Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

3 octobre 2019*

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Procédure de passation des marchés publics – Directive 2014/24/UE – Article 57, paragraphe 4 – Motifs facultatifs d'exclusion – Exclusion d'un opérateur économique de la participation à une procédure de passation des marchés publics – Résiliation d'un marché antérieur en raison de sa sous-traitance partielle – Notion de "défaillances importantes ou persistantes" – Portée »

Dans l'affaire C-267/18,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest, Roumanie), par décision du 2 avril 2018, parvenue à la Cour le 17 avril 2018, dans la procédure

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA

contre

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA,

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. M. Vilaras, président de chambre, M^me^ K. Jürimäe, MM. D. Šváby (rapporteur), S. Rodin et N. Piçarra, juges,

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

greffier : M^me^ R. Șereș, administratrice,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 27 février 2019,

considérant les observations présentées :

– pour Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA, par M^es^ I. G. Iacob, R. E. Cîrlig, I. Cojocaru, A. M. Abrudan et M. I. Macovei, avocați,

– pour le gouvernement roumain, par M. C.-R. Canțăr ainsi que par M^mes^ R. I. Hațieganu et L. Lițu, en qualité d'agents,

– pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,

– pour la Commission européenne, par MM. A. Biolan et P. Ondrůšek ainsi que par M^me^ L. Haasbeek, en qualité d'agents,

* Langue de procédure : le roumain.

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 8 mai 2019,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (ci-après « Delta ») à Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (ci-après la « CNAIR »), en sa qualité de pouvoir adjudicateur, au sujet de l'exclusion de Delta de la participation à une procédure de passation des marchés publics.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

La directive 2014/24

3 Les considérants 101 et 102 de la directive 2014/24 énoncent :

« (101) Les pouvoirs adjudicateurs devraient [...] pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour manquement à des obligations environnementales ou sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées, ou pour d'autres fautes professionnelles graves telles que la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle. Il convient de préciser qu'une faute professionnelle grave peut remettre en question l'intégrité d'un opérateur économique et avoir pour conséquence que celui-ci ne remplit pas les conditions requises pour se voir attribuer un marché public, indépendamment du fait qu'il disposerait par ailleurs des capacités techniques et économiques pour exécuter le marché concerné.

Compte tenu du fait qu'ils seront responsables des conséquences d'une éventuelle décision erronée de leur part, les pouvoirs adjudicateurs devraient également avoir la faculté de considérer qu'il y a eu faute professionnelle grave lorsque, avant qu'une décision finale et contraignante quant à l'existence de motifs d'exclusion obligatoires ne soit prise, ils peuvent démontrer, par tout moyen approprié, que l'opérateur économique a manqué à ses obligations, y compris ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale, sauf disposition contraire du droit national. Ils devraient également pouvoir exclure des candidats ou des soumissionnaires lorsque des défaillances importantes dans l'exécution d'obligations essentielles ont été constatées lors de l'exécution de marchés publics antérieurs, par exemple un défaut de fourniture ou d'exécution, des carences notables du produit ou du service fourni qui le rendent impropre aux fins prévues, ou un comportement fautif jetant sérieusement le doute quant à la fiabilité de l'opérateur économique. La législation nationale devrait prévoir une durée maximale pour ces exclusions.

Lorsqu'ils appliquent des motifs facultatifs d'exclusion, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un opérateur économique que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d'un opérateur économique, ce qui pourrait justifier son exclusion.

(102) Il convient cependant de laisser aux opérateurs économiques la possibilité de prendre des mesures de mise en conformité visant à remédier aux conséquences de toute infraction pénale ou faute et à empêcher effectivement que celles-ci ne se reproduisent. Il pourrait notamment s'agir de mesures concernant leur organisation et leur personnel, comme la rupture de toute relation avec des personnes ou des organisations impliquées dans ces agissements, des mesures appropriées de réorganisation du personnel, la mise en œuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation. Lorsque ces mesures offrent des garanties suffisantes, l'opérateur économique concerné ne devrait plus être exclu pour ces seuls motifs. Les opérateurs économiques devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité prises en vue d'une éventuelle admission à la procédure de passation de marché. Cependant, il convient de laisser aux États membres le pouvoir de déterminer les conditions procédurales et matérielles exactes qui seraient applicables dans ces cas. Ils devraient, en particulier, être libres de décider s'ils autorisent chaque pouvoir adjudicateur à effectuer les évaluations pertinentes ou s'ils confient cette tâche à d'autres pouvoirs à un niveau central ou décentralisé. »

4 L'article 57 de cette directive, qui s'intitule « Motifs d'exclusion », dispose :

« [...]

4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants :

[...]

g) des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ;

h) l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 59 ; ou

[...]

5. À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés aux paragraphes 1 et 2.

À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou peuvent être obligés par les États membres à exclure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés au paragraphe 4.

6. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché.

À cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique.

Un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets.

7. Par disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union, les États membres arrêtent les conditions d'application du présent article. Ils déterminent notamment la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées au paragraphe 6 n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité. Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au paragraphe 1 et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphe 4. »

5 Aux termes de l'article 71 de ladite directive, relatif à la « Sous-traitance » :

« [...]

2. Dans les documents de marché, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre à demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, toute part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés.

[...]

5 En ce qui concerne les marchés de travaux et les services qui doivent être fournis dans un local placé sous la surveillance directe du pouvoir adjudicateur, après l'attribution du marché et, au plus tard, au début de l'exécution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du contractant principal qu'il lui indique le nom, les coordonnées et les représentants légaux de ses sous-traitants participant à ces travaux ou à la prestation de ces services dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade. Le pouvoir adjudicateur exige que le contractant principal lui fasse part de tout changement relatif à ces informations intervenant au cours du marché ainsi que des informations requises pour tout nouveau sous-traitant qui participe ultérieurement à ces travaux ou à la prestation de ces services.

Nonobstant le premier alinéa, les États membres peuvent imposer au contractant principal l'obligation de fournir les informations requises directement.

Au besoin, aux fins du paragraphe 6, point b), du présent article, les informations requises sont assorties de déclarations sur l'honneur des sous-traitants selon les dispositions de l'article 59. Les mesures d'exécution visées au paragraphe 8 du présent article peuvent prévoir que les sous-traitants qui sont présentés après l'attribution du marché fournissent des certificats et d'autres documents justificatifs en lieu et place d'une déclaration sur l'honneur.

Le premier alinéa ne s'applique pas aux fournisseurs.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent étendre ou être contraints par des États membres à étendre les obligations prévues au premier alinéa, par exemple :

a) aux marchés de fournitures, aux marchés de services autres que ceux concernant des services à fournir dans les locaux du pouvoir adjudicateur sous sa surveillance directe ou aux fournisseurs participant aux marchés de travaux ou de services ;

b) aux sous-traitants des sous-traitants du contractant principal ou se trouvant à des échelons inférieurs de la chaîne de sous-traitance.

6. Dans le but d'éviter les manquements aux obligations visées à l'article 18, paragraphe 2, des mesures appropriées peuvent être prises, telles que les mesures suivantes :

a) lorsque la législation d'un État membre prévoit un mécanisme de responsabilité solidaire entre les sous-traitants et le contractant principal, l'État membre concerné veille à ce que les règles correspondantes s'appliquent conformément aux conditions énoncées à l'article 18, paragraphe 2 ;

b) conformément aux articles 59, 60 et 61, les pouvoirs adjudicateurs peuvent vérifier ou être obligés par les États membres à vérifier s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants en vertu de l'article 57. Dans de tels cas, le pouvoir adjudicateur exige que l'opérateur économique remplace un sous-traitant à l'encontre duquel ladite vérification a montré qu'il existe des motifs d'exclusion obligatoires. Le pouvoir adjudicateur peut exiger ou être obligé par un État membre à exiger de l'opérateur économique qu'il remplace un sous-traitant à l'encontre duquel la vérification a montré qu'il existe des motifs d'exclusion non obligatoires.

[...] »

Le règlement d'exécution (UE) 2016/7

6 Le règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission, du 5 janvier 2016, établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen (JO 2016, L 3, p. 16), comporte une annexe 2, intitulée « Formulaire type pour le document unique de marché européen (DUME) ». Intitulée « Motifs d'exclusion », la partie III de cette annexe précise les modalités d'application de l'article 57 de la directive 2014/24.

Le droit roumain

7 L'article 167, paragraphe 1, de la Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (loi nº 98/2016 relative aux marchés publics), du 19 mai 2016 (*Monitorul Oficial al României,* partie I, nº 390 du 23 mai 2016), dispose :

« 1. Le pouvoir adjudicateur exclut de la procédure de passation du marché public/contrat-cadre, tout opérateur économique qui se trouve dans l'une quelconque des situations suivantes :

[...]

g) l'opérateur économique a manqué gravement ou de manière répétée aux obligations principales qui lui incombaient dans le cadre d'un marché public, d'un marché sectoriel ou d'une concession conclus antérieurement, lorsque ce manquement a donné lieu à la résiliation dudit marché, à des dommages-intérêts ou à une autre sanction comparable ;

h) l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés par le pouvoir adjudicateur pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de qualification et de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis ; [...]

[...]

8. Au sens des dispositions du paragraphe 1, sous g), on entend par manquement grave aux obligations contractuelles, notamment la non-exécution du contrat, la livraison/prestation/exécution de produits/services/travaux présentant des carences majeures qui les rendent impropres aux fins prévues au contrat. »

8 L'article 171 de cette loi prévoit :

« 1. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux articles 164 et 167 donnant lieu à l'exclusion de la procédure d'attribution peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer concrètement sa crédibilité malgré les motifs d'exclusion.

2. Si le pouvoir adjudicateur juge que les preuves fournies par l'opérateur économique conformément aux dispositions du paragraphe 1 sont suffisantes pour démontrer concrètement sa crédibilité, le pouvoir adjudicateur n'exclut pas l'opérateur économique de la procédure de passation de marché.

3. Les preuves que l'opérateur économique se trouvant dans l'une quelconque des situations visées aux articles 164 et 167 peut fournir au pouvoir adjudicateur, au sens du paragraphe 1, se réfèrent au versement ou à l'engagement du versement par l'opérateur économique d'une indemnité en réparation de tout préjudice causé par une infraction pénale ou par un autre fait illicite, [à] la clarification totale par l'opérateur économique des faits et des circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et [à] la prise par l'opérateur de mesures concrètes de nature technique, organisationnelle et en matière de personnel, telles que l'élimination des liens avec du personnel et des organisations impliquées dans le comportement fautif, [à] des mesures de réorganisation du personnel, [à] la mise en œuvre d'un système de contrôle et de rapport, [à] la création d'une structure d'audit interne pour la vérification du respect des dispositions légales et d'autres normes ou [à] l'adoption de règles internes concernant la responsabilité et le versement des indemnités, propres à prévenir une nouvelle infraction ou [tout] autre fait illicite. [...] »

Le litige au principal et la question préjudicielle

9 Par une décision du 3 octobre 2014, la commune de Râmincu Vâlcea (Roumanie) (ci-après la « commune ») a attribué à une association temporaire d'entreprises dont Delta était le chef de file (ci-après l'« ATE nº 1 ») un marché de travaux de construction pour la rénovation et la modernisation d'une base d'agrément (ci-après le « marché nº 1 »).

10 Le 7 juin 2017, cette commune a résilié ledit marché au motif que, sans avoir obtenu au préalable son approbation, l'ATE nº 1 aurait eu recours à un sous-traitant.

11 Le 25 juillet 2017, ladite commune a déposé, sur la plateforme en ligne dénommée « système électronique des marchés publics » (ci-après la « plateforme SEMP »), un constat (ci-après le « constat ») indiquant, d'une part, que ce marché avait été résilié en raison d'une faute commise par l'ATE nº 1 et, d'autre part, que ladite résiliation lui aurait causé un préjudice évalué à 2 345 299,70 lei roumains (RON) (environ 521 000 euros).

12 Par un avis de marché du 27 juillet 2017, la CNAIR a lancé une procédure ouverte de passation de marché public ayant pour objet des services de travaux destinés à l'élargissement d'une route nationale. À cette fin, elle envisageait de conclure un contrat-cadre d'un montant de 210 627 629 RON (environ 46 806 140 euros) pour une durée de 84 mois.

13 Dans le cadre de cette procédure, l'association temporaire d'entreprises formée par Delta, Aleandri SpA et Luca Way Srl (ci-après l'« ATE nº 2 ») a soumis une offre.

14 Ayant interrogé la plateforme SEMP pour chaque soumissionnaire, la commission d'évaluation de la CNAIR a pris connaissance du constat et a sollicité des clarifications à cet égard auprès de la commune et de Delta.

15 En réponse à cette demande de clarifications, Delta a indiqué, d'une part, que, à supposer même qu'il reflète la réalité, ledit constat ne démontre pas qu'elle a gravement manqué à plusieurs reprises à ses obligations contractuelles et, d'autre part, qu'elle a formé deux recours devant les juridictions roumaines, qui sont actuellement pendants et qui sont respectivement dirigés contre ce constat et la décision portant résiliation du marché nº 1.

16 Pour sa part, la commune a affirmé que la résiliation du marché nº 1 était justifiée par le fait que, pendant la durée du contrat, des parties importantes des travaux concernés avaient été sous-traitées sans son approbation préalable.

17 À la lumière des réponses ainsi obtenues, la commission d'évaluation de la CNAIR a conclu que Delta n'avait pas démontré que le constat avait été suspendu ou annulé. En outre, l'ATE nº 2 ayant déclaré, dans le cadre du document unique de marché européen, qu'il n'y avait pas à son égard de motif d'exclusion relevant de la faute professionnelle grave ni de situation ayant donné lieu à une résiliation anticipée d'un marché public antérieur, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable en liaison avec le marché nº 1, cette commission a considéré que l'offre soumise par cette association relevait des dispositions de l'article 167, paragraphe 1, sous g), de la loi nº 98/2016. En conséquence, la CNAIR a exclu l'offre de l'ATE nº 2 par une décision du 18 décembre 2017 (ci-après la « décision d'exclusion »).

18 Delta a dès lors demandé à la CNAIR de remédier au prétendu manquement à la législation sur les marchés publics en révoquant la décision d'exclusion et en réévaluant la documentation et l'offre déposées par l'ATE nº 2.

19 Il ressort de la décision de renvoi que cette demande est restée sans réponse de la part de la CNAIR.

20 Delta a, le 8 janvier 2018, saisi le Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Conseil national pour la résolution des contestations, Roumanie, ci-après le « CNSC ») d'une contestation qui a été rejetée par une décision du 2 février 2018. Dans cette décision, le CNSC s'est estimé incompétent pour analyser la légalité du constat et pour établir une éventuelle faute dans l'exécution du marché n° 1. Il a cependant précisé que, dans la mesure où le constat n'avait pas été annulé par un jugement définitif, il bénéficiait d'une présomption de légalité de nature à prouver le caractère grave du manquement aux obligations contractuelles issue du marché n° 1. Le CNSC a également relevé que le pouvoir adjudicateur ne s'était pas fondé sur ce seul constat pour exclure l'ATE n° 2. En effet, il aurait entrepris des démarches en vue d'apprécier les éléments qui ressortaient dudit constat et se serait fondé sur les observations des parties au principal. Enfin, l'ATE n° 2 aurait exclusivement invoqué l'illégalité du constat sans fournir d'élément de preuve démontrant sa crédibilité au regard des motifs d'exclusion, conformément aux dispositions de l'article 171 de la loi n° 98/2016.

21 En vue d'obtenir l'annulation de la décision prise par le CNSC le 2 février 2018, Delta a attrait la CNAIR devant la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest, Roumanie), le 16 février 2018.

22 Delta conteste le droit de la CNAIR de l'exclure de la procédure de passation du marché de services de travaux destinés à l'élargissement d'une route nationale sur la base de la décision de résiliation visée au point 10 du présent arrêt. En effet, la résiliation du marché n° 1 au motif qu'une partie des travaux a été sous-traitée sans l'accord préalable du pouvoir adjudicateur constituerait une irrégularité mineure et non pas une violation d'une obligation principale du marché. Partant, une telle irrégularité ne pourrait conduire à l'exclusion d'un opérateur économique que dans des circonstances exceptionnelles, conformément au considérant 101 de la directive 2014/24. À cet égard, Delta se réfère au point 30 de l'arrêt du 13 décembre 2012, Forposta et ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), dont il résulterait que la notion de « faute grave » vise un comportement de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité de sa part.

23 Constatant que la Cour n'a pas encore eu l'opportunité d'interpréter l'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24, la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive [2014/24] peut-il être interprété en ce sens que la résiliation d'un marché public, au motif qu'une partie des travaux a été sous-traitée sans le consentement du pouvoir adjudicateur, est une défaillance importante ou persistante constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle prévue dans un marché public antérieur qui entraîne l'exclusion d'un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché ? »

Sur la question préjudicielle

24 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que la sous-traitance, par un opérateur économique, d'une partie des travaux dans le cadre d'un marché public antérieur, décidée sans le consentement du pouvoir adjudicateur et qui a donné lieu à la résiliation de ce marché, constitue une défaillance importante ou persistante constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle afférente audit marché public, au sens de ladite disposition, et justifie l'exclusion de cet opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché public ultérieure.

25 Ainsi qu'il résulte du libellé de l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24, le législateur de l'Union a entendu confier au pouvoir adjudicateur, et à lui seul, au stade de la sélection des soumissionnaires, le soin d'apprécier si un candidat ou un soumissionnaire doit être exclu d'une procédure de passation de marché public (arrêt du 19 juin 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, point 34).

26 Cette faculté dont dispose tout pouvoir adjudicateur d'exclure un soumissionnaire d'une procédure de passation de marché est tout particulièrement destinée à lui permettre d'apprécier l'intégrité et la fiabilité de chacun des soumissionnaires. En particulier, la cause facultative d'exclusion mentionnée à l'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24, lu en combinaison avec le considérant 101 de cette directive, se fonde sur un élément essentiel de la relation entre l'adjudicataire du marché et le pouvoir adjudicateur, à savoir la fiabilité de l'adjudicataire, sur laquelle repose la confiance que le pouvoir adjudicateur lui accorde (voir, en ce sens, arrêt du 19 juin 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, points 29 et 30).

27 L'établissement d'une relation de confiance entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire suppose donc que ce pouvoir adjudicateur ne soit pas automatiquement lié par l'appréciation portée, dans le cadre d'un marché public antérieur, par un autre pouvoir adjudicateur, afin notamment qu'il soit en mesure d'accorder une attention particulière au principe de proportionnalité au moment d'appliquer les causes facultatives d'exclusion (voir, en ce sens, arrêt du 19 juin 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, points 30 et 32). Ce principe exige en effet que le pouvoir adjudicateur examine et apprécie lui-même les faits. À cet égard, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 32 de ses conclusions, il résulte du libellé de l'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24 que l'irrégularité commise par le soumissionnaire doit avoir été suffisamment grave pour justifier la résiliation du marché au regard du principe de proportionnalité.

28 Il s'ensuit qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait automatiquement déduire de la décision d'un autre pouvoir adjudicateur de résilier un marché public antérieur, au motif que l'adjudicataire aurait sous-traité une partie des travaux sans son agrément préalable, que des défaillances importantes ou persistantes, au sens de l'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24, ont été commises par cet adjudicataire relativement à l'exécution d'une obligation essentielle afférente à ce marché public.

29 Il incombe en effet au pouvoir adjudicateur de procéder à sa propre évaluation du comportement de l'opérateur économique visé par la résiliation d'un marché public antérieur. À cet égard, il doit examiner, de manière diligente et impartiale, sur la base de tous les éléments pertinents, notamment la décision de résiliation, et eu égard au principe de proportionnalité, si cet opérateur est, de son point de vue, responsable de défaillances importantes ou persistantes commises lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre dudit marché, lesdites défaillances étant susceptibles de provoquer la rupture du lien de confiance avec l'opérateur économique en cause.

30 Dans les circonstances du litige au principal, la CNAIR doit notamment déterminer si, selon elle, le recours par l'ATE nº 1 à un sous-traitant sans avoir sollicité au préalable l'agrément de la commune constituait une défaillance importante et, dans l'affirmative, si cette défaillance affectait l'exécution d'une obligation essentielle incombant à l'adjudicataire dans le cadre du marché nº 1.

31 À cet effet, la CNAIR doit évaluer l'importance de la partie du marché nº 1 qui a été sous-traitée et déterminer, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 45 de ses conclusions, si l'intervention du sous-traitant a eu une incidence négative sur l'exécution de ce marché.

32 Elle doit également examiner si le contrat relatif à ce marché comportait une obligation d'exécution personnelle par l'adjudicataire lui-même ou s'il subordonnait le recours à un sous-traitant à l'obtention de l'agrément préalable de la commune, de telles exigences étant compatibles avec l'article 71, paragraphe 2, de la directive 2014/24, ainsi que l'a relevé, en substance, M. l'avocat général au point 39 de ses conclusions. Il ressort en effet de cette disposition que, « [d]ans les documents de marché, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre à demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, toute part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés ». Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 38 de ses conclusions, le pouvoir adjudicateur n'est en mesure d'évaluer si le

sous-traitant est fiable qu'au moyen de cette information. La sollicitation de l'agrément préalable du pouvoir adjudicateur vise notamment à permettre à ce dernier de s'assurer qu'il n'existe pas un motif d'exclusion du sous-traitant auquel l'adjudicataire envisage de faire appel.

33 La CNAIR doit, en outre, se demander si le recours à un sous-traitant n'est pas susceptible de constituer une modification substantielle de l'offre qu'avait formulée l'adjudicataire (voir, par analogie, arrêt du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, point 39), en ce sens qu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient été prévues dans le cadre de la procédure d'attribution initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue (arrêts du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, point 38, et du 19 juin 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, point 35).

34 De surcroît, il incombe à la CNAIR d'apprécier si, en ne l'informant pas de la résiliation du marché nº 1, l'ATE nº 2 n'a pas adopté un comportement visé à l'article 57, paragraphe 4, sous h), de la directive 2014/24. En effet, ainsi que l'a relevé, en substance, M. l'avocat général au point 53 de ses conclusions, cette disposition couvre tant un comportement actif, tel qu'une falsification, qu'une omission, dès lors que la communication de fausses informations est, au même titre que la dissimulation de vraies informations, susceptible d'avoir une incidence sur la décision prise par le pouvoir adjudicateur.

35 Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par l'article 57, paragraphe 5, deuxième alinéa, de la directive 2014/24, aux termes duquel, « [à] tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou peuvent être obligés par les États membres à exclure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés au paragraphe 4 ».

36 En l'occurrence, la résiliation du marché nº 1 ayant été formellement constatée, il incombait à l'ATE nº 2, en vertu des exigences de transparence et de loyauté, d'informer le pouvoir adjudicateur de sa situation. Ainsi aurait-elle dû fournir d'emblée l'ensemble des informations susceptibles d'établir que la qualification de sous-traitance était erronée de sorte qu'elle n'avait pas manqué à ses obligations dans le cadre du marché nº 1 ou encore que le défaut d'obtention de l'agrément du pouvoir adjudicateur dans le cadre du marché public antérieur ne constituait qu'une irrégularité mineure. De telles précisions auraient en particulier pu être mentionnées dans le formulaire type pour le document unique de marché européen, annexé au règlement d'exécution 2016/7. En effet, la partie III de ce formulaire, qui est consacrée aux « Motifs d'exclusion », comporte un point C relatif aux « Motifs liés à l'insolvabilité, aux conflits d'intérêts ou à une faute professionnelle ». Or, dans le cadre de ce point C, les candidats doivent notamment répondre à la question de savoir s'ils sont coupables d'une faute professionnelle grave et sont invités, dans l'affirmative, à fournir des précisions.

37 Enfin, s'il conclut que les conditions posées à l'article 57, paragraphe 4, sous g) ou h), de la directive 2014/24 sont remplies, le pouvoir adjudicateur doit, afin de respecter les prescriptions de l'article 57, paragraphe 6, de cette directive, lu en combinaison avec le considérant 102 de ladite directive, laisser la possibilité à l'opérateur économique en cause de fournir des preuves attestant que les mesures correctives que ce dernier a prises suffisent à éviter la réitération de l'irrégularité à l'origine de la résiliation du marché public antérieur et qu'elles sont, partant, de nature à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'une cause facultative d'exclusion pertinente.

38 Dans ces conditions, il y a lieu de répondre à la question posée que l'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que la sous-traitance, par un opérateur économique, d'une partie des travaux dans le cadre d'un marché public antérieur, décidée sans le consentement du pouvoir adjudicateur et qui a donné lieu à la résiliation de ce marché, constitue une défaillance importante ou persistante constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle afférente audit marché, au sens de ladite disposition, et est donc de nature à justifier l'exclusion de cet opérateur

économique de la participation à une procédure de passation de marché public ultérieure si, après avoir procédé à sa propre évaluation de l'intégrité et de la fiabilité de l'opérateur économique visé par la résiliation du marché public antérieur, le pouvoir adjudicateur qui organise cette procédure de passation de marché ultérieure estime qu'une telle sous-traitance entraîne la rupture du lien de confiance avec l'opérateur économique en cause. Avant de prononcer une telle exclusion, le pouvoir adjudicateur doit toutefois, conformément à l'article 57, paragraphe 6, de cette directive, lu en combinaison avec le considérant 102 de ladite directive, laisser la possibilité à cet opérateur économique de présenter les mesures correctives qu'il a adoptées à la suite de la résiliation du marché public antérieur.

Sur les dépens

39 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit :

L'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens que la sous-traitance, par un opérateur économique, d'une partie des travaux dans le cadre d'un marché public antérieur, décidée sans le consentement du pouvoir adjudicateur et qui a donné lieu à la résiliation de ce marché, constitue une défaillance importante ou persistante constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle afférente audit marché, au sens de ladite disposition, et est donc de nature à justifier l'exclusion de cet opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché ultérieure si, après avoir procédé à sa propre évaluation de l'intégrité et de la fiabilité de l'opérateur économique visé par la résiliation du marché public antérieur, le pouvoir adjudicateur qui organise cette procédure de passation de marché ultérieure estime qu'une telle sous-traitance entraîne la rupture du lien de confiance avec l'opérateur économique en cause. Avant de prononcer une telle exclusion, le pouvoir adjudicateur doit toutefois, conformément à l'article 57, paragraphe 6, de cette directive, lu en combinaison avec le considérant 102 de ladite directive, laisser la possibilité à cet opérateur économique de présenter les mesures correctives qu'il a adoptées à la suite de la résiliation du marché public antérieur.

Signatures