Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NIILO JÄÄSKINEN
présentées le 8 septembre 2015 [1]

Affaire C-324/14

Partner Apelski Dariusz
contre
Zarząd Oczyszczania Miasta

[demande de décision préjudicielle formée par la Krajowa Izba Odwoławcza (Chambre nationale de recours, Pologne)]

«Marché public — Directive 2004/18/CE — Article 48, paragraphe 3 — Capacité technologique et professionnelle d'un opérateur économique — Recours des soumissionnaires, 'le cas échéant', aux capacités d'autres entités — Caractère des liens entre le soumissionnaire et ces autres entités — Forme et ampleur d'utilisation des capacités d'autres entités — Renseignements demandés dans l'avis de marché — Pertinence de la directive 2014/24/UE pour l'interprétation de la directive 2004/18»

I – Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle de la Krajowa Izba Odwoławcza (Chambre nationale de recours, Pologne) porte sur deux questions juridiques relevant du droit des marchés publics, et une troisième qui a trait à la question plus large consistant à savoir dans quelle mesure une directive qui n'est pas encore entrée en vigueur à l'époque litigieuse et dont le délai de transposition n'a pas encore expiré peut servir d'aide à l'interprétation d'une directive qu'elle remplacera à terme.

2. En substance, la Zarząd Oczyszczania Miasta (la régie municipale de nettoyage, ci-après le «pouvoir adjudicateur»), une entité organisationnelle de la ville de Varsovie, a exclu Partner Dariusz Apelski (ci-après «PARTNER») de la procédure d'attribution d'un marché public relatif au nettoyage mécanique des rues de Varsovie. Le pouvoir adjudicateur a procédé à l'exclusion parce qu'il n'était pas persuadé que PARTNER exécuterait correctement le marché, étant donné qu'une partie de son offre incluait des services à fournir par un tiers situé dans une autre ville polonaise relativement éloignée.

3. Dans le premier groupe de questions, la Krajowa Izba Odwoławcza (Chambre nationale de recours) demande à la Cour de se prononcer essentiellement, voire exclusivement, sur la question de la preuve exigée d'un opérateur économique lorsqu'il fait valoir «les capacités d'autres entités» pour un marché déterminé conformément à l'article 48, paragraphe 3, 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 [2]. Ces questions comportent des doutes quant au contenu de l'avis de marché et de la clarification de l'offre. Le deuxième groupe de questions porte sur les circonstances dans lesquelles une enchère électronique déjà clôturée par le pouvoir adjudicateur peut être annulée pour cause d'irrégularités dans la procédure d'appel d'offres.

1 — Langue originale: l'anglais.
2 — JO L 134, p. 114.

4. Enfin, dans la dernière question, il est demandé à la Cour si 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 [3] peut être utilisée à titre de condition d'interprétation de la directive 2004/18 afin de résoudre les problèmes en cause, même si la directive 2014/24 n'était pas encore entrée en vigueur à la date de publication de la procédure de passation du marché.

II – Le cadre juridique

A – *La directive 2004/18*

5. L'article 2 de la directive 2004/18, intitulé «Principes de passation des marchés», énonce que «[l]es pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence».

6. L'article 44 de la directive 2004/18, intitulé «Vérification de l'aptitude et choix des participants, attribution des marchés», s'énonce comme suit:

«1. L'attribution des marchés se fait sur la base des critères prévus aux articles 53 et 55, compte tenu de l'article 24, après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 45 et 46, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 47 à 52 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3.

2. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des niveaux minimaux de capacités, conformément aux articles 47 et 48, auxquels les candidats et les soumissionnaires doivent satisfaire.

L'étendue des informations visées aux articles 47 et 48 ainsi que les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché.

Ces niveaux minimaux sont indiqués dans l'avis de marché.

[…]»

7. L'article 48 de la directive 2004/18, intitulé «Capacités techniques et/ou professionnelles», prévoit:

«1. Les capacités techniques et/ou professionnelles des opérateurs économiques sont évaluées et vérifiées conformément aux paragraphes 2 et 3.

2. Les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent être justifiées d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services:

a) i) […]

ii) la présentation d'une liste des principales livraisons ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé.

[…]

3 — JO L 94, p. 65.

3. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités de mettre à la disposition de l'opérateur économique les moyens nécessaires.

[…]»

8. L'article 51 de la directive 2004/18, intitulé «Documentation et renseignements complémentaires», énonce que le «pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats et documents présentés en application des articles 45 à 50».

9. L'article 54 de la directive 2004/18, intitulé «Utilisation d'enchères électroniques», énonce:

«1. Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer des enchères électroniques.

[…]

4. Avant de procéder à l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs effectuent une première évaluation complète des offres conformément au(x) critère(s) d'attribution et à leur pondération tels que fixés.

Tous les soumissionnaires ayant présenté des offres recevables sont invités simultanément par moyens électroniques à présenter des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs; […].

[…]

8. Après avoir clôturé l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs attribuent le marché conformément à l'article 53, en fonction des résultats de l'enchère électronique.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir aux enchères électroniques de façon abusive ou de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché, tel qu'il a été mis en concurrence par la publication de l'avis de marché et défini dans le cahier des charges.»

B – *La directive 2014/24*

10. L'article 63 de la directive 2014/24 s'intitule «Recours aux capacités d'autres entités» et s'énonce comme suit:

«1. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 58, paragraphe 3, et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés à l'article 58, paragraphe 4. En ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels visés à l'annexe XII, partie II, point f), ou à l'expérience professionnelle pertinente, les opérateurs économiques ne peuvent toutefois avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises. Si un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, en produisant l'engagement de ces entités à cet effet.

[…]

2. Pour les marchés de travaux, les marchés de services et les travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même […].»

11. L'article 90, paragraphe 1, de la directive 2014/24, intitulé «Transposition et dispositions transitoires», énonce que «[l]es États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 18 avril 2016. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.» Conformément à son article 93, la directive 2014/24 est entrée en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*, intervenue le 28 mars 2014.

III – Les faits, la procédure et les questions préjudicielles

12. Le pouvoir adjudicateur a organisé une procédure de passation d'un marché public relatif au «nettoyage mécanique polyvalent des rues de la ville de Varsovie en hiver et en été pour les années 2014 à 2017 – étape I». La procédure a été publiée au *Journal officiel* du 24 décembre 2013 en raison d'une valeur dépassant les seuils de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur a scindé le marché en huit lots correspondant aux différents quartiers de Varsovie et accepté de recevoir des offres partielles sans limiter le nombre de lots pouvant faire l'objet d'une offre d'un opérateur économique. Il a organisé une procédure ouverte (appel d'offres) qui prévoyait la tenue d'une enchère électronique.

13. Le nettoyage hivernal consiste à prévenir et éliminer le verglas par salage et chasse-neige sur les chaussées relevant de la catégorie de routes nationales, régionales, de district et communales utilisées par les transports publics urbains. Le nettoyage estival consiste à balayer et nettoyer à l'eau les chaussées. Aux termes du cahier des charges, les opérateurs économiques devaient démontrer avoir fourni ou fournir, au cours des trois années précédant l'expiration du délai de présentation de l'offre, ou, si la période pendant laquelle l'activité effectuée était inférieure, pendant cette période, un ou des service(s) d'entretien hivernal de la voirie d'une valeur globale au moins égale à 1 000 000 zlotys polonais (PLN).

14. Le pouvoir adjudicateur indiquait que, pour vérifier que cette condition était remplie, il ne prendrait en compte que les services qui, pour prévenir ou éliminer le verglas, utilisent une technologie de préhumidification [4]. Le pouvoir adjudicateur indiquait également qu'en cas de présentation d'une offre pour plusieurs lots, l'opérateur économique devait avoir fourni des prestations d'une valeur supérieure correspondante, à savoir 1 000 000 PLN multipliés par le nombre de lots faisant l'objet d'une offre. Aussi, l'opérateur économique qui présentait une offre pour huit lots devait-il démontrer avoir fourni des services d'une valeur minimale de 8 000 000 PLN [5].

15. Dans la liste des services annexée à son offre, PARTNER a fait référence à quatorze services, dont douze relevaient de sa propre expérience et deux de l'expérience de PUM sp. z o.o. (ci-après «PUM»), entreprise située à Grudziądz (à environ 227 kilomètres de Varsovie) mentionnée en tant qu'autre entité économique dont PARTNER faisait valoir les moyens. PARTNER a joint à l'offre un engagement de PUM de «mise à disposition des moyens nécessaires». L'engagement expose les modalités d'utilisation desdits moyens, à savoir des services de conseil comprenant, entre autres, une formation des employés de l'opérateur économique et des consultations en faveur dudit opérateur, dont une aide à la résolution de problèmes pouvant survenir au stade de l'exécution du marché.

4 — À savoir du chlorure de sodium ou un mélange de chlorure de sodium et de chlorure de calcium, humidifié lors de l'épandage et se transformant en solution saline.

5 — La décision de renvoi indique que, lors de l'audience devant la juridiction nationale, le pouvoir adjudicateur a déclaré que, pour apprécier si cette condition était remplie, il avait additionné la valeur de l'ensemble des services prouvés et acceptés puis divisé celle-ci par 1 000 000, obtenant ainsi le nombre de lots pour lesquels l'opérateur économique remplissait la condition.

16. Le pouvoir adjudicateur ayant, le 11 mars 2014, informé PARTNER qu'il considérait que l'opérateur économique ne disposait pas des moyens nécessaires pour exécuter le marché, PARTNER a répondu, le 18 mars 2014, que si le pouvoir adjudicateur considérait que l'expérience démontrée était insuffisante, il aurait dû attribuer son expérience restante dans l'ordre suivant: lots V, I, II, III, VIII, IV, VII et VI. Il a déclaré à cet égard que si un opérateur économique présente une offre relative à plusieurs lots, elle peut être traitée de manière distincte pour chacun d'entre eux. Par conséquent, l'éventuelle exclusion d'un opérateur économique et le rejet de son offre sauraient porter non pas sur l'intégralité du marché, mais seulement sur les lots distincts du marché pour lesquels il ne remplirait pas les conditions.

17. Le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte de l'expérience partielle de PARTNER et l'a exclu de la procédure en application de l'article 24, paragraphe 2, point 4, de la loi sur le droit des marchés publics (Ustawa PZP)[6] au motif qu'il n'avait pas démontré qu'il remplissait les conditions de participation à la procédure. Le pouvoir adjudicateur a considéré que, compte tenu de la spécificité des prestations, de la connaissance de la topographie de la ville, et de l'exigence d'atteindre, dans un laps de temps précis, certains niveaux d'entretien hivernal, etc., il s'avérait impossible, sans participation personnelle de PUM à l'exécution des prestations, d'exécuter comme il se doit l'obligation résultant de la procédure suivie. Par la suite, le pouvoir adjudicateur a organisé une enchère électronique à laquelle PARTNER n'a pas été invité à participer.

18. Dans le cadre de son recours auprès de la Krajowa Izba Odwoławcza (Chambre nationale de recours), PARTNER a prétendu que le pouvoir adjudicateur avait procédé à un examen et à une évaluation erronés des offres. Il a soutenu que le pouvoir adjudicateur n'avait pas indiqué dans le cahier des charges que pour remplir la condition de connaissances et d'expérience appropriées, l'entité qui mettait ses connaissances et son expérience à la disposition de PARTNER devait participer personnellement à l'exécution du marché ni que l'expérience devait porter sur des connaissances topographiques concrètes.

19. La Krajowa Izba Odwoławcza (Chambre nationale de recours) a déféré à la Cour les questions préjudicielles suivantes au titre de l'article 267 TFUE:

«1) Les dispositions combinées des articles 48, paragraphe 3, et 2 de la directive 2004/18 […] peuvent-elles être interprétées en ce sens que relève de l'expression 'le cas échéant', désignant une situation dans laquelle un opérateur économique peut faire valoir les capacités d'autres entités, toute situation dans laquelle un opérateur économique ne disposerait pas des capacités qu'exige le pouvoir adjudicateur et entendrait faire valoir les capacités correspondantes d'autres entités? L'indication qu'un opérateur économique peut seulement 'le cas échéant' faire valoir les capacités d'autres entités constitue-t-elle une restriction voulant qu'un opérateur ne peut qu'exceptionnellement faire valoir ces capacités et non pas comme une règle de sélection d'un opérateur économique à une procédure d'attribution de marché public?

2) Les dispositions combinées des articles 48, paragraphe 3, et 2 de la directive 2004/18/CE peuvent-elle être interprétées en ce sens que le fait, pour un opérateur économique, de faire valoir les capacités relatives aux connaissances et à l'expérience d'autres entités 'quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités' et de 'disposer […] des moyens' de ces entités implique que, lors de l'exécution d'un marché, l'opérateur n'est pas tenu d'entretenir des liens avec ces entités ou peut entretenir des liens informels et indéfinis, de sorte que ledit opérateur puisse exécuter seul un marché (sans participation d'une autre entité), ou bien cette participation peut-elle prendre la forme d'un 'conseil', de 'consultations', de 'formation',

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (texte codifié, Dz. U de 2013, position 907). L'article 24, paragraphe 2, point 4, prévoit qu'«est également exclu d'une procédure d'attribution de marché tout opérateur qui: […] n'a pas démontré avoir rempli les conditions de participation à ladite procédure […]».

etc.? Ou bien faut-il interpréter l'article, 48, paragraphe 3, en ce sens qu'une entité dont un opérateur économique fait valoir les capacités est tenue d'exécuter réellement et personnellement un marché dans la mesure où ses capacités ont été déclarées?

3) Les dispositions combinées des articles 48, paragraphe 3, et 2 de la directive 2004/18/CE peuvent-elle être interprétées en ce sens qu'un opérateur économique disposant d'une expérience propre, mais dans une mesure moindre qu'il ne voudrait l'indiquer au pouvoir adjudicateur (par exemple, insuffisante pour déposer une offre sur l'ensemble des parties d'un marché), peut faire valoir également les capacités d'autres entités afin de renforcer sa situation dans la procédure?

4) Les dispositions combinées des articles 48, paragraphe 3, et 2 de la directive 2004/18/CE peuvent-elle être interprétées en ce sens que, dans un avis de marché ou le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut (voire devrait) indiquer les règles suivant lesquelles un opérateur économique peut faire valoir les capacités d'autres entités, par exemple, les modalités de participation d'une autre entité à l'exécution d'un marché ou d'association des capacités d'un opérateur économique et d'une autre entité ou encore si une autre entité doit être solidairement responsable avec l'opérateur économique de la réalisation conforme d'un marché pour autant qu'un opérateur économique aurait fait valoir les capacités de cette entité?

5) En vertu du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de la directive 2004/18/CE, peut-on faire valoir les capacités d'une autre entité, telles que visées à l'article 48, paragraphe 3, de manière à additionner les capacités de deux ou plusieurs entités qui ne posséderaient pas de capacités concernant les connaissances et l'expérience qu'exige le pouvoir adjudicateur?

6) En conséquence, en vertu du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de la directive 2004/18/CE, les articles 44 et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE peuvent-ils être interprétés en ce sens que les conditions de participation à une procédure, que pose le pouvoir adjudicateur, peuvent n'être remplies que formellement, aux fins de participation à une procédure, et indépendamment des capacités réelles d'un opérateur économique?

7) En vertu du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de la directive 2004/18/CE, si le pouvoir adjudicateur admet le dépôt d'offres relatives à des parties de marché, un opérateur économique peut-il, après dépôt d'une offre, par exemple, pour compléter ou éclaircir des documents, déclarer à quelles parties d'un marché il convient d'attribuer des moyens dont il fait état et censés démontrer qu'il remplit la condition de participation à la procédure?

8) Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de la directive 2004/18/CE et de transparence autorisent-ils à annuler une enchère et à réitérer une enchère électronique si celle-ci est entachée d'une irrégularité importante, par exemple, si tous les opérateurs économiques ayant présenté une offre recevable n'y ont pas été invités?

9) Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de la directive 2004/18/CE et de transparence autorisent-ils à attribuer un marché à un opérateur économique dont l'offre a été sélectionnée à l'issue d'une telle enchère sans répétition de celle-ci, dès lors qu'il ne peut être constaté que la participation de l'opérateur économique écarté aurait modifié son résultat?

10) Le contenu des dispositions et du préambule de la directive 2014/24/UE […] peut-il être utilisé, à titre de condition d'interprétation, pour interpréter les dispositions de la directive 2004/18/CE, bien que son délai de transposition n'ait pas expiré, et pour autant qu'elle précise certaines approches et intentions du législateur de l'Union et qu'elle n'est pas contraire aux dispositions de la directive 2004/18/CE?»

20. PARTNER, Remondis sp. z o.o. et MR Road Service sp. z o.o., parties intervenantes dans la procédure au principal, les gouvernements espagnol, letton et polonais ainsi que la Commission européenne ont présenté des observations écrites. À l'exception du gouvernement letton, ils ont tous participé à l'audience qui s'est tenue le 7 mai 2015, ainsi que le pouvoir adjudicateur, bien que ce dernier n'ait pas présenté d'observations écrites.

IV – Analyse

A – *Les questions relatives au recours aux capacités techniques et professionnelles d'un autre opérateur économique (première, deuxième, troisième, cinquième et sixième questions)*

21. Par ces questions, que j'examinerai conjointement, la juridiction de renvoi s'interroge en substance sur les circonstances dans lesquelles un soumissionnaire peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités s'agissant de l'aptitude technologique et/ou professionnelle lorsqu'ils présentent une offre pour ce marché. Cette faculté est prévue à l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18. À mon sens, ces questions comportent fondamentalement trois problèmes. Il s'agit 1) du droit d'un soumissionnaire de faire valoir des capacités externes pour satisfaire aux conditions du marché relatives à l'aptitude technique et/ou professionnelle; 2) de la réalité du recours aux capacités d'un tiers, et 3) de la question de savoir si de telles capacités peuvent être transmises au sens où il est possible de s'en prévaloir au regard de la nature et de l'objectif du marché en cause. Il est évident que l'article 2, qui consacre le principe général de non-discrimination et de transparence, est pertinent pour répondre à l'ensemble de ces questions.

22. Avant tout, il est utile de souligner la différence entre le recours aux capacités d'autres entités au titre de l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18, d'une part, et la sous-traitance au sens de son article 25, d'autre part. Comme le relève le gouvernement espagnol dans ses observations écrites, ces situations juridiques sont différentes à deux égards. En cas de recours aux capacités d'un tiers, celles-ci sont intégrées à celles du soumissionnaire avant l'attribution du marché alors que la sous-traitance est conclue au stade de l'exécution du marché. Par ailleurs, la sous-traitance est soumise à une série de restrictions qui ne s'appliquent pas au recours aux capacités des tiers [7].

1. Le droit d'un opérateur économique de faire valoir des capacités externes

23. Pour ce qui est de l'expression «le cas échéant» figurant à l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18, elle n'impose pas de restriction matérielle des circonstances dans lesquelles un opérateur économique peut se prévaloir des moyens d'un tiers lorsqu'il soumissionne.

7 — L'article 25 de la directive 2004/18 prévoit que dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre de demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés. Cette disposition indique que cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'opérateur économique principal.

24. J'ai indiqué dans les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire , C-94/12, EU:C:2013:130, que le libellé de l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 laisse entendre que les opérateurs économiques ont le droit de choisir cette méthode pour satisfaire aux critères de sélection, à la condition qu'ils puissent établir qu'ils ont effectivement à leur disposition les ressources des autres entités nécessaires pour exécuter le marché [8]. Cette interprétation est la plus conforme à l'objectif d'ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible et d'encouragement de l'accès des petites et moyennes entreprises auxdits marchés.

25. En outre, dans l'arrêt , C-176/98, EU:C:1999:593, la Cour, dont l'analyse a par la suite été confirmée à l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18, a conclu que la nature des liens juridiques existant entre l'opérateur économique et l'entité ou les entités tierce(s) sur laquelle (lesquelles) il cherche à s'appuyer est dénuée de pertinence [9].

26. Partant, au regard de la jurisprudence de la Cour, il ne saurait y avoir d'objection de principe à ce qu'un soumissionnaire fasse également valoir les capacités d'autres entités pour améliorer sa situation dans la procédure de passation du marché, sous réserve toutefois des restrictions que j'aborderai ci-dessous. Comme le relève la Commission dans ses observations écrites, ce qui compte, c'est le fait que le soumissionnaire *dispose réellement* des capacités d'autres entités en vue d'exécuter le marché en bonne et due forme. Cette «disposition» ne doit pas revêtir une forme juridique particulière.

2. La réalité des capacités du tiers que fait valoir le soumissionnaire

27. Nonobstant ce qui a été exposé aux points précédents, la charge de la preuve pèse sur le soumissionnaire qui invoque les ressources d'autres personnes et qui doit prouver au pouvoir adjudicateur qu'il en a effectivement la disposition [10]. De ce point de vue, le mieux serait de considérer l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 comme imposant une condition de preuve étant entendu que cette preuve est laissée à l'appréciation du pouvoir adjudicateur. Conformément à l'article 44, paragraphe 1, de la directive 2004/18, il appartient au pouvoir adjudicateur de vérifier l'aptitude des candidats ou des soumissionnaires conformément aux critères visés aux articles 47 à 52 de cette directive [11]. En d'autres termes, comme le pouvoir adjudicateur et le gouvernement polonais l'ont souligné lors de l'audience, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de s'assurer que l'attributaire du marché est effectivement capable de l'exécuter correctement.

28. Le but des dispositions de la directive 2004/18 relatives à la participation de tiers à l'exécution de marchés publics est d'éviter la situation où une entreprise aurait le droit d'accéder à un marché sans toutefois disposer des moyens nécessaires pour l'exécuter. Partant, à l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18, le législateur empêche le pouvoir adjudicateur, compte tenu des obligations qui lui incombent, d'appréhender de manière purement formelle les éléments de preuve produits par un soumissionnaire. En d'autres termes, l'on ne saurait admettre que des soumissionnaires se réfèrent aux capacités d'un tiers aux seules fins de satisfaire formellement à la condition de capacité figurant dans l'avis de marché.

8 — Point 24 des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:130. Voir également notamment arrêts , C-314/01, EU:C:2004:159, point 46; , C-389/92, EU:C:1994:133, et , C-5/97, EU:C:1997:636.

9 — Point 22 des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire , C-94/12, EU:C:2013:130 . Cette position reposait sur les conclusions de la Cour dans les arrêts Ballast Nedam Groep, C-389/92, EU:C:1994:133, et Ballast Nedam Groep, C-5/97, EU:C:1997:636, où les relations juridiques en cause concernaient des sociétés du même groupe (voir points 20 à 22).

10 — Voir point 23 des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:130.

11 — Arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, point 26. Voir également arrêt Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, point 28.

3. Transmission des aptitudes technologiques et/ou professionnelles

29. Dans l'arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, la Cour a interprété les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18, lus en combinaison avec l'article 44, paragraphe 2, de cette directive, en ce sens qu'ils s'opposent à une règle générale interdisant aux opérateurs économiques participant à une procédure d'adjudication d'un marché public de travaux de faire valoir, pour une même catégorie de qualification, les capacités de plusieurs entreprises. La Cour a toutefois observé qu'«il existe des travaux qui présentent des particularités nécessitant une certaine capacité qui n'est pas susceptible d'être obtenue en rassemblant des capacités inférieures de plusieurs opérateurs» et que «dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur serait fondé à exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique» [12].

30. Cela dit, le problème en cause consiste toutefois à savoir si les capacités technologiques et professionnelles requises dans l'avis de marché peuvent être transmises. Dans la négative, PARTNER ne saurait être qualifié de soumissionnaire.

31. La transmission des capacités technologiques a trait à la question de savoir si la technologie ou le savoir-faire peuvent être utilement transmis d'un opérateur économique à un autre, par exemple, au moyen de consultations et de conseils. Les observations écrites comportent également des points portant plutôt sur la question de savoir si de telles capacités de différentes entités peuvent être rassemblées en général, ce qui, selon moi, est l'approche adoptée par le législateur de l'Union à l'article 48 de la directive 2004/18. Or, dans la procédure au principal, le véritable point litigieux porte sur la question de savoir si l'aptitude technologique de PUM pouvait être transmise à PARTNER sans que le premier de ces opérateurs économiques participe lui-même directement à l'exécution du marché. Le litige ne porte pas simplement sur l'adjonction de capacités analogues à celles dont PARTNER disposait déjà.

32. Les faits, la nature et l'objet du marché jouent un rôle déterminant. Il existe des capacités qui peuvent être transmises. Imaginons d'abord l'attribution d'un marché par un prestataire public de services de santé portant sur la détection d'une forme de cancer utilisant une technologie standard à destination d'un groupe déterminé de personnes. Imaginons ensuite que les termes du marché indiquent que, dans les cas douteux, les conclusions doivent être confirmées par un spécialiste disposant de certaines qualifications professionnelles supérieures. Dans de telles circonstances, rien ne justifie qu'un soumissionnaire ne puisse pas avoir recours à un tiers appelé à fournir les consultations nécessaires. En revanche, si le marché concernait une détection au moyen d'une technologie nouvelle et non conventionnelle, le pouvoir adjudicateur pourrait raisonnablement exiger que le soumissionnaire lui-même dispose des capacités pertinentes. Il s'agit là d'une question liée aux circonstances de fait de la passation du marché.

33. Donc, ainsi que je l'ai déjà mentionné, il convient de tenir compte de la nature de chaque marché et des besoins à satisfaire. Cette question relève de l'appréciation du juge national.

34. La question de savoir si un pouvoir adjudicateur peut exiger ou non la participation d'une entité tierce à l'exécution du marché comme unique moyen de prouver que le soumissionnaire concerné dispose des capacités en cause doit également être appréciée au cas par cas. Tout dépendra de la nature et de l'objectif du marché. Selon moi, il est facile de concevoir des scénarios où l'engagement concerné est d'un niveau de difficulté technique tel qu'il doit être exécuté par le tiers possédant l'expérience pertinente si sa capacité est invoquée, plutôt que sur la base de conseils de la part d'une telle entité alors que l'engagement en cause est exécuté par le soumissionnaire lui-même.

12 — Arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, point 35.

4. Conclusion intermédiaire

35. Sur le fondement des observations qui précèdent, l'on peut répondre comme suit aux première, deuxième, troisième, cinquième et sixième questions: les articles 44 et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18, lus en combinaison avec son article 2, doivent être interprétés en ce sens que l'expression «le cas échéant» n'impose pas de restriction matérielle des circonstances dans lesquelles un opérateur économique peut faire valoir les capacités d'autres entités pour prouver à un pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution d'un marché public déterminé, il disposera des capacités technologiques et/ou professionnelles nécessaires. La nature des liens juridiques existants entre l'opérateur économique et l'entité tierce est dénuée de pertinence, mais l'opérateur économique doit être en mesure de prouver au pouvoir adjudicateur qu'il dispose effectivement de tous les moyens pour exécuter les termes du marché. Un soumissionnaire peut faire valoir les capacités d'autres entités pour prouver ses capacités technologiques et/ou professionnelles, sous réserve des restrictions découlant de la nature et de l'objectif du marché à exécuter.

B – *Avis de marché, cahier des charges et responsabilité solidaire (quatrième question)*

36. La quatrième question vise en substance à savoir si le pouvoir adjudicateur peut (voire devrait) indiquer, dans l'avis de marché ou le cahier des charges, les règles suivant lesquelles les soumissionnaires peuvent faire valoir ou non les capacités d'autres entités. Pour être plus précis, le pouvoir adjudicateur peut-il stipuler les modalités selon lesquelles le soumissionnaire est tenu de participer à l'exécution du marché, la manière dont les capacités du soumissionnaire concerné et d'autres entités peuvent être rassemblées et si l'autre entité sera solidairement responsable, avec le soumissionnaire, de la bonne exécution du marché dans la mesure où le soumissionnaire s'est prévalu de ses capacités?

37. Dans ses observations écrites, le gouvernement espagnol indique que l'avis de marché ou le cahier des charges devrait stipuler les règles suivant lesquelles un soumissionnaire peut faire valoir les capacités d'autres entités, pour autant que cette exigence est proportionnée et directement liée à l'objet du marché en cause. Les observations écrites du gouvernement polonais vont dans le même sens.

38. Toutefois, la position correcte est, à mon sens, celle défendue par la Commission. Dans ses observations écrites, elle relève que le droit des soumissionnaires de faire valoir les capacités d'entités tierces empêche les pouvoirs adjudicateurs d'imposer des conditions expresses susceptibles d'entraver ce droit. Le soumissionnaire a le droit de déterminer comment il aura accès à ces capacités. Et la Commission d'ajouter à juste titre que, pour des raisons pratiques, il semble pour ainsi dire impossible que le pouvoir adjudicateur spécifie à l'avance les modalités selon lesquelles les capacités d'autres entités peuvent être invoquées. Il n'est pas en mesure de prédire tous les scénarios possibles d'utilisation des capacités d'autres entités. Cette conclusion n'est évidemment valable que pour autant que ne sont pas réunis les critères énoncés par la jurisprudence Swm Costruzioni 2 et Mannocchi, C-94/12, EU:C:2013:646, concernant les situations dans lesquelles un tel recours est exclu.

39. Les principes généraux développés par la Cour concernant l'avis de marché et le cahier des charges ainsi que le *principe de transparence* sont pertinents pour répondre à cette question. Je rappelle que l'obligation de transparence a pour but de garantir l'absence de risque d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur [13] et que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence interdisent au pouvoir adjudicateur de rejeter une offre satisfaisant aux exigences de l'avis d'appel d'offres en se fondant sur des motifs non prévus dans ledit avis [14]. Je relève également que l'article 23, paragraphe 2,

13 — Arrêt Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, point 26 et jurisprudence citée.

14 — Ibidem (point 28).

de la directive 2004/18 prévoit que les spécifications techniques «doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence», alors qu'aux termes de l'article 23, paragraphe 3, sous c), les exigences techniques peuvent inclure des exigences de performances.

40. Selon moi, si les conditions particulières énoncées dans l'arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, point 35, sont réunies et que le pouvoir adjudicateur impose, *comme condition de la procédure de passation du marché*, que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique, il a l'obligation de l'indiquer à l'avance dans l'avis de marché et/ou le cahier des charges. Dans de telles circonstances, la faculté de se prévaloir des capacités d'un tiers prévue à l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 est exclue. Ces modalités paraissent les seules conformes à l'obligation de transparence dans le cadre de l'examen de l'aptitude des candidats parce que, à défaut, les soumissionnaires potentiels ne seraient pas informés de l'ensemble des exigences obligatoires et inconditionnelles relatives aux capacités minimales [15].

41. Il s'agit cependant d'une question différente de celle consistant à apprécier si un soumissionnaire qui se prévaut des capacités d'un tiers satisfait *réellement* aux conditions d'aptitude technologique et/ou professionnelle requises dans l'avis de marché. Cette question ne peut être examinée qu'en comparant les offres aux exigences d'aptitude énoncées dans l'avis de marché et le cahier des charges, au regard des critères décrits ci-dessus dans le cadre de l'examen des première, deuxième, troisième, cinquième et sixième questions.

42. Enfin, concernant la responsabilité solidaire, la Commission a cherché, dans ses observations écrites, à prendre appui sur l'article 63, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 2014/24 pour étayer son argumentation en ce sens. PARTNER et le gouvernement espagnol, en revanche, soutiennent qu'il n'est pas possible d'imposer la responsabilité solidaire dès lors que seul le soumissionnaire qui a participé à la procédure d'appel d'offres est responsable de l'exécution du marché et non un tiers dont il a invoqué les capacités.

43. Pour les raisons que j'exposerai dans ma réponse à la dixième question, l'on ne saurait, pour appliquer la directive 2004/18, tirer aucune règle inconditionnelle de la directive 2014/24 si cette règle ne figure pas dans la directive 2004/18 ou si elle impose des normes ou exigences plus détaillées que les dispositions correspondantes de ladite directive. Par conséquent, il convient d'exclure l'imposition d'une responsabilité solidaire avant l'expiration du délai de transposition de la directive 2014/24.

44. Pour ces raisons, la Cour devrait répondre à la quatrième question que les dispositions combinées des articles 48, paragraphe 3, et 2 de la directive 2004/18 doivent être interprétées en ce sens que, dans un avis de marché ou le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer toute condition ayant pour effet d'empêcher de recourir à l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 pour démontrer que les conditions relatives aux capacités minimales sont réunies. À l'inverse, le pouvoir adjudicateur n'a pas la possibilité de prévoir dans l'avis de marché ou le cahier des charges des conditions ou règles indiquant expressément si et comment des soumissionnaires peuvent faire valoir les capacités d'autres entités.

15 — Voir, par analogie, jurisprudence relative aux critères d'attribution, notamment arrêt Commission/France, C-299/08, EU:C:2009:769, point 41, où la Cour a considéré que «tant le principe d'égalité de traitement que l'obligation de transparence qui en découle exigent que l'objet de chaque marché ainsi que les *critères de son attribution* soient clairement définis» (mise en italique par mes soins). Voir également arrêt ATI EAC e Viaggi di Maio e.a., C-331/04, EU:C:2005:718, où la Cour a, au point 32, fixé les limites de la possibilité d'accorder un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution, ainsi qu'arrêt Universale-Bau e.a., C-470/99, EU:C:2002:746, point 100, où la Cour a imposé au pouvoir adjudicateur d'indiquer, dans l'avis de marché ou dans les documents de l'appel d'offres, les règles de pondération des critères de sélection des candidats qui seront invités à présenter une offre.

C – *Clarification de l'offre (septième question)*

45. La septième question porte essentiellement sur la mesure dans laquelle un dialogue peut s'engager entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire lorsqu'il est possible de présenter des offres par lots, par exemple, lorsque des documents sont complétés ou explicités après le dépôt des offres. Je rappelle à cet égard que, conformément à l'article 51 de la directive 2004/18, le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats et documents présentés en application des articles 45 à 50 de ladite directive.

46. La Cour peut, à mon sens, répondre très succinctement à cette question. La Cour a déjà exclu toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et l'un ou l'autre des candidats. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas demander des éclaircissements d'offres qu'ils estiment imprécises ou non conformes aux spécifications techniques du cahier des charges avant de rejeter celles-ci [16].

47. Après son dépôt, une offre ne peut pas être modifiée, que ce soit à l'initiative du soumissionnaire ou du pouvoir adjudicateur [17]. Ce dernier peut exceptionnellement demander que l'offre soit complétée ponctuellement, par exemple, par une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes, sans demander ni accepter aucune modification de l'offre [18].

48. À mon sens, la communication d'informations relatives à l'ordre de priorité des lots faisant l'objet de l'offre après le dépôt des offres est non pas une simple précision, mais une modification matérielle de l'offre. L'accepter constituerait une violation des principes de concurrence loyale. Cette pratique ne relève pas des circonstances exceptionnelles dans lesquelles des clarifications de l'offre sont admises.

49. Par conséquent, j'estime qu'il convient de répondre à la septième question en ce sens qu'en vertu du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de la directive 2004/18, si le pouvoir adjudicateur admet le dépôt d'offres relatives à des lots, un opérateur économique ne peut pas, après le dépôt d'une offre, déclarer à quel lot il convient d'attribuer des moyens dont il fait état et censés démontrer qu'il remplit la condition de participation à la procédure.

D – *Irrégularités dans l'enchère électronique (huitième et neuvième questions)*

50. Les huitième et neuvième questions portent sur les conséquences découlant, en termes de passation d'un marché, du fait que tous les soumissionnaires aptes n'ont pas été autorisés à participer à une enchère électronique.

51. Je rappelle à cet égard d'emblée que, conformément à l'article 54, paragraphe 4, deuxième alinéa, de la directive 2004/18, «[t]ous les soumissionnaires ayant présenté des offres recevables sont invités simultanément par moyens électroniques à présenter des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs». À l'article 54, paragraphe 8, de la directive 2004/18, le législateur exclut de recourir aux enchères

16 — Arrêt SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, points 36 et 37. Je rappelle que la directive 2004/18 prévoit un dialogue compétitif concernant les marchés particulièrement complexes (article 29) et des procédures négociées (article 30). Ces dispositions sont toutefois dénuées de pertinence s'agissant de la présente affaire.

17 — Voir arrêt Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, où la Cour a considéré au point 31 que «le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'opposent à toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics, ce qui implique que, en principe, une offre ne peut pas être modifiée après son dépôt, que ce soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou du soumissionnaire. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander des éclaircissements à un soumissionnaire dont il estime l'offre imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges».

18 — Arrêt SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, points 40 et 41. Voir également arrêt Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, point 32.

électroniques pour, notamment, empêcher ou fausser la concurrence. J'observe par ailleurs que la juridiction nationale s'interroge non pas sur les voies de recours dont disposent les opérateurs économiques en cas d'enchère électronique irrégulière [19], mais sur les obligations que le législateur, dans la directive 2004/18, impose aux pouvoirs adjudicateurs dans une telle situation.

52. À mon sens, si un soumissionnaire apte qui satisfait aux critères énoncés dans l'avis de marché et les spécifications technologiques aurait dû être invité à participer à l'enchère électronique conformément à l'article 54, paragraphe 4, de la directive 2004/18 mais ne l'a pas été, il découle de l'exigence de traitement égal et non discriminatoire prévue à l'article 2 de la directive 2004/18 que l'enchère doit être répétée, indépendamment de la question de savoir si sa participation aurait modifié ou non le résultat de l'enchère [20]. Il s'ensuit que le marché ne saurait être attribué sur le fondement d'enchères électroniques illégales ou irrégulières de ce type.

53. Je suggère par conséquent de répondre aux huitième et neuvième questions en ce sens qu'à l'article 2 de la directive 2004/18, le législateur impose l'annulation et la répétition d'une enchère électronique si un candidat remplissant les critères de participation à la passation du marché n'a pas été invité à l'enchère électronique.

E – *La directive 2014/24 peut-elle être prise en considération pour interpréter la directive 2004/18 (dixième question)?*

54. Par la dixième question, la juridiction de renvoi se demande si, pour interpréter les dispositions de la directive 2004/18, le contenu des dispositions et du préambule de la directive 2014/24 peut être utilisé, à titre de condition d'interprétation, pour interpréter les dispositions de la directive 2004/18, bien que son délai de transposition n'ait pas expiré, et pour autant qu'elle précise certaines approches et intentions du législateur de l'Union et qu'elle n'est pas contraire aux dispositions de la directive 2004/18.

55. Cette question est liée au fait que l'article 63, paragraphe 1, de la directive 2014/24 s'intitule «Recours aux capacités d'autres entités» et régit cette situation de manière plus détaillée que les règles figurant dans la directive 2004/18. À l'instar de l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18, l'article 63, paragraphe 1, de la directive 2014/24 prévoit que la «nature juridique» des liens entre les entités est sans incidence. Toutefois, cette disposition précise que lorsque l'opérateur en cause dépend de «titres d'études et professionnels» ou d'une «expérience professionnelle», il ne peut avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises. En outre, l'article 63, paragraphe 2, de la directive 2014/24 prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même.

56. Je note d'emblée que le problème de la juridiction de renvoi porte sur l'interaction *entre deux actes législatifs de l'Union*. Par conséquent, la jurisprudence relative aux obligations des États membres au cours du délai de transposition d'une directive [21] lorsqu'ils interprètent le droit national au cours de cette période [22] est dénuée de pertinence.

19 — Prévues par 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 (JO L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO L 335, p. 31).

20 — Lors de l'audience, PARTNER a déclaré qu'il n'a pas été invité à participer à l'enchère électronique relative à la passation du marché en cause.

21 — Voir notamment point 29 des récentes conclusions que l'avocat général Sharpston a présentées dans l'affaire bpost, C-340/13, EU:C:2014:2302, citant les arrêts Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, point 45; ATRAL, C-14/02, EU:C:2003:265, point 58 ainsi que Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e.a., C-43/10, EU:C:2012:560, point 57.

22 — Idem, citant l'arrêt Adeneler e.a., C-212/04, EU:C:2006:443, points 122 et 123.

57. En outre, je rappelle que la Cour a récemment considéré que, dans des circonstances où la directive 2014/24 est entrée en vigueur après la date des faits au principal, elle ne saurait être applicable à ce litige [23]. Cette conclusion est conforme à son analyse antérieure dans le contexte de la période transitoire entre la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [24] et la directive 2004/18. Dans une affaire où une offre avait été exclue de la procédure de passation d'un marché avant l'expiration du délai de transposition de la directive 2004/18, la Cour a considéré qu'il serait «contraire au principe de sécurité juridique de déterminer le droit applicable à l'affaire au principal par référence à la date d'attribution du marché» [25]. Elle a par conséquent conclu que «la directive 2004/18 n'est pas applicable à une décision prise par un pouvoir adjudicateur lors de la passation d'un marché public de travaux, avant l'expiration du délai de transposition de cette directive» [26]. Toutefois, dans la présente affaire, la juridiction de renvoi s'interroge non pas en détail sur les rapports entre les dispositions particulières de l'ancienne et de la nouvelle directive, mais seulement en des termes généraux.

58. Cela étant dit, la Cour s'est au moins une fois appuyée sur les considérants et les dispositions de la directive 2014/24 pour interpréter la directive 2004/18, sans toutefois motiver sa position [27].

59. À mon sens, la question des rapports entre deux actes législatifs de l'Union successifs en termes d'interprétation doit être analysée compte tenu de la volonté du législateur. La formulation de la dixième question n'est toutefois pas utile à cet égard parce qu'elle ne précise pas si la référence à «certaines approches et intentions du législateur de l'Union» renvoie aux approches et intentions exprimées dans le contexte de la directive 2014/24 ou 2004/18.

60. Il me semble évident que la directive 2014/24 ne saurait préciser l'intention poursuivie par le législateur dans la directive 2004/18. Il peut cependant découler des considérants et dispositions de la directive 2014/24 que l'intention du législateur s'agissant de certaines de ses dispositions était de codifier la jurisprudence existante relative à l'application de la directive 2004/18. Dans de telles situations, rien ne s'oppose à la prise en compte de la directive ultérieure pour interpréter la directive antérieure. En revanche, si l'intention du législateur est de s'écarter des dispositions de la directive 2004/18 ou de la jurisprudence existante, la nouvelle directive ne saurait être utilisée, à titre de condition d'interprétation, pour interpréter la directive antérieure.

61. À l'opposé, la juridiction de renvoi mentionne une réserve. La dixième question implique qu'il est exclu de prendre en compte la directive 2014/24 si elle est «contraire aux dispositions de la directive 2004/18», ce qui découle évidemment du principe de la sécurité juridique qui interdit d'appliquer rétroactivement un texte qui n'est pas applicable ratione temporis [28].

23 — Arrêt Ambisig, C-601/13, EU:C:2015:204, point 24.

24 — JO L 199, p. 54.

25 — Arrêt Hochtief et Linde-Kca-Dresden, C-138/08, EU:C:2009:627, point 29.

26 — Ibidem (point 30). J'ajoute que cette approche est conforme à celle adoptée par la Cour dans les arrêts Monsees, C-350/97, EU:C:1999:242, point 27 ainsi que Commission/France, C-337/98, EU:C:2000:543, points 38 et 39.

27 — Arrêt Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, point 37. Je relève également qu'au point 50 des conclusions qu'elle a présentées dans l'affaire Auroux e.a., C-220/05, EU:C:2006:410, l'avocat général Kokott a fait référence à une disposition de la directive 2004/18 pour confirmer une interprétation de la directive 93/37, même si la première de ces directives n'était pas encore pertinente ratione temporis. Au point 61 de son arrêt Auroux e.a., C-220/05, EU:C:2007:31, la Cour a toutefois observé que la disposition en cause de la directive 2004/18 n'était «pas applicable ratione temporis aux faits au principal». Voir également l'observation figurant au point 40 des conclusions que l'avocat général Wahl a présentées dans l'affaire Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e.a., C-113/13, EU:C:2014:291, et l'exclusion par la Cour de la pertinence de la directive 2014/24 au point 8 de l'arrêt rendu dans cette même affaire (EU:C:2014:2440).

28 — Je rappelle à ce propos la formulation de la Cour dans son arrêt arrêt Fedesa e.a., C-331/88, EU:C:1990:391, point 45, aux termes de laquelle «si, en règle générale, le principe de la sécurité des situations juridiques s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voie son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication, il peut en être autrement, à titre exceptionnel, lorsque le but à atteindre l'exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée». Ces conditions nécessaires pour admettre la rétroactivité ne sont pas réunies dans la présente affaire.

62. Au centre de la question figurent cependant les dispositions de la directive 2014/24 qui précisent la directive 2004/18 ou la jurisprudence relative à son application en l'absence de contradiction entre l'un et l'autre texte, la directive 2004/18 demeurant silencieuse ou manquant de précision quant au problème soulevé.

63. À mon sens, il découle du principe de la sécurité juridique que des règles inconditionnelles ou des conditions basées sur la directive 2014/24 ne sauraient être appliquées à titre d'«interprétations» de la directive 2004/18 au détriment d'opérateurs économiques participant à une procédure de passation d'un marché. Si toutefois l'intention du législateur qui sous-tend les dispositions en cause de la directive 2014/24 est de poursuivre le développement de l'harmonisation de la législation et de la jurisprudence existantes au lieu d'opérer une rupture par rapport à celles-ci, rien n'empêche de les utiliser, à titre de condition d'interprétation, pour interpréter les dispositions de la directive 2004/18.

64. Pour ces raisons, je suggère de répondre à la dixième question que le contenu des dispositions et du préambule de la directive 2014/24 peut être utilisé, à titre de condition d'interprétation, pour interpréter les dispositions de la directive 2004/18, bien que son délai de transposition n'ait pas expiré, pour autant qu'elle codifie la jurisprudence appliquant la directive 2004/18 ou qu'elle en précise les dispositions sans y être contraire ni prévoir des règles inconditionnelles ou des conditions au détriment des opérateurs économiques.

V – Conclusion

65. Pour les raisons qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par la Krajowa Izba Odwoławcza (Chambre nationale de recours):

Première, deuxième, troisième, cinquième et sixième questions

Les articles 44 et 48, paragraphe 3, 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, lus en combinaison avec son article 2, doivent être interprétés en ce sens que l'expression «le cas échéant» n'impose pas de restriction matérielle des circonstances dans lesquelles un opérateur économique peut faire valoir les capacités d'autres entités pour prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution d'un marché public déterminé, il disposera des capacités technologiques et/ou professionnelles nécessaires. La nature des liens juridiques existant entre l'opérateur économique et l'entité tierce est dénuée de pertinence, mais l'opérateur économique doit être en mesure de prouver au pouvoir adjudicateur qu'il dispose effectivement de tous les moyens pour exécuter les termes du marché. Un soumissionnaire peut faire valoir les capacités d'autres entités pour prouver ses capacités technologiques et/ou professionnelles, sous réserve des restrictions découlant de la nature et de l'objectif du marché à exécuter.

Quatrième question

Les dispositions combinées des articles 48, paragraphe 3, et 2 de la directive 2004/18 doivent être interprétées en ce sens que, dans un avis de marché ou le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer toute condition ayant pour effet d'empêcher de recourir à l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 pour démontrer que les conditions relatives aux capacités minimales sont réunies. À l'inverse, le pouvoir adjudicateur n'a pas la possibilité de prévoir dans l'avis de marché ou le cahier des charges des conditions ou règles indiquant expressément si et comment des soumissionnaires peuvent faire valoir les capacités d'autres entités.

Septième question

En vertu du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de la directive 2004/18, si le pouvoir adjudicateur admet le dépôt d'offres relatives à des lots, un opérateur économique ne peut pas, après le dépôt d'une offre, déclarer à quel lot il convient d'attribuer des moyens dont il fait état et censés démontrer qu'il remplit la condition de participation à la procédure.

Huitième et neuvième questions

L'article 2 de la directive 2004/18 impose l'annulation et la répétition d'une enchère électronique si un candidat remplissant les critères de participation à la passation du marché n'a pas été invité à l'enchère électronique.

Dixième question

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 peut être utilisée, à titre de condition d'interprétation des dispositions de la directive 2004/18, bien que son délai de transposition n'ait pas expiré, mais seulement pour autant qu'elle codifie la jurisprudence relative à l'application de la directive 2004/18 ou qu'elle en précise les dispositions et que les dispositions en cause de la directive 2014/24 ne soient pas contraires à la directive 2004/18 et qu'elles ne prévoient pas de règles ou de conditions obligatoires au détriment des opérateurs économiques.