Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. GERARD HOGAN
présentées le 9 septembre 2021 [1]

Affaire C-497/20

Randstad Italia SpA
contre
Umana SpA,
Azienda USL Valle d'Aosta,
IN. VA SpA,
Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA

[demande de décision préjudicielle formée par la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation, Italie)]

« Renvoi préjudiciel – Marché public – Directive 89/665/CEE – Article 1er – Droit à un recours effectif – Article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Obligation pour les États membres de prévoir une procédure de recours – Accès aux procédures de recours – Recours en annulation d'une décision attribuant un contrat public – Recours incident introduit par l'adjudicataire – Jurisprudence de la Cour constitutionnelle limitant les cas où un pourvoi en cassation est possible – Article 267 TFUE »

I. Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle soulève des questions importantes et, à certains égards, nouvelles concernant le point de savoir si un État membre est tenu de prévoir un droit de recours supplémentaire lorsqu'une juridiction d'appel a elle-même fait une mauvaise interprétation ou une mauvaise application du droit de l'Union. Elle soulève également la question de savoir quelles autres voies de recours (s'il y en a) sont disponibles pour la partie lésée au cas où il n'existerait pas un tel droit de recours.

2. La présente demande concerne plus spécifiquement l'interprétation de l'article 4, paragraphe 3, et de l'article 19, paragraphe 1, TUE ainsi que de l'article 2, paragraphes 1 et 2, et de l'article 267 TFUE, lus en combinaison avec l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »). Elle soulève également la question de l'interprétation correcte de l'article 1er, paragraphes 1 et 3, ainsi que de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives,

[1] Langue originale : l'anglais.

réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux [2], telle que modifiée, entre autres, par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 [3].

3. Cette demande a été présentée dans le cadre d'une procédure opposant Randstad Italia SpA (ci-après « Randstad ») à Umana SpA, Azienda USL [Unità Sanitaria Locale] Valle d'Aosta (agence sanitaire locale de la région Vallée d'Aoste, Italie, ci-après l'« USL »), IN. VA SpA et Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA (ci-après « Synergie »). Cette procédure porte, d'une part, sur l'exclusion de Randstad d'une procédure de passation d'un marché public et, d'autre part, sur la régularité de cette procédure.

4. La Cour est donc une nouvelle fois invitée à statuer, à la demande d'une juridiction italienne, sur la portée de l'obligation qui pèse sur les États membres, prévue à l'article 1er de la directive 89/665, de garantir un recours effectif en matière de marchés publics lorsque, dans le contexte d'un recours en annulation de la décision d'attribution du marché public, l'adjudicataire forme un recours incident à l'encontre du soumissionnaire évincé.

5. Toutefois, cette demande survient dans un contexte spécifique et sensible dans lequel, d'une part, le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie) semble éprouver quelques difficultés – à tout le moins au moment où il a été invité à statuer sur le litige en question – à appliquer la jurisprudence de la Cour relative à cette question et dans lequel, d'autre part, la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation, Italie) a des doutes quant à la portée de sa compétence relative aux recours dirigés contre les arrêts du Consiglio di Stato (Conseil d'État), comme récemment précisée par la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle, Italie). Par conséquent, la présente demande de décision préjudicielle invite implicitement la Cour à arbitrer un conflit entre les trois Cours suprêmes italiennes.

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

6. Les considérants 17, 34 et 36 de la directive 2007/66 énoncent :

« (17) Une procédure de recours devrait être accessible au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

[...]

(34) [...] Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé [à l'article 5 TUE], la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, en respectant notamment le principe d'autonomie procédurale des États membres.

[...]

[2] JO 1989, L 395, p. 33.

[3] JO 2007, L 335, p. 31.

(36) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, la présente directive vise à assurer le plein respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de ladite charte. »

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

« 1. La présente directive s'applique aux marchés visés par 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)], sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 et 37 de ladite directive.

[...]

Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés relevant du champ d'application de la directive [2014/24] ou de la directive 2014/23/UE [du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession (JO 2014, L 94, p. 1)], les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

[...]

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

8. L'article 2 de la directive 89/665 est intitulé « Exigences en matière de procédures de recours ». Aux termes des deux premiers paragraphes de cette disposition :

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

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

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

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

2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 et aux articles 2 quinquies et 2 sexies peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours. »

B. Le droit italien

9. L'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne dispose :

« Contre les décisions du Consiglio di Stato (Conseil d'État) et de la Corte dei conti [(cour des comptes, Italie)], le pourvoi en cassation n'est admis que pour des moyens tenant à la compétence. »

10. L'article 360, premier alinéa, point 1), du codice di procedura civile (code de procédure civile) dispose :

« Les arrêts prononcés en degré d'appel ou en degré unique peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation :

1) pour des moyens tenant à la compétence ; [...] »

11. L'article 362, premier et deuxième alinéas, de ce code de procédure civile dispose :

« 1. Peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation [...] les décisions rendues en degré d'appel ou en degré unique par un juge spécial, pour des moyens tenant à la compétence du juge.

2. Peuvent en tout temps faire l'objet d'un pourvoi en cassation :

1) les conflits positifs ou négatifs de compétence entre juges spéciaux, ou entre ceux-ci et les juges ordinaires ;

2) les conflits négatifs d'attribution entre l'administration publique et le juge ordinaire. »

12. L'article 91 du codice del processo amministrativo (code de procédure administrative) dispose :

« Les voies de recours contre les arrêts [des juges administratifs] sont l'appel, la demande en révision, la tierce-opposition et le pourvoi en cassation, pour les seuls moyens tenant à la compétence. »

13. L'article 110 de ce code de procédure administrative dispose :

« Le pourvoi en cassation est admis contre les arrêts du Consiglio di Stato [(Conseil d'État)] pour les seuls moyens tenant à la compétence. »

III. Les faits à l'origine du litige au principal

14. L'USL a lancé une procédure de passation d'un marché d'une valeur de plus de 12 millions d'euros, à adjuger selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, afin de désigner une agence pour l'emploi aux fins de la mise à disposition temporaire de personnel. Le pouvoir adjudicateur a prévu, dans les documents du marché, un « seuil obligatoire » pour les offres techniques – fixé à 48 points – en dessous duquel les concurrents seraient exclus.

15. Huit concurrents ont participé à la procédure d'appel d'offres, dont Randstad, un groupement temporaire de sociétés formé par Synergie et Umana (ci-après le « groupement temporaire »), ainsi que Gi Group SpA. Après évaluation des offres techniques, la commission d'adjudication a procédé à l'évaluation économique des seules offres du groupement temporaire et de Gi Group et elle a exclu Randstad de cette évaluation pour ne pas avoir atteint le seuil obligatoire. Le marché a finalement été octroyé au groupement temporaire le 6 novembre 2018.

16. Randstad a saisi le Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (tribunal administratif régional de la Vallée d'Aoste, Italie) d'un recours contestant son exclusion pour ne pas avoir atteint le seuil obligatoire et mettant en cause l'adjudication du marché au groupement temporaire. Dans le but d'être réadmise à la procédure de passation de marché, elle a fait valoir le caractère irrationnel de la note qu'elle a obtenue, le caractère imprécis des critères d'évaluation, le défaut de motivation des notes, l'illégalité de la nomination et de la composition de la commission d'adjudication, ainsi que l'absence de division du marché en lots.

17. L'USL et le groupement temporaire ont avancé leurs moyens de défense, faisant valoir que les moyens de Randstad étaient irrecevables : elles ont maintenu que Randstad n'avait pas qualité pour agir étant donné qu'en toute hypothèse elle avait été exclue de la procédure d'appel d'offres.

18. Dans un arrêt du 15 mars 2019, le Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (tribunal administratif régional de la Vallée d'Aoste) a rejeté cette exception d'irrecevabilité, considérant que Randstad avait légitimement participé à la procédure d'appel d'offres, dans la mesure où elle remplissait les critères d'admission, qu'elle avait été exclue de cette procédure à la suite d'une évaluation négative de son offre et qu'elle avait donc qualité pour contester le résultat de la procédure d'appel d'offres. Cette juridiction a ensuite examiné l'ensemble des griefs soulevés dans le cadre du recours et les a rejetés au fond.

19. Randstad a introduit un recours contre cet arrêt du Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (tribunal administratif régional de la Vallée d'Aoste) devant le Consiglio di Stato (Conseil d'État), réitérant les arguments qu'elle avait avancés en première instance. Synergie et Umana ont interjeté un appel incident, critiquant l'arrêt du Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (tribunal administratif régional de la Vallée d'Aoste) en ce que ce dernier avait jugé recevables les griefs de Randstad et les avait examinés au fond, alors qu'elles considéraient que ces griefs avaient été soulevés par une personne qui n'avait pas qualité pour agir en raison de son exclusion de la procédure d'appel d'offres.

20. Dans un arrêt du 7 août 2019, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a rejeté le principal moyen d'appel par lequel Randstad contestait l'attribution d'un nombre de points insuffisants et il a fait droit aux appels incidents. En particulier, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a partiellement réformé l'arrêt contesté et a constaté que Randstad n'avait pas qualité pour agir dès lors qu'elle

avait été exclue de la procédure d'appel d'offres. Par conséquent, le Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (tribunal administratif régional de la Vallée d'Aoste) n'aurait pas dû examiner le fond des autres griefs soulevés dans le recours principal.

21. Selon le Consiglio di Stato (Conseil d'État), dès lors qu'elle avait été exclue de l'appel d'offres, Randstad n'avait pas qualité pour agir puisqu'elle n'avait qu'un intérêt de pur fait, comme tout autre opérateur du secteur n'ayant pas participé à la procédure d'appel d'offres. Le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a suivi sa jurisprudence antérieure selon laquelle un concurrent exclu d'une procédure d'appel d'offres n'a pas qualité pour contester les documents du marché, à moins d'obtenir une décision constatant l'illégalité de son exclusion.

22. Randstad a introduit un pourvoi en cassation contre l'arrêt du Consiglio di Stato (Conseil d'État) devant la juridiction de renvoi. Synergie, Umana et le pouvoir adjudicateur s'opposent au pourvoi en cassation.

23. Randstad maintient que le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a violé l'article 362, paragraphe 1, du code de procédure civile italien ainsi que l'article 110 du code de procédure administrative italien, en ce qu'il a constaté qu'une personne exclue d'une procédure d'appel d'offres – par une décision dont la légalité n'a pas été définitivement établie, dès lors qu'elle est contestée dans le cadre d'une procédure juridique – n'a pas qualité ni intérêt pour introduire une plainte portant sur la procédure d'appel d'offres. Selon elle, cela constitue une violation du principe de protection juridictionnelle effective, consacrée par la directive 89/665, et un refus d'accès à une telle protection, qui peut être contesté au moyen d'un pourvoi en cassation pour des moyens tenant à la compétence, conformément à l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne.

24. Randstad s'est appuyée sur la jurisprudence de la Cour selon laquelle même la simple probabilité d'obtenir un avantage en introduisant un recours, consistant dans le résultat de ce recours, quel qu'il soit, tel que la répétition de la procédure de passation du marché, est susceptible d'établir un intérêt à introduire une procédure et un droit à une protection juridictionnelle. La requérante au pourvoi cite, à cet égard, les arrêts du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) ; du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), et du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675).

25. Les défenderesses au pourvoi font valoir que le pourvoi est irrecevable. Elles soutiennent que le moyen du pourvoi en cause concerne une prétendue violation du droit. Il ne s'agit pas d'un moyen « tenant à la compétence » et il ne saurait dès lors être invoqué devant la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) aux fins de contester un arrêt du Consiglio di Stato (Conseil d'État).

26. Selon la juridiction de renvoi, le pourvoi en cassation visé à l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne devrait être recevable dans un tel cas. L'effectivité de l'article 267 TFUE serait compromise si la juridiction nationale était empêchée d'appliquer immédiatement le droit de l'Union conformément à la jurisprudence de la Cour. Dans une affaire telle que celle de l'espèce, un pourvoi en cassation serait le moyen final d'empêcher qu'un arrêt du Consiglio di Stato (Conseil d'État) qui serait (prétendument) contraire au droit de l'Union acquière force de chose jugée.

27. Toutefois, il ressort de l'arrêt n° 6 du 18 janvier 2018 de la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle)[4] relatif à l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne (ci-après l'« arrêt n° 6/2018 ») qu'il n'est pas possible, dans l'état actuel du droit constitutionnel italien tel qu'interprété dans cet arrêt, d'assimiler une violation du droit de l'Union à un moyen tenant à la compétence. Selon cet arrêt, « "l'excès de pouvoir juridictionnel", qui peut faire l'objet d'un pourvoi devant la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) pour des moyens tenant à la compétence [au sens de l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne], tel que cela a toujours été compris [...] vise exclusivement deux types de scénarios : ceux caractérisés par un défaut absolu de compétence, c'est-à-dire lorsque le Consiglio di Stato (Conseil d'État) ou la Corte dei conti (cour des comptes) se déclare compétent(e) pour une matière réservée au législateur ou à l'administration (cas dit "d'ingérence" ou "d'empiètement"), ou lorsque, au contraire, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) ou la Corte dei conti (cour des comptes) se déclare incompétent(e) sur la prémisse erronée que la matière échappe, de manière absolue, à toute compétence juridictionnelle (cas dit "de retrait"), ainsi que les scénarios [de défauts relatifs de] compétence, c'est-à-dire lorsqu'un juge administratif ou un juge de la Corte dei conti (cour des comptes) se déclare compétent pour une matière attribuée à une autre juridiction ou, au contraire, se déclare incompétent considérant à tort que cette compétence relève d'autres juridictions »[5].

28. La juridiction de renvoi conclut qu'il conviendrait de déclarer le pourvoi en cassation de Randstad irrecevable si elle devait se ranger à cet arrêt de la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle). Cela étant, elle se demande si l'arrêt n° 6/2018, qui limite, en matière administrative, la compétence de la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) visée à l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne à des affaires dans lesquelles il est affirmé que le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a méconnu les « limites externes » de sa compétence, violerait le droit de l'Union.

29. À cet égard, la juridiction de renvoi considère que, lorsque le Consiglio di Stato (Conseil d'État) fait une application ou une interprétation erronée de dispositions nationales d'une manière incompatible avec les dispositions du droit de l'Union, telles qu'interprétées par la Cour, il exerce un pouvoir juridictionnel qu'il n'a pas. En réalité, il exerce un pouvoir de création de droit pour lequel même le législateur national n'est pas habilité. Cela constitue un défaut de compétence qui devrait faire l'objet d'un pourvoi devant la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation). À cet égard, il importe peu que l'arrêt de la Cour dont résulte l'incompatibilité entre l'application ou l'interprétation par la juridiction nationale et le droit de l'Union soit antérieur ou postérieur à cette application ou interprétation.

30. La juridiction de renvoi fait observer que, avant l'arrêt n° 6/2018, la jurisprudence constante de ses propres chambres réunies affirmait que, en cas de pourvoi contre un arrêt du Consiglio di Stato (Conseil d'État), le contrôle des limites externes de « compétence », au sens de l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne, ne s'étendait pas au contrôle des choix d'interprétation effectués par la juridiction administrative, susceptibles d'impliquer de simples erreurs « in iudicando » (sur le fond) ou « in procedendo » (de procédure), à moins d'une distorsion fondamentale des règles applicables, susceptible de constituer un déni de justice, telle

4 ECLI:IT:COST:2018:6.

5 Arrêt n° 6/2018, point 15 [traduction libre de la version anglaise de l'arrêt disponible sur le site Internet de la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) à l'adresse suivante : https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%206 %20del%202018 %20red.% 20Coraggio%20EN.pdf].

qu'une erreur « in procedendo » consistant à appliquer une règle procédurale de droit interne ayant pour effet de refuser à la partie concernée un accès à la protection juridictionnelle garantie par des dispositions du droit de l'Union directement applicables.

31. Une telle approche serait compatible avec les principes d'équivalence et d'effectivité qui, selon la jurisprudence de la Cour, conditionnent l'exercice de l'autonomie procédurale des États membres. L'arrêt n° 6/2018 et la jurisprudence qui s'est développée à la suite de cet arrêt sont, en revanche, incompatibles avec ces principes.

32. Ensuite, il est également important pour la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) de savoir, à la suite du présent renvoi préjudiciel, si l'approche poursuivie par le Consiglio di Stato (Conseil d'État) dans l'arrêt attaqué est, ou non, compatible avec les arrêts du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) ; du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), et du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675). Cet aspect du litige soulève deux questions distinctes.

33. Premièrement, la juridiction de renvoi se demande si la jurisprudence déjà établie par la Cour concernant le droit de recours des soumissionnaires exclus d'une procédure de marché public est transposable à une affaire telle que celle en cause dans la procédure au principal. Deuxièmement, puisque le Consiglio di Stato (Conseil d'État) s'est abstenu, sans motivation, d'interroger la Cour sur le point de savoir si les enseignements à tirer des arrêts cités au point précédent des présentes conclusions sont transposables à une affaire telle que celle en cause dans la procédure au principal, il importe, selon la juridiction de renvoi, qu'elle puisse elle-même poser cette question à la Cour.

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

34. Dans ces circonstances, par décision du 7 juillet 2020, parvenue à la Cour le 30 septembre 2020, la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 4, paragraphe 3, et l'article 19, paragraphe 1, TUE, l'article 2, paragraphes 1 et 2, et l'article 267 TFUE, également à la lumière de l'article 47 de la [Charte], s'opposent-ils à une interprétation, comme celle de l'article 111, huitième alinéa, de la constitution, de l'article 360, premier alinéa, point 1), de l'article 362, premier alinéa, du [codice di procedura civile (code de procédure civile)] et de l'article 110 du [codice del processo amministrativo (code de procédure administrative)] – en ce que ces dispositions admettent le pourvoi en cassation contre les arrêts du Consiglio di Stato (Conseil d'État) pour des "moyens tenant à la compétence" – telle qu'elle résulte de l'arrêt de la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) [n° 6/2018] et de la jurisprudence nationale postérieure, dans lequel la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle), revenant sur la jurisprudence antérieure, a jugé que la voie du pourvoi en cassation, sous l'angle du "défaut de pouvoir juridictionnel", ne peut pas être utilisée pour attaquer les arrêts dans lesquels le Consiglio di Stato (Conseil d'État) applique des interprétations, élaborées dans le cadre national, qui sont contraires à des arrêts de la Cour dans des domaines qui sont régis par le droit de l'Union (en l'espèce, en matière d'adjudication de marchés publics), dans lesquels les États membres ont renoncé à exercer leurs pouvoirs souverains d'une manière incompatible avec ce droit, ce qui a pour effet de consolider des violations du droit de l'Union qui pourraient être corrigées au moyen de cette voie de droit, et de porter atteinte à l'application uniforme du droit de l'Union et à la protection juridictionnelle effective des droits subjectifs conférés par le droit de l'Union, en

violation de la nécessité que ce droit reçoive une pleine et diligente mise en œuvre par chaque juridiction, d'une façon qui soit obligatoirement conforme à son interprétation correcte donnée par la Cour, compte tenu des limites qui s'imposent à l'"autonomie procédurale" des États membres dans la détermination des règles de procédure ?

2) L'article 4, paragraphe 3, et l'article 19, paragraphe 1, TUE, et l'article 267 TFUE, aussi lus à la lumière de l'article 47 de la [Charte], s'opposent-ils à l'interprétation et à l'application de l'article 111, huitième alinéa, de la constitution, de l'article 360, premier alinéa, point 1), et de l'article 362, premier alinéa, du [codice di procedura civile (code de procédure civile)] et de l'article 110 du [codice del processo amministrativo (code de procédure administrative)], telles qu'elles résultent de la jurisprudence nationale, selon laquelle un pourvoi en cassation devant les chambres réunies [de la Cour de cassation] basé sur des "moyens tenant à la compétence", sous l'angle du "défaut de pouvoir juridictionnel", ne peut pas être introduit en tant que voie de recours contre les arrêts dans lesquels le Consiglio di Stato (Conseil d'État), statuant sur des litiges portant sur des questions d'application du droit de l'Union, s'abstient sans motivation de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel, en dehors des conditions de stricte interprétation, limitativement énumérées par celle-ci (depuis l'arrêt du 6 octobre 1982, Cilfit e.a., 283/81, EU:C:1982:335), dans lesquelles le juge national est dispensé de l'obligation de saisir la Cour, en violation du principe selon lequel sont incompatibles avec le droit de l'Union les règles ou pratiques de procédure nationales, fussent-elles de rang législatif ou constitutionnel, qui privent, même temporairement, le juge national (qu'il statue en dernière instance ou non) de la liberté de procéder à un renvoi préjudiciel, ce qui a pour effet d'usurper la compétence exclusive de la Cour pour donner l'interprétation correcte et contraignante du droit de l'Union, de rendre irrémédiable (et de favoriser la consolidation de) l'éventuelle contrariété d'interprétation entre le droit appliqué par le juge national et le droit de l'Union, et de porter atteinte à l'application uniforme et à l'effectivité de la protection juridictionnelle des droits subjectifs conférés par le droit de l'Union ?

3) Les principes que la Cour a consacrés dans l'arrêt du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), l'arrêt du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), et l'arrêt du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), en relation avec l'article 1er, paragraphes 1 et 3, et l'article 2, paragraphe 1, de la directive [89/665], telle que modifiée par la directive [2007/66], sont-ils applicables au cas qui fait l'objet de la procédure au principal, dans lequel, saisi d'un litige dans lequel une entreprise conteste son exclusion d'une procédure de passation de marché public et l'adjudication de ce marché à une autre entreprise, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) n'a examiné au fond que le moyen par lequel l'entreprise exclue contestait la note inférieure au "seuil obligatoire" attribuée à son offre technique et, examinant en priorité les recours incidents du pouvoir adjudicateur et de l'entreprise adjudicataire, a fait droit à ces recours en déclarant irrecevables (et sans les examiner au fond) les autres moyens du recours principal par lesquels le résultat de la procédure de passation de marché était contesté pour d'autres raisons (caractère indéterminé des critères d'évaluation des offres dans le cahier des charges, défaut de motivation des notes attribuées, nomination et composition illégales de la commission d'adjudication), le Consiglio di Stato (Conseil d'État) faisant ainsi application d'une jurisprudence nationale selon laquelle l'entreprise qui a été exclue d'une procédure de passation de marché n'aurait pas la qualité pour soulever des griefs visant à contester l'adjudication à l'entreprise concurrente, y compris faisant rendre caduque la procédure de passation de marché, alors qu'il est nécessaire d'apprécier s'il est compatible avec le droit de l'Union de priver l'entreprise du droit de soumettre à l'examen du juge tout motif de

contestation du résultat de la procédure de passation de marché public, dans une situation où son exclusion n'a pas été définitivement établie et où chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, ce qui peut amener le pouvoir adjudicateur à constater l'impossibilité de choisir une autre offre régulière et aboutir à l'ouverture d'une nouvelle procédure d'adjudication, à laquelle chacun des soumissionnaires pourrait participer ? »

35. Dans son ordonnance de renvoi, la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) a demandé l'application de la procédure accélérée à la présente demande de décision préjudicielle, en application de l'article 105 du règlement de procédure de la Cour.

36. À l'appui de sa demande, la juridiction de renvoi a fait valoir, en substance, qu'il existait des raisons valables pour chercher à clarifier rapidement des questions d'importance constitutionnelle. Le nombre d'appels dirigés contre des arrêts du Consiglio di Stato (Conseil d'État) en matière de droit de l'Union qui sont pendants devant la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) serait révélateur de la grave incertitude quant à la portée de la protection juridictionnelle des droits conférés par le droit de l'Union. Cette incertitude doit être dissipée, particulièrement dans un secteur fondamental tel celui des marchés publics, afin d'éviter, entre autres, la consolidation d'une jurisprudence nationale des juridictions de dernière instance qui pourrait être suivie de nombreuses autres décisions.

37. Le 21 octobre 2020, le président de la Cour a décidé, après avoir entendu le juge rapporteur et l'avocat général, de rejeter la demande d'application d'une procédure accélérée introduite par la juridiction de renvoi. Le même jour, le président de la Cour a également décidé d'accorder un traitement prioritaire à la présente affaire conformément à l'article 53, paragraphe 3, du règlement de procédure.

38. Des observations écrites ont été déposées par Randstad, Umana, l'USL, Synergie, le gouvernement italien, ainsi que par la Commission européenne. De plus, Randstad, Umana, le gouvernement italien et la Commission ont présenté des observations orales lors de l'audience du 6 juillet 2021.

V. Observations liminaires sur le contexte

39. Comme mentionné dans l'introduction des présentes conclusions, la présente affaire porte, en premier lieu, sur la portée de l'obligation incombant aux États membres, prévue à l'article 1er de la directive 89/665, de garantir un recours effectif contre l'attribution des marchés publics dans la situation particulière où un recours incident est introduit par l'adjudicataire. Les questions préjudicielles posées font, en outre, partie d'un débat plus large entre les trois Cours suprêmes italiennes. Dans ce contexte, avant d'examiner plus spécifiquement les questions posées par la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation), il semble utile de commencer l'analyse en rappelant, non seulement la jurisprudence de la Cour relative à ce sujet, mais également le contexte procédural italien.

A. Synthèse de la jurisprudence de la Cour relative à la directive 89/665 en cas de recours incident introduit par l'adjudicataire

40. La question de savoir comment procéder dans le cadre de la directive 89/665 en cas de recours introduit à l'encontre d'un soumissionnaire en vue de son exclusion et en cas de recours incident n'est pas nouvelle. Je pense que l'on peut affirmer, en toute honnêteté, qu'une série de demandes de décision préjudicielle ont eu pour résultat que la question de la qualité pour agir en matière de marchés publics a été clairement résolue par la Cour.

41. Premièrement, il ressort des dispositions de l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, et de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 que, afin que les recours contre les décisions prises par un pouvoir adjudicateur puissent être considérés comme étant efficaces, ils doivent être accessibles au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée [6].

42. Ainsi, lorsque, à la suite d'une procédure de passation d'un marché public, deux soumissionnaires introduisent des recours visant leur exclusion réciproque, chacun des deux soumissionnaires a un intérêt à obtenir un marché déterminé, au sens des dispositions mentionnées au point précédent. En effet, d'une part, l'exclusion d'un soumissionnaire peut aboutir à ce que l'autre obtienne le marché directement dans le cadre de la même procédure. D'autre part, dans l'hypothèse d'une exclusion de tous les soumissionnaires et de l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché public, chacun des soumissionnaires pourrait y participer et, ainsi, obtenir indirectement le marché [7].

43. Il s'ensuit que l'action incidente de l'adjudicataire ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire évincé dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure, étant donné que, dans une telle hypothèse, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière [8].

44. Deuxièmement, la Cour a également fait observer que le nombre de participants à la procédure de passation du marché public concerné, de même que le nombre de participants ayant introduit des recours ainsi que la divergence des motifs soulevés par eux ne sont pas pertinents pour l'application du principe selon lequel les intérêts poursuivis dans le cadre de recours « en exclusion » réciproques doivent être considérés comme étant en principe équivalents [9].

45. Cela signifie que ce principe trouve également à s'appliquer lorsque, comme dans l'affaire au principal, d'autres soumissionnaires ont soumis des offres dans le cadre de la procédure d'attribution et que les recours « en exclusion » réciproques ne concernent pas de telles offres moins bien classées que les offres faisant l'objet de ces recours en exclusion [10]. En effet, si le

6 Voir, en ce sens, arrêts du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, point 25) ; du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, point 23), et du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 22).

7 Voir, en ce sens, arrêts du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, point 27), et du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 23).

8 Voir, en ce sens, arrêts du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, point 33) ; du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, point 24), et du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 24).

9 Voir, en ce sens, arrêts du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, point 29), et du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 30).

10 Voir, en ce sens, arrêt du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 26).

recours du soumissionnaire évincé était jugé fondé, le pouvoir adjudicateur pourrait prendre la décision d'annuler la procédure et d'ouvrir une nouvelle procédure de passation au motif que les offres régulières restantes ne correspondent pas suffisamment aux attentes du pouvoir adjudicateur [11].

46. Troisièmement, à cet égard, la Cour a déclaré que, dans ces conditions, la recevabilité du recours principal ne saurait, sous peine de porter atteinte à l'effet utile de la directive 89/665, être subordonnée à la constatation préalable que l'ensemble des offres moins bien classées que celle du soumissionnaire ayant introduit ce recours sont également irrégulières [12].

47. Ce qui est important réside dans le fait que chacune des parties au litige a un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres concurrents. Le raisonnement sous-jacent est qu'une des irrégularités justifiant l'exclusion tant de l'offre de l'adjudicataire que de celle du soumissionnaire contestant la décision d'attribution du pouvoir adjudicateur vicie également les autres offres soumises dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, ce qui pourrait conduire celui-ci à devoir lancer une nouvelle procédure [13].

48. Il découle de la jurisprudence de la Cour que la recevabilité du recours principal ne saurait être subordonnée au fait que ledit soumissionnaire apporte la preuve de ce que le pouvoir adjudicateur sera amené à réitérer la procédure de passation de marché public. L'existence d'une telle possibilité doit être considérée comme étant suffisante à cet égard [14].

49. En d'autres termes, un soumissionnaire exclu d'une procédure de marché public doit avoir le droit de demander la révision de la décision l'excluant de la procédure d'appel d'offres ainsi qu'un accès à un recours contre d'autres décisions du pouvoir adjudicateur, à condition qu'un tel recours puisse, à tout le moins *théoriquement*, aboutir soit à l'octroi du contrat au plaignant, soit à une nouvelle procédure de passation de marché [15].

50. Si je peux maintenant déjà anticiper sur des éléments qui relèvent de la troisième question, je suis donc d'avis que, dans la mesure où le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a statué différemment en l'espèce, cela équivaut – de manière objective [16] – à ne pas appliquer correctement la jurisprudence existante de la Cour relative à la qualité pour agir en matière de marchés publics. Ces règles relatives à la qualité pour agir – qui sont nécessairement larges et généreuses – poursuivent l'objectif important de politique publique consistant à garantir que les entreprises qui soutiennent avoir été irrégulièrement ou injustement exclues d'une procédure de passation de marché public puissent contester cette décision. Les règles des marchés publics visent à garantir que l'argent public est distribué de manière équitable et que les contrats publics sont attribués sur le fondement de critères objectivement justifiables. La mauvaise application de ces règles relatives à la qualité pour agir n'est donc pas simplement un manquement technique ou l'erreur d'une juridiction nationale, mais plutôt une erreur qui peut potentiellement avoir une incidence – parfois d'une façon importante – sur l'efficacité, voire l'intégrité, de l'ensemble du processus de passation de marché public.

[11] Voir, en ce sens, arrêt du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 28).

[12] Voir, en ce sens, arrêt du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 29).

[13] Voir, en ce sens, arrêts du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, point 28), et du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 27).

[14] Voir, en ce sens, arrêt du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 29).

[15] Voir, en ce sens, Ginter, C., et Väljaots, T., « Excluded Tenderer's Access to a Review in a Public Procurement Procedure », *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 13, n° 4, 2018, p. 301 à 306, spécialement p. 303.

[16] Voir, en ce sens, la réserve émise au point 78 des présentes conclusions.

51. Il est vrai que l'arrêt prononcé dans l'affaire Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675) [(qui avait elle-même pour origine un renvoi préjudiciel du Consiglio di Stato (Conseil d'État)] a été rendu en septembre 2019, soit environ un mois après l'arrêt du Consiglio di Stato (Conseil d'État) en cause dans la présente affaire. Pourtant, force est de constater que la jurisprudence actuelle de la Cour, telle que celle issue des affaires Fastweb (C-100/12) et PFE (C-689/13), avait déjà fourni des lignes directrices très claires sur cette question générale de la qualité pour agir dans des procédures de passation de marché public. En toute hypothèse, même s'il existait un doute réel au sein des différentes chambres du Consiglio di Stato (Conseil d'État) en ce qui concerne la bonne application de cette jurisprudence antérieure – ainsi que le relève de manière appropriée l'arrêt Lombardi [17] –, cette juridiction, en tant que juridiction de dernière instance, était elle-même tenue de faire un renvoi préjudiciel en application du troisième alinéa de l'article 267 TFUE.

B. Passation de marchés publics et procédures de recours en Italie

52. De manière très schématique, les procédures de recours en Italie en matière de passation des marchés publics relèvent de la compétence des juridictions administratives. Il existe deux niveaux de juridiction : les Tribunali amministrativi regionali (tribunaux administratifs régionaux, Italie) connaissent des litiges en première instance et un appel peut ensuite être introduit devant le Consiglio di Stato (Conseil d'État).

53. En plus de cette organisation « classique », l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne prévoit la possibilité de se pourvoir en cassation contre les décisions du Consiglio di Stato (Conseil d'État), mais uniquement pour des moyens tenant à la compétence.

54. La Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) a récemment défini la portée de ce pourvoi spécifique devant la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) dans son arrêt n° 6/2018. Comme expliqué au point 27 des présentes conclusions, d'après cet arrêt, « un excès de pouvoir juridictionnel » vise exclusivement deux types de scénarios : ceux caractérisés par un défaut absolu de compétence, c'est-à-dire lorsque le Consiglio di Stato (Conseil d'État) ou la Corte dei conti (cour des comptes) se déclare compétent(e) pour une matière réservée au législateur ou à l'administration (ce qu'on appelle une ingérence ou un empiètement), ou lorsque, au contraire, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) ou la Corte dei conti (cour des comptes) se déclare incompétent(e) en se fondant sur la prémisse erronée que la matière ne saurait, de manière absolue, faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (ce qu'on appelle les cas de retrait), ainsi que les scénarios comportant des défauts relatifs de compétence, c'est-à-dire lorsqu'un juge administratif ou un juge de la Corte dei conti (cour des comptes) se déclare compétent pour une matière attribuée à une juridiction différente ou, au contraire, se déclare incompétent en supposant à tort que cette compétence relève d'autres juridictions [18].

55. Dans le même arrêt, la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) a fourni deux autres clarifications. D'une part, l'intervention de la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation), dans le cadre de son contrôle de compétence, « ne saurait être justifiée même par la violation du

[17] Voir, en ce sens, arrêt du 5 septembre 2019 (C-333/18, EU:C:2019:675, points 13 à 19).

[18] Voir, en ce sens, arrêt n° 6/2018, point 15 (version en langue anglaise). Voir l'adresse Internet à la note en bas de page 5 des présentes conclusions.

droit [de l'Union] »[19]. D'autre part, « il n'est pas permis de contester des arrêts [par cette voie procédurale] lorsqu'une juridiction administrative [...] a adopté une interprétation d'une règle procédurale ou matérielle qui fait obstacle à la pleine connaissance du fond de l'affaire »[20].

VI. Analyse

A. Sur la première question préjudicielle

56. Par sa première question, la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) demande, en substance, si l'article 4, paragraphe 3, et l'article 19, paragraphe 1, TUE, l'article 2, paragraphes 1 et 2, ainsi que l'article 267 TFUE, lus à la lumière de l'article 47 de la Charte, s'opposent à une règle telle que celle de l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne tel qu'interprété dans l'arrêt n° 6/2018, selon laquelle un pourvoi en cassation pour des moyens tenant à la compétence n'est pas accessible aux fins de contester des arrêts par lesquels une juridiction de deuxième instance a appliqué des pratiques interprétatives élaborées au niveau national, mais contraires aux arrêts de la Cour dans des domaines régis par le droit de l'Union.

1. Sur les dispositions pertinentes pour répondre à la première question préjudicielle

57. Conformément à une jurisprudence constante de la Cour, dans le cadre de la procédure de coopération entre les juridictions nationales et la Cour instituée à l'article 267 TFUE, il appartient à celle-ci de donner au juge national une réponse utile qui lui permette de trancher le litige dont il est saisi. Dans cette optique, il incombe, le cas échéant, à la Cour de reformuler les questions qui lui sont soumises. En effet, la Cour a pour mission d'interpréter toutes les dispositions du droit de l'Union dont les juridictions nationales ont besoin afin de statuer sur les litiges qui leur sont soumis, même si ces dispositions ne sont pas indiquées expressément dans les questions qui lui sont adressées par ces juridictions[21].

58. En conséquence, même si, sur le plan formel, la juridiction de renvoi a limité sa première question préjudicielle à l'interprétation de l'article 4, paragraphe 3, et de l'article 19, paragraphe 1, TUE, ainsi que de l'article 2, paragraphes 1 et 2, et de l'article 267 TFUE, lus à la lumière de l'article 47 de la Charte, cette circonstance ne fait pas obstacle à ce que la Cour lui fournisse tous les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui peuvent être utiles au jugement de l'affaire dont elle est saisie, que cette juridiction y ait fait référence ou non dans l'énoncé de ses questions. Il appartient, à cet égard, à la Cour d'extraire de l'ensemble des éléments fournis par la juridiction nationale, notamment de la motivation de la décision de renvoi, les éléments dudit droit qui appellent une interprétation compte tenu de l'objet du litige[22].

59. À cet égard, il apparaît que l'interprétation de l'article 2, paragraphes 1 et 2, et de l'article 267 TFUE ne semble pas, au regard des informations figurant dans la demande préjudicielle, être nécessaire pour fournir une réponse utile à la première question déférée, étant donné que ces articles portent, respectivement, sur les règles relatives à la compétence exclusive et partagée de l'Union et sur le mécanisme de décision préjudicielle. En revanche, il convient de

[19] Arrêt n° 6/2018, point 14.1 (version en langue anglaise). Voir l'adresse Internet à la note en bas de page 5 des présentes conclusions.

[20] Arrêt n° 6/2018, point 17 (version en langue anglaise). Voir l'adresse Internet à la note en bas de page 5 des présentes conclusions.

[21] Voir, en ce sens, arrêt du 2 avril 2020, Ruska Federacija (C-897/19 PPU,EU:C:2020:262, point 43).

[22] Voir, en ce sens, arrêts du 19 novembre 2020, 5th AVENUE Products Trading (C-775/19, EU:C:2020:948, point 34), et du 22 avril 2021, Profi Credit Slovakia (C-485/19, EU:C:2021:313, point 50).

rappeler que, comme cela ressort clairement de son considérant 36, la directive 2007/66, et donc la directive 89/665 qu'elle a modifiée et complétée, vise à assurer le plein respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de la Charte [23].

60. De la même manière, dans la mesure où il s'applique aux États membres, l'article 47 de la Charte fait écho à l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE et précise le principe de coopération loyale figurant à l'article 4, paragraphe 3, TUE [24]. Ainsi, il est clair que, conformément à la jurisprudence constante, premièrement, « il incombe aux juridictions des États membres, en vertu du principe de coopération loyale énoncé à l'article 4, paragraphe 3, TUE, d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union [et, deuxièmement, que l']article 19, paragraphe 1, TUE impose, par ailleurs, aux États membres d'établir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective, *au sens notamment de l'article 47 de la Charte*, dans les domaines couverts par le droit de l'Union » [25]. De plus, la Cour a déjà fait observer que l'exigence imposée aux États membres par l'article 19, paragraphe 1, TUE « *correspond* au droit consacré à l'article 47 de la Charte » [26].

61. Dans ce contexte, comme il n'est pas contesté qu'il existe une procédure de recours devant des juridictions indépendantes en Italie et que le débat ne porte pas sur l'établissement d'un recours, mais sur la manière dont ce recours est mis en œuvre par les juridictions compétentes, ni l'article 4, paragraphe 3, ni l'article 19, paragraphe 1, TUE ne semblent être utiles.

62. Par conséquent, comme suggéré par la Commission [27], je considère que la première question déférée par la juridiction de renvoi doit être comprise comme demandant si l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665, lu à la lumière de l'article 47 de la Charte, doit être interprété comme signifiant qu'il s'oppose à une règle telle que celle de l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne tel qu'interprété dans l'arrêt no 6/2018, selon laquelle un pourvoi en cassation pour des moyens tenant à la compétence n'est pas accessible aux fins de contester des arrêts par lesquels une juridiction de deuxième instance a appliqué des pratiques interprétatives élaborées au niveau national, mais contraires aux arrêts de la Cour dans des domaines régis par le droit de l'Union.

2. Le cadre de l'analyse : l'autonomie procédurale au regard de l'article 47 de la Charte

63. L'obligation pour les États membres d'organiser une procédure de recours en matière de passation des marchés publics est prévue à l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665. Conformément au quatrième alinéa de cette disposition, les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés relevant du champ d'application de la directive 2014/24 ou de la directive 2014/23, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible au motif que ces décisions ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

23 Voir, en ce sens, arrêt du 15 septembre 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:688, point 45).

24 Conclusions de l'avocate générale Sharpston dans les affaires jointes Star Storage e.a. (C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:307, note en bas de page 32).

25 Arrêt du 14 juin 2017, Online Games e.a. (C-685/15, EU:C:2017:452, point 54), mise en italique par mes soins. Voir aussi arrêt du 2 mars 2021, A.B. e.a. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours) (C-824/18, EU:C:2021:153, point 143).

26 Arrêt du 27 septembre 2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, point 58), mise en italique par mes soins. Voir aussi, en ce sens, arrêt du 16 mai 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, point 44).

27 Points 35 et 39 des observations écrites de la Commission.

64. À cet égard, l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 se contente de préciser que les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

65. En d'autres termes, la directive 89/665 ne contient pas de dispositions régissant spécifiquement les conditions dans lesquelles ces voies de recours peuvent être exercées. Cette directive ne prévoit que les conditions minimales auxquelles doivent répondre les procédures de recours instaurées dans les ordres juridiques nationaux, afin de garantir le respect des prescriptions du droit de l'Union en matière de marchés publics [28]. En toute hypothèse, il convient de reconnaître que la directive 89/665 ne contient pas de dispositions spécifiques concernant les recours qui peuvent ou doivent être organisés.

66. Or, en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, la Cour a constamment déclaré qu'il appartient à chaque État membre de régler les modalités de la procédure administrative et celles de la procédure juridictionnelle destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union [29]. Ce respect de l'autonomie procédurale des États membres est expressément mentionné au considérant 34 de la directive 2007/66 et est reflété à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665.

67. Par conséquent, comme déclaré antérieurement par la Cour, lorsqu'ils définissent les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés par la directive 89/665 aux candidats et aux soumissionnaires lésés par des décisions des pouvoirs adjudicateurs, les États membres doivent garantir le respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, consacré à l'article 47 de la Charte [30].

68. En d'autres termes, lorsqu'ils mettent en œuvre la directive 89/665, les États membres conservent, conformément à leur autonomie procédurale, la faculté d'adopter des règles qui peuvent se révéler différentes d'un État membre à l'autre. Toutefois, ceux-ci doivent veiller à ce que ces règles ne fassent pas échec aux exigences découlant de cette directive, en particulier quant à la protection juridictionnelle, garantie par l'article 47 de la Charte, qui la sous-tend [31]. Cela signifie que les caractéristiques d'un recours tel que celui prévu à l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665 doivent être déterminées d'une manière conforme à l'article 47 de la Charte, plutôt que par référence aux principes d'équivalence et d'effectivité, ces dernières exigences se contentant d'« exprim[er] l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit [de l'Union] » [32], désormais consacrés à l'article 19, paragraphe 1, TUE et à l'article 47 de la Charte [33].

69. Une limitation du droit à un recours effectif devant un tribunal au sens de l'article 47 de la Charte peut, par conséquent, être justifiée, conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, uniquement si elle est prévue par la loi, si elle respecte le contenu essentiel dudit droit et

[28] Voir, en ce sens, arrêt du 29 juillet 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, point 52).

[29] Voir, par exemple, en ce qui concerne la directive 89/665, arrêt du 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, point 39).

[30] Voir, en ce sens, arrêt du 15 septembre 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:688, point 46).

[31] Voir, en ce sens, en rapport avec la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JO 2002, L 190, p. 1), telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009 (JO 2009, L 81, p. 24), arrêt du 10 mars 2021, PI (C-648/20 PPU, EU:C:2021:187, point 58).

[32] Arrêt du 15 avril 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, point 47). Voir aussi arrêts du 18 mars 2010, Alassini e.a. (C-317/08 à C-320/08, EU:C:2010:146, point 49), et du 14 septembre 2016, Martínez Andrés et Castrejana López (C-184/15 et C-197/15, EU:C:2016:680, point 59).

[33] Voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Wathelet dans l'affaire Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:405, points 32 à 35).

si, dans le respect du principe de proportionnalité, elle est nécessaire et répond effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui [34].

3. Application des principes à la présente affaire

70. Dans la présente affaire, la règle en question concerne la limitation du droit à se pourvoir en cassation aux moyens tenant à la compétence. Or, il découle de la jurisprudence constante de la Cour que l'article 47 de la Charte n'exige pas un double degré de juridiction [35]. En effet, en vertu de cette disposition, le principe de protection juridictionnelle effective vise le droit d'accès non pas à un double degré de juridiction, mais seulement à un tribunal [36].

71. Dans ces circonstances, le fait que le pourvoi en cassation accessible aux soumissionnaires évincés est, en tant que troisième degré de juridiction, limité aux questions de compétence ne saurait certainement pas être considéré en soi comme étant contraire au droit de l'Union, même s'il fait obstacle à la contestation d'une décision dans laquelle la juridiction de deuxième instance a appliqué une interprétation du droit national qui, d'un point de vue objectif, est contraire au droit de l'Union.

72. En effet, le droit de l'Union, en principe, ne s'oppose pas à ce que les États membres, conformément au principe de l'autonomie procédurale, limitent ou soumettent à des conditions les moyens susceptibles d'être invoqués dans les procédures de cassation, sous réserve des garanties visées à l'article 47 de la Charte [37]. Or, si les règles de procédure nationales garantissent que le respect du droit à un examen au fond des griefs du soumissionnaire par la juridiction de première instance et, le cas échéant, en appel [38] est respecté, la règle de procédure en cause n'est pas susceptible de compromettre l'efficacité de la directive 89/665 ni les exigences de l'article 47 de la Charte.

73. J'ajouterai également, par souci d'exhaustivité, que, en toute hypothèse, si une règle procédurale telle que la limitation du droit de se pourvoir en cassation en cause dans la procédure au principal devait être qualifiée de « limitation du droit à un recours effectif devant un tribunal » au sens de l'article 47 de la Charte, il conviendrait d'admettre qu'il s'agit d'une mesure, d'une part, prévue par « la loi » et, d'autre part, de nature à dissuader les contestations abusives et à garantir à l'ensemble des justiciables, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le

[34] Voir, en ce sens, arrêt du 15 septembre 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:688, point 49).

[35] Voir, en ce sens, arrêts du 19 juin 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, point 57), et du 26 septembre 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Effet suspensif de l'appel) (C-175/17, EU:C:2018:776, point 34). On peut également ajouter que, jusqu'à ce jour, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »), ne crée pas un droit à un deuxième degré de juridiction ni ne requiert l'existence d'un tel droit, à tout le moins en matière civile.

[36] Voir, en ce sens, arrêts du 17 juillet 2014, Sánchez Morcillo et Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, point 36) ; du 11 mars 2015, Oberto et O'Leary (C-464/13 et C-465/13, EU:C:2015:163, point 73) ; du 19 juin 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, point 57) ; du 26 septembre 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Effet suspensif de l'appel) (C-175/17, EU:C:2018:776, point 34), et du 29 juillet 2019, Bayerische Motoren Werke et Freistaat Sachsen/Commission (C-654/17 P, EU:C:2019:634, point 51).

[37] Voir, en ce sens (en rapport avec les principes d'effectivité et d'équivalence, plutôt qu'avec l'article 47 de la Charte), arrêt du 17 mars 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, point 27).

[38] Sur cette exigence, voir arrêt du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 33).

traitement de leurs recours dans des délais aussi rapides que possible, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de la Charte [39]. Enfin, la règle en question ne semble pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

74. L'article 47 de la Charte exige naturellement l'établissement d'un recours qui soit effectif tant en droit qu'en pratique [40]. Toutefois, s'il apparaît, d'une part, que l'accès à un « tribunal » au sens de l'article 47 de la Charte est garanti sans difficulté et, d'autre part, que le droit national confère à ce « tribunal » la compétence d'examiner le fond du litige – comme le démontre l'arrêt du Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (tribunal administratif régional de la Vallée d'Aoste) dans la présente affaire –, ni la directive 89/665 ni l'article 47 de la Charte ne peuvent être interprétés comme exigeant un degré supplémentaire d'appel afin de remédier à la mauvaise application de ces règles par la juridiction d'appel.

75. En effet, comme plusieurs parties l'on fait observer, on doit se poser la question de savoir ce qui surviendrait si la juridiction de troisième instance maintenait à son tour l'interprétation retenue par la juridiction de deuxième instance. L'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665, lu à la lumière de l'article 47 de la Charte, exigerait-il l'organisation d'un quatrième degré de juridiction ? Poser la question, c'est fondamentalement y répondre. Selon moi, la solution à la mauvaise application du droit de l'Union par une juridiction de dernière instance doit être trouvée dans d'autres modalités procédurales, tel un recours en manquement en application de l'article 258 TFUE [41] ou, par exemple, une action du type Francovich [42], offrant la possibilité d'engager la responsabilité de l'État afin d'obtenir par ce moyen une protection juridique des droits des particuliers reconnus par le droit de l'Union [43].

4. Observations supplémentaires sur la jurisprudence Francovich et la nécessité de la développer

76. À cet égard, il convient de reconnaître que, lors de l'audience, les débats ont, en particulier, porté sur le point de savoir quel recours pouvait être ouvert à Randstad dans les circonstances actuelles, dès lors qu'il semble acquis que la décision actuelle du Consiglio di Stato (Conseil d'État) – qui a rejeté le recours pour des motifs liés à la qualité pour agir – ne semblait pas avoir beaucoup de défendeurs.

77. Il a été suggéré lors de l'audience que Randstad pourrait être en mesure d'invoquer l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665, qui prévoit l'octroi de dommages et intérêts au titre de la violation de la procédure de passation des marchés publics. Alors que, à strictement parler, il n'est pas nécessaire de statuer sur cette question, il me semble que cette disposition vise simplement le pouvoir des juridictions nationales d'octroyer des dommages et intérêts sur une base stricte de responsabilité au titre des violations, par un *pouvoir adjudicateur*, des règles de

[39] Voir, en ce sens (en rapport avec une garantie de bonne conduite), arrêt du 15 septembre 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:688, point 54). À cet égard, il convient de rappeler que la Cour interprète l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665 comme imposant aux États membres l'obligation d'adopter les mesures nécessaires pour s'assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des procédures de passation des marchés publics peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, au motif qu'elles ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit (voir, en ce sens, arrêts du 12 mars 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, point 50 ; du 15 septembre 2016, Star Storage e.a., C-439/14 et C-488/14, EU:C:2016:688, point 39, et du 29 juillet 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17, EU:C:2019:630, point 50).

[40] Voir, en ce sens (sur les articles 6 et 13 CEDH), Varga, Z., « National Remedies in the Case of Violation of the EU Law by Member State Courts », *CML Rev.*, vol. 54, nº 1, 2017, p. 52 à 80, spécialement p. 75.

[41] Voir, en ce sens, arrêt du 4 octobre 2018, Commission/France (Précompte mobilier) (C-416/17, EU:C:2018:811).

[42] Arrêt du 19 novembre 1991, Francovich e.a. (C-6/90 et C-9/90, ci-après la « jurisprudence Francovich », EU:C:1991:428).

[43] Voir, en ce sens, arrêts du 29 juillet 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, point 64), et du 4 mars 2020, Telecom Italia (C-34/19, EU:C:2020:148, points 67 à 69).

passation des marchés publics, à distinguer de l'application erronée, par une juridiction, des règles de l'Union en matière de passation des marchés publics. Il a également été fait observer que l'État italien pourrait potentiellement voir sa responsabilité engagée à la suite d'une demande d'indemnisation du type de la jurisprudence Francovich résultant de l'incapacité du système judiciaire de cet État à appliquer correctement le droit de l'Union.

78. À cet égard, on peut faire observer que les circonstances précises relatives aux raisons pour lesquelles le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a finalement statué à l'encontre de Randstad sur ce point ne sont pas totalement claires. Dans l'hypothèse où d'autres actions seraient ultérieurement engagées par Randstad, il appartiendrait à la juridiction nationale compétente de déterminer et d'évaluer les raisons pour lesquelles le Consiglio di Stato (Conseil d'État) *semble* n'avoir pas appliqué la jurisprudence bien établie de la Cour relative à la qualité pour agir en matière de passation des marchés publics ou, dans la mesure où le Consiglio di Stato (Conseil d'État) avait des doutes, les raisons pour lesquelles (en tant que juridiction de dernière instance) il n'a pas procédé au renvoi préjudiciel approprié prévu à l'article 267 TFUE. Il y existe peut-être une explication relative à la décision du Consiglio di Stato (Conseil d'État) en cette matière.

79. Néanmoins, je saisis l'occasion pour faire observer que je pense que la jurisprudence Francovich devrait être désormais lue avec un regard neuf à la lumière des exigences de l'article 47 de la Charte et, si nécessaire, davantage développée à la lumière de ce dernier. Il ressort clairement de l'arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame (C-46/93 et C-48/93, ci-après l'« arrêt Brasserie du pêcheur et Factortame », EU:C:1996:79), que les États membres sont susceptibles de payer des dommages et intérêts au titre d'une violation suffisamment grave du droit de l'Union en cas de « méconnaissance manifeste et grave [...] des limites qui s'imposent à [leur] pouvoir d'appréciation »[44].

80. Toutefois, la difficulté à appliquer en pratique ce critère réside dans le fait que des manquements clairs dans le chef des États membres (y compris des manquements judiciaires) peuvent être trop souvent excusés, et peut-être trop rapidement, au motif que de telles erreurs ont été commises de bonne foi et étaient excusables dans les circonstances de l'espèce ou, en toute hypothèse, qu'elles ne sont pas « manifestes et graves ». Toutefois, des considérations de courtoisie judiciaire ou de respect d'institutions judiciaires nationales vénérables ne devraient pas nous faire hésiter à qualifier de telles erreurs de « manifestes et graves » au sens donné à ces termes dans l'arrêt Brasserie du pêcheur et Factortame, lorsque cela est justifié. Une volonté ou une propension à excuser des erreurs manifestes et graves commises par un État membre dans l'application du droit de l'Union en minimisant la gravité de telles erreurs constituerait en soi un déni clair d'un recours effectif accessible aux parties au sens de l'article 47 de la Charte, et notamment lorsque, d'un point de vue objectif, la non-application du droit de l'Union clairement établie ne saurait être réellement justifiée ou excusée. Alors que la question de la portée de la jurisprudence Francovich n'est, nécessairement, jamais éloignée dans la présente affaire, la question devra néanmoins attendre une solution à un stade ultérieur, puisqu'elle n'est pas directement soulevée dans la présente procédure.

81. Dans le même temps, toute volonté d'excuser les erreurs des États membres n'est qu'une maigre consolation pour une partie s'il devait être excessivement difficile en pratique d'obtenir une « action du type de la jurisprudence Francovich ». Cela pourrait être résumé en affirmant que, si l'absence d'une application correcte, par une juridiction d'appel qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours, de la jurisprudence bien établie de la Cour ne fournit pas elle-même

[44] Arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame (C-46/93 et C-48/93, EU:C:1996:79, point 55).

un fondement pour une action en dédommagement en raison des critères relatifs à la « méconnaissance manifeste et grave », il est alors nécessaire de repréciser ces critères – qui, après tout, sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la Charte. Si la promesse de l'article 47 de la Charte ne doit pas être une promesse creuse, il me semble que la non-application en l'espèce, par une juridiction de dernière instance, de la jurisprudence établie de la Cour devrait donner lieu à une responsabilité du type de la jurisprudence Francovich dans le chef de l'État membre en cause. En toute hypothèse, la Cour a jugé que, lorsqu'une juridiction nationale a violé le droit de l'Union « en méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour », cela suggère en soi une violation suffisamment caractérisée [45].

82. Tout cela me rappelle l'histoire de Sherlock Holmes regardant un chien qui n'aboie pas [46]. Dans le même ordre d'idées, c'est l'absence générale de jurisprudence sur cette question qui est révélatrice [47]. Cela peut être en soi considéré comme constituant une indication de ce que ces erreurs et manquements sont en pratique trop rapidement excusés et que, pour de nombreux justiciables dont les droits qu'ils tirent du droit de l'Union n'ont pas été garantis, un recours du type de la jurisprudence Francovich reste une illusion plutôt qu'une réalité. Cela est toutefois une raison supplémentaire pour laquelle il est probablement nécessaire de réévaluer les critères « manifestes et graves » établis dans l'arrêt Brasserie du pêcheur et Factortame, de sorte que le droit de l'Union soit mis en œuvre avec le degré approprié de rigueur par la justice des États membres, même s'il convient également de faire preuve d'indulgence pour les éléments particuliers identifiés par la Cour dans son arrêt du 30 septembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), en ce qui concerne la responsabilité au titre d'une erreur judiciaire, à savoir « la nature spécifique de la fonction judiciaire », et les exigences de sécurité juridique [48]. Toutefois, la jurisprudence Francovich est, pour ainsi dire, un chien qui doit être autorisé à aboyer parce que c'est précisément cet aboiement qui doit servir à nous avertir que les droits que le droit de l'Union vise à accorder et protéger sont compromis – parfois en silence – par une erreur judiciaire nationale.

83. On pourrait ajouter que, dans le contexte spécial d'une violation de la procédure de passation des marchés publics, il serait quelque peu incongru que la directive 89/665 doive prévoir une forme de responsabilité stricte pour une erreur du pouvoir adjudicateur alors que, dans le même temps, la responsabilité au titre d'une erreur judiciaire de la part d'une juridiction nationale en matière de contrôle du processus de passation des marchés resterait à un niveau considérablement élevé.

84. Pour ma part, toutefois, je pense que le droit a évolué dans une certaine mesure depuis l'arrêt du 30 septembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513). À la lumière de l'entrée en vigueur ultérieure de l'article 47 de la Charte, je considère que, pour les motifs déjà énoncés, il est également nécessaire d'examiner si l'erreur judiciaire en cause était *objectivement* excusable. À défaut d'un tel examen, il existe un danger réel que l'application des critères établis dans l'arrêt Brasserie du pêcheur et Factortame aboutisse en pratique à rendre excessivement difficile l'obtention de dommages et intérêts du type de la jurisprudence Francovich au titre d'une erreur judiciaire, de sorte que ce ne serait que dans des circonstances très spécifiques que ces conditions de responsabilité pourraient être remplies.

45 Voir, en ce sens, arrêts du 30 septembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, point 56), et du 25 novembre 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, point 52).

46 Conan Doyle, A., « Flamme d'argent », *The Strand Magazine*, Londres, 1892.

47 Voir, de manière générale, Beutler, B., « State Liability for Breaches of Community Law by National Courts : Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle ? », *CML Rev*, vol. 46, 2009, p. 773 à 787.

48 Voir, en ce sens, arrêt du 30 septembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, point 53).

5. Conclusion sur la première question préjudicielle

85. En résumé, je suis par conséquent d'avis que l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665, lu à la lumière de l'article 47 de la Charte, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle telle que celle de l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne tel qu'interprété dans l'arrêt no 6/2018, selon laquelle un pourvoi en cassation fondé sur un « défaut de compétence » n'est pas accessible aux fins de contester des arrêts dans lesquels une juridiction de deuxième instance a appliqué des pratiques interprétatives élaborées au niveau national, mais qui sont objectivement en conflit avec des arrêts de la Cour dans des domaines régis par le droit de l'Union.

86. La solution relative à la mauvaise application du droit de l'Union par une juridiction de dernière instance doit être trouvée dans d'autres modalités procédurales, telles qu'un recours en manquement en application de l'article 258 TFUE ou la possibilité d'engager la responsabilité de l'État afin d'obtenir la protection juridique des droits reconnus par le droit de l'Union.

B. Sur la deuxième question préjudicielle

87. Par sa deuxième question préjudicielle, la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) demande, en substance, si l'article 4, paragraphe 3, et l'article 19, paragraphe 1, TUE ainsi que l'article 267 TFUE, lus à la lumière de l'article 47 de la Charte, s'opposent à une interprétation et à une application des règles relatives au pourvoi en cassation pour des « moyens tenant à la compétence » en ce sens qu'un pourvoi en cassation devant les chambres réunies de la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) ne peut pas être introduit aux fins de contester un arrêt dans lequel le Consiglio di Stato (Conseil d'État) s'abstient sans motivation de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel, lorsque les conditions dispensant une juridiction nationale de cette obligation, telles qu'énumérées par la Cour dans son arrêt du 6 octobre 1982, Cilfit e.a. (283/81, EU:C:1982:335), ne sont pas remplies.

88. L'idée qui sous-tend cette question est qu'une juridiction nationale ne peut pas être empêchée, même temporairement, de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel, dès lors que cela aurait pour effet d'usurper la compétence exclusive de la Cour pour interpréter le droit de l'Union correctement et de manière contraignante, compromettant ainsi l'application uniforme et la protection juridictionnelle effective des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union.

89. Tout d'abord, il peut être observé que la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) soulève une question additionnelle dans la partie introductive de la demande préjudicielle relative à la deuxième question, qui n'apparaît pas dans le libellé de la question finalement posée. En réalité, il ressort clairement du point 50 du renvoi préjudiciel que la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation), outre la question formellement posée, s'interroge également sur l'approche selon laquelle elle ne pourrait pas elle-même saisir directement la Cour d'un renvoi préjudiciel.

90. Étant donné que cette question ne figure pas dans la question finalement déférée, je serai bref. En outre, la réponse à cette question ne me semble pas soulever de doute. En effet, il est de jurisprudence constante que l'article 267 TFUE confère aux juridictions nationales la faculté la plus étendue de saisir la Cour si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions exigeant une interprétation ou une appréciation en validité des dispositions du

droit de l'Union nécessaires au règlement du litige qui leur est soumis [49]. Par conséquent, si la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) est valablement saisie, les règles nationales de procédure ne sauraient porter atteinte à la compétence et aux obligations revenant à cette juridiction en vertu de l'article 267 TFUE [50].

91. Cela étant dit, je passe maintenant à la deuxième question expressément déférée. Je ne pense pas que les règles de procédure nationales, telles que la règle en cause, qui limite le pourvoi en cassation à des questions de compétence, doivent nécessairement être interprétées, pour être compatibles avec le droit de l'Union, comme autorisant un pourvoi en cassation lorsqu'une juridiction de première instance ou une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours en droit national ne défère pas une question à la Cour.

92. En effet, étant donné qu'il incombe aux juridictions nationales d'appliquer le droit de l'Union, la première tâche d'interprétation leur incombe nécessairement. Comme indiqué précédemment par la Cour, les juridictions nationales remplissent, en collaboration avec la Cour, une fonction qui leur est attribuée en commun, en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités [51]. Il ressort du système juridictionnel mis en place par les traités – et en particulier de l'article 4, paragraphe 3, et de l'article 19, paragraphe 1, TUE ainsi que de l'article 267 TFUE auxquels se réfère la juridiction de renvoi – que la Cour n'a pas le monopole de l'interprétation du droit de l'Union, mais plutôt la compétence exclusive de donner l'interprétation *définitive* de ce droit [52].

93. L'obligation de saisir la Cour d'une question préjudicielle que prévoit l'article 267, troisième alinéa, TFUE à l'égard des juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours s'inscrit dans le cadre de la coopération, instituée en vue d'assurer la bonne application et l'interprétation uniforme du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres, entre les juridictions nationales, en leur qualité de juges chargés de l'application du droit de l'Union, et la Cour [53].

94. Ce que l'article 267 TFUE permet est donc l'ouverture d'un dialogue entre la Cour et les juridictions des États membres [54]. Comme déjà rappelé dans les présentes conclusions, conformément à la jurisprudence constante, cette disposition confère aux juridictions nationales la faculté la plus étendue de saisir celle-ci si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions exigeant une interprétation ou une appréciation en validité des dispositions du droit de l'Union nécessaires au règlement du litige qui leur est soumis [55]. De surcroît, il convient

[49] Voir, en ce sens et parmi d'autres, arrêts du 16 décembre 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, point 88) ; du 15 janvier 2013, Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, point 64), et du 2 mars 2021, A.B. e.a. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours) (C-824/18, EU:C:2021:153, point 91 et jurisprudence citée).

[50] Voir, en ce sens, arrêt du 18 juillet 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, point 32). Le fait que, à la fois, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) et la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) puissent être considérés comme étant tenus de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel en application de l'article 267, troisième alinéa, TFUE dans le même litige n'est pas un problème. Au contraire, dans cette situation, si la Cour n'a pas été saisie d'un renvoi préjudiciel par une juridiction telle que le Consiglio di Stato (Conseil d'État), une juridiction telle que les chambres réunies de la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) doit elle-même déférer la question à la Cour (voir, en ce sens, dans un contexte où deux juridictions sont susceptibles d'être tenues de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel, arrêt du 4 novembre 1997, Parfums Christian Dior, C-337/95, EU:C:1997:517, point 30).

[51] Voir, en ce sens, avis 1/09 (Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets), du 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, point 69), et arrêt du 27 février 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, point 33).

[52] Voir, en ce sens, avis 1/17 (Accord ECG UE-Canada), du 30 avril 2019 (EU:C:2019:341, point 111).

[53] Voir, en ce sens, arrêts du 6 octobre 1982, Cilfit e.a. (283/81, EU:C:1982:335, point 7), et du 9 septembre 2015, X et van Dijk (C-72/14 et C-197/14, EU:C:2015:564, point 54).

[54] Voir, en ce sens, arrêt du 2 mars 2021, A.B. e.a. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours) (C-824/18, EU:C:2021:153, point 90).

[55] Voir jurisprudence citée à la note en bas de page 49.

de rappeler que, conformément à l'article 267, troisième alinéa, TFUE, une juridiction nationale dont la décision n'est susceptible de faire l'objet d'aucun recours juridictionnel de droit interne est, *en principe*, tenue de saisir la Cour, dès lors qu'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union est soulevée devant elle [56].

95. Dans ce contexte spécifique de coopération établi par l'article 267 TFUE, ce qui est donc interdit, c'est qu'une règle de droit national *fasse obstacle* à ce qu'une juridiction nationale fasse usage de ladite faculté ou se conforme à ladite obligation [57]. En d'autres termes, l'exigence *minimale* est que la juridiction désignée par le système procédural national pour statuer sur des questions relatives au droit de l'Union – comme, en l'espèce, les Tribunali amministrativi regionali (tribunaux administratifs régionaux) et le Consiglio di Stato (Conseil d'État) en matière de passation des marchés publics – devrait avoir la possibilité, si ce n'est l'obligation, d'ordonner un renvoi préjudiciel. Si tel est le cas, il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour [58]. En résumé, comme expliqué récemment par l'avocat général Bobek, la logique de la jurisprudence de la Cour en la matière vise uniquement à s'assurer que les règles procédurales nationales ne font pas obstacle à ce que des questions concernant le droit de l'Union soient soulevées et qu'un renvoi préjudiciel puisse être formé, quel que soit le stade de la procédure [59].

96. Or, comme nous le verrons dans mon analyse de la troisième question déférée par la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation), s'il est clair que le Consiglio di Stato (Conseil d'État) aurait dû déférer une question à la Cour en cas de doute quant au champ d'application de l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665, tel qu'interprété auparavant par la Cour, il convient de relever qu'il n'y avait néanmoins aucune règle procédurale nationale l'empêchant d'ouvrir ce dialogue avec la Cour.

97. Selon moi, le fait de ne pas déférer une question préjudicielle à la Cour est donc susceptible d'entraîner une illégalité matérielle (en raison de l'application erronée du droit de l'Union, qui a été mal interprété par la juridiction nationale) et/ou une irrégularité de procédure (en raison de l'absence d'un renvoi préjudiciel à la Cour alors que la juridiction en cause était tenue de le faire), mais cela ne devrait pas être considéré comme étant une question de compétence au sens de l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne. Comme je l'ai indiqué à la fin de mon analyse de la première question déférée, même si ces solutions ne sont pas optimales, la réponse à une application erronée du droit de l'Union par une juridiction de dernière instance – et, j'ajoute ici, en ce compris des obligations au titre de l'article 267 TFUE – doit être trouvée dans d'autres modalités procédurales, tel un recours en manquement ou la possibilité d'engager la responsabilité de l'État aux fins d'obtenir une protection juridique des droits des justiciables.

98. En effet, eu égard au rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits que les particuliers tirent des règles du droit de l'Union, comme je l'ai déjà indiqué, la pleine efficacité de celles-ci serait remise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent

[56] Voir, en ce sens, arrêt du 24 octobre 2018, XC e.a. (C-234/17, EU:C:2018:853, point 43). Voir également, avec une autre formulation, arrêts du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, point 32), et du 2 mars 2021, A.B. e.a. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours) (C-824/18, EU:C:2021:153, point 92).

[57] Voir, en ce sens, arrêts du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, points 32 et 33), ainsi que du 2 mars 2021, A.B. e.a. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours) (C-824/18, EU:C:2021:153, point 93).

[58] Voir, en ce sens, arrêt du 9 septembre 2015, X et van Dijk (C-72/14 et C-197/14, EU:C:2015:564, point 57).

[59] Voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Bobek dans l'affaire Consorzio Italian Management et Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:291, point 27).

serait affaiblie s'il était exclu que les particuliers puissent, sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit de l'Union imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort [60].

99. Par conséquent, conformément aux considérations qui précèdent, je parviens à la conclusion que l'article 4, paragraphe 3, et l'article 19, paragraphe 1, TUE ainsi que l'article 267 TFUE, lus à la lumière de l'article 47 de la Charte, ne s'opposent pas à une interprétation ni à une application des règles relatives au pourvoi en cassation pour des moyens tenant à la compétence en ce sens qu'un pourvoi en cassation devant les chambres réunies de la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) ne peut pas être introduit aux fins de contester un arrêt dans lequel le Consiglio di Stato (Conseil d'État) s'abstient sans motivation de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel.

C. Sur la troisième question préjudicielle

100. Par sa troisième question préjudicielle, la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) demande, en substance, si l'interprétation de l'article 1er, paragraphes 1 et 3, et de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665, telle que modifiée par la directive 2007/66, qui résulte des arrêts de la Cour du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) ; du 5 avril 2016, PFE (C 689/13, EU:C:2016:199), et du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), s'applique à l'affaire au principal.

101. À cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la justification d'une demande de décision préjudicielle est non pas la formulation d'opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais le besoin inhérent à la solution effective d'un litige portant sur le droit de l'Union [61].

102. Or, étant donné que je suis parvenu à la conclusion, en ce qui concerne la première question déférée, que la limitation de la compétence de la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation), telle que prévue à l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne tel qu'interprété dans l'arrêt no 6/2018, n'est pas contraire à l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665 ni à l'article 47 de la Charte, la juridiction de renvoi ne devrait pas être compétente pour examiner, dans la procédure au principal, la portée de la directive 89/665. Je propose néanmoins d'examiner cette question dans l'hypothèse où la Cour devrait statuer différemment.

103. Pour rappel, dans la procédure au principal, Randstad a contesté son exclusion de la procédure d'appel d'offres et l'attribution du contrat à une autre entreprise. Toutefois, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a examiné le fond uniquement en ce qui concerne le moyen par lequel Randstad contestait les points attribués à son offre technique – qui était en dessous du « seuil obligatoire » – et a examiné prioritairement les appels incidents introduits par le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire. Il a accueilli ces appels incidents tout en s'abstenant d'examiner le fond des autres moyens de l'appel principal, qui contestaient le résultat de la procédure d'appel d'offres pour d'autres raisons que celles relatives aux points attribués à son offre technique.

104. J'ai déjà présenté, dans les remarques liminaires des présentes conclusions, la jurisprudence de la Cour relative à la portée de l'obligation de prévoir une procédure de recours, visée à l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665, dans le contexte spécifique d'un appel

[60] Voir, en ce sens, arrêts du 30 septembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, point 33), et du 9 septembre 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a. (C-160/14, EU:C:2015:565, point 47).

[61] Voir, en ce sens, arrêt du 3 octobre 2019, A e.a. (C-70/18, EU:C:2019:823, point 73).

incident introduit par l'adjudicataire. Par conséquent, on peut affirmer, à ce stade, que le critère qui détermine l'obligation pour une juridiction d'examiner l'appel du requérant est que chacune des parties à la procédure a un intérêt légitime à l'exclusion de l'offre des autres concurrents. Cela signifie que l'on ne saurait exclure la possibilité qu'une des irrégularités justifiant l'exclusion tant de l'offre de l'adjudicataire que de celle du soumissionnaire contestant la décision d'attribution du pouvoir adjudicateur vicie également les autres offres soumises dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, ce qui pourrait conduire celui-ci à devoir lancer une nouvelle procédure [62].

105. La Cour a été particulièrement claire sur ce point : « la recevabilité du recours principal ne saurait, sous peine de porter atteinte à l'effet utile de la directive 89/665, être subordonnée à la constatation préalable que l'ensemble des offres moins bien classées que celle du soumissionnaire ayant introduit ledit recours sont également irrégulières [ou] que ledit soumissionnaire apporte la preuve de ce que le pouvoir adjudicateur sera amené à réitérer la procédure de passation de marché public. *L'existence d'une telle possibilité doit être considérée comme étant suffisante à cet égard* » [63]. Un soumissionnaire dont l'offre a été exclue par le pouvoir adjudicateur d'une procédure de passation d'un marché public peut se voir refuser l'accès à un recours contre la décision d'attribution du marché public uniquement si la décision d'exclusion de ce soumissionnaire a été confirmée par une décision ayant acquis autorité de la chose jugée avant que la juridiction saisie du recours contre la décision d'attribution du marché ne statue, de telle sorte que ledit soumissionnaire doit être considéré comme étant définitivement exclu de la procédure de passation du marché public en cause [64].

106. Dans la procédure au principal, premièrement, il n'est pas contesté que Randstad n'avait pas encore été définitivement exclue de la procédure de passation de marché lorsqu'elle a introduit son appel devant le Consiglio di Stato (Conseil d'État). Deuxièmement, il ressort de la décision de renvoi que Randstad a avancé, au titre d'un des moyens pour sa réadmission dans la procédure d'appel d'offres, l'illégalité de la nomination et de la composition de la commission d'adjudication responsable de la réalisation de l'évaluation économique. Or, si ces irrégularités étaient établies, elles justifieraient l'exclusion à la fois de l'offre de l'adjudicataire et de celle du soumissionnaire contestant la décision du pouvoir adjudicateur, et cela vicierait également les autres offres soumises dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, ce qui pourrait pousser le pouvoir adjudicateur à lancer une nouvelle procédure.

107. Dans ces circonstances, il me paraît certain que le principe établi et confirmé par la jurisprudence citée par la juridiction de renvoi était applicable à la procédure au principal. Le Consiglio di Stato (Conseil d'État) était donc tenu de reconnaître l'intérêt de Randstad à contester, à la fois en première instance et en appel, la régularité de la procédure et donc la décision d'attribution du contrat ou, à titre subsidiaire, de soumettre une demande préjudicielle sur ce point à la Cour en cas de doute.

[62] Voir, en ce sens, arrêts du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, point 28), et du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 27).

[63] Arrêt du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 29). Mise en italique par mes soins.

[64] Voir, en ce sens, arrêt du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, point 31 et jurisprudence citée).

VII. Conclusion

108. Par conséquent, à la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation, Italie) de la manière suivante :

1) L'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée, entre autres, par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, lu à la lumière de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle telle que celle de l'article 111, huitième alinéa, de la Constitution italienne tel qu'interprété dans l'arrêt no 6 du 18 janvier 2018 de la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle, Italie), selon laquelle un pourvoi en cassation pour des moyens tenant à la compétence n'est pas accessible aux fins de contester des arrêts dans lesquels une juridiction de deuxième instance a appliqué des pratiques interprétatives élaborées au niveau national, mais contraires aux arrêts de la Cour dans des domaines régis par le droit de l'Union.

   La solution relative à la mauvaise application du droit de l'Union par une juridiction de dernière instance doit être trouvée dans d'autres modalités procédurales, tel un recours en manquement en application de l'article 258 TFUE ou la possibilité d'engager la responsabilité de l'État responsable afin d'obtenir la protection juridique des droits des particuliers reconnus par le droit de l'Union.

2) L'article 4, paragraphe 3, et l'article 19, paragraphe 1, TUE ainsi que l'article 267 TFUE, lus à la lumière de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux, ne s'opposent pas à une interprétation ni à une application des règles relatives au pourvoi en cassation pour des moyens tenant à la compétence en ce sens qu'un pourvoi en cassation devant les chambres réunies de la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) ne peut pas être introduit aux fins de contester un arrêt dans lequel le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie) s'abstient sans motivation de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel.

   À titre subsidiaire,

3) L'interprétation de l'article 1er, paragraphes 1 et 3, et de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665, telle que modifiée par la directive 2007/66, qui résulte des arrêts de la Cour du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) ; du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), et du 5 septembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), s'applique à l'affaire au principal, dans laquelle la décision d'exclure le soumissionnaire évincé n'a pas été confirmée par une décision ayant acquis la force de chose jugée lorsque la juridiction saisie du recours dirigé contre la décision d'attribution du contrat a rendu sa décision et que le soumissionnaire a avancé un moyen qui pourrait pousser le pouvoir adjudicateur à lancer une nouvelle procédure.