Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PAOLO MENGOZZI
présentées le 25 novembre 2015 [1]

Affaire C-396/14

MT Højgaard A/S,
Züblin A/S
contre
Banedanmark

[demande de décision préjudicielle formée par le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics, Danemark)]

«Renvoi préjudiciel — Article 267 TFUE — Compétence de la Cour — Qualité de 'juridiction' de l'organe de renvoi — Indépendance — Directive 2004/17/CE — Marchés publics — Procédure négociée — Principe d'égalité de traitement — Modification d'un groupement d'opérateurs économiques au cours de la procédure de passation de marché — Attribution du marché à une société n'ayant pas été présélectionnée»

1. Lorsqu'un groupement d'opérateurs économiques a été présélectionné et a présenté une offre dans le cadre d'une procédure de passation de marché public et que, ensuite, avant l'attribution du marché, ce groupement est dissous en raison de la faillite d'un de ses deux membres, le pouvoir adjudicateur peut-il, à la lumière du principe d'égalité de traitement, autoriser le membre restant, qui n'a pas fait acte de candidature en tant que tel et n'a donc pas été présélectionné, à poursuivre la procédure et finalement lui attribuer le marché?

2. Telle est, en substance, la question inédite déférée à la Cour par le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) dans le cadre d'un litige qui oppose MT Højgaard A/S et Züblin A/S (ci-après, ensemble, «MTHZ»), un groupement d'opérateurs économiques ayant participé à une procédure de passation de marché à Banedanmark, gestionnaire des infrastructures ferroviaires au Danemark et pouvoir adjudicateur dans cette procédure. Devant la juridiction de renvoi, MTHZ fait valoir que, en autorisant Per Aarsleff A/S (ci-après «Aarsleff»), le membre restant d'un groupement dissous au cours de la procédure, à participer à l'appel d'offres en lieu et place du groupement, alors qu'Aarsleff n'avait pas été présélectionnée, Banedanmark aurait violé le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 10 de la directive 2004/17/CE [2].

3. Dans cette affaire, la Cour est d'abord sollicitée par le gouvernement danois à préciser les raisons pour lesquelles le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) constitue une juridiction au sens de l'article 267 TFUE. Ensuite, en ce qui concerne la réponse au fond à la question posée par la juridiction de renvoi, la Cour sera appelée à trouver un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt public des pouvoirs adjudicateurs à ce que les procédures de passation des marchés publics soient caractérisées par l'ouverture à la concurrence la plus large possible de sorte

1 — Langue originale: le français.

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, p. 1).

que soit assurée la participation la plus grande possible de soumissionnaires à un appel d'offres et, d'autre part, l'intérêt - ou plutôt le droit – de tous les soumissionnaires participant à l'appel d'offres à ce que leur participation à la procédure ait lieu dans le strict respect de l'égalité des chances pour tous les soumissionnaires.

I – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

4. Le marché en cause au principal porte sur la construction de voies ferrées et est donc régi par les dispositions de la directive 2004/17, communément appelée «directive sectorielle».

5. Le considérant 9 de la directive 2004/17 énonce que, «[e]n vue de garantir l'ouverture à la concurrence des marchés publics attribués par les entités opérant dans les secteurs […] des transports […], il est souhaitable que soient élaborées des dispositions instaurant une coordination communautaire des marchés dépassant une certaine valeur. Cette coordination est fondée sur les exigences résultant des articles 14, 28 et 49 du traité CE et de l'article 97 du traité Euratom, à savoir le principe d'égalité de traitement, dont le principe de non-discrimination n'est qu'une expression particulière […]. Compte tenu de la nature des secteurs concernés par cette coordination, celle-ci devrait, tout en sauvegardant l'application des principes en question, créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité».

6. L'article 10 de cette directive, intitulé «Principes de passation des marchés», prévoit que «[l]es entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence».

7. L'article 11, paragraphe 2, de ladite directive dispose que «[l]es groupements d'opérateurs économiques sont autorisés à soumissionner ou à se porter candidats. Pour la présentation d'une offre ou d'une demande de participation, les entités adjudicatrices ne peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques aient une forme juridique déterminée, mais le groupement retenu peut être contraint de revêtir une forme juridique déterminée lorsque le marché lui a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché».

8. Faisant partie du chapitre VII de la même directive, intitulé «Déroulement de la procédure», l'article 51 de celle-ci, intitulé «Dispositions générales», dispose:

«1. Aux fins de la sélection des participants aux procédures de passation des marchés publics:

a) les entités adjudicatrices ayant établi des règles et des critères d'exclusion des soumissionnaires ou des candidats conformément à l'article 54, paragraphes 1, 2 ou 4, excluent les opérateurs économiques se conformant à ces règles et satisfaisant à ces critères;

b) elles les sélectionnent conformément aux règles et critères objectifs établis en vertu de l'article 54;

c) dans les procédures restreintes et négociées avec mise en concurrence, elles réduisent, le cas échéant, le nombre des candidats retenus en vertu des points a) et b) et conformément à l'article 54.

[…]

3. Les entités adjudicatrices vérifient la conformité des offres présentées par les soumissionnaires ainsi sélectionnés aux règles et exigences applicables aux offres et attribuent le marché en se basant sur les critères prévus aux articles 55 et 57.»

9. L'article 54 de la directive 2004/17 prévoit la discipline des critères de sélection qualitative qui sont fixés par les entités adjudicatrices et, à la dernière phrase de son paragraphe 3, dispose que, dans les cas des procédures restreintes ou négociées le «nombre des candidats retenus doit […] tenir compte du besoin d'assurer une concurrence suffisante».

10. La directive 2004/17 sera abrogée, avec effet à partir du 18 avril 2016, par la directive 2014/25/UE [3].

B – *Le droit danois*

11. Le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) a été instauré par la loi nº 344 sur la commission des recours en matière de marchés publics (lov n. 344 om Klagenævnet for Udbud) du 6 juin 1991. Son organisation et son activité sont régies par la loi nº 492 sur la mise en œuvre des règles de passation des marchés (lov n. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer), du 12 mai 2010, telle que modifiée (ci-après la «loi sur la passation des marchés publics»), ainsi que par l'arrêté nº 887, sur la commission des recours en matière de marchés publics (bekendtgørelse n. 887/2011 om Klagenævnet for Udbud), du 11 août 2011, tel que modifié.

12. La loi relative à certaines activités commerciales (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder), publiée par l'arrêté de consolidation nº 1295, du 15 novembre 2013, définit, à son article 2, premier alinéa, la notion de «interessentskab» (société en nom collectif, ci-après l'«I/S») comme «une entreprise où tous les associés sont tenus personnellement, de manière illimitée et solidairement de ses obligations». Une I/S est une personne morale autonome et un sujet de droit doté de la capacité juridique.

II – Les faits au principal, la procédure nationale et la question préjudicielle

13. Au mois de janvier 2013, Banedanmark a publié, en application de la directive 2004/17, un avis pour la passation d'un marché public selon la procédure négociée relatif à la réalisation d'un projet dénommé «TP 4 Urban Tunnels» dans le cadre de la construction d'une nouvelle ligne ferroviaire entre les villes de Copenhague (Danemark) et de Ringsted (Danemark).

14. Il résulte du cahier des charges de ce marché que la procédure engagée prévoyait le dépôt de trois offres et qu'une négociation aurait lieu après le dépôt des deux premières offres, la troisième et dernière offre devant conduire à l'attribution du marché. L'avis de marché indiquait également que Banedanmark entendait inviter quatre à six candidats à soumettre une offre et que, au cas où le nombre de candidats aurait été supérieur à six, il procéderait à une sélection préliminaire sur la base des références de travaux similaires. Aucune exigence minimum n'était prévue pour être présélectionné.

15. Cinq opérateurs économiques ont fait acte de candidature et Banedanmark les a présélectionnés tous les cinq. Toutefois, au mois de juin 2013, l'une des entreprises s'est retirée, de telle sorte qu'il ne restait que quatre soumissionnaires présélectionnés.

3 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17 (JO L 94, p. 243).

16. Parmi ceux-ci figurait un groupement composé de E. Pihl & Søn A/S (ci-après «Pihl») et d'Aarsleff qui s'était présenté à la présélection en tant que consortium sous la forme d'une I/S dénommée «JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S». Pihl et Aarsleff comptaient parmi les plus grandes entreprises du bâtiment et de la construction au Danemark. Le contrat de constitution de l'I/S a été conclu entre Pihl et Aarsleff le 26 août 2013.

17. Toutefois, ce même jour, un jugement déclaratif de faillite a été rendu à l'encontre de Pihl. Banedanmark en a été avisé dans le courant de l'après-midi du même jour et a immédiatement interrogé Aarsleff sur les incidences de la faillite sur la procédure de marché en cours.

18. Nonobstant la déclaration de faillite intervenue le jour précédent, l'I/S a soumis une première offre le 27 août 2013, signée par Aarsleff et Pihl, mais non pas par le syndic de la faillite de cette dernière.

19. Après un long échange avec Aarsleff concernant la question de la gestion des conséquences de la faillite de Pihl, Banedanmark a informé, le 15 octobre 2013, l'ensemble des soumissionnaires de sa décision d'autoriser Aarsleff à continuer à participer seule à la procédure de passation de marché, nonobstant la faillite de Pihl.

20. Dans sa communication, Banedanmark a justifié cette décision par le fait qu'Aarsleff satisfaisait aux conditions requises pour participer à l'appel d'offres sans les capacités techniques et financières de Pihl et que le fait que cette dernière ait été associée au groupement n'avait pas été un élément déterminant pour admettre celle-ci à participer. Dans cette communication, Banedanmark mettait également l'accent sur le fait que Pihl ne serait pas remplacée par un nouveau soumissionnaire au sein du groupement et que les soumissionnaires retenus demeuraient donc les mêmes, aucun nouvel opérateur n'étant autorisé à participer à la procédure d'appel d'offres. Banedanmark relevait aussi qu'Aarsleff avait repris plus de 50 salariés de Pihl après l'ouverture de la procédure collective, en ce compris des personnes clés pour la réalisation du projet sur lequel portait l'appel d'offres.

21. Ensuite, Aarsleff a présenté une deuxième offre en son nom propre, en faisant savoir qu'elle la soumettait en qualité de successeur du groupement constitué avec Pihl, que le syndic de la faillite n'avait pas fait savoir s'il entendait poursuivre le contrat constitutif du groupement et que, en conséquence, elle avait résilié ce contrat. Après évaluation des deuxièmes offres reçues, Banedanmark a fait le choix, conformément aux conditions de l'avis de marché, de retenir les trois offres considérées comme économiquement les plus avantageuses et a demandé aux trois soumissionnaires retenus de présenter une troisième et dernière offre. Parmi ceux-ci figuraient Aarsleff et MTHZ. La dernière offre a été déposée le 12 décembre 2013.

22. Le 20 décembre 2013, Banedanmark a fait savoir aux trois soumissionnaires retenus qu'il avait décidé d'attribuer le marché à Aarsleff, dont l'offre était globalement, du point de vue de la qualité et du prix, la plus avantageuse.

23. À la suite de cette décision, MTHZ a saisi le juge de renvoi, lui demandant, d'une part, de constater que, en permettant à Aarsleff de participer à l'appel d'offres en lieu et place du groupement qu'elle avait constitué avec Pihl, alors qu'Aarsleff n'avait pas été présélectionnée, Banedanmark avait méconnu les principes d'égalité de traitement et de transparence au sens de l'article 10 de la directive 2004/17. D'autre part, MTHZ demande d'annuler la décision d'attribution du marché à Aarsleff.

24. Il ressort de la décision de renvoi adoptée le 28 janvier 2014 que la juridiction de renvoi a refusé d'accorder l'effet suspensif au recours introduit par MTHZ en raison du fait que la condition d'urgence n'était pas remplie. Dans cette décision, la juridiction de renvoi a cependant estimé que la condition du fumus boni juris était satisfaite, l'examen du recours permettant, selon elle, à première vue, de conclure qu'il serait vraisemblable que la décision finale accueillerait la demande d'annulation proposée par MTHZ. À cet égard, la juridiction de renvoi a d'abord relevé qu'il convenait de distinguer la situation dans laquelle la modification d'un groupement intervient avant l'attribution du

marché de celle dans laquelle cette modification intervient après cette attribution. Ensuite, elle a considéré que le fait qu'une entité adjudicatrice ait présélectionné un groupement ne signifie pas que chacun des membres de celui-ci ait été individuellement présélectionné et cela indépendamment du fait que, sur la base de l'acte de candidature, l'entité adjudicatrice est en mesure de constater que chacun des membres du groupement satisfaisait aux conditions requises.

25. Dans sa décision de renvoi, le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) relève d'abord qu'il n'existe aucune disposition en droit danois interdisant la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs qui participe à une procédure de passation d'un marché public, intervenue après la soumission des offres. Ledit organisme observe ensuite que, dans l'avis de marché, Banedanmark n'a pas posé de conditions minimales qualitatives relatives aux capacités techniques des soumissionnaires et ne devait procéder à une appréciation qualitative des candidatures que si leur nombre était supérieur à six. Dans ces conditions, sur la base des renseignements communiqués concernant Aarsleff, il devrait être considéré comme établi que celle-ci aurait également été présélectionnée si elle avait fait directement acte de candidature au lieu de le faire par l'intermédiaire du groupement constitué avec Pihl.

26. Le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) éprouve toutefois des doutes quant à la compatibilité de la procédure suivie avec le principe d'égalité de traitement. Dans ces conditions, il a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Le principe d'égalité de traitement, prévu à l'article 10 de la directive 2004/17 […], lu conjointement avec son article 51, doit-il être interprété en ce sens que, dans une situation telle que celle en cause au principal, il s'oppose à ce qu'une entité adjudicatrice attribue un marché à un soumissionnaire qui n'a pas fait acte de candidature à la présélection et qui n'a donc pas été présélectionné?»

III – La procédure devant la Cour

27. La décision de renvoi est parvenue à la Cour le 20 août 2014. MTHZ, le gouvernement danois et la Commission européenne ont déposé des observations et sont intervenus lors de l'audience qui s'est tenue le 8 septembre 2015.

IV – Analyse juridique

28. Avant de répondre à la question préjudicielle posée par la juridiction de renvoi, il convient, à titre liminaire, d'aborder la question, soulevée par le gouvernement danois, concernant la compétence de la Cour.

A – *Sur la compétence de la Cour*

29. Selon le gouvernement danois, bien que, dans l'arrêt Unitron Scandinavia et 3-S[4], la Cour ait déjà reconnu que l'organisme de renvoi dans la présente affaire, à savoir le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) , constitue une «juridiction», au sens de l'article 267 TFUE, à la lumière des éléments pris en considération par la Cour dans le récent arrêt

4 — C-275/98, EU:C:1999:567. Voir , notamment, point 15 qui fait référence aux points 17 et 18 des conclusions de l'avocat général Alber dans la même affaire (C-275/98, EU:C:1999:384).

TDC [5], dans lequel se posait le problème d'établir la qualité de juridiction d'une autre commission des recours de droit danois, à savoir le Teleklagenævnet (commission des recours en matière de télécommunications), il serait nécessaire de clarifier si et pour quelles raisons le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) peut être qualifié ainsi.

30. À cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, pour apprécier si un organisme de renvoi constitue une «juridiction» au sens de l'article 267 TFUE, question qui relève uniquement du droit de l'Union, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels que l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme, des règles de droit ainsi que son indépendance [6].

31. Pour ce qui est des critères se rapportant à l'origine légale de l'organe de renvoi, sa permanence, la nature contradictoire de la procédure ainsi que l'application, par cet organe, des règles de droit, aucun élément dans le dossier n'est susceptible de remettre en cause le caractère de juridiction, au sens de l'article 267 TFUE, du Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) telle que reconnue par la Cour dans l'arrêt Unitron Scandinavia et 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567). Sur la base des informations fournies à la Cour dans le cadre de cette procédure, il convient, en revanche, d'effectuer une analyse plus approfondie des critères se rapportant au caractère obligatoire de la juridiction et à son indépendance, ce dernier critère étant celui sur la base duquel la Cour a nié la qualité de juridiction au Teleklagenævnet (commission des recours en matière de télécommunications) dans l'arrêt TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265).

32. En ce qui concerne, en premier lieu, le caractère obligatoire de la juridiction du Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics), je me limite à relever que la circonstance que la compétence de cet organisme soit exclusive seulement pendant une période dite de «standstill» [7] et devienne, à la fin de cette période, alternative à celle des tribunaux ne semble pas être de nature à remettre en cause le caractère de juridiction de cet organisme.

33. En effet, il ressort de la jurisprudence que l'existence d'une voie de recours alternative à une voie juridictionnelle n'exclut pas nécessairement que l'organe auprès duquel ce recours alternatif est introduit puisse être qualifié de «juridiction d'un des États membres», au sens de l'article 267 TFUE, pourvu que la décision de l'organe de renvoi ait force obligatoire - ce qui n'est pas mis en doute en l'espèce [8] - et que l'organe en question soit un organe prévu par la loi dont la compétence ne dépend pas de la volonté des parties [9]. De plus, le recours au principal ayant été introduit pendant la période de «standstill», la juridiction du Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) présentait à ce moment un caractère obligatoire.

34. En ce qui concerne, en second lieu, le critère se rapportant à l'indépendance, il convient de rappeler que la notion d'indépendance, qui est inhérente à la mission de juger, implique avant tout que l'instance concernée ait la qualité de tiers par rapport à l'autorité qui a adopté la décision frappée de recours. Il ressort de la jurisprudence que cette notion comporte un aspect externe, qui suppose que l'instance soit protégée contre les interventions ou les pressions extérieures susceptibles de mettre en péril l'indépendance de jugement de ses membres quant aux litiges qui leur sont soumis, et un aspect interne, qui rejoint la notion d'impartialité et vise l'égale distance par rapport aux parties au litige et à leurs intérêts respectifs au regard de l'objet de celui-ci. Ces garanties d'indépendance et d'impartialité

5 — C-222/13, EU:C:2014:2265.

6 — Voir, inter alia, arrêts Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235, point 21) et TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, point 27).

7 — Voir articles 3, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la loi sur la passation des marchés publics.

8 — Aux termes des articles 13, 14 et 16 à 18 de la loi sur la passation des marchés publics, le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) peut, notamment, annuler les décisions ou les passations de marchés illicites, prononcer des injonctions, infliger des sanctions financières, octroyer des indemnisations et invalider des contrats.

9 — Voir arrêt Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, points 22 et 23 ainsi que jurisprudence citée). Voir, également, analyse complète de la jurisprudence sur cette question contenue dans les conclusions de l'avocat général Jääskinen dans la même affaire (C-203/14, EU:C:2015:445, points 40 et suivants).

postulent l'existence de règles, notamment en ce qui concerne la composition de l'instance, la nomination, la durée des fonctions ainsi que les causes d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres, lesquelles permettent d'écarter tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité de cette instance à l'égard d'éléments extérieurs et à sa neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent [10].

35. Dans l'arrêt TDC, invoqué par le gouvernement danois, la Cour a conclu que le Teleklagenævnet (commission des recours en matière de télécommunications) ne constituait pas une juridiction au sens de l'article 267 TFUE en considérant que cet organe ne satisfaisait pas au critère de l'indépendance. La Cour a fondé sa conclusion sur deux éléments. D'une part, en ce qui concerne l'aspect externe de l'indépendance, la Cour a relevé que, alors que la réglementation danoise prévoyait des garanties particulières pour la révocation des juges des juridictions judiciaires, les conditions de révocation des membres du Teleklagenævnet (commission des recours en matière de télécommunications) ne faisaient, en revanche, pas l'objet d'une réglementation particulière, seules les règles générales du droit administratif et du droit du travail s'appliquant en cas de révocation abusive [11]. D'autre part, en ce qui concerne l'aspect interne de l'indépendance, la Cour a exclu la qualité de tiers du Teleklagenævnet (commission des recours en matière de télécommunications) par rapport aux intérêts en présence en constatant que, en cas d'introduction d'un recours contre une de ses décisions devant les juridictions judiciaires, cet organisme participait à la procédure en qualité de partie défenderesse [12].

36. Toutefois, selon les informations dont dispose la Cour, le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) ne réunit aucun des deux éléments pris en considération par la Cour dans l'arrêt TDC.

37. En effet, en ce qui concerne, premièrement, l'aspect interne de l'indépendance, le gouvernement danois a explicitement affirmé, tant dans ses observations, qu'à l'audience que, à la différence du Teleklagenævnet (commission des recours en matière de télécommunications), le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) n'est pas partie dans les affaires dont sont saisis les tribunaux ordinaires contre ses décisions. Il n'y a donc aucune raison de douter de sa qualité de tiers par rapport aux intérêts en jeu.

38. En ce qui concerne, deuxièmement, l'aspect externe de l'indépendance, il convient de relever qu'il ressort du dossier dont dispose la Cour qu'il existe des différences notables entre le Teleklagenævnet (commission des recours en matière de télécommunications) et le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) en ce qui concerne leur composition, les garanties contre la révocation de leurs membres et leur fonctionnement.

39. Ainsi, il ressort des dispositions pertinentes de la loi sur la passation des marchés publics que le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) – qui a été créé afin, entre autres, de mettre en œuvre la directive 89/665/CEE [13] – est composé d'un président et d'un certain nombre de vice-présidents (qui forment la présidence), ainsi que d'un certain nombre de membres experts, tous désignés par le ministre des entreprises et de la croissance (Erhvervs- og vækstministeren) pour une période allant jusqu'à quatre ans [14].

10 — Voir, inter alia, arrêt Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, points 49 à 53 et jurisprudence citée).

11 — Arrêt TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, points 34 à 36).

12 — Ibidem (point 37).

13 — 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 L 395, p. 33), telle que modifiée.

14 — Voir article 9, paragraphes 1 et 2, première phrase, de la loi sur la passation des marchés publics.

40. Cependant, à la différence du Teleklagenævnet (commission des recours en matière de télécommunications), la présidence du Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) doit être composée de juges de tribunaux de grande instance et de tribunaux régionaux supérieurs [15]. Or, ainsi que l'a d'ailleurs relevé la Cour dans l'arrêt TDC [16], ces juges bénéficient d'une protection particulière contre la révocation. Cette protection, qui trouve son fondement dans l'article 64 de la constitution danoise, apparaît s'étendre également, selon ce qui a été affirmé lors de l'audience, à la présidence des commissions de recours.

41. De plus, il ressort de l'analyse des dispositions de la loi que les membres de la présidence jouent un rôle notablement plus important que les membres experts dans l'activité décisionnelle du Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics). En effet, dans sa composition ordinaire, cet organe est constitué par un membre de la présidence agissant en tant que président et par un membre expert. En cas d'égalité des votes dans l'adoption d'une décision, la voix du président est décisive [17]. En outre, les membres de la présidence peuvent adopter certaines décisions sans l'intervention des membres experts [18] et ils ont un poids majoritaire dans l'adoption des décisions dans les affaires plus complexes ou impliquant des questions de principe [19].

42. Certes, pour une partie des membres du Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics), à savoir les membres experts, tout comme pour les membres du Teleklagenævnet (commission des recours en matière de télécommunications), le droit danois ne semblerait pas prévoir de règles particulières en ce qui concerne leur révocation, seules les règles générales du droit administratif et du droit du travail s'appliquant en cas de révocation abusive.

43. À cet égard, toutefois, j'observe que, s'il est vrai que, dans certaines de ses décisions, la Cour a affirmé que, afin de considérer la condition relative à l'indépendance de l'organisme de renvoi comme remplie, la jurisprudence exige notamment que les cas de révocation des membres de cet organisme soient déterminés par des dispositions législatives expresses [20], force est de relever que, dans ces affaires, la constatation de l'absence de telles règles constituait un élément d'évaluation, certes très important, mais s'insérant dans le cadre d'une analyse globale [21] des éléments caractérisant l'organisme de renvoi en question. C'est sur la base de l'analyse globale de tous ces éléments que la Cour, dans ces affaires, a nié la qualité de juridiction aux organismes en cause [22]. D'ailleurs, dans certains cas, particulièrement au regard d'instances nationales responsables de recours en matière de passation des marchés publics en application de la directive 89/665, la Cour a reconnu la qualité de juridiction à un organisme de renvoi sans se poser la question de l'existence de telles règles [23].

15 — Voir article 9, paragraphe 2, deuxième phrase, de la loi sur la passation des marchés publics.

16 — Arrêt TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, point 35).

17 — Voir article 10, paragraphes 4, première phrase, et 5, de la loi sur la passation des marchés publics. Aux termes de la première disposition, à l'exception de la situation décrite au paragraphe 6 de cet article, un membre de la présidence et un membre expert participent au traitement d'une affaire individuelle. Aux termes de la seconde disposition, les décisions du Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) sont prises par majorité simple et le vote du président est prépondérant en cas d'égalité.

18 — Voir article 10, paragraphe 6, de la loi sur la passation des marchés publics.

19 — Voir article 10, paragraphe 4, de la loi sur la passation des marchés publics aux termes duquel le président du Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) peut, dans des cas particuliers, décider d'augmenter le nombre des membres de la présidence et des membres experts participant au traitement d'une affaire. Dans un pareil cas, le nombre des membres de la présidence doit alors correspondre au nombre des membres experts. Il ressort de cette disposition, qui est utilisée dans les affaires plus complexes ou impliquant des questions de principe, que, dans ces types d'affaires également, particulièrement importantes, le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) sera composé d'un nombre paritaire de membres de la présidence et de membres experts, ce qui implique que, la voix du président étant décisive, les membres de la présidence auront un poids majoritaire dans l'adoption de la décision.

20 — Ordonnance Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, point 24 in fine) et arrêt TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, point 32).

21 — Voir arrêt Syfait e.a. (C-53/03, EU:C:2005:333, point 37).

22 — Voir analyse de la Cour dans les arrêts Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, points 37 à 43); Syfait e.a. (C-53/03, EU:C:2005:333, points 30 à 37) et ordonnance Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, points 25 à 30). Voir, également, arrêt TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) dans lequel la Cour s'est fondé sur deux éléments, celui afférent à l'aspect interne et celui afférent à l'aspect externe pour nier l'existence de l'indépendance du Teleklagenævnet (commission des recours en matière de télécommunications) (voir point 35 des présentes conclusions).

23 — Voir, notamment, arrêt HI (C-92/00, EU:C:2002:379, points 24 à 28).

44. En l'espèce, il convient de relever que non seulement une partie importante des membres du Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics), et notamment les membres qui jouent un rôle plus important dans l'activité décisionnelle, sont couverts par une garantie particulière contre la révocation, à savoir la garantie constitutionnelle, mais il ressort du dossier que d'autres éléments renforcent l'indépendance de cet organisme par rapport aux éventuelles pressions et interventions indues de l'extérieur. Ainsi, le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) a la qualité de tiers par rapport à l'autorité qui a adopté la décision faisant l'objet du recours au principal [24]. En particulier, il n'a aucun lien fonctionnel avec le Erhvervsstyrelsen (autorité danoise pour l'entreprise), qui lui met à disposition le secrétariat, ni avec les pouvoirs adjudicateurs dont les actes sont attaqués devant lui [25]. En outre, le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) exerce ses fonctions en toute autonomie, sans être soumis à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce soit [26]. Tous ses membres sont tenus d'exercer leurs fonctions de manière indépendante [27]. En outre, dans la mesure où le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) peut, entre autres, établir l'illégalité des décisions ou des passations de marchés, ainsi que prononcer des injonctions en liaison avec des passations de marché, il exerce fondamentalement une fonction juridictionnelle [28].

45. Enfin, il convient de rappeler que la Cour, dans le contexte de l'appréciation du statut juridique des instances nationales mentionnées dans la directive 89/665, responsables des recours en matière de passation des marchés publics, a déjà confirmé le caractère de «juridiction» au sens de l'article 267 TFUE de plusieurs autres organes nationaux en substance comparables à l'organe de renvoi dans la présente affaire [29].

46. À la lumière de toutes ces considérations, il n'y a pas lieu, à mon avis, de remettre en cause la conclusion tirée par la Cour dans l'arrêt Unitron Scandinavia et 3-S selon laquelle le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) a la qualité de «juridiction» au sens de l'article 267 TFUE.

B – *Sur la question préjudicielle*

47. Par sa question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande si le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 10 de la directive 2004/17, lu conjointement avec l'article 51 de cette directive, doit être interprété en ce sens que, dans une situation telle que celle en cause au principal, il s'oppose à ce qu'une entité adjudicatrice attribue un marché à un soumissionnaire qui n'a pas fait acte de candidature à la présélection et qui n'a donc pas été présélectionné.

48. La question préjudicielle s'inscrit dans un contexte factuel dans lequel un groupement de deux entreprises, constitué sous la forme d'une société commerciale et ayant été présélectionné dans une procédure de passation de marché, est dissous à la suite de la faillite d'un de ses deux membres et dans lequel le pouvoir adjudicateur autorise le membre restant à continuer à participer à la procédure au lieu du groupement et lui attribue finalement le marché en dépit du fait que ce membre en tant que tel n'a pas été présélectionné. Celle-ci est la situation à laquelle se réfère la juridiction de renvoi dans sa question préjudicielle.

24 — Voir arrêt Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, point 19 et jurisprudence citée).

25 — Voir, a contrario, arrêt Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, points 37 à 40).

26 — Voir arrêt Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, point 19 et jurisprudence citée).

27 — Voir article 1er, paragraphe 4, de l'arrêté nº 887, du 11 août 2011, sur la commission des recours en matière de marchés publics. Pour la pertinence de cet élément, voir arrêt Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, point 35).

28 — Voir arrêt Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, point 37).

29 — Voir arrêt Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, point 26 et jurisprudence citée).

49. La question préjudicielle concerne donc, en substance, la possibilité, à la lumière du principe d'égalité de traitement, pour un pouvoir adjudicateur d'autoriser un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, n'ayant pas été présélectionné individuellement, à prendre la place du groupement au cours d'une procédure de passation de marché.

1. Sur le cadre normatif applicable

50. Il convient, d'abord, de relever que la directive 2004/17 ne contient aucune règle spécifique concernant les modifications de la composition d'un groupement d'opérateurs économiques.

51. La seule disposition de cette directive ayant trait aux groupements d'opérateurs économiques est son article 11, paragraphe 2,[30] lequel toutefois ne concerne pas leur modification au cours de la procédure de passation de marché. Ainsi, dans la mesure où la directive ne contient aucune disposition disciplinant de telles modifications, il convient de conclure que la réglementation de celles-ci relève de la compétence des États membres[31]. Dans ces conditions, il revient éventuellement au législateur national, de manière générale, ou au pouvoir adjudicateur, dans un cas particulier, d'établir des règles à cet égard[32].

52. Sur ce point, il convient encore de relever que, dans l'arrêt Makedoniko Metro et Michaniki[33], la Cour a jugé que la directive 93/37 concernant les procédures de passation des marchés publics de travaux[34] ne s'opposait pas à une réglementation nationale interdisant la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs qui participe à une procédure de passation d'un marché public intervenue après la soumission des offres.

53. En l'espèce, toutefois, il résulte de l'ordonnance de renvoi, d'une part, que la réglementation danoise ne prévoit pas de règles spécifiques concernant les modifications de la composition des groupements d'opérateurs économiques et, d'autre part, que le pouvoir adjudicateur n'a pas non plus prévu, dans l'avis de marché, de règles spécifiques à cet égard.

54. Dans ces conditions, l'admissibilité des modifications de la composition des groupements d'opérateurs économiques au cours de la procédure de passation de marché sera assujettie aux principes généraux du droit qui font partie de l'ordre juridique de l'Union dont, notamment, le principe d'égalité de traitement et de transparence, prévu, dans la directive 2004/17, à l'article 10, et trouvera sa limite dans le respect de ces principes.

2. Sur le principe d'égalité de traitement dans les procédures de passation des marchés publics

55. Selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié[35].

30 — Voir point 7 des présentes conclusions. Cet article est repris, en substance, à l'article 37, paragraphes 2 et 3, de la directive 2014/25.

31 — Voir, par analogie, en relation avec la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54), arrêt Makedoniko Metro et Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47, point 61).

32 — Dans l'édiction de ces règles, le législateur ou le pouvoir adjudicateur seront toujours tenus de respecter les principes généraux du droit. Voir, à cet égard, considérant 9 de la directive 2004/17 et, encore plus explicitement, considérant 2 de la directive 2004/18 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). Voir, également, considérant 2 de la directive 2014/25.

33 — C-57/01, EU:C:2003:47, points 61 et 63.

34 — Voir note en bas de page 31.

35 — Voir, inter alia, arrêts Fabricom (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127, point 27 et jurisprudence citée) et Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, point 30).

56. La Cour a affirmé à plusieurs reprises que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et le devoir des pouvoirs adjudicateurs d'en assurer le respect correspondent à l'essence des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics [36].

57. Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a pour objectif de contribuer à favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs [37]. Ce principe implique que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité *tout au long de la procédure* de passation de marché, notamment aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur [38].

58. Certes, la Cour a jugé que l'un des objectifs des règles en matière de marchés publics est l'ouverture à la concurrence la plus large possible, qu'il est de l'intérêt du droit de l'Union que soit assurée la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres [39] et que cette ouverture à la concurrence la plus large possible est envisagée non pas uniquement au regard de l'intérêt de l'Union en matière de libre circulation des produits et des services, mais également dans l'intérêt propre du pouvoir adjudicateur impliqué, qui disposera ainsi d'un choix élargi quant à l'offre la plus avantageuse et la mieux adaptée aux besoins de la collectivité publique concernée [40].

59. Toutefois, en matière de marchés publics, tant le souci de garantir une concurrence effective que le respect du principe d'égalité entre soumissionnaires doivent être pris en compte. Ainsi, si la Cour a affirmé que l'application du principe d'égalité de traitement dans les procédures de passation des marchés publics ne constitue pas une fin en soi, mais doit être appréhendée dans la perspective des objectifs qu'il contribue à poursuivre [41], la mise en œuvre et la satisfaction de l'objectif visant à favoriser l'ouverture à la concurrence la plus large possible ne peuvent cependant être poursuivies que si les opérateurs économiques participant au marché public sont en condition de le faire sur un pied d'égalité, sans l'ombre d'une discrimination [42]. Étant donné que la promotion d'une concurrence effective fait partie d'un objectif plus large de promotion d'une concurrence qui, avant d'être effective, doit être saine, sa poursuite trouve nécessairement une limite dans le respect du principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires [43].

60. À cet égard, il convient encore de relever que, ainsi que l'ont souligné certains des intervenants, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires est susceptible de jouer un rôle fondamental avant l'attribution du marché, lorsque les différents soumissionnaires sont mis en concurrence entre eux. Une fois le marché attribué, l'intérêt se concentre en revanche sur la mise en œuvre du contrat.

36 — Voir, en ce sens, arrêts Fabricom (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127, point 26) et Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, point 45 et jurisprudence citée).

37 — Voir, en ce sens, arrêts Commission/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, point 110) et eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, point 33).

38 — Voir, en ce sens, arrêts SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, points 33 et 34); Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, point 45 et jurisprudence citée), et ordonnance Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi (C-502/11, EU:C:2012:613, point 38). C'est moi qui souligne.

39 — Voir, en ce sens, arrêts Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, point 26) et CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, point 37).

40 — Arrêt CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, point 37). Dans le cas des procédures négociées, l'exigence d'une concurrence «suffisante» est d'ailleurs explicitement mise en exergue à l'article 54, paragraphe 3, de la directive 2004/17, mentionné au point 9 des présentes conclusions.

41 — Voir, en ce sens, arrêt Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, point 29).

42 — Voir conclusions de l'avocat général Léger dans les affaires jointes Fabricom (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2004:709, point 22) ainsi que conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:544, point 23).

43 — Voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans les affaires jointes La Cascina e.a. (C-226/04 et C-228/04, EU:C:2005:524, point 26).

Dans un tel contexte, des événements, tels qu'une modification du groupement ayant obtenu le marché, ne soulèvent en principe pas de questions concernant l'égalité de traitement entre soumissionnaires, mais plutôt des questions concernant un éventuel changement des termes essentiels du marché concerné [44] ou la mise en péril de sa bonne exécution [45].

61. C'est à la lumière de ces principes qu'il y a lieu d'analyser les limites, fixées par le principe d'égalité de traitement dans un cas tel que celui de l'espèce, à la possibilité pour un pouvoir adjudicateur d'autoriser, avant l'attribution du marché, un opérateur économique qui n'avait pas été initialement présélectionné à succéder à un autre opérateur, notamment au groupement présélectionné dont celui-ci faisait partie.

3. Sur la possibilité d'autoriser un opérateur économique qui n'a pas été présélectionné à succéder à un autre opérateur dans une procédure de passation des marchés

62. Il apparaît que les intervenants conviennent que, en principe, dans les appels d'offres avec présélection, seuls les soumissionnaires qui ont été présélectionnés peuvent présenter des offres et, ainsi, peuvent se voir attribuer le marché.

63. Je partage une telle approche, laquelle, ainsi que l'a souligné à juste titre MTHZ, trouve un fondement normatif explicite à l'article 51, paragraphe 3, de la directive 2004/17. En effet, cette disposition, en prévoyant que les pouvoirs adjudicateurs «vérifient la conformité des offres présentées par les soumissionnaires *ainsi sélectionnés*», présuppose une identité entre les opérateurs présélectionnés et les opérateurs qui présentent les offres [46]. Le principe est donc qu'il doit y avoir une identité juridique et matérielle entre l'opérateur économique présélectionné et celui qui présente l'offre et auquel le marché pourra éventuellement être attribué.

64. À cet égard, il convient de préciser que, contrairement à ce qu'a soutenu la Commission à l'audience, à mon avis, il ne fait pas de doute que, en l'espèce, il n'existe aucune identité ni juridique ni matérielle entre le groupement constitué sous la forme d'I/S et Aarsleff. En effet, bien qu'Aarsleff ait été une des associés de l'I/S, il est indubitable qu'elle constitue une personne morale matériellement et juridiquement distincte du groupement duquel elle faisait partie.

65. Cela étant clarifié, la question se pose de savoir si, à la lumière du principe d'égalité de traitement tel qu'interprété aux points 55 à 59 des présentes conclusions, le principe de la nécessaire identité entre le soumissionnaire présélectionné et celui qui présente l'offre admet des exceptions, notamment dans des circonstances telles que celles en cause au principal.

66. Or, à mon avis, ledit principe ne saurait avoir une portée absolue et être sans exceptions. J'estime qu'il est possible d'envisager des cas, quoique limités, dans lesquels un changement d'identité d'un soumissionnaire au cours de la procédure devrait être admis, notamment en référence à l'exigence de préserver l'ouverture la plus large possible à la concurrence dans le cadre d'une procédure de passation de marché.

44 — Voir arrêt Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, points 40 et suivants).

45 — À cet égard, il convient de relever que la directive 2014/25 règle explicitement, à son article 89, paragraphe 1, sous d), ii), le cas d'une modification du contractant après l'attribution du marché. Cette disposition prévoit qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une nouvelle passation de marché notamment lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel l'entité adjudicatrice a initialement attribué le marché «à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la […] directive».

46 — Dans le cadre de la réglementation des procédures négociées avec mise en concurrence préalable, l'article 47, paragraphe 2, de la directive 2014/25 est encore plus net à cet égard, dans la mesure où il prévoit que «seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation de l'entité adjudicatrice à la suite de l'évaluation des informations fournies peuvent participer aux négociations».

67. Toutefois, ainsi que je l'ai relevé au point 59 des présentes conclusions, une telle exigence trouvant une limite dans le respect du principe d'égalité de traitement, un pouvoir adjudicateur ne saurait discriminer des soumissionnaires en avançant comme justification l'exigence d'ouverture maximale de la procédure de passation de marché à la concurrence. Des éventuelles exceptions au principe de la correspondance entre soumissionnaire présélectionné et soumissionnaire qui présente l'offre – pour lesquelles, d'ailleurs, en tant qu'exceptions à un principe ayant portée générale, une approche restrictive s'impose [47] – trouvent donc une limite absolue dans le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires.

68. Une fois établis ces principes, il convient de se demander quelle approche in concreto permet de concilier au mieux les exigences – qui, dans un cas tel que celui en cause au principal, semblent pouvoir être conflictuelles – découlant du strict respect de l'égalité des chances entre soumissionnaires et de l'ouverture maximale à la concurrence.

69. Les intervenants proposent chacun une approche différente.

70. Tout d'abord, pour les raisons que je viens d'exposer au point 66 des présentes conclusions, je tendrais à exclure une approche, telle que celle que semble préconiser MTHZ, selon laquelle il ne devrait jamais y avoir d'exceptions au principe de la correspondance entre l'opérateur présélectionné et l'opérateur qui présente l'offre.

71. Quant à la Commission, elle estime en substance que, si l'opérateur qui n'a pas été présélectionné – notamment en l'occurrence, le membre restant du groupement - satisfait au cahier des charges, le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à ce que le pouvoir adjudicateur l'autorise à poursuivre la procédure. Toutefois, une telle solution ne permet pas de garantir que l'exigence de l'égalité des chances entre soumissionnaires soit strictement garantie.

72. Certes, la circonstance que le nouvel opérateur respecte le cahier des charges [48], constitue sans doute une condition nécessaire afin qu'il n'y ait pas de discrimination entre les soumissionnaires. Toutefois, cette seule circonstance n'est pas susceptible, en tant que telle, de garantir que, en étant autorisé à participer à l'appel d'offres à un moment ultérieur par rapport aux autres soumissionnaires, le nouvel opérateur ne bénéficiera pas d'avantages concurrentiels, au moment où il rentre dans la procédure. De tels avantages peuvent, par exemple, consister en la connaissance d'informations dont les autres soumissionnaires n'ont pas bénéficié [49] lorsqu'ils ont décidé de participer à la procédure de passation de marchés [50].

73. Le gouvernement danois estime que, dans un cas tel que celui de l'espèce, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle à ce qu'un pouvoir adjudicateur puisse accepter la modification de l'identité d'un soumissionnaire entre la présélection et l'attribution du marché si deux conditions sont satisfaites. Premièrement, la partie subsistante du soumissionnaire dont l'identité a été modifiée devrait satisfaire à elle seule aux exigences d'aptitude prévues pour la présélection et, deuxièmement, la modification de l'identité du soumissionnaire ne devrait pas avoir d'incidence sur le cercle des candidats présélectionnés, en ce sens que, même si la partie subsistante du soumissionnaire avait participé à la présélection dès le début sous la nouvelle forme, les candidats présélectionnés auraient été toujours les mêmes.

47 — Voir, en ce sens, arrêts Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, point 24) ainsi que Pfeiffer e.a. (C-397/01 à C-403/01, EU:C:2004:584, point 52 et jurisprudence citée).

48 — Il n'est d'ailleurs pas clair si, selon cette proposition, le nouvel opérateur devrait satisfaire le cahier des charges au moment où a lieu la modification ou s'il aurait dû le satisfaire au moment où tous les autres soumissionnaires ont été présélectionnés.

49 — Voir arrêt Fabricom (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127, point 29), dans lequel la Cour a pris en considération d'éventuels avantages concurrentiels en raison d'informations qu'un soumissionnaire aurait pu obtenir au sujet du marché public en cause.

50 — Il convient, d'ailleurs, de relever que la Commission elle-même admet dans ses observations que le critère qu'elle propose ne permet pas de garantir l'inexistence dans tous les cas d'un risque de distorsion de la concurrence.

74. Or, j'estime que cette solution n'est pas non plus satisfaisante. En effet, la première condition me semble correspondre, en substance, à celle requise dans la solution proposée par la Commission. Quant à la deuxième condition, je ne crois pas qu'il soit suffisant que la modification subjective n'ait pas d'incidence sur le cercle des candidats présélectionnés afin que soit garanti le strict respect de l'égalité des chances entre soumissionnaires. En effet, pour les mêmes raisons indiquées au point 72 des présentes conclusions, j'estime que la circonstance qu'aucun opérateur n'ait été ni indûment exclu de la procédure ni indûment admis à y participer, tout en étant elle aussi une condition nécessaire afin d'éviter une discrimination, ne suffit pas à garantir le respect de l'exigence d'égalité des chances entre soumissionnaires.

75. À mon avis, en l'absence de règles explicites arrêtées au préalable par le législateur ou par le pouvoir adjudicateur, il est opportun que l'entité adjudicatrice effectue une analyse in concreto, au cas par cas, sur la base de tous les éléments de fait dont elle dispose, pour vérifier si la modification subjective en cause entraîne une situation dans laquelle les soumissionnaires ne se trouvent pas sur un pied d'égalité au cours de la procédure de passation de marché, notamment, mais non seulement, dans la formulation de leurs offres. Cette analyse visera en particulier à vérifier si cette modification donne lieu à un avantage concurrentiel pour le nouveau soumissionnaire en entraînant, ainsi, une altération du processus concurrentiel.

76. Or, plusieurs cas de figure de modification subjective sont envisageables in abstracto et il n'est pas nécessaire de les analyser dans ce contexte. Je me bornerai à relever que, dans un cas où le changement d'identité subjective a une portée exclusivement formelle et non matérielle, car il implique, par exemple, exclusivement un changement de forme ou une réorganisation interne n'ayant pas de conséquences substantielles [51], il sera improbable qu'un tel changement soit susceptible de créer une situation entraînant une inégalité des chances.

77. Toutefois, à mon avis, une situation, telle que celle en cause au principal, dans laquelle un groupement, constitué sous la forme juridique d'une personne morale distincte des opérateurs économiques qui en font partie, est dissous et est substitué dans la procédure par le membre restant du groupement, ne constitue pas un cas de changement d'identité subjective ayant une portée exclusivement formelle et non matérielle.

78. Dans ces conditions, j'estime qu'il appartient au juge de renvoi, sur la base des éléments de fait dont il dispose, d'établir in concreto, si, en l'espèce, la décision de Banedanmark a entraîné une violation du principe de l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires ayant participé à la procédure et, en particulier, si Aarsleff, au moment où elle a été autorisée à se substituer à l'I/S dans la procédure, a bénéficié d'avantages concurrentiels par rapport aux autres soumissionnaires.

79. À cet égard, sur la base des informations dont dispose la Cour dans le dossier, je me limiterai à effectuer les considérations suivantes.

80. D'abord, la juridiction de renvoi met en exergue qu'il doit être considéré comme établi que, si Aarsleff avait fait directement acte de candidature au lieu de le faire par l'intermédiaire du groupement dissous, elle aurait quand même été présélectionnée. Toutefois, à mon avis, cette circonstance n'exclut pas que, en l'espèce, il pourrait y avoir eu une violation du principe d'égalité de traitement. La question décisive dans la présente affaire n'est pas tant (ou seulement) celle de savoir si, hypothétiquement, Aarsleff aurait pu ou non être présélectionnée seule, mais si elle a bénéficié d'un traitement différent qui a généré un avantage concurrentiel en sa faveur, au moment où elle a été autorisée à participer seule à la procédure, sans avoir été préalablement présélectionnée.

51 — Voir, par analogie, arrêt Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, points 43 à 45).

81. Ensuite, il apparaît qu'Aarsleff a pu décider de participer seule à l'appel d'offres sur la base d'informations dont les autres soumissionnaires ne disposaient pas lorsqu'ils ont décidé de participer à cet appel d'offres [52]. En particulier, MTHZ a fait valoir que, lorsqu'Aarsleff, à la suite de la faillite de Pihl et donc de la dissolution du groupement, a été autorisée à prendre une telle décision, d'une part, elle avait pu prendre connaissance du nombre exact d'entreprises qui participaient à cette procédure et qui avaient présenté une offre et, d'autre part, elle savait que l'offre présentée par le groupement dont Aarsleff faisait partie, avait été évaluée comme la deuxième meilleure offre. En outre, à toutes ces circonstances il faut également ajouter que, après la faillite de Pihl, Aarsleff avait eu la possibilité de reprendre plus de 50 salariés de Pihl, en ce compris des personnes clés pour la réalisation du projet sur lequel portait l'appel d'offres [53].

82. Or, une situation dans laquelle deux opérateurs économiques, avant le début d'une procédure de passation de marché, décident de créer un groupement qui a comme but exclusif la participation à cette procédure, présuppose que ces deux opérateurs, après avoir évalué les opportunités et les risques liés à ce projet, ont pris la décision commerciale de participer ensemble à l'appel d'offres et d'en partager les bénéfices et les risques. Dans ces conditions, il convient d'analyser in concreto si la possibilité donnée à un de ces deux opérateurs, dans une phase ultérieure de la procédure où les éléments d'incertitudes à l'égard du déroulement de la procédure sont moindres, de modifier cette décision commerciale en lui permettant de participer seul à la procédure ne donne lieu à un traitement différent à l'égard des autres soumissionnaires et entraîne un avantage concurrentiel. Il convient de vérifier si une telle décision commerciale ultérieure a effectivement été prise sur la base d'informations différentes de celles dont disposaient les autres soumissionnaires lorsqu'ils ont pris la décision de participer à la procédure dans une forme ou une composition déterminée, sans avoir par la suite la possibilité de la changer.

V – Conclusion

83. Sur la base des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre à la question préjudicielle formulée par le Klagenævnet for Udbud (commission des recours en matière de marchés publics) dans les termes suivants:

1) L'article 51, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, doit être interprété en ce sens que, en principe, il doit exister une identité juridique et matérielle entre l'opérateur économique présélectionné dans une procédure de passation de marché avec présélection et l'opérateur économique qui soumet l'offre dans le cadre de la même procédure.

2) Dans une situation telle que celle en cause au principal, dans laquelle deux opérateurs économiques ont constitué un groupement sous la forme d'une société commerciale afin de participer à une procédure de passation de marchés publics et l'un d'entre eux, après la présélection du groupement, mais avant l'attribution du marché, a fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité de telle sorte que le groupement est dissous, l'article 10 de de la directive 2004/17 doit être interprété en ce sens qu'il revient au pouvoir adjudicateur, sur la base d'une analyse in concreto, fondée sur tous les éléments de fait dont il dispose, de vérifier si une éventuelle autorisation à poursuivre la participation dans la procédure au lieu du groupement, octroyée au membre restant de celui-ci, qui n'avait pas été initialement présélectionné, entraîne une situation dans laquelle les soumissionnaires ne se trouvent pas sur un pied d'égalité des chances au cours

52 — À cet égard, voir la note 49 des présentes conclusions.

53 — À cet égard, il est pertinent de relever qu'il ressort de la communication envoyée par Banedanmark aux autres soumissionnaires (mentionnée au point 20 des présentes conclusions) qu'elle a pris en considération cette circonstance lorsqu'elle a décidé d'autoriser Aarsleff à prendre la place du groupement désormais dissous.

de la procédure, notamment, dans la formulation de leurs offres. Cela sera spécifiquement le cas lorsque le membre restant du groupement a pu prendre des décisions dans le cadre de la procédure de passation de marché sur la base d'informations dont les autres soumissionnaires ne disposaient pas au moment où ils ont dû prendre la même décision et lorsqu'il a disposé de la possibilité, après l'ouverture de la procédure, d'acquérir des éléments clés pour la réalisation du projet dont il ne disposait pas au moment où il aurait dû être présélectionné.