Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 30 juin 2016 [1]

Affaire C-171/15

Connexxion Taxi Services BV
contre
Staat der Nederlanden,
Transvision BV,
Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV
et
Zorgvervoercentrale Nederland BV

[demande de décision préjudicielle formée par le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas)]

«Marchés publics — Procédure de sélection — Critères de sélection qualitatifs — Cause facultative d'exclusion — Faute grave en matière professionnelle — Principe de proportionnalité — Pouvoirs d'appréciation non mentionnés dans le document descriptif — Portée du contrôle judiciaire»

1. La demande préjudicielle introduite par le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) porte, tout d'abord, sur un des problèmes les plus fréquents que présente l'interprétation de la directive 2004/18/CE [2], à savoir la faculté qu'ont les États membres d'exclure certains soumissionnaires des marchés publics. La juridiction de renvoi s'interroge également sur l'étendue du contrôle qu'exerce le juge dans les recours fondés sur la directive 89/665/CEE [3].

2. Un des soumissionnaires en cause en l'espèce s'était, dans l'exercice de sa profession, rendu coupable d'une faute grave qualifiée de motif d'élimination (automatique ?) par le « document descriptif » [4] de l'appel d'offre. Or, le pouvoir adjudicateur a non seulement accepté sa participation, mais il lui a même finalement attribué le marché.

3. La directive 2004/18 [concrètement son article 45, paragraphe 2, sous d)] permet aux États membres qui le souhaitent d'incorporer cette clause dans leurs réglementations nationales sur les marchés publics. Le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) voudrait savoir si, en dépit des termes du document descriptif, le pouvoir adjudicateur peut évaluer le comportement fautif du soumissionnaire à la lumière du principe de proportionnalité et, le cas échéant, passer outre à son caractère d'exclusion.

1 — Langue originale : espagnol.

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114).

3 — Directive 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 (JO 1989, L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO 2007, L 335, p. 31), applicable ratione temporis en l'espèce.

4 — L'expression « document descriptif » figure dans la directive 2004/18 en combinaison, selon les cas, avec l'expression « avis de marché » (article 29) ou avec l'expression « cahier des charges » et avec l'expression « tout document complémentaire » (article 40).

4. Si l'on devait reconnaître une telle faculté au pouvoir adjudicateur, la juridiction de renvoi l'interroge ensuite sur l'intensité du contrôle juridictionnel de la décision adoptée. Plus concrètement, elle souhaite savoir s'il est compatible avec le droit de l'Union qu'en pareille hypothèse, le juge exerce un contrôle qui se borne à évaluer le seul « caractère raisonnable » de la décision administrative.

I – Le cadre juridique

A – Le droit de l'Union

1. La directive 2004/18

5. Aux termes de l'article 45 :

« […]

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

[…]

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

[…]. »

6. Conformément à l'article 45, paragraphe 2, dernier alinéa :

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

2. La directive 89/665

7. L'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, dispose ce qui suit :

« 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. »

8. L'article 2, paragraphe 1, énonce les règles que voici :

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

a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur ;

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause ;

c) d'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation. »

B – Le droit néerlandais

1. Le Bao [5]

9. L'article 45, paragraphe 3, du Bao reproduit les causes d'exclusion facultatives qui sont énoncées à l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18.

10. Aux termes de la « Nota van toelichting » (note explicative) [6] annexée au Bao, la décision d'exclure effectivement un soumissionnaire en application des principes généraux de la directive 2004/18 devra toujours être proportionnelle et ne comporter aucune discrimination ; les pouvoirs adjudicateurs devront examiner dans chaque cas concret si l'entreprise doit être exclue du marché en fonction de la nature de la faute et de sa gravité, du type de marché public et de son volume ainsi que des mesures que l'entreprise aurait adoptées entretemps.

II – Les faits et les questions préjudicielles

11. Le 10 juillet 2012, le Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (ministère de la Santé publique, du Bien-Être et des Sports, ci-après le « VWS ») a lancé une procédure de passation de marché public européen pour le marché « service de transport suprarégional à des fins sociales et récréatives destiné à des personnes à mobilité réduite » (ci-après le « marché »). Le marché portait sur une période supérieure à trois ans et sa valeur s'élevait à 60 000 000 euros par an environ.

12. Aux termes du paragraphe 3.1 (« Causes d'exclusion et exigences d'aptitude ») du document descriptif, « l'offre à laquelle s'applique une cause d'exclusion est rejetée et son examen ne sera pas poursuivi (au fond) ».

13. Le document descriptif renvoie à l'annexe « Déclaration personnelle uniforme relative aux marchés publics » (qui doit obligatoirement être annexée à l'offre), laquelle énonce les conditions que doivent remplir les soumissionnaires.

14. Aux termes du document descriptif, « le soumissionnaire déclare, par la signature de la déclaration personnelle uniforme relative aux marchés publics, qu'aucune des causes d'exclusion ne lui est applicable ».

15. La déclaration personnelle renvoie, à son tour, à l'article 45 du Bao et précise les causes d'exclusion facultatives applicables. Le soumissionnaire est notamment invité à déclarer que « ni son entreprise ni un dirigeant de son entreprise n'a commis aucune faute grave dans l'exercice de sa profession ».

5 — Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (arrêté relatif aux règles de passation des marchés publics, ci-après le « Bao »). Au moment de l'adjudication du marché en cause, la Wet houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (loi sur les marchés publics), du 1er novembre 2012, n'était pas encore entrée en vigueur.

6 — En réponse à la question que lui avait posée la Cour, le gouvernement néerlandais a déclaré que, bien qu'elle ait été publiée en même temps que lui au *Journal officiel*, la note explicative ne fait pas partie du texte du Bao. Elle expose les raisons qui expliquent le texte adopté, comme le ferait un exposé des motifs. Même si elle n'a pas, juridiquement, force obligatoire, elle a « une signification importante et pertinente du point de vue juridique pour interpréter la réglementation ».

16. Ont notamment participé à la procédure de passation du marché public Connexxion Taxi Services BV (ci-après « Connexxion ») et l'association d'entreprises constituée par Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV et Zorgvervoercentrale Nederland BV (ci-après, prises ensemble, l'« Association d'entreprises »).

17. Par lettre du 8 octobre 2012, le VWS a informé Connexxion que son offre figurait en deuxième position et qu'il avait l'intention d'attribuer le marché à l'Association d'entreprises.

18. Le 20 novembre 2012, la Nederlandse Mededingingsautoriteit (l'autorité néerlandaise de la concurrence) a infligé certaines sanctions à Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC et au groupe BIOS, auquel appartient Zorgvervoercentrale Nederland, en application de la Mededingingswet (loi sur la concurrence) pour des faits concernant le transport par taxi dans la région de Rotterdam (Pays-Bas) qui s'étaient produits entre le 17 avril 2009 et le 1er mars 2011.

19. Par lettre du 18 février 2013, le VWS a informé Connexxion que la décision d'attribuer le marché à l'Association d'entreprises était maintenue parce que, bien qu'elle ait commis une « faute grave dans l'exercice de sa profession », l'exclure du marché serait disproportionné.

20. Connexxion a alors engagé un recours contre la décision du VWS et demandé au juge d'interdire à l'État d'attribuer le marché à l'Association d'entreprises, laquelle a conclu au rejet de cette demande.

21. Le Voorzieningenrechter te Den Haag (juge des référés de La Haye, Pays-Bas) a fait droit au recours de Connexxion au motif qu'après avoir constaté que l'Association d'entreprises avait commis une faute grave dans l'exercice de sa profession, le VWS n'avait plus aucune marge d'appréciation qui lui aurait permis de réaliser un contrôle de proportionnalité.

22. L'Association d'entreprises a interjeté appel de ce jugement devant le Gerechtshof Den Haag (cour d'appel de La Haye, Pays-Bas), qui l'a annulé et ordonné à l'État d'attribuer le marché à l'Association d'entreprises pour autant qu'il souhaitât encore passer ce marché.

23. Selon le Gerechtshof Den Haag (cour d'appel de La Haye), la directive 2004/18 confère aux États membres une marge d'appréciation qui leur permet de faire ce que le législateur néerlandais a fait, à savoir reprendre intégralement l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18 à l'article 45, paragraphe 3, du Bao, et laisser ensuite aux pouvoirs adjudicateurs le soin de préciser les causes d'exclusion.

24. Le Gerechtshof Den Haag (cour d'appel de La Haye) a jugé qu'indépendamment du point de savoir si les règles de l'Union en matière de passation des marchés publics exigent un contrôle de proportionnalité, le droit de l'Union ne s'oppose pas à un tel contrôle. Il résulte, en outre, de la réglementation néerlandaise que l'exclusion ne doit pas être automatique et que le pouvoir adjudicateur doit analyser si la sanction est proportionnée.

25. Le Gerechtshof Den Haag (cour d'appel de La Haye) a ajouté que la décision du VWS devait être examinée avec retenue, d'autant plus que la faute professionnelle grave n'avait pas (encore) été établie de manière définitive. La question essentielle porte sur le point de savoir si le VWS pouvait raisonnablement parvenir à la conclusion qu'exclure l'Association d'entreprises était disproportionné. Il a considéré comme dénué de pertinence le fait que le document descriptif prévoit l'élimination d'un soumissionnaire auquel s'applique un motif d'exclusion et il a déclaré que la décision du VWS pouvait subir avec succès le contrôle « marginal »[7] du juge.

7 — Note sans objet dans la version en langue française des présentes conclusions.

26. Saisi d'un pourvoi en cassation, le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) a constaté certaines tensions entre, a) d'une part, l'obligation que la loi fait au pouvoir adjudicateur de soumettre les causes d'exclusion facultatives à un contrôle de proportionnalité visant à établir si elles doivent entraîner l'exclusion et, b) d'autre part, le document descriptif du marché, en vertu duquel les offres des soumissionnaires auxquels s'applique une cause d'exclusion doivent être écartées.

27. La juridiction de renvoi se demande s'il est conforme aux principes d'égalité, de transparence et de publicité d'appliquer le critère de proportionnalité lorsqu'il n'a pas été explicitement inscrit dans le document descriptif.

28. Le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) a ajouté que, pour autant que le contenu de la décision du pouvoir adjudicateur puisse être soumis à un contrôle juridictionnel, le droit néerlandais limite les pouvoirs du juge à un contrôle « marginal » de la décision, contrôle qui lui permet tout juste de constater si le pouvoir adjudicateur pouvait raisonnablement adopter sa décision.

29. C'est dans ce contexte que le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) a formulé deux questions préjudicielles :

« 1) a) Le droit de l'Union, en particulier l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, s'oppose-t-il à ce que le droit national oblige un pouvoir adjudicateur à examiner, en application du principe de proportionnalité, s'il y a effectivement lieu de procéder à l'exclusion d'un soumissionnaire qui a commis une faute professionnelle grave ?

b) Importe-t-il, à cet égard, que le pouvoir adjudicateur ait prévu, dans les conditions de l'appel d'offres, qu'une offre à laquelle s'applique une cause d'exclusion est rejetée et que son examen ne sera pas poursuivi au fond ?

2) Au cas où il serait répondu par la négative à la première question, sous a), le droit de l'Union s'oppose-t-il à ce que le juge national n'effectue pas, à l'aune du principe de proportionnalité, un contrôle complet de l'appréciation à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé en l'espèce, mais se borne à vérifier (de façon "marginale") si le pouvoir adjudicateur a raisonnablement pu décider de ne pas exclure un soumissionnaire même si celui-ci a commis une faute professionnelle grave au sens de l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2004/18 ? »

III – Synthèse des arguments des parties

A – Sur la première question préjudicielle

30. Selon Connexxion, le pouvoir adjudicateur ne peut pas porter un jugement de proportionnalité après avoir constaté que le soumissionnaire s'est rendu coupable d'une faute grave dans l'exercice de sa profession. Il a déjà porté ce jugement lorsqu'il a prévu dans le document descriptif que le comportement fautif est un motif d'exclusion. Eu égard à la manière dont ce document est rédigé, il serait contraire aux principes de publicité, de transparence et d'égalité, qui régissent la passation des marchés publics, que le pouvoir adjudicateur ait la faculté d'évaluer la proportionnalité du motif d'exclusion.

31. Toutes les autres parties se sont prononcées en sens contraire. C'est aux États membres, libres en cette matière, qu'il appartient d'inscrire les causes facultatives d'exclusion dans le document descriptif. La directive 2004/18 n'entame pas leur liberté et ne les empêche pas de subordonner à une évaluation préalable de proportionnalité l'élimination des soumissionnaires auxquels s'appliquent des causes

facultatives d'exclusion. Que le document descriptif érige la faute professionnelle grave en motif suffisant permettant d'éliminer son auteur n'empêche pas le pouvoir adjudicateur d'appliquer la règle générale, c'est-à-dire de soumettre l'application de ce motif d'exclusion à un jugement de proportionnalité.

B – Sur la seconde question préjudicielle

32. Connexxion se déclare favorable à ce que le juge puisse pratiquer un contrôle complet de la décision administrative.

33. Le gouvernement néerlandais et l'Association d'entreprises estiment, au contraire, que le contrôle juridictionnel doit se limiter, de façon marginale, à l'examen du caractère raisonnable de la décision du pouvoir adjudicateur.

34. Selon la Commission européenne, les pouvoirs du juge doivent être très étendus et lui permettre d'analyser l'exactitude matérielle des faits et l'absence d'erreur d'appréciation manifeste ainsi que le caractère correct, complet et fiable des circonstances sur lesquelles repose la décision du pouvoir adjudicateur.

35. Pour le gouvernement italien, c'est au législateur national qu'il appartient de déterminer le type de contrôle qu'il convient d'effectuer puisque le droit de l'Union n'impose pas que l'appréciation du juge national se substitue entièrement à l'évaluation du fond réalisé par le pouvoir adjudicateur.

IV – Appréciation

A – Sur la première question préjudicielle, sous a)

36. Est-il conforme à la directive 2004/18 qu'un État membre oblige les pouvoirs adjudicateurs à examiner la proportionnalité de l'exclusion éventuelle des soumissionnaires qui se seraient rendus coupables d'une faute grave dans l'exercice de leur profession ?

37. Avant de répondre à cette question, il convient d'apporter deux précisions. Selon les éléments qui figurent dans la décision de renvoi, l'Association d'entreprises n'avait été sanctionnée comme auteur d'une faute grave ni à la date à laquelle les soumissionnaires ont déposé leurs offres ni à la date à laquelle le pouvoir adjudicateur a adopté sa décision (à savoir le 8 octobre 2012). Ce n'est que plus tard (le 20 novembre 2012) que l'autorité néerlandaise de la concurrence a infligé certaines sanctions à quelques-uns de ses membres qui s'étaient rendus coupables de pratiques collusoires quelques années auparavant. C'est au juge de renvoi qu'il appartiendra de décider si cette sanction, postérieure à la date de dépôt des offres et à la décision initiale d'adjudication, peut être considérée comme un motif valide d'exclure l'auteur qui avait déjà présenté son offre (manifestement sans y signaler une faute grave, inexistante en droit jusqu'alors).

38. Si le juge de renvoi estime, malgré tout, que la sanction infligée au soumissionnaire justifie que celui-ci puisse être qualifié [8] d'auteur d'« une faute grave commise dans l'exercice de sa profession », il faut entamer le débat sur l'utilisation de ce motif d'exclusion soit de façon automatique, soit après l'avoir passé au crible de sa proportionnalité.

8 — Selon moi, jusqu'au moment de la sanction, l'opérateur économique bénéficie de la présomption d'innocence et ne pourra pas être catalogué comme auteur d'une faute grave, même si les faits constitutifs de son infraction (mais qui n'ont pas encore été déclarés tels) étaient antérieurs à la date de l'avis de passation du marché.

39. La deuxième précision concerne l'interprétation des règles du droit national, qui relève de la compétence exclusive du juge de renvoi. Dans sa demande, le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) déclare que « le droit national contraint le pouvoir adjudicateur à décider, à l'aune du principe de proportionnalité, s'il y a lieu d'exclure effectivement le soumissionnaire concerné ». Cette déclaration clôt, en ce qui concerne la demande préjudicielle et le droit interne, le débat sur la suffisance du fondement juridique de l'« obligation » d'évaluer la proportionnalité (et, indirectement, le débat sur l'incidence de la note explicative du Bao).

40. Ces précisions ayant été fournies, la réponse à la question peut être puisée, sans grande difficulté, dans la jurisprudence de la Cour antérieure et postérieure à la directive 2004/18 [9].

41. Sous le régime de la directive 92/50/CEE [10] (dont l'article 29 était rédigé dans des termes analogues à ceux de l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18), la Cour a souligné, dans son arrêt La Cascina e.a. [11], que l'application des cas d'exclusion facultative relève de la discrétion des États membres, comme l'indique l'expression « [p]eut être exclu de la participation à un marché », qui figurait au début de l'article 29. Les États membres ne peuvent pas ajouter de causes d'exclusion à celles qui sont énoncées dans la réglementation [12], mais l'article 29 susvisé de la directive 92/50 n'envisage pas une application uniforme de ces causes d'exclusion [13].

42. La Cour a conservé la même position après l'entrée en vigueur de la directive 2004/18 dans l'arrêt Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici [14], au point 35 duquel elle a reproduit les arguments qu'elle avait utilisés dans l'arrêt La Cascina e.a. [15]. Elle y répète que les États membres doivent préciser, conformément à leur droit national et dans le respect du droit de l'Union, les conditions d'application de l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18. La Cour confirme donc une fois encore que les États membres ont le pouvoir d'alléger ou, s'ils le souhaitent, de rendre plus souples les critères d'exclusion.

43. S'il appartient aux États membres de définir lesquelles, parmi les causes d'exclusion facultatives prévues par la directive 2004/18, s'appliqueront dans leurs ordres juridiques respectifs, il est logique qu'ils aient également le pouvoir de préciser les conditions de leur application. Ils pourront donc aménager ces causes avec plus ou moins de sévérité, de sorte que, s'ils préfèrent soumettre chacune d'entre elles, ou quelques-unes seulement, à un jugement ou contrôle de proportionnalité ad casum, rien dans la directive 2004/18 ne les en empêche.

44. Il résulte de l'arrêt Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici [16] que les États membres ne peuvent cependant pas exercer ce pouvoir de manière inconditionnelle. D'une part, l'Union européenne attache une grande importance à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, ce qui l'incline à aplanir le chemin permettant une ouverture aussi large que possible des procédures de passation des marchés publics, chemin sur lequel l'application des causes facultatives d'exclusion

9 — Dans la décision de renvoi et dans les observations des parties, le considérant 101 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65) est cité comme critère herméneutique additionnel. Aux termes de celui-ci, lorsqu'ils appliquent les motifs d'exclusion facultatifs, les pouvoirs adjudicateurs doivent porter une attention particulière au principe de proportionnalité. Bien que la directive 2014/24 ne puisse pas sortir d'effet ratione temporis en l'espèce, son préambule est l'expression de la jurisprudence de la Cour en la matière.

10 — Directive du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO 1992, L 209, p. 1).

11 — Arrêt du 9 février 2006, La Cascina e.a. (C-226/04 et C-228/04, EU:C:2006:94, points 21 et 23).

12 — Arrêt du 9 février 2006, La Cascina e.a. (C-226/04 et C-228/04, EU:C:2006:94, point 22).

13 — « [L]es États membres ont la faculté de ne pas appliquer du tout ces causes d'exclusion, en optant pour la participation la plus large possible aux procédure de passation des marchés publics, ou bien 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 l'article 29 de la directive. » (Arrêt du 9 février 2006, La Cascina e.a., C-226/04 et C-228/04, EU:C:2006:94, point 23.)

14 — Arrêt du 10 juillet 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063).

15 — Arrêt du 9 février 2006, La Cascina e.a. (C-226/04 et C-228/04, EU:C:2006:94).

16 — Arrêt du 10 juillet 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, points 29, 31 et 32).

pourrait se dresser en obstacle. D'autre part, il est légitime de justifier les motifs d'exclusion en disant qu'ils poursuivent des objectifs d'intérêt général, à l'instar des garanties de fiabilité, de diligence, d'honnêteté professionnelle et de sérieux du soumissionnaire. La Cour applique le principe de proportionnalité lorsqu'elle met ces intérêts en balance.

45. Cette jurisprudence a pour corollaire qu'une loi nationale permettant au pouvoir adjudicateur d'exclure les soumissionnaires qui ont été sanctionnés pour avoir commis une faute grave dans l'exercice de leur profession uniquement s'il considère que les éliminer pour ce motif est conforme au principe de proportionnalité n'enfreint pas l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18 ni le droit de l'Union.

B – Sur la première question préjudicielle, sous b)

46. Le document descriptif du contrat ne subordonne pas l'exclusion du soumissionnaire qui se serait rendu coupable d'une faute grave dans l'exercice de sa profession à un examen préalable de la proportionnalité d'une telle sanction. C'est ce qui explique l'hésitation de la juridiction de renvoi : les termes dans lesquels ce document descriptif est rédigé sont-ils déterminants en l'espèce ?

47. Pour répondre à cette question, il faut revenir à celle qui précède : la réglementation néerlandaise applicable aux marchés publics (à savoir le Bao) ne permet au pouvoir adjudicateur d'appliquer une cause facultative d'exclusion qu'après avoir effectué un examen de proportionnalité ad casum, examen de proportionnalité auquel le droit de l'Union ne s'oppose pas. Alors, est-ce la règle qui le prescrit en termes généraux qui doit prévaloir ou bien, au contraire, le pouvoir adjudicateur est-il lié par la clause particulière d'un document descriptif qui, dans la procédure d'appel d'offre spécifique de l'espèce, exclut tout soumissionnaire qui aurait commis une faute grave ?

48. Comme je l'ai déjà indiqué, la Cour ne peut pas se substituer au juge national dans l'interprétation du droit que celui-ci applique. D'un point de vue strictement interne, je crois néanmoins qu'il est possible de mettre la clause du document descriptif en syntonie avec la règle générale. Ne pas le faire reviendrait à admettre, dans un cas particulier, une dérogation à certaines règles impératives des marchés publics au moyen d'un acte spécifique qui ne les respecte pas.

49. Donner de la clause du document descriptif une « interprétation conforme » au Bao ne présente pas de difficulté excessive si l'on prend pour point de départ une vue d'ensemble de l'appareil normatif applicable aux marchés publics. Les clauses d'exclusion facultatives opèrent non pas dans le vide, mais dans un cadre légal prédéterminé qu'elles doivent respecter : elles ne seront donc efficaces que si leurs conditions légales d'application sont réunies. L'une d'entre elles est que les comportements soient évalués dans une perspective de proportionnalité lorsqu'il s'agit d'infractions commises par les soumissionnaires.

50. Lorsque le pouvoir adjudicateur agit de manière conforme à ce critère, il s'en tient scrupuleusement aux règles générales des marchés publics en vigueur aux Pays-Bas, qui sont énoncées dans le Bao et dans sa note explicative. C'est la raison pour laquelle, même si le document descriptif n'a pas expressément prévu que le pouvoir adjudicateur a la faculté d'apprécier la faute commise par le soumissionnaire à la lumière du principe de proportionnalité, cette faculté doit être sous-entendue.

51. C'est précisément en raison de son caractère quasi normatif que la règle énoncée à l'article 3.1 du document descriptif (« l'offre à laquelle s'applique une cause d'exclusion est rejetée ») doit, selon moi, être lue à la lumière des critères d'interprétation qui s'appliquent à toutes les normes juridiques dérivées, qui ne peuvent pas s'écarter des dispositions plus générales qui leur offrent couverture. Si le Bao prévoit que, pour exclure un soumissionnaire qui a commis une faute professionnelle grave, le

pouvoir adjudicateur doit examiner chaque cas concret « en fonction de la nature de la faute et de sa gravité, du type de marché public et de son volume ainsi que des mesures que l'entreprise aurait adoptées entretemps », le silence du document descriptif sur la mise en œuvre, nécessaire et individualisée, du principe de proportionnalité ne peut pas avoir pour effet d'en entraver l'application.

52. Cette thèse se confirme lorsqu'on l'examine du point de vue du droit de l'Union. Dans la jurisprudence qu'elle a consacrée aux causes d'exclusion facultatives, la Cour a rejeté leur application automatique et confirmé qu'il convient d'en donner une « interprétation conforme ». Il résulte de l'arrêt Forposta et ABC Direct Contact [17] qu'une application automatique (de la clause d'exclusion du soumissionnaire coupable de faute grave) pourrait aller au-delà de la marge d'appréciation que l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18 confère aux États membres.

53. Aux termes de cet arrêt, le pouvoir adjudicateur doit d'emblée effectuer « une appréciation complète et individualisée de l'attitude de l'opérateur économique concerné » [18]. C'est parce qu'elle ne se conformait pas à ce critère que la Cour a déclaré incompatible avec le droit de l'Union une loi nationale qui « impose à un pouvoir adjudicateur d'exclure automatiquement cet opérateur de la procédure d'attribution d'un marché public […] sans laisser à ce pouvoir adjudicateur la faculté d'apprécier, au cas par cas, la gravité du comportement prétendument fautif dudit opérateur ». Bien que les circonstances de l'affaire Forposta et ABC Direct Contact [19] diffèrent de celles de la présente espèce, le raisonnement suivi par la Cour à l'époque peut être conservé comme critère herméneutique.

54. En résumé, à la raison d'ordre interne (à savoir la primauté du Bao, en sa qualité de loi générale régissant les marchés publics néerlandais) qu'il appartient au juge de renvoi d'évaluer s'ajoute la jurisprudence de la Cour, qui s'oppose, par principe, à l'application automatique de cette cause d'exclusion.

55. Je suggère donc de répondre à la question préjudicielle que la clause du document descriptif ne peut pas être utilisée pour contourner l'appréciation de proportionnalité ad casum du comportement fautif du soumissionnaire de manière à l'exclure, ou non, du marché.

56. En dépit d'un poids certain, les objections qui ont été opposées à cette thèse sur la base des principes de publicité, d'égalité de traitement et de transparence (principes auxquels se sont référées tant la juridiction de renvoi que Connexxion, qui citent l'arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta [20]) ne parviennent pas à me convaincre. Conformément à la jurisprudence que la Cour a dégagée dans cet arrêt [21], tous les soumissionnaires doivent être soumis aux mêmes conditions, sans distinction. Mais, dans la présente espèce, l'application du critère de proportionnalité est non seulement corroborée par les règles générales des marchés publics en vigueur aux Pays-Bas, mais elle se serait en outre étendue à tous les soumissionnaires concernés par la même cause d'exclusion. Il aurait pu y avoir discrimination si l'un d'entre eux, coupable d'une faute grave analogue, avait été écarté automatiquement de la procédure de passation du marché, c'est-à-dire sans que le pouvoir adjudicateur ait préalablement porté une appréciation de proportionnalité, contrairement à ce qu'elle a fait pour l'Association d'entreprises. Tel n'a cependant pas été le cas.

17 — Arrêt du 13 décembre 2012, Forposta et ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801).

18 — Arrêt du 13 décembre 2012, Forposta et ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, point 31).

19 — Arrêt du 13 décembre 2012, Forposta et ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801).

20 — Arrêt du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236).

21 — Arrêt du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, points 108 à 111). Pour la Cour, « le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires […] implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect […] [et] impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et impliquent donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs ».

57. La jurisprudence dans laquelle s'intègre l'arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta [22] ne s'oppose pas, selon moi, à la réponse que je propose. L'interaction des principes d'égalité, de publicité et de transparence avec certaines clauses du document descriptif, dont l'interprétation doit se faire à la lumière des règles générales applicables aux marchés publics, n'empêche pas le pouvoir adjudicateur d'apprécier si, dans un cas spécifique, le comportement fautif du soumissionnaire, évalué au regard du principe de proportionnalité, s'oppose à ce que lui soit adjugé le marché qu'il convoite et pour lequel il a rédigé une offre comportant des conditions meilleures que celles de ses rivaux.

58. Dans la procédure d'appel d'offres en cause, les conditions du marché et la procédure de sélection n'ont pas vraiment été modifiées et étaient identiques pour tous les candidats. Le pouvoir adjudicateur a vérifié que leurs offres remplissaient les critères applicables au marché [23] et n'a appliqué aucune cause d'exclusion qui ne soit prévue dans le document descriptif [24]. Le fait que, pour évaluer une de ces causes d'exclusion, expressément énoncée dans ce document, il ait appliqué le principe de proportionnalité, qui n'y est pas explicitement cité, mais qu'imposent les règles générales applicables aux marchés publics aux Pays-Bas (ainsi que la jurisprudence de la Cour) est, à mon avis, compatible avec les principes d'égalité de traitement et avec leur corollaire, à savoir le principe de transparence.

59. Il est plausible que (comme elle l'a fait la dernière fois dans l'arrêt Pizzo [25]) la Cour insiste sur le respect du cahier des charges ou de documents analogues parce qu'ils garantissent l'égalité des soumissionnaires. Mais, comme toutes les autres, cette perspective a ses limites et l'on ne peut pas mettre l'accent sur l'importance du cahier des charges (ou des documents analogues) au point de faire simplement abstraction des règles des marchés publics mises en place par le législateur dans chaque État membre. Forts de cette caution, certains pouvoirs adjudicateurs pourraient être tentés d'omettre, dans leurs cahiers des charges, certaines exigences établies légitimement par le législateur national avec lesquelles ils ne sont pas d'accord ou qu'ils préfèrent simplement contourner (ne serait-ce qu'au bénéfice d'un candidat potentiel) parce qu'ils auraient l'assurance que les cahiers des charges ainsi rédigés seraient inattaquables en pratique. S'il est important de maintenir l'égalité des soumissionnaires, il ne l'est pas moins qu'à l'instar du pouvoir adjudicateur lui-même, ceux-ci ne soient pas dispensés de se soumettre aux règles et critères généraux qui gouvernent cette matière dans chaque État membre. Une de ces règles est, précisément, le principe de proportionnalité qui s'applique à la cause d'exclusion sur laquelle porte le présent litige.

C – Sur la seconde question préjudicielle

60. Bien que le juge de renvoi ne le dise pas expressément, je crois qu'il demande à la Cour de lui fournir l'interprétation de la directive 89/665, qui coordonne les règles nationales relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

61. Face aux décisions des pouvoirs adjudicateurs (lorsqu'il s'agit, évidemment, de marchés relevant du champ d'application de la directive 2004/18), les États membres ont l'obligation de garantir que les intéressés disposent de voies de recours rapides et efficaces leur permettant de les attaquer si elles ont enfreint le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales qui transposent celles-ci dans les ordres juridiques des États membres. Tel est, en définitive, l'objet de la directive 89/665.

22 — Arrêt du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236). Dans cette affaire, le pouvoir adjudicateur avait modifié le régime général de passation des marchés publics en changeant unilatéralement une des stipulations jugée essentielle dans la mesure où, si elle avait figuré dans l'avis de marché, elle aurait permis aux candidats de présenter des offres substantiellement différentes. Il ne s'est toutefois rien produit de semblable en l'espèce.

23 — Voir arrêt du 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, point 44), avec référence à l'arrêt du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, points 108 à 111).

24 — Contrairement à ce qui s'était passé dans l'affaire du 2 juin 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404).

25 — Arrêt du 2 juin 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404).

62. L'analyse que je me propose de vous exposer abordera, en premier lieu, la question de savoir si la directive 89/665 (et la jurisprudence qui l'a interprétée) offre(nt) des repères permettant de déterminer le degré ou l'intensité du contrôle au moyen duquel les instances de recours doivent passer au crible les décisions des pouvoirs adjudicateurs. Si de tels repères existent, il faudra ensuite les confronter aux règles du droit néerlandais auxquelles se réfère le juge de renvoi.

63. En second lieu, il faudra tirer au clair le point de savoir si l'intensité du contrôle judiciaire doit être la même dans les deux hypothèses de procédure envisagées à l'article 2 de la directive 89/665, c'est-à-dire a) la procédure d'urgence qui permet d'adopter des mesures conservatoires au cours de la phase qui précède la conclusion du contrat, et b) toutes les autres procédures de recours visant à l'annulation de l'acte administratif d'adjudication et à la réparation des dommages et préjudices subis. Dans la présente affaire [26], Connexxion a formé un recours contre la décision d'adjudication du VWS en faveur de l'Association d'entreprises devant le voorzieningenrechter te Den Haag (juge des référés de La Haye), auquel elle a demandé de l'annuler. Son recours s'inscrivait donc dans le champ d'application de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665.

64. Je consacrerai une dernière réflexion à vérifier si, dans les circonstances de l'espèce au principal, on peut prétendre, comme le fait le gouvernement néerlandais, que le contrôle juridictionnel effectué par la juridiction de première instance et par la juridiction d'appel était conforme aux standards de contrôle imposés par la directive 89/665.

1. L'intensité du contrôle juridictionnel des décisions des pouvoirs adjudicateurs

65. En matière de passation des marchés publics, on observe la même tendance que celle qui se dessine dans d'autres domaines du droit public de l'Union : si, à l'origine, la Cour se contentait de renvoyer à l'autonomie de procédure des États membres et d'utiliser, comme mode de correction, les principes d'équivalence et d'effectivité en tant qu'exigences minimales des systèmes nationaux de contrôle juridictionnel dans les litiges relevant du droit de l'Union, les exigences inhérentes à la « protection judiciaire » s'imposent peu à peu de manière à augmenter, parallèlement, l'intensité de ce contrôle [27].

66. La tendance est, ce qui est logique, plus marquée lorsque le législateur de l'Union a adopté des règles d'harmonisation, précisément en ce qui concerne le contrôle juridictionnel de certaines décisions des autorités nationales. C'est le cas, en particulier, en matière de passation des marchés publics puisque, lorsqu'il a adopté la directive 89/665 et l'a modifiée à plusieurs reprises par la suite, le législateur avait conscience que la réglementation communautaire deviendrait du « papier mouillé » si elle n'était pas assortie de mécanismes de recours non seulement harmonisés, mais également efficaces, susceptibles de garantir le respect des règles applicables. Ces mécanismes ont, à la fois, pour objet de protéger les droits des soumissionnaires et d'améliorer le système de passation des marchés publics dans son ensemble, marchés publics dont on ne saurait assez souligner l'importance économique pour le marché intérieur.

67. Il n'est donc pas étonnant que tant le juge de renvoi dans sa demande préjudicielle que les parties dans leurs observations aient cité les arrêts HI [28] et Croce Amica One Italia [29], dans lesquels la Cour s'est prononcée sur l'étendue des pouvoirs du juge en matière de contrôle de l'activité du pouvoir adjudicateur.

26 — Voir points 20 et 21 des présentes conclusions.

27 — La doctrine juridique des dernières années offre d'abondantes réflexions sur ce sujet. Voir, sur l'état actuel de la question, Jans, J. H., Prechal, S., et Widdershoven R. J. G. M., *The Europeanisation of Public Law*, 2e éd., Groningen, 2015, p. 399 et suiv.

28 — Arrêt du 18 juin 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379).

29 — Arrêt du 11 décembre 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435).

68. Dans le premier d'entre eux, la Cour a déclaré que la directive 89/665 s'oppose à ce qu'une réglementation nationale limite le contrôle « de la légalité du retrait d'un appel d'offres au seul examen du caractère arbitraire de cette décision » [30]. Dans l'arrêt Croce Amica One Italia [31], la Cour a repris le fil du raisonnement là où elle l'avait abandonné dans l'arrêt HI (C-92/00, EU:C:2002:379). Après avoir rappelé que le contrôle de la légalité des décisions du pouvoir adjudicateur ne peut pas se limiter au seul examen de leur caractère arbitraire, elle a fait un pas de plus et ajouté que le législateur peut accorder aux juridictions de son pays le pouvoir d'exercer un contrôle d'opportunité.

69. C'est dans cet esprit-là que le juge de renvoi fournit à la Cour l'occasion de préciser si un contrôle simplement « marginal » (qui est l'expression qu'il a utilisée) réunit les conditions de la directive 89/665. La description qu'il donne du régime de contrôle « marginal » n'est pas très explicite et la seule chose que l'on puisse déduire de la demande est que le juge néerlandais limiterait son examen au « caractère raisonnable » de la décision du pouvoir adjudicateur.

70. Dans une approche initiale, de manière quasi intuitive, on pourrait penser que, si tel est le système généralisé de contrôle judiciaire des actes administratifs en vigueur aux Pays-Bas (et non pas seulement en matière de passation des marchés publics, mais dans d'autres domaines du droit public également), l'autonomie de procédure de cet État membre devrait l'emporter si aucune règle d'harmonisation n'oblige le juge à pratiquer un contrôle, non pas seulement « marginal », mais « complet ».

71. Sans préjudice de ce que j'exposerai plus loin à propos de la phase conservatoire du recours, je crois cependant qu'un contrôle juridictionnel qui, dans cette matière, se limiterait à évaluer le « caractère raisonnable » de la décision d'adjudication du marché ne serait pas conforme à l'article 2 de la directive 89/665. Comme la Cour l'a souligné dans son arrêt Alcatel Austria e.a. [32], les mécanismes de recours doivent garantir l'application effective des règles de l'Union sur les marchés publics, « en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées ». Lorsque les conditions en sont réunies, le recours doit permettre au requérant d'obtenir « l'annulation » de « la décision du pouvoir adjudicateur précédant la conclusion du contrat par laquelle celui-ci choisit le soumissionnaire […] avec lequel il conclura le contrat ». Se contenter de contrôler le caractère raisonnable de la décision ne garantit pas que celle-ci respectera strictement les règles propres aux marchés publics.

72. Un pouvoir adjudicateur pourrait, en principe, adopter différentes solutions, également « raisonnables », qui ne perdraient pas ce caractère en raison du fait qu'en fin de compte, la préférence se portera sur une seule de celles-ci, à savoir sur celle qui est la plus conforme aux termes de l'appel d'offre. D'un point de vue qualitatif, l'examen du juge qui se limiterait à vérifier le « caractère raisonnable » d'un acte n'est, en définitive, pas très différent de l'examen qui lui permettrait d'affirmer que cet acte n'est pas entaché d'un vice d'arbitraire. Il s'agirait d'un niveau de contrôle proche de celui que la Cour a rejeté dans l'arrêt HI [33], niveau de contrôle qui limitait l'examen au seul point de savoir si la décision entreprise était, ou non, arbitraire.

73. J'estime, pour ma part, que, pour être digne de ce nom, le contrôle juridictionnel qu'impose la directive 89/665 nécessite davantage. Le juge ne peut pas limiter son examen à simplement s'interroger sur le « caractère raisonnable » des actes entrepris, d'autant moins lorsque ceux-ci doivent être conformes à une réglementation détaillée, qui comporte tant les aspects de forme que les aspects de fond. Le juge saisi d'une demande dans cette matière devra évaluer si l'adjudication contestée a respecté les règles de l'appel d'offres et si la candidature du soumissionnaire retenu résiste

30 — Arrêt du 18 juin 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, point 64). La Cour a estimé qu'eu égard à l'objectif de renforcement des recours poursuivi par la directive 89/665 et qu'en l'absence d'indications contraires, la portée du contrôle juridictionnel à exercer dans le cadre des procédures de recours y visées ne saurait être interprétée de manière restrictive.

31 — Arrêt du 11 décembre 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435).

32 — Arrêt du 28 octobre 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, EU:C:1999:534, points 33 et 43).

33 — Arrêt du 18 juin 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379).

à l'analyse critique que ses rivaux ont développée dans leur recours. Dans de nombreux cas, cette évaluation nécessitera du juge qu'il vérifie les faits déterminants (que l'administration pourrait avoir mal évalués) ainsi que les preuves des mérites plus ou moins grands de certaines candidatures par rapport à d'autres ; elle exigera également de lui qu'il s'assure que l'acte administratif est dûment motivé et qu'il contrôle s'il est conforme aux objectifs qui le justifient ou s'il s'en éloigne (c'est-à-dire, en d'autres termes, s'il existe des éléments de détournement de pouvoir) et s'il respecte les autres règles légales qui le régissent. L'appréciation de tous ces éléments de jugement va, je le répète, au-delà d'une simple appréciation du « caractère raisonnable » de l'acte entrepris pour s'engager sur des terrains, de fait et de droit, plus « techniques », et normalement plus complexes, qui sont familiers à tout juge appelé à contrôler le comportement de l'administration.

74. Je suis, dès lors, d'avis que, si on l'entend dans le sens que je viens d'exposer, un contrôle simplement « marginal » des décisions du pouvoir adjudicateur qui se limite à évaluer leur « caractère raisonnable » tel que celui que décrit le juge de renvoi ne serait pas compatible avec les exigences du contrôle juridictionnel envisagé par la directive 89/665. Mais ces considérations s'appliquent-elles à la phase conservatoire des recours engagés contre ces décisions ?

2. Le contrôle juridictionnel en phase conservatoire

75. Comme je l'ai déjà indiqué, la procédure en première instance portait sur l'acte par lequel le VWS a sélectionné l'adjudicataire, mais l'action engagée devant le voorzieningenrechter te Den Haag (juge des référés de La Haye) l'avait été dans le cadre d'une procédure d'urgence [34]. Le litige se situait donc spécifiquement sur le terrain de la protection provisoire prévue à l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665. Le système néerlandais [35] dédouble les compétences selon que la demande est formée à titre conservatoire ou qu'elle est dirigée contre la décision administrative et repose sur des arguments de fond [36].

76. La présence du facteur conservatoire, ou provisoire, pourrait être pertinente pour la réponse à donner à la deuxième question préjudicielle : au cours de la phase conservatoire, l'intensité du contrôle juridictionnel des décisions des pouvoirs adjudicateurs n'a aucune raison d'être la même que celle du contrôle qu'il convient d'effectuer lorsqu'il s'agit de résoudre le fond du litige de manière définitive. Au cours de la première phase, les pouvoirs du juge sont généralement limités [37], à tel point que sa décision provisoire n'est généralement pas revêtue de l'autorité de la chose jugée et qu'elle est susceptible d'être modifiée ultérieurement au cours de la procédure au fond.

34 — Comme l'indique explicitement le juge de renvoi au point 3.2.1 de sa demande.

35 — Au point 45 de l'arrêt qu'elle a rendu le 9 décembre 2010 dans l'affaire Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a. (C-568/08, EU:C:2010:751), la Cour a analysé le droit néerlandais applicable en pareilles circonstances, tout comme l'avait fait l'avocat général Cruz Villalón dans les conclusions qu'il avait présentées dans cette affaire (EU:C:2010:515). Conformément au point 11 de l'arrêt, « la passation de marchés publics relève du droit privé, l'attribution d'un marché public constitue un acte de droit privé et les décisions préalables à l'attribution d'un marché public prises par les organes administratifs sont considérées comme des actes préparatoires de droit privé. Le juge civil est compétent pour connaître des litiges en matière de passation de marchés publics en ce qui concerne tant l'adoption de mesures conservatoires que la procédure au fond. La compétence du juge administratif est exclue, sauf si une loi en dispose autrement. » Le gouvernement néerlandais a reconnu lors de l'audience que l'adoption ultérieure de la Wet tot implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (loi portant transposition de la directive sur les recours), du 28 janvier 2010, n'a pas sensiblement modifié ce cadre normatif.

36 — Hebly, Jan M., et Folkert, Wilman G., « Damages for breach of procurement law: The Dutch situation », p. 75 à 88, dans *Public Procurement Law : Damages as an Effective Remedy*, Fairgrieve Ducan et Lichère, François (éd.), Hart Publishing, Oxford, 2011.

37 — Au point 77 de l'arrêt qu'elle a rendu le 9 décembre 2010 dans l'affaire Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a. (C-568/08, EU:C:2010:751), la Cour a assuré qu'« il ne peut pas être exclu que le juge des référés et le juge du fond, appelés à traiter successivement d'un même litige, retiennent des interprétations divergentes des règles du droit de l'Union applicables. D'une part, le juge des référés est amené à rendre une décision dans le cadre d'une procédure d'urgence dans laquelle tant la collecte des preuves que l'examen des moyens des parties sont nécessairement plus sommaires que dans le cadre de la procédure au fond. D'autre part, l'intervention du juge des référés vise, non pas, contrairement à celle du juge du fond, à départager définitivement les prétentions qui lui sont soumises, mais à protéger provisoirement les intérêts en présence, le cas échéant en les mettant en balance. »

77. La position particulière du juge des référés dans la perspective de la directive 89/665 implique donc que les mesures qu'il adopte revêtent un caractère temporaire dans l'attente de la solution définitive du litige et qu'elles n'ont pas pour objet de « départager définitivement les prétentions qui lui sont soumises » [38]. Si l'on ajoute à cela que l'interprétation de la directive 2004/18 opérée au cours de la phase conservatoire peut ensuite être « qualifiée d'erronée par le juge du fond » [39], il en résulte que, considérée isolément, l'instance de référé apparaît, dans la jurisprudence de la Cour, comme un simple préliminaire de l'instance ultérieure et que c'est uniquement cette dernière qui déboucherait sur une décision au fond ayant pour objet de définir complètement les relations juridiques en présence une fois que le litige aura été engagé dans toute sa dimension.

78. Seule la procédure ultérieure, et non pas la procédure en phase préliminaire, doit comporter le niveau de contrôle juridictionnel auquel je me suis référé plus haut. Le juge des référés pourrait donc ne pas analyser l'acte administratif avec la même intensité que celui qui devra trancher le fond du litige. Concrètement, il serait admissible qu'il effectue un simple contrôle du caractère raisonnable des prétentions antagonistes et de l'acte d'adjudication lui-même, contrôle analogue à celui qui doit s'appliquer à d'autres modalités de protection conservatoire (appréciation du fumus boni iuris, du periculum in mora et mise en balance des intérêts rivaux).

79. Pareille argumentation, valide en principe, selon moi, pour fournir une réponse à la juridiction de renvoi, pourrait, néanmoins, se heurter à un élément de la réalité que l'on ne saurait ignorer, à savoir que, selon des chiffres résultant de la pratique néerlandaise [40], l'écrasante majorité des recours en matière de marchés publics (à savoir 92 % environ entre les années 2004 et 2009) ont été résolus au cours de la phase conservatoire, durant laquelle les parties demandent des mesures provisoires afin d'éviter que le contrat soit signé. Dans la pratique judiciaire aux Pays-Bas, la décision conservatoire est généralement « la solution unique et définitive des litiges » en cette matière [41].

80. Si telle était véritablement la situation réelle des procédures de recours aux Pays-Bas, le juge néerlandais des référés deviendrait le garant pratiquement unique, et ultime, du système de réponse juridictionnelle aux contestations des actes du pouvoir adjudicateur engagées en application de la directive 89/665. Pareille configuration dissiperait ainsi les différences qui, dans l'abstrait, séparent les phases conservatoire et définitive de ces recours.

81. Dans ces conditions, le contrôle plein et entier des décisions des pouvoirs adjudicateurs, qui relève de la compétence des juridictions, en sortirait affaibli et serait remplacé par un simple jugement « marginal » de celles-ci à charge des juges des référés. Les mécanismes de recours gagneraient probablement en efficacité et en rapidité tout en perdant, simultanément, leur potentiel de réaction face aux éventuelles irrégularités, de tous ordres, des décisions du pouvoir adjudicateur, qui échapperaient ainsi à l'examen obligatoire qu'impose la directive 89/665. En d'autres termes, cette directive ne serait pas intégralement respectée.

38 — Arrêt du 9 décembre 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a. (C-568/08, EU:C:2010:751, point 77).

39 — Arrêt du 9 décembre 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a. (C-568/08, EU:C:2010:751, point 80).

40 — J'ai trouvé ces chiffres dans le rapport sur la passation des marchés publics aux Pays-Bas rédigé par Van de Meent, Gert-Wim, et Manunza, Elisabetta R., dans *Public Procurement Law : Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhage, 2014, Congress Publications*, vol. 3, DJOF Publishing, p. 641 et suiv., Copenhague, 2014. Les auteurs de ce rapport citent, quant à eux, comme source de leurs chiffres le recueil de jurisprudence *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland : 1 september 2004* – 31 augustus 2009, Final report, June 2010, Van Doorne NV/Ministry of Economic Affairs.

41 — Ibidem, note 131 : « In the Dutch legal system it is not required to follow-up with another proceedings for the interim relief judgment to have binding force ; therefore, often, in practice, the interim judgment contains the sole and final ruling on a procurement dispute (barring appeal of the interim judgment), as losing parties tend to resign themselves to this verdict. » [« Dans le système légal néerlandais, il n'est pas nécessaire d'engager une autre procédure pour que le jugement de référé acquière force obligatoire ; c'est la raison pour laquelle il arrive fréquemment, en pratique, que le jugement de référé contienne la solution unique et définitive dans un litige en matière de marchés publics (empêchant tout appel du jugement intérimaire) puisque les parties succombées ont tendance à se résigner à ce verdict. »]

3. Le contrôle judiciaire effectué au cours du litige principal

82. Tout ce que j'ai exposé jusqu'ici a pour objet de répondre à la seconde question préjudicielle en termes plutôt abstraits en harmonie avec ceux que la juridiction de renvoi a utilisés dans celle-ci. Une analyse détaillée des péripéties du litige au principal révèle, néanmoins, qu'aussi bien le contrôle effectué par le Voorzieningenrechter te Den Haag (juge des référés de La Haye) que celui qu'a opéré le Gerechtshof Den Haag (cour d'appel de La Haye) ont été, selon moi, au-delà du niveau « marginal » de contrôle juridictionnel, si cet adjectif s'entend au sens que j'ai examiné plus haut.

83. En effet, le Voorzieningenrechter te Den Haag (juge des référés de La Haye) ne s'est pas uniquement penché sur le caractère plus ou moins raisonnable de la décision du VWS, mais il a confronté celle-ci aux règles « positives » applicables à la passation des marchés publics (à savoir uniquement au document descriptif, auquel il a accordé la préférence) pour conclure qu'il y avait lieu d'exclure le soumissionnaire retenu. Quant au Gerechtshof den Haag (cour d'appel de La Haye), je rejoins le gouvernement néerlandais lorsqu'il affirme [42] que le contrôle effectué par cette cour a été « exhaustif », c'est-à-dire qu'elle « a pris en considération tous les aspects sur la base desquels le ministère a décidé de ne pas procéder à l'exclusion effective » de l'Association d'entreprises après avoir interprété l'ensemble des règles applicables [dans un sens opposé à celui que leur avait donné le voorzieningenrechter te Den Haag (juge des référés de La Haye)].

84. Si tel est le cas, ce que je crois, la seconde question préjudicielle pourrait soit s'avérer purement hypothétique (puisqu'elle porterait sur la licéité d'un contrôle « marginal » qui, en réalité, n'a pas eu lieu au cours des deux phases de la procédure antérieures), soit appeler une réponse négative, comme je le suggère, nuancée par une simple référence aux circonstances dans lesquelles s'est déroulée la procédure devant les juridictions néerlandaises. Les données figurant dans le dossier ne permettent pas de déduire que le contrôle juridictionnel opéré par les juridictions qui ont statué au principal se serait limité à une appréciation de ce genre.

V – Conclusion

85. Eu égard aux raisonnements qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles du Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) de la manière suivante :

1) L'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ne s'oppose pas à une règle de droit national telle que celle qui est controversée en l'espèce, qui oblige le pouvoir adjudicateur à appliquer le principe de proportionnalité pour exclure un soumissionnaire qui a commis une faute professionnelle grave, même lorsque cette faculté d'appréciation n'est pas explicitement prévue dans le document descriptif du marché.

2) Les articles 1er et 2 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 et du Conseil, du 11 décembre 2007, ne sont pas compatibles avec une règle ou une pratique généralisée d'un État membre qui limite la portée des procédures de recours au contrôle du seul caractère raisonnable des décisions des pouvoirs adjudicateurs.

42 — Point 56 de ses observations écrites.