Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (dixième chambre)

5 septembre 2019*

« Renvoi préjudiciel – Procédures de recours en matière de passation de marchés publics de fournitures et de travaux – Directive 89/665/CEE –Recours en annulation contre la décision d'attribution d'un marché public introduit par un soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue – Recours incident de l'adjudicataire – Recevabilité du recours principal en cas de bien-fondé du recours incident »

Dans l'affaire C-333/18,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie), par décision du 14 février 2018, parvenue à la Cour le 23 mai 2018, dans la procédure

Lombardi Srl

contre

Comune di Auletta,

Delta Lavori SpA,

Msm Ingegneria Srl,

en présence de :

Robertazzi Costruzioni Srl,

LA COUR (dixième chambre),

composée de M. C. Lycourgos, président de chambre, MM. E. Juhász (rapporteur) et M. Ilešič, juges,

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

greffier : M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées :

– pour Lombardi Srl, par M[es] A. Brancaccio et A. La Gloria, avvocati,

– pour Delta Lavori SpA, par M[es] G. M. Di Paolo et P. Piselli, avvocati,

* Langue de procédure : l'italien.

– pour le gouvernement italien, par M^me^ G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M. D. Del Gaizo, avvocato dello Stato,

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

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 1^er^, paragraphe 1, troisième alinéa, et paragraphe 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 (JO 1989, L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO 2007, L 335, p. 31) (ci-après la « directive 89/665 »).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Lombardi Srl au Comune di Auletta (commune d'Auletta, Italie) ainsi qu'à Delta Lavori SpA et à Msm Ingegneria au sujet de l'attribution par la commune d'Auletta d'un marché public de conception et d'exécution de travaux hydrogéologiques.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3 L'article 1^er^ de la directive 89/665, intitulé « Champ d'application et accessibilité des procédures de recours », dispose :

« 1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services [(JO 2004, L 134, p. 114)], sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive.

Les marchés au sens de la présente directive incluent les marchés publics, les accords-cadres, les concessions de travaux publics et les systèmes d'acquisition dynamiques.

Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 *septies* de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

[...]

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.

[...] »

Le droit italien

4 L'article 112 du codice di procedura civile (code de procédure civile) dispose :

« Le juge doit se prononcer sur la demande dans son intégralité mais ne peut en dépasser les limites ; il ne peut statuer d'office sur les exceptions qui ne peuvent être soulevées que par les parties. »

5 Aux termes de l'article 2697 du codice civile (code civil) :

« Celui qui prétend faire valoir un droit en justice doit prouver les faits qui en constituent le fondement. Celui qui excipe du caractère inopérant de ces faits ou d'une modification ou d'une extinction du droit doit prouver les faits sur lesquels il fonde son exception. »

6 L'article 2909 du code civil est rédigé comme suit :

« Les constatations contenues dans un jugement passé en force de chose jugée s'imposent à tous égards aux parties, à leurs héritiers ou à leurs ayants cause. »

Le litige au principal et la question préjudicielle

7 Par un avis publié le 29 juin 2015, la commune d'Auletta a lancé une procédure d'adjudication ouverte ayant pour objet l'attribution d'un marché public de conception et d'exécution de travaux d'assainissement hydrogéologique du centre historique communal. Selon les documents du marché, le montant total de ce dernier s'élevait à 6 927 970,95 euros et l'adjudication devait se faire sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse.

8 Lombardi, placée en troisième position du classement définitif, a contesté devant le Tribunale amministrativo regionale per la Campania (tribunal administratif régional de Campanie, Italie) l'admission à la procédure de passation de marché, d'une part, de l'adjudicataire, Delta Lavori, au motif que le concepteur indiqué par cette dernière, à savoir Msm Ingegneria, ne possédait pas les qualités requises par le cahier des charges et, d'autre part, du soumissionnaire classé deuxième, Robertazzi Costruzioni Srl – Giglio Costruzioni Srl, association temporaire d'entreprises.

9 Delta Lavori a conclu au rejet du recours et a introduit un recours incident par lequel elle a fait valoir que Lombardi aurait dû être exclue de la procédure de passation du marché public, en raison du fait que cette dernière avait cessé, en cours de procédure, de satisfaire aux conditions de participation prévues par l'appel d'offres.

10 Les autres soumissionnaires ayant été classés derrière Lombardi ne sont pas intervenus dans le litige.

11 Le Tribunale amministrativo regionale per la Campania (tribunal administratif régional de Campanie) a examiné prioritairement le recours incident introduit par Delta Lavori et a fait droit à celui-ci, après avoir constaté l'illégalité de la procédure de passation de marché public en cause au principal en raison du fait que Lombardi n'en avait pas été exclue. Cette même juridiction a, de ce fait, rejeté le recours de Lombardi comme étant irrecevable pour absence d'intérêt à agir.

12 Lombardi a saisi en appel le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie), en faisant valoir, notamment, que les principes dégagés par la Cour dans l'arrêt du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), n'avaient pas été respectés. En effet, indépendamment du sort réservé au recours incident, le recours principal aurait dû être examiné au fond eu égard à l'intérêt dérivé *(strumentale)* et indirect de Lombardi à ce

que l'absence d'exclusion de l'adjudicataire soit déclarée illégale, dans la mesure où une telle décision aurait pu amener le pouvoir adjudicateur à annuler la procédure en cause au principal et à lancer une nouvelle procédure de passation de marché public.

13 La cinquième chambre du Consiglio di Stato (Conseil d'État), ayant constaté des divergences dans la jurisprudence de cette juridiction en ce qui concerne la mise en œuvre de l'arrêt du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), a décidé de soumettre à l'assemblée plénière de la même juridiction la question suivante :

« [D]ans une instance de recours contre les actes d'une procédure ouverte de passation de marché public, le juge est-il tenu d'examiner conjointement le recours principal et le recours incident en exclusion présenté par l'adjudicataire, même si d'autres concurrents, dont les offres n'ont pas fait l'objet d'un recours, ont participé à la procédure de marché et qu'il constate que seules les offres litigieuses sont entachées des irrégularités qui sont invoquées comme moyens du recours ? »

14 L'assemblée plénière du Consiglio di Stato (Conseil d'État) relève que, selon la jurisprudence nationale, dans le cas où seulement deux soumissionnaires ont participé à l'appel d'offres et que tous les deux ont introduit un recours tendant à obtenir l'exclusion de l'autre, le recours principal et le recours incident doivent être l'un et l'autre examinés. En outre, il serait clair que, en présence de plus de deux soumissionnaires, cette même solution doit également s'appliquer lorsque le recours principal est fondé sur des moyens qui, s'il y était fait droit, entraînerait la réitération de toute la procédure, soit que ces moyens mettent en cause la régularité de la situation de l'adjudicataire et des autres soumissionnaires restés dans la procédure, soit qu'ils contestent la validité même de la procédure de sélection.

15 En revanche, des doutes persisteraient dans l'hypothèse où, comme en l'occurrence, le recours principal n'est pas fondé sur des moyens qui, s'il y était fait droit, entraînerait la réitération de toute la procédure.

16 À cet égard, la jurisprudence nationale serait divisée. Selon une première orientation jurisprudentielle, l'arrêt du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), imposerait, dans une telle hypothèse, l'examen du recours principal même après qu'il a été fait droit au recours incident, sans qu'il faille tenir compte du nombre des entreprises parties à la procédure ni des illégalités soulevées comme moyens du recours principal. Toutefois, une telle orientation ne prendrait pas en compte l'arrêt du 21 décembre 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), par lequel la Cour aurait jugé que la directive 89/665 ne s'oppose pas à ce que le soumissionnaire qui a été exclu d'une procédure de passation d'un marché public par une décision du pouvoir adjudicateur devenue définitive se voie refuser l'accès à un recours contre la décision d'attribution du marché public en cause. En outre, cette orientation jurisprudentielle ne tiendrait pas compte du fait que le réexamen et l'annulation de la procédure de passation de marché public seraient purement facultatifs, de sorte que l'intérêt à agir du requérant principal ne serait pas certain.

17 Selon la seconde orientation jurisprudentielle, l'examen du recours principal s'imposerait uniquement lorsque le bien-fondé de ce recours serait de nature à procurer un avantage réel au requérant, ce qui supposerait que les offres des soumissionnaires qui ne sont pas parties à la procédure soient entachées de la même illégalité que celle qui a fondé la décision faisant droit au recours principal. Toutefois, cette interprétation aurait été critiquée comme étant contraire à l'arrêt du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), et négligerait le fait que, même si, à la suite de l'examen des recours incident et principal, il était constaté que toutes les offres présentées, y compris celles des soumissionnaires qui ne sont pas parties au litige, présentent des vices analogues à ceux dont sont entachées les offres examinées par le juge, il n'en demeurerait pas moins que le pouvoir adjudicateur aurait seulement la faculté, et non l'obligation, de recommencer la procédure de passation.

18 De l'avis de l'assemblée plénière du Consiglio di Stato (Conseil d'État), pour des raisons de cohérence avec le système procédural national et avec le principe d'autonomie procédurale fondé sur l'action des parties, il conviendrait de privilégier une solution selon laquelle l'intérêt à agir du requérant principal doit être évalué concrètement par le juge saisi, et non au regard de motifs purement théoriques. Dans cette optique, il serait opportun de reconnaître aux États membres la possibilité de déterminer les modalités de preuve du caractère concret dudit intérêt, tout en garantissant les droits de la défense des soumissionnaires qui participent encore à la procédure de passation du marché, mais qui n'ont pas été cités en justice, et ce conformément aux principes relevant de la charge de la preuve.

19 Dans ces conditions, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, et paragraphe 3, de la directive [89/665] peut-il être interprété en ce sens que, lorsque plusieurs entreprises qui ont participé à la procédure de passation de marché ne sont pas parties à l'instance (et que, en tout cas, les offres de certaines d'entre elles n'ont pas fait l'objet d'un recours), il permet que soit confiée au juge, en vertu de l'autonomie procédurale reconnue aux États membres, la tâche de vérifier le caractère concret de l'intérêt invoqué, dans son recours principal, par le concurrent qui est défendeur à un recours incident en exclusion qui est jugé fondé, en utilisant à cette fin les instruments de procédure qui sont prévus par la législation nationale, ce qui rendrait la protection accordée à cette situation subjective conforme aux principes constants du droit interne que sont le principe dispositif (article 112 du code de procédure civile), la charge de la preuve (article 2697 du code civil) et les limites subjectives de l'autorité de chose jugée qui ne se forme qu'entre les parties et ne peut pas affecter la situation des personnes étrangères au litige (article 2909 du code civil) ? »

Sur la question préjudicielle

20 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, et paragraphe 3, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un recours principal introduit par un soumissionnaire ayant un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésé par une violation alléguée du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles transposant ce droit, et visant à l'exclusion d'un autre soumissionnaire soit déclaré irrecevable, en application des règles ou des pratiques jurisprudentielles procédurales nationales, qui portent sur le traitement des recours en exclusion réciproques, quels que soient le nombre de participants à la procédure de passation de marché et le nombre de ceux ayant introduit des recours.

21 À titre liminaire, il convient de rappeler que, ainsi qu'il résulte du deuxième considérant de la directive 89/665, cette dernière vise à renforcer les mécanismes existants, tant sur le plan national que sur le plan de l'Union, pour assurer l'application effective des directives en matière de passation des marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées (arrêt du 5 avril 2017, Marina del Mediterráneo e.a., C-391/15, EU:C:2017:268, point 30).

22 Il ressort des dispositions de l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, et paragraphe 3, de la directive 89/665 que les recours contre les décisions prises par un pouvoir adjudicateur doivent, pour être considérés comme étant efficaces, 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.

23 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 (voir, en ce sens, arrêt du 5 avril 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, point 27).

24 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 (arrêts du 4 juillet 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, point 33, et du 5 avril 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, point 24).

25 Le principe consacré par les arrêts mentionnés au point précédent, selon lequel les intérêts poursuivis dans le cadre de recours en exclusion réciproques sont considérés comme étant en principe équivalents, se traduit, pour les juridictions saisies de ces recours, par l'obligation de ne pas déclarer irrecevable le recours en exclusion principal en application des règles procédurales nationales qui prévoient l'examen prioritaire du recours incident formé par un autre soumissionnaire.

26 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 desdits recours en exclusion.

27 En effet, le soumissionnaire classé, comme en l'occurrence, en troisième position et qui a introduit le recours principal doit se voir reconnaître un intérêt légitime à l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire et du soumissionnaire placé en deuxième position, car il ne peut être exclu que, même si son offre est jugée irrégulière, le pouvoir adjudicateur soit amené à constater l'impossibilité de sélectionner une autre offre régulière et procède, par la suite, à l'organisation d'une nouvelle procédure.

28 En particulier, si le recours du soumissionnaire évincé était jugé comme 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.

29 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 ledit recours sont également irrégulières. Cette recevabilité ne saurait pas davantage être soumise à la condition 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.

30 Il convient encore d'ajouter que cette interprétation n'est pas remise en cause par la circonstance que les autres soumissionnaires classés derrière l'auteur du recours principal ne sont pas intervenus dans le litige au principal. En effet, comme la Cour a déjà eu l'occasion de le relever, 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 jurisprudentiel mentionné au point 25 du présent arrêt (voir, en ce sens, arrêt du 5 avril 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, point 29).

31 L'arrêt du 21 décembre 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), mentionné par la juridiction de renvoi, ne va pas à l'encontre d'une telle interprétation. En effet, s'il est vrai que, aux points 13 à 16, 31 et 36 de cet arrêt, la Cour a jugé qu'un soumissionnaire dont l'offre avait été exclue par le pouvoir adjudicateur d'une procédure de

passation d'un marché public pouvait se voir refuser l'accès à un recours contre la décision d'attribution du marché public, il y a lieu de relever que, dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, la décision d'exclusion dudit soumissionnaire avait 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 devait être considéré comme ayant été définitivement exclu de la procédure de passation du marché public en cause (voir, en ce sens, arrêt du 11 mai 2017, Archus et Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, point 57).

32 Or, dans l'affaire au principal, aucun des soumissionnaires ayant introduit les recours en exclusion réciproques n'a été définitivement exclu de la procédure d'adjudication. Ainsi, ledit arrêt n'infirme aucunement le principe jurisprudentiel mentionné au point précédent.

33 S'agissant enfin du principe d'autonomie procédurale des États membres, il suffit de rappeler que ce principe ne saurait, en tout état de cause, justifier des dispositions de droit interne qui rendent pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (voir, en ce sens, arrêt du 11 avril 2019, PORR Építési Kft., C-691/17, EU:C:2019:327, point 39 ainsi que jurisprudence citée). Or, pour les raisons exposées aux points précédents du présent arrêt, il découle de l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, et paragraphe 3, de la directive 89/665, tel qu'interprété par la Cour, qu'un soumissionnaire ayant introduit un recours tel que celui en cause dans l'affaire au principal ne saurait, sur le fondement de règles ou de pratiques procédurales nationales, telles que celles décrites par la juridiction de renvoi, être privé de son droit à l'examen au fond de ce recours.

34 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, et paragraphe 3, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un recours principal introduit par un soumissionnaire ayant un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésé par une violation alléguée du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles transposant ce droit, et visant à l'exclusion d'un autre soumissionnaire soit déclaré irrecevable en application des règles ou des pratiques jurisprudentielles procédurales nationales, qui portent sur le traitement des recours en exclusion réciproques, quels que soient le nombre de participants à la procédure de passation de marché et le nombre de ceux ayant introduit des recours.

Sur les dépens

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

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

L'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, et paragraphe 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 par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un recours principal introduit par un soumissionnaire ayant un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésé par une violation alléguée du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles transposant ce droit, et visant à l'exclusion d'un autre soumissionnaire soit déclaré irrecevable en application des règles ou des

pratiques jurisprudentielles procédurales nationales, qui portent sur le traitement des recours en exclusion réciproques, quels que soient le nombre de participants à la procédure de passation de marché et le nombre de ceux ayant introduit des recours.

Signatures