux de ces entreprises.

31. Pour répondre à cette question, il me semble nécessaire de rechercher en premier lieu l'effet concret de l'interprétation donnée par la Cour dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) afin de déterminer, dans un deuxième temps, si le nombre de candidats l'influence ou en est une condition. En effet, s'il apparaît que le nombre d'entreprises en cause dans l'affaire au principal n'interfère pas sur les effets de l'application de la règle telle qu'interprétée par la Cour, il devra être répondu positivement à la juridiction de renvoi. Inversement, s'il s'avère que l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665, tel qu'interprété par la Cour dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), ne peut déployer ses effets dans une situation telle que celle de l'affaire au principal, il conviendra alors de répondre par la négative à la première question préjudicielle.

1. La détermination des effets de l'interprétation donnée à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

32. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), l'élément déterminant réside dans le fait que l'offre sélectionnée n'avait pas, à tort, été exclue au stade de la vérification des offres nonobstant sa non-conformité aux spécifications techniques du cahier des charges [6].

33. Selon la Cour, dans le cadre d'une procédure introduite par un soumissionnaire, «l'action incidente de l'adjudicataire ne peut pas conduire à écarter le recours [du] soumissionnaire dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique [car], dans une telle situation, *chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière*» [7].

34. L'obligation qui découle de ces constatations est donc l'interdiction de déclarer irrecevable le recours principal du soumissionnaire évincé sur la base de l'examen préalable de l'exception d'irrecevabilité introduite à titre incident par l'adjudicataire, sans se prononcer sur la conformité des deux offres [8]. Si les deux offres sont jugées non-conformes, la conséquence concrète de cette obligation est l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière, ce qui entraîne la nécessité de procéder à un nouvel appel d'offres.

6 — Voir point 32 de cet arrêt.

7 — Ibidem (point 33). C'est moi qui souligne.

8 — Voir arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, point 34 et dispositif).

2. L'applicabilité de l'interprétation donnée à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

35. Dans l'affaire au principal, les entreprises admises à participer à la procédure litigieuse étaient plus de deux. Toutefois, il ressort des explications fournies par la juridiction de renvoi que, à l'exception de la requérante au principal (et, par voie de recours incident, de l'entreprise adjudicataire), aucune des autres entreprises exclues de l'appel d'offres n'a contesté son exclusion auprès de l'administration ou en justice.

36. Dans une telle configuration, si la juridiction saisie devait constater l'irrégularité des deux offres en cause, l'adjudicateur ne serait pas obligé de procéder à un nouvel appel d'offres mais pourrait, le cas échéant, choisir d'attribuer le marché à une autre entreprise figurant dans le classement établi par le pouvoir adjudicateur.

37. Cela dit, il n'est pas exclu qu'une des irrégularités à l'origine de l'annulation des offres du requérant au principal et de l'adjudicataire vicie également toutes les offres soumises. Dans ces circonstances, l'adjudicateur devrait alors nécessairement initier une nouvelle procédure [9].

38. Dans ces circonstances, de la même façon que la Cour l'a jugé, au point 33 de l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), «chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière».

39. À cet égard, je relève d'ailleurs que, dans ledit arrêt, la Cour n'entendait pas limiter son constat à l'hypothèse d'un appel d'offres n'ayant suscité que l'intérêt de deux entreprises (et donc, à la remise de deux offres uniquement), puisqu'elle envisage de manière générale l'intérêt légitime de «chacun *des* concurrents» [10] à l'exclusion de l'offre non pas de l'autre, mais «*des autres*» [11].

40. Par conséquent, j'estime que l'obligation à laquelle avait abouti la Cour dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) et selon laquelle l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 interdit de déclarer irrecevable le recours principal d'un soumissionnaire évincé sur la base de l'examen préalable de l'exception d'irrecevabilité introduite à titre incident par l'adjudicataire, sans se prononcer sur la conformité des deux offres [12], s'applique également dans les circonstances de l'affaire au principal.

3. L'incidence éventuelle de la différence des motifs d'irrégularité invoqués à l'appui du recours principal et du recours incident

41. Formellement, la juridiction de renvoi a limité le cadre factuel pertinent au fait que les entreprises participant à la procédure de marché public, quoique admises en plus grand nombre que deux, ont toutes été exclues par l'organisme adjudicateur, sans qu'intervienne un recours contre ladite exclusion de la part d'entreprises autres que celles impliquées dans la présente instance, de telle sorte que le litige dont elle est saisie est circonscrit à ces deux entreprises.

42. Je viens d'expliquer en quoi cette spécificité n'interfère pas dans l'application de la règle dégagée par la Cour dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

9 — C'est d'ailleurs cette situation qui s'est, semble-t-il, produite dans le litige au principal d'après la description effectuée par la juridiction de renvoi (voir point C4, p. 12, de la demande de décision préjudicielle) et les informations données par les parties au principal (voir p. 2 des observations écrites de PFE et point 9 des observations écrites de GSA).

10 — Arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, point 33). C'est moi qui souligne.

11 — Idem, c'est moi qui souligne. Selon la version italienne dudit arrêt (langue de procédure faisant foi), «ciascuno *dei concorrenti* può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta *degli atri*, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare» (c'est moi qui souligne).

12 — Voir point 34 et dispositif de l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

43. Dans ses observations écrites, confirmées à l'audience, GSA invoque néanmoins un deuxième critère de distinction par rapport à l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448). Elle considère, en effet, que l'interprétation donnée dans cet arrêt ne s'applique que si les vices invoqués à l'appui du recours principal et du recours incident sont *identiques*.

44. Or, selon ses explications, son recours incident serait fondé sur un motif différent de celui invoqué par PFE à l'appui du recours principal. PFE demanderait l'annulation de l'attribution du marché à GSA en raison d'une violation des obligations de déclaration qui s'imposent aux soumissionnaires; elle invoquerait donc un moyen visant une irrégularité formelle. En revanche, GSA demanderait l'exclusion de PFE en raison de l'imprécision de son offre, c'est-à-dire une irrégularité relative au fond du litige.

45. J'observe tout d'abord, à cet égard, que l'utilisation du pluriel dans la langue de procédure (l'italien) («nell'ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*» [13]) et de l'expression plus générale «de nature identique» dans la langue du délibéré (le français) plaide en faveur d'une interprétation large de la notion d'«identité *des motifs*» (et non pas *du* motif) invoqués à l'appui de chacun des deux recours [14]. Le caractère exceptionnel d'une identité parfaite des motifs conforte cette interprétation.

46. Ensuite, je pense que l'identité des griefs invoqués à l'appui du recours principal et du recours incident, comme le nombre de soumissionnaires, n'est pas un élément déterminant dans l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 donnée par la Cour dans son arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

47. En effet, lorsque la Cour affirme, au point 33 de cet arrêt que «l'action incidente de l'adjudicataire ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique», l'essentiel réside, comme je l'ai déjà expliqué précédemment, dans le fait que, «dans une telle situation, chacun des concurrents peut avoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière» [15].

48. Ces deux phrases constituent, ensemble, un seul et même point de l'arrêt et ne peuvent par conséquent se lire indépendamment l'une de l'autre.

49. Je partage donc l'avis de la Commission lorsque celle-ci écrit, dans ses observations, qu'est déterminant le fait que le recours principal et le recours incident créent un intérêt légitime équivalent à la réouverture de la procédure d'appel d'offres.

50. Or, dans l'affaire au principal, il apparaît – sous réserve d'un examen plus approfondi par le juge de renvoi – que les moyens soulevés par PFE et GSA, s'ils ne sont pas identiques, pourraient être de même nature (en ce qu'ils visent la régularité de l'offre de l'autre) et, en tout état de cause, créent chez chacun des opérateurs présents devant la juridiction de renvoi un «intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre de l'autre», au sens de l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

13 — Arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, point 33). C'est moi qui souligne.

14 — Comme l'a déjà relevé l'avocat général Kokott à propos d'un arrêt du Tribunal de l'Union européenne, lorsque la version française ne fait pas foi (car elle n'est pas la langue de la procédure) mais qu'elle est plus précise que celle rédigée dans la langue de procédure, cette version linguistique, «qui est la langue du projet et du délibéré de l'arrêt attaqué peut néanmoins fournir des indices supplémentaires de ce à quoi le Tribunal voulait en réalité faire référence» (conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, point 253).

15 — Arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, point 34).

51. Par ailleurs, comme l'a relevé la Commission lors de l'audience du 11 mars 2015, outre la préservation des intérêts des soumissionnaires, la règle dégagée par la Cour dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), préserve l'intérêt de l'entité adjudicatrice qui doit pouvoir choisir la meilleure offre régulière. Or, dans l'affaire au principal, l'application stricte du critère de «l'identité des motifs» invoqué à l'appui du recours principal et du recours incident pourrait aboutir à ce que le pouvoir adjudicateur soit tenu d'attribuer le marché à une entreprise dont l'offre était, pourtant, irrégulière.

4. Conclusion intermédiaire

52. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre à la première question préjudicielle que l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 donnée dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) est également applicable dans l'hypothèse où, d'une part, un recours est introduit par un seul soumissionnaire alors que plusieurs entreprises avaient été admises à participer à la procédure d'appel d'offres et que, d'autre part, l'adjudicataire introduit à son tour un recours incident dans le cadre de la même procédure et que tant le soumissionnaire requérant que l'adjudicataire ont un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'autre opérateur.

B – *Sur la deuxième question préjudicielle*

53. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi nous demande, en substance, si l'article 267 TFUE s'oppose au mécanisme établi par l'article 99, paragraphe 3, du code de procédure administrative, qui prévoit un renvoi obligatoire à l'assemblée plénière du Consiglio di Stato par toute chambre de cette juridiction dès lors que cette dernière considère nécessaire de ne pas suivre un principe de droit énoncé par l'assemblée plénière. La juridiction de renvoi se demande si ce mécanisme l'empêche, premièrement, de poser une question préjudicielle à la Cour ou, deuxièmement, de statuer conformément au droit de l'Union d'une manière directe et autonome en n'observant pas ce mécanisme.

54. Puisque la juridiction de renvoi a décidé, avec sa première question préjudicielle, d'interroger la Cour sur l'interprétation de la directive applicable, la nécessité de répondre à la première partie de la deuxième question préjudicielle pourrait être mise en cause.

55. Toutefois, de la même façon que la Cour avait choisi de répondre à toutes les questions posées dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), j'estime qu'«il serait contraire à l'esprit de coopération qui doit présider aux relations entre les juridictions nationales et la Cour ainsi qu'aux impératifs d'économie de procédure d'exiger qu'une juridiction nationale doive d'abord soumettre une demande de décision préjudicielle soulevant la seule question de savoir si cette juridiction relève de celles visées à l'article [267], troisième alinéa, [TFUE] avant de devoir éventuellement formuler, ensuite et par une seconde demande de décision préjudicielle, des questions relatives à des dispositions de droit communautaire intéressant le fond du litige dont elle est saisie» [16].

56. Toutefois, avant de répondre à cet aspect de la question préjudicielle, j'examinerai sa deuxième facette, à savoir la compétence de la juridiction de renvoi pour statuer directement de manière conforme au droit de l'Union.

16 — Point 70. En outre, comme la Cour le précisait elle-même, elle avait «déjà répondu à une question relative à la nature de la juridiction de renvoi au regard de l'article [267], troisième alinéa, [TFUE] dans un contexte présentant des similitudes certaines avec celui de la présente demande de décision préjudicielle sans qu'elle ait mis en cause la recevabilité de cette question [dans l'arrêt Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329)]» (point 71). Tel fut également le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Melki et Abdeli (C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363).

1. La compétence de la juridiction de renvoi pour statuer directement de manière conforme au droit de l'Union

57. La juridiction de renvoi ayant décidé de poser à la Cour une question préjudicielle en application de l'article 267 TFUE, la réponse au second aspect soulevé par la deuxième question préjudicielle trouvera sa réponse dans la jurisprudence constante de la Cour en vertu de laquelle la juridiction est liée, pour la solution du litige au principal, par l'interprétation des dispositions en cause que la Cour aura donnée en réponse à la première question posée. La juridiction de renvoi devra, par conséquent, écarter le principe de droit énoncé dans l'arrêt n° 4/2011 si elle estime que, à la suite de l'interprétation précitée de la Cour, celui-ci n'est pas conforme au droit de l'Union [17].

58. Je relève par ailleurs que l'assemblée plénière du Consiglio di Stato a modifié, par l'arrêt n° 9/2014, du 25 février 2014 (ci-après l'«arrêt n° 9/2014»), le principe de droit qu'elle avait proclamé dans l'arrêt n° 4/2011. Si ledit principe de droit, tel que modifié, peut être interprété d'une façon conforme au sens donné à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 par la Cour dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) et dans la présente affaire, il ne devra pas être écarté. L'exigence d'une interprétation conforme du droit national est en effet inhérente au traité en ce qu'elle permet à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie [18].

59. Le principe d'interprétation conforme requiert en effet que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, afin de garantir la pleine effectivité de la directive 89/665 et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci [19].

60. Si, en revanche, le principe de droit énoncé dans l'arrêt n° 4/2011, tel que modifié par l'arrêt n° 9/2014, n'était pas susceptible d'être interprété conformément à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665, le juge de renvoi n'aurait alors d'autre option que de le laisser inappliqué [20] en vertu de la primauté du droit de l'Union [21].

61. À cet égard, bien que le problème ne se pose pas dans le cas d'espèce – puisque la Cour est saisie d'une question préjudicielle –, il n'est sans doute pas inutile de rappeler que l'obligation d'un juge national de laisser inappliquée la norme nationale contraire au droit de l'Union dont l'interprétation conforme à celui-ci s'avère impossible ne change rien au principe selon lequel le juge national ne peut être «ni contraint ni empêché de saisir au préalable la Cour d'une demande de décision préjudicielle» [22].

62. Il reste néanmoins à nous interroger sur l'incidence que pourrait avoir l'article 267 TFUE sur une modalité procédurale telle que celle prévue à l'article 99 du code de procédure administrative.

17 — Voir, en ce sens, arrêts Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, point 30) ainsi que Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, point 69).

18 — Voir arrêts Pfeiffer e.a. (C-397/01 à C-403/01, EU:C:2004:584, point 114); Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, point 48); Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, point 24), ainsi que Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, point 28). Selon une jurisprudence constante, la juridiction nationale appelée à interpréter son droit national est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat fixé par celle-ci [outre les arrêts précités dans la présente note, voir, également, arrêts de principe von Colson et Kamann (14/83, EU:C:1984:153, point 26) ainsi que Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, point 8)].

19 — Voir, notamment, arrêts Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, point 27) et Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, point 29).

20 — Voir notamment, à propos de la directive 89/665, arrêt Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, point 49). Si la Cour estime de façon désormais constante que «la question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de cette disposition ne s'avère possible» [arrêts Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, point 23) et Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, point 27) ou encore récemment arrêt Spedition Welter (C-306/12, EU:C:2013:650, point 28)], l'obligation «d'écartement», affirmée dès l'arrêt Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, points 21 et 24), n'est pas remise en cause. Voir, à cet égard, dispositif de l'arrêt Amia (C-97/11, EU:C:2012:306) ainsi que arrêt A (C-112/13, EU:C:2014:2195, point 36).

21 — Voir, en ce sens, arrêt Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, point 54).

22 — Ibidem (point 53).

2. L'incidence de l'article 267 TFUE sur le mécanisme de renvoi obligatoire à l'assemblée plénière du Consiglio di Stato

63. À titre liminaire, je ne peux que partager le constat effectué par l'avocat général Mazák selon lequel la Cour s'est, dans les litiges où les dispositions de droit national limitaient la possibilité pour une juridiction nationale de poser une question préjudicielle en application de l'article 267 TFUE, «systématiquement prononcée dans le sens de la possibilité la plus étendue pour les juridictions nationales de poser des questions à la Cour sur la validité et l'interprétation du droit de l'Union» [23].

64. Trois considérations étayent cette réflexion d'ordre général:

— premièrement, la Cour a considéré, en ce qui concerne les juridictions qui ne statuent pas en dernière instance, qu'elles devaient «être libre[s], si elle[s] considère[nt] que l'appréciation en droit faite au degré supérieur pourrait [les] amener à rendre un jugement contraire au droit [de l'Union], de [la] saisir […] des questions qui [les] préoccupent» [24];

— deuxièmement, les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne sont quant à elles, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, tenues de saisir la Cour lorsqu'elles sont confrontées à une question relative à l'interprétation du droit de l'Union, et ce de façon à «prévenir que s'établisse dans un État membre une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit [de l'Union]» [25], et

— troisièmement, la Cour a jugé qu'une juridiction nationale saisie d'un litige concernant le droit de l'Union, qui considère qu'une disposition nationale est non seulement contraire au droit de l'Union, mais également affectée de vice de constitutionnalité, n'est pas privée de la faculté ou dispensée de l'obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de justice de questions concernant l'interprétation ou la validité du droit de l'Union du fait que la constatation de l'inconstitutionnalité d'une règle de droit interne est soumise à un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle [26].

65. C'est dans ce cadre précis que la réponse à la deuxième question préjudicielle posée par la juridiction de renvoi doit s'inscrire.

66. Conformément à l'article 1er, paragraphe 2, du décret législatif nº 373, du 24 décembre 2003, le Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana est composé de deux chambres qui constituent des chambres détachées du Consiglio di Stato. Son caractère juridictionnel au sens de l'article 267 TFUE n'est donc pas mis en doute et la possibilité pour lui de poser une question préjudicielle à la Cour est indiscutable [27].

23 — Prise de position de l'avocat général Mazák dans les affaires Melki et Abdeli (C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:319, point 62). Voir également, pour l'affirmation du principe par la Cour, arrêt Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, point 3) et, pour sa confirmation constante, arrêts Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, point 44); Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351, point 20), ainsi que Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, point 88). La jurisprudence postérieure à la prise de position de l'avocat général Mazák ne dément pas ce constat: voir arrêts Melki et Abdeli (C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363, point 41); Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, point 26); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, point 61); Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, point 64), ou encore, très récemment, A (C-112/13, EU:C:2014:2195, point 35).

24 — Voir arrêt Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, point 4) et, pour sa confirmation constante, arrêts Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, point 94); ERG e.a. (C-378/08, EU:C:2010:126, point 32); Melki et Abdeli (C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363, point 42); Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, point 27); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, point 61), ainsi que Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, point 68).

25 — Arrêt Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, point 14 et jurisprudence citée).

26 — Voir arrêts Melki et Abdeli (C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363, point 45), lequel renvoie aux points 39, 45 et 46 de l'arrêt Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), ainsi que A (C-112/13, EU:C:2014:2195, point 38).

27 — Je relève, par ailleurs, que la Cour a déjà répondu à plusieurs demandes de décision préjudicielle qui lui avaient été adressées par le Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana [voir arrêt Valvo (C-78/07, EU:C:2008:171); ordonnance Rizzo (C-107/11, EU:C:2012:96), ainsi que arrêt Ottica New Line di Accardi Vincenzo (C-539/11, EU:C:2013:591)].

67. Dans ces circonstances, la seule question qui pourrait se poser est celle de savoir si, au regard de l'obligation de renvoi à l'assemblée plénière instauré par l'article 99, paragraphe 3, du code de procédure administrative, le Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana doit être considéré comme une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne au sens de l'article 267, troisième alinéa, TFUE ou si la décision de cette juridiction est susceptible d'un recours juridictionnel.

68. Dans la seconde hypothèse, la juridiction de renvoi est *libre* de saisir la Cour des questions qui la préoccupent si elle considère que l'appréciation en droit faite au degré supérieur pourrait l'amener à rendre un jugement contraire au droit de l'Union. Dans la première hypothèse, la juridiction de renvoi est au contraire *tenue* d'adresser à la Cour une demande de décision préjudicielle lorsqu'elle éprouve un doute sur la conformité au droit de l'Union d'un principe de droit établi par l'assemblée plénière du Consiglio di Stato.

69. Comme je viens de le rappeler, l'article 1er, paragraphe 2, du décret législatif nº 373, du 24 décembre 2003, énonce que le Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana est composé de deux chambres qui constituent des chambres détachées du Consiglio di Stato.

70. Or, selon l'article 6, paragraphe 1, du code de procédure administrative, «[l]e Consiglio di Stato est l'organe de la juridiction administrative statuant en dernier ressort».

71. Si, selon l'article 111, dernier alinéa, de la Constitution, le pourvoi en cassation est admis contre les décisions du Consiglio di Stato, il est toutefois limité aux seuls aspects liés à la répartition des compétences entre les différentes juridictions italiennes.

72. Dans ces conditions, de la même manière que la Cour a récemment considéré que la possibilité d'introduire un recours devant une juridiction constitutionnelle limité à l'examen d'une éventuelle violation des droits et des libertés garantis par la constitution nationale ou par une convention internationale ne saurait permettre de considérer qu'une Cour suprême ne peut être qualifiée de juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne au sens de l'article 267, troisième alinéa, TFUE[28], je n'envisage pas de mettre en doute la qualification du Consiglio di Stato et des chambres détachées qui le composent de juridiction de «dernier ressort».

73. La Corte suprema di cassazione a elle-même estimé, dans un arrêt nº 2403 rendu le 4 février 2014 en chambres réunies, que, dans le système juridictionnel administratif italien, il appartenait au Consiglio di Stato, à ses chambres et à l'assemblée plénière sans distinction, de statuer en tant que juridiction de dernier ressort au sens de l'article 267, troisième alinéa, TFUE.

74. Le renvoi obligatoire à l'assemblée plénière du Consiglio di Stato prévu à l'article 99, paragraphe 3, du code de procédure administrative ne me paraît pas de nature à modifier cette analyse puisqu'il ne peut être qualifié de «recours» au sens de l'article 267, troisième alinéa, TFUE.

75. En effet, cette modalité procédurale est à la disposition non pas des parties, mais uniquement de la chambre du Consiglio di Stato saisie du litige. En outre, son exercice permet de réformer non pas la décision qui aurait été prise par une juridiction inférieure mais, au contraire, la jurisprudence de l'assemblée plénière du Consiglio di Stato.

76. De plus, d'après la jurisprudence du Consiglio di Stato citée par le gouvernement italien, le non-respect de l'article 99, paragraphe 3, du code de procédure administrative ne connaîtrait pas de sanction procédurale[29].

28 — Voir arrêt Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, point 72).

29 — Arrêt nº 4185, du 6 août 2014, de la troisième chambre du Consiglio di Stato.

77. Par conséquent, conformément à l'objectif qui sous-tend l'obligation de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, le Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, confronté à une question relative à l'interprétation du droit de l'Union, devrait être tenu de saisir la Cour de façon à prévenir que s'établisse (ou perdure) une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit de l'Union [30].

78. Il est vrai que le risque de voir se développer une jurisprudence nationale contraire au droit de l'Union est limité par le fait que si le renvoi d'une décision à l'assemblée plénière du Consiglio di Stato, sur la base de l'article 99, paragraphe 3, du code de procédure administrative, est fondé sur la mise en cause d'un principe de droit en raison de sa contrariété présumée avec le droit de l'Union, ladite assemblée plénière ne peut, a fortiori, échapper à son obligation d'interroger la Cour à titre préjudiciel.

79. Toutefois, malgré cette particularité procédurale, je vois au moins deux raisons qui empêchent d'interpréter l'article 267 TFUE comme interdisant à une chambre du Consiglio di Stato saisie d'un litige d'interroger elle-même la Cour, avant un éventuel renvoi à l'assemblée plénière.

80. D'une part, refuser à la chambre d'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours en droit interne la possibilité d'interroger la Cour pour la seule raison que l'assemblée plénière de cette même juridiction serait tenue de le faire irait à l'encontre de la jurisprudence constante de la Cour qui a toujours reconnu «aux juridictions nationales la faculté *la plus étendue* de saisir la Cour si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions exigeant une interprétation ou une appréciation de validité des dispositions du droit de l'Union nécessaires au règlement du litige qui leur est soumis» [31].

81. D'autre part, la Cour a jugé qu'une juridiction nationale saisie d'un litige concernant le droit de l'Union, qui considère qu'une disposition nationale est non seulement contraire au droit de l'Union, mais également affectée de vice de constitutionnalité n'est pas privée de la faculté ou dispensée de l'obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de justice de questions concernant l'interprétation ou la validité du droit de l'Union du fait que la constatation de l'inconstitutionnalité d'une règle de droit interne est soumise à un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle [32].

82. La Cour a jugé que cet article du traité s'opposait à la législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales si le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher la juridiction nationale d'exercer sa faculté ou son obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question [33].

83. Cette solution s'impose d'autant plus ici que la disposition en cause oblige le Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana à se dessaisir au bénéfice de l'assemblée plénière du Consiglio di Stato, contrairement à la question prioritaire de constitutionnalité en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Melki et Abdeli (C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363). En effet, selon l'article 99, paragraphe 4, du code de procédure administrative, lorsque l'assemblée plénière du Consiglio di Stato est saisie, elle «statue sur tout le litige, sauf si elle décide d'énoncer le principe de droit et de renvoyer pour le reste l'instance à la chambre de renvoi».

30 — Arrêt Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, point 14 et jurisprudence citée).

31 — Arrêt Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, point 64 et jurisprudence citée). C'est moi qui souligne.

32 — Voir arrêts Melki et Abdeli (C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363, point 45), lequel renvoie aux points 39, 45 et 46 de l'arrêt Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), ainsi que A (C-112/13, EU:C:2014:2195, point 38).

33 — Arrêt Melki et Abdeli (C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363, point 57 et dispositif). Voir, également, arrêt A (C-112/13, EU:C:2014:2195, point 46 et dispositif).

84. Le seul fait que, dans le système procédural en cause au principal, il ne s'agisse pas d'un renvoi obligatoire et préalable à une autre juridiction mais à l'assemblée plénière de la juridiction saisie du litige au principal ne me semble pas de nature à justifier une dérogation aux différents principes qui ont façonné l'interprétation large de l'article 267 TFUE et à la liberté de cette juridiction nationale de poser une question préjudicielle à la Cour.

85. Certes, la Cour n'a jamais été amenée à se prononcer sur cette particularité. Toutefois, la solution retenue dans l'arrêt Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) me paraît conforter l'analyse proposée et pouvoir être appliquée, mutatis mutandis, à l'hypothèse dans laquelle se trouve la juridiction de renvoi.

86. En effet, dans cette affaire où la juridiction nationale demandait à la Cour qui, d'elle-même ou de la Cour Benelux, devait être considérée comme la juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne et qui, à ce titre, était tenue de saisir la Cour conformément à l'article 267, troisième alinéa, TFUE, la Cour est arrivée à la conclusion que les deux juridictions pouvaient être considérées comme tenues de saisir la Cour au sens de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, dès lors qu'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union était soulevée devant elle.

87. Toutefois, dans ce type de situation, la Cour a jugé que les deux juridictions n'étaient pas effectivement tenues de la saisir, car l'autorité de l'interprétation donnée en vertu de l'article 267 TFUE pouvait «priver [l']obligation [de renvoi préjudiciel] de sa cause et la vider ainsi de son contenu» [34].

88. Bien qu'il s'agisse là de deux juridictions distinctes, cette situation particulière n'en est pas moins similaire à la configuration dans laquelle s'inscrivent une chambre du Consiglio di Stato et son assemblée plénière: les deux sont des juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel interne.

89. Par conséquent, le raisonnement que la Cour avait tenu dans l'arrêt Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) me paraît pouvoir être transposé, si nécessaire, dans la présente affaire: «si une juridiction telle que [la chambre du Consiglio di Stato] a, préalablement [au renvoi à l'assemblée plénière], fait usage de sa faculté de soumettre la question soulevée à la Cour de justice, l'autorité de l'interprétation donnée par celle-ci peut soustraire une juridiction telle que [l'assemblée plénière du Consiglio di Stato] à son obligation de poser une question matériellement identique avant de rendre son jugement. Inversement, en l'absence de saisine préalable de la Cour de justice par une juridiction telle que [la chambre du Consiglio di Stato], une juridiction telle que [l'assemblée plénière du Consiglio di Stato] est tenue de soumettre la question soulevée à la Cour, dont la décision peut alors soustraire [la chambre du Consiglio di Stato] à l'obligation de poser une question matériellement identique avant de rendre son jugement» [35].

3. Conclusion intermédiaire

90. Premièrement, si le principe de droit énoncé dans l'arrêt n° 4/2011 et modifié dans l'arrêt n° 9/2014 n'était pas susceptible d'être interprété conformément à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 tel qu'il a été précisé par la Cour dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) et dans la présente affaire, le juge de renvoi devra le laisser inappliqué.

34 — Arrêt Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, point 29).

35 — Arrêt Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, point 29). Notons en effet que, selon l'article 99, paragraphe 4, du code de procédure administrative, l'assemblée plénière peut statuer sur tout le litige ou décider d'énoncer uniquement le principe de droit et de renvoyer pour le reste l'instance à la chambre de renvoi.

91. Deuxièmement, je considère que l'article 267 TFUE s'oppose à une disposition telle que l'article 99, paragraphe 3, du code de procédure administrative, interprétée comme imposant à la chambre d'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel, lorsqu'elle ne partage pas un principe de droit énoncé par l'assemblée plénière de cette même juridiction, de lui renvoyer la décision faisant l'objet du recours sans avoir la possibilité de poser à titre préalable une question préjudicielle à la Cour de justice.

92. Dès lors, sauf à interpréter l'article 99 du code de procédure administrative d'une façon conforme au droit de l'Union, une chambre du Consiglio di Stato qui souhaiterait interroger la Cour sur la base de l'article 267 TFUE devrait écarter l'article 99, paragraphe 3, du code de procédure administrative. En effet, «[e]n vertu du principe de la primauté du droit [de l'Union], le conflit entre une disposition de la loi nationale et une disposition du traité directement applicable se résout, pour une juridiction nationale, par l'application du droit [de l'Union], en laissant au besoin inappliquée la disposition nationale contraire, et non par le constat de la nullité de la disposition nationale, la compétence des organes et juridictions étant à cet égard propre à chaque État membre» [36].

VI – Conclusion

93. Au vu des considérations qui précèdent, j'invite la Cour à répondre aux questions préjudicielles posées par le Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana de la manière suivante:

1) L'interprétation de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, donnée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) est également applicable dans l'hypothèse où, d'une part, un recours est introduit par un seul soumissionnaire alors que plusieurs entreprises avaient été admises à participer à la procédure d'appel d'offres et que, d'autre part, l'adjudicataire introduit à son tour un recours incident dans le cadre de la même procédure et que tant le soumissionnaire requérant que l'adjudicataire ont un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'autre opérateur.

2) Lorsque la disposition d'une directive a déjà été interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne, une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel interne doit interpréter le droit national conformément au sens précisé par la Cour de justice de l'Union européenne et, lorsqu'une telle interprétation s'avère impossible, laisser la disposition du droit national en cause inappliquée sans être ni contraint ni empêché de saisir au préalable cette dernière d'une demande de décision préjudicielle.

L'article 267 TFUE s'oppose à une disposition telle que l'article 99, paragraphe 3, du code de procédure administrative italien interprétée comme imposant à la chambre d'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel, lorsqu'elle ne partage pas un principe de droit énoncé par l'assemblée plénière de cette même juridiction, de lui renvoyer la décision faisant l'objet du recours sans avoir la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

36 — Arrêt Filipiak (C-314/08, EU:C:2009:719, point 82).