CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 27 novembre 2007 [1]

I — Introduction

1. Le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie) demande à la Cour, au titre de l'article 234 CE, si l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [2], va au-delà de la directive elle-même et régit également l'attribution des marchés non couverts par le champ d'application de celle-ci.

2. Dans l'arrêt du 27 novembre 2001, Lombardini et Mantovani [3], alors qu'elle interprétait cette disposition, la Cour a considéré, au point 53, qu'il était «essentiel» que chaque soumissionnaire soupçonné d'avoir présenté une offre anormalement basse fasse valoir utilement son point de vue et fournisse les justifications pertinentes.

3. Dans le présent renvoi, la question est de savoir si cette disposition de droit positif renferme un principe général de l'ordre communautaire, qui s'applique aux marchés publics qu'ils soient ou non couverts par les directives sectorielles [4].

4. La haute juridiction italienne pose cette question dans un cadre très particulier, à savoir celui d'une réglementation interne qui impose d'exclure automatiquement ce type d'offres dans les procédures de passation de marchés d'un montant inférieur à celui indiqué dans les directives, à laquelle s'ajoute une pratique selon laquelle, dans cette catégorie de marchés, certains soumissionnaires influent sur le résultat de l'appel

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — JO L 199, p. 54.

3 — C-285/99 et C-286/99, Rec. p. I-9233.

4 — Outre la directive 93/37 concernant les marchés publics de travaux, il y a la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976 (JO 1977, L 13, p. 1), modifiée par la suite par la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993 (JO L 199, p. 1), pour les marchés de fournitures. Les marchés de services et la coordination de leurs procédures de passation étaient prévus par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992 (JO L 209, p. 1). Ces règles [modifiées par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997 (JO L 328, p. 1)] ont été codifiées et fusionnées pour former un seul texte: 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 L 134, p. 114).

d'offres, en employant une ruse [5] qui consiste à s'entendre en vue de présenter des offres semblables afin d'établir un seuil déterminé d'anomalie et d'écarter les autres candidats.

5. Cet incident préjudiciel revêt, par conséquent, une grande importance, parce qu'il se rapporte aux principes généraux du droit communautaire, sans oublier que la solution ne peut se fonder que sur le système juridique de l'Union européenne. La Cour doit aller dans les deux directions, afin de fournir une réponse efficace pour résoudre le litige à l'organe juridictionnel italien.

II — Le cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

6. Les articles 43 CE et 49 CE prévoient, respectivement, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. La directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971 [6], qui a mis en marche l'harmonisation des législations des États membres en matière de passation des marchés publics, avait comme objectif fondamental, aux termes de son premier considérant, la réalisation simultanée de ces deux libertés. Cette directive, qui ne régissait que les marchés d'un montant supérieur ou égal à un million d'unités de compte (huitième considérant), prévoyait des critères d'attribution des marchés fondés soit sur le prix le plus bas, soit sur l'option économiquement la plus avantageuse (article 29, paragraphe 1) et, présumant qu'il y aurait des offres anormalement basses, rendait possible le rejet de ces dernières, après avoir entendu le soumissionnaire téméraire (article 29, paragraphe 5).

7. S'agissant de l'interprétation de cette règle, la Cour a énoncé qu'une décision de rejet ne pouvait être prise qu'après avoir donné à l'entrepreneur la possibilité de clarifier son offre, c'est-à-dire après l'application d'une procédure contradictoire de vérification, les exclusions automatiques étant dès lors exclues [7].

5 — Ce type de ruses a toujours existé, ainsi Homère, dans l'Odyssée, relate de nombreux exemples de l'astuce proverbiale d'Ulysse, comme dans l'aventure du chant IX, lorsque le héro, prisonnier de Polyphème, fait boire ce dernier jusqu'à l'ivresse et lui raconte que son nom est personne; profitant de la somnolence provoquée par le vin, Ulysse plante dans l'unique œil du cyclope un tronc d'olivier ardent; répondant aux cris d'appel à l'aide du cyclope, ses congénères lui demandent ce qui se passe, qui l'attaque, et Polyphème leur répond «personne me tue, non par force, mais par ruse», les empêchant ainsi de lui venir en aide (vers 408).

6 — Directive portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5).

7 — Conformément à l'arrêt du 22 juin 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839, points 16, 18 et 19), qui a interdit les exclusions d'office déterminées selon des critères mécaniques (point 1 du dispositif), jurisprudence réitérée dans l'arrêt du 18 juin 1991, Donà Alfonso (C-295/89, Rec. p. I-2967). Il y avait eu antérieurement l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 10 février 1982, Transporoute (76/81, Rec. p. 417, point 18).

8. La directive 71/305 a connu plusieurs modifications successives [8]; il convenait donc de la codifier, ce qui fut fait sous la forme de la directive 93/37 qui visait également à sauvegarder la liberté d'établissement et la libre prestation de services (deuxième considérant). Applicable aux contrats de plus de 5 millions d'écus (article 6, paragraphe 1) et fidèle aux critères d'attribution précédents (article 30, paragraphe 1), cette directive 93/37 a reproduit la teneur de l'ancien article 29, paragraphe 5, avec de légères modifications, à l'article 30, paragraphe 4:

«Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes et vérifie cette composition en tenant compte des justifications fournies.

Le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des justifications tenant à l'économie du procédé de construction, ou aux solutions techniques adoptées, ou aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, ou à l'originalité du projet du soumissionnaire.

Si les documents relatifs au marché prévoient l'attribution au prix le plus bas, le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer à la Commission le rejet des offres jugées trop basses.

[...]»

9. La directive 2004/18, que les États membres devaient transposer avant le 31 janvier 2006 (article 80, paragraphe 1), a abrogé la directive 93/37, à partir du 31 mars 2004 (articles 82 et 83). S'agissant de l'attribution des marchés de travaux dont le prix atteint au moins 5 278 000 euros [article 7, sous c)] [9], les pouvoirs adjudicateurs ont la faculté d'exclure les offres anormalement basses, après application d'une procédure contradictoire de vérification (article 55, paragraphes 1 et 2).

B — *La législation italienne*

10. L'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37 a été transposé en droit interne italien

8 — L'une d'entre elles a concerné l'article 29, paragraphe 5, selon la nouvelle rédaction que lui a donnée la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989 (JO L 210, p. 1).

9 — Conformément à la rédaction du règlement (CE) n° 2083/2005 de la Commission, du 19 décembre 2005 (JO L 333, p. 28).

par l'article 21, paragraphe 1 bis, de la loi nº 109/94, du 11 février 1994, loi-cadre en matière de travaux publics [10], ajouté à sa rédaction d'origine par l'article 7 de la loi nº 216/1995, du 2 juin 1995 [11]. Aux termes de cette disposition:

«En cas d'adjudication de travaux d'une valeur égale ou supérieure à 5 millions d'ECU en usant du critère du prix le plus bas au sens de l'alinéa 1, l'administration concernée évalue l'anomalie, au sens de l'article 30 de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, de toute offre présentant un rabais égal ou supérieur à la moyenne arithmétique des pourcentages de rabais de toutes les offres admises, à l'exclusion de 10 %, arrondi à l'unité supérieure, des offres présentant respectivement un rabais plus élevé ou moins élevé, augmentée de l'écart arithmétique moyen des pourcentages de rabais qui dépassent la moyenne précitée.

Dans ce but l'administration publique prend en considération dans le délai de soixante jours à compter de la date de présentation des offres les seules justifications fondées sur l'économicité de la procédure de constitution ou des solutions techniques adoptées, ou bien sur les conditions particulièrement favorables dont bénéficie le soumissionnaire, à l'exclusion, en tout état de cause, des justifications portant sur tous les éléments dont les valeurs minimales sont fixées par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, ou bien dont les valeurs peuvent être tirées de données officielles.

Les offres doivent être accompagnées, dès leur présentation, de justificatifs relatifs aux rubriques de prix les plus importantes, indiquées dans l'avis d'appel d'offres ou dans la lettre d'invitation et qui contribuent à former un montant au moins égal à 75 % de la valeur de base du marché.

Concernant les seuls marchés publics de travaux d'un montant inférieur au seuil communautaire, l'administration concernée procède à l'exclusion automatique de la procédure pour les offres qui présentent un pourcentage de rabais égal ou supérieur à celui établi au titre du premier alinéa du présent paragraphe. La procédure d'exclusion automatique ne s'applique pas lorsque le nombre des offres valides est inférieur à cinq» [12].

10 — *Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* (ci-après, «GURI») nº 41, du 19 février 1994, p. 5.

11 — GURI nº 127, du 2 juin 1995, p. 3. Ce texte intégral résulte de l'adoption, avec des modifications, du décret législatif nº 101/1995, du 3 avril 1995, sur des règles urgentes en matière de travaux publics (GURI nº 78, du 3 avril 1995, p. 8).

12 — Rédaction que lui a donnée l'article 7 de la loi nº 415/1998, du 18 novembre 1998 (GURI nº 284, du 4 décembre 1998, supplément ordinaire, p. 5).

11. Le décret législatif nº 163, du 12 avril 2006 [13], transpose dans l'ordre juridique national la directive 2004/18. Dans les dispositions relatives aux offres anormalement basses (articles 86 à 88), le dernier alinéa de l'article 21, paragraphe 1 bis, de la loi nº 109/94 a disparu.

III — Les litiges au principal

12. Par accord du 28 janvier 2003, la municipalité de Turin a décidé de laisser sans effet pro futuro l'article 21, paragraphe 1 bis, de la loi nº 109/94, afin d'éviter l'exclusion automatique des offres anormalement basses, de sorte que, dans le cadre de l'attribution des marchés municipaux, y compris de ceux qui n'atteignaient pas le seuil communautaire, ces offres seraient vérifiées conformément à la procédure contradictoire instaurée par la directive 93/37.

13. Les sociétés italiennes SECAP SpA (affaire C-147/06) et Santorso Soc. coop. arl (affaire C-148/06) ont participé aux deux appels d'offres lancés par la commune concernant l'exécution de travaux déterminés [14], dont les montants ne dépassaient pas ledit seuil. Les avis d'appels d'offres confirmaient le critère du plus fort rabais, prévoyaient la vérification des offres irrégulières, sans exclure automatiquement, en vertu de l'accord du 28 janvier 2003, celles qui étaient anormalement basses. Leurs offres ont été les premières parmi les «normales», cependant, avant de décider, l'autorité municipale a constaté que celles qui paraissaient anormales étaient sérieuses et a attribué les marchés à d'autres soumissionnaires.

14. Les deux sociétés ont formé un recours devant le Tribunale amministrativo regionale de Piamonte et ont soutenu que l'article 21, paragraphe 1 bis, de la loi nº 109/94 excluait mécaniquement les offres anormalement basses, interdisant ainsi aux entités adjudicataires d'entendre leurs auteurs et d'examiner lesdites offres avant de les rejeter. L'organe juridictionnel n'a pas admis cet argument et a rejeté les recours, parce que, selon lui, la disposition autorisait l'exclusion automatique des offres anormalement basses, mais elle ne l'imposait pas, dès lors rien n'empêchait l'administration contractante d'entendre les auteurs des offres et d'examiner celles-ci.

15. Le Consiglio di Stato, saisi des appels interjetés par les requérantes, a appuyé leur thèse et annulé l'interprétation retenue par le tribunal régional; toutefois, il n'est pas resté insensible aux exigences du droit commu-

13 — GURI nº 100, du 2 mai 2006.

14 — La transformation d'un ancien palais en auberge de jeunesse (4 699 999 euros) et la requalification environnementale du corso Francia, entre la piazza Statuto et la piazza Bernini (5 172 579 euros), respectivement.

nautaire, alléguées par la municipalité de Turin, c'est pourquoi il a posé à la Cour, au titre de l'article 234 CE, les questions suivantes:

«1) La règle établie à l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37/CEE, ou celle analogue figurant aux paragraphes 1 et 2 de l'article 55 de la directive 2004/18/CE (si c'est ce dernier qui est considéré comme applicable), selon laquelle, lorsque les offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, doit demander, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes et vérifier cette composition en tenant compte des justifications fournies, énonce-t-elle ou non un principe fondamental du droit communautaire?

2) En cas de réponse négative à la question précédente, «si elle ne revêt pas les caractéristiques d'un principe fondamental du droit communautaire, la règle établie à l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37/CEE, ou celle analogue figurant aux paragraphes 1 et 2 de l'article 55 de la directive 2004/18/CE (si c'est ce dernier qui est considéré comme applicable), selon laquelle, lorsque les offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, doit demander, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes et vérifier cette composition en tenant compte des justifications fournies, forme-t-elle un corollaire implicite ou un 'principe dérivé' du principe de concurrence, pris en combinaison avec le principe de la transparence administrative et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, et doit-elle par conséquent être considérée comme directement applicable et comme primant sur les dispositions nationales éventuellement non conformes, prises par les États membres pour réglementer les procédures d'attribution de marchés publics échappant au champ d'application directe du droit communautaire?»

IV — La procédure devant la Cour

16. Le président de la Cour, par ordonnance du 10 mai 2006, a joint les deux affaires, eu égard à leur connexité objective.

17. Les entreprises demanderesses dans les affaires au principal, la municipalité de Turin, les gouvernements italien, allemand, français, italien, lituanien, autrichien, néerlandais et slovaque, ainsi que la Commission des Communautés européennes ont déposé des observations écrites allant dans des sens

divers, mais qui peuvent toutefois être regroupées dans deux catégories: l'une en faveur de la thèse défendue par de la municipalité de Turin, qui comprend la République de Lituanie, la République slovaque [15] et la Commission, et l'autre qui comprend tous les autres participants de ce renvoi, en faveur de réponses négatives aux questions préjudicielles. Les représentants de Santorso Soc. coop. arl, de la commune de Turin, des gouvernements, italien, allemand et lituanien, ainsi que de la Commission ont assisté à l'audience qui s'est tenue le 25 octobre 2007 pour y être entendus dans leurs observations orales.

V — Analyse des questions préjudicielles

18. Les deux questions posées par le Consiglio di Stato se réduisent, en fait, à une seule visant à savoir si l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37, qui impose d'avoir un débat contradictoire concernant les offres anormalement basses avant de décider de leur éventuelle exclusion, régit les marchés qui n'entrent pas dans son champ d'application; en d'autres termes, si, pour ce type de marchés, cette disposition s'oppose à ce que les États membres décident d'éliminer automatiquement ce type d'offres.

15 — Bien qu'avec quelques nuances en ce qui concerne la position de la République de Lituanie et de la municipalité de Turin, étant donné que, soutenant le rejet de la première question préjudicielle, le gouvernement slovaque se refuse à dissocier la règle de l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37 des principes instaurés par le traité CE, rejoignant ainsi la décision de la municipalité.

19. Ainsi, il convient d'examiner la nature de cette règle afin de déterminer si celle-ci fait partie du droit communautaire primaire et va au-delà de la directive 93/37.

A — *Le point de départ*

20. L'analyse repose sur des bases solides, fermement ancrées dans la jurisprudence, que j'ai déjà examinées [16]; les procédures d'attribution des marchés publics qui, pour différentes raisons (quantitatives ou conceptuelles), ne sont pas couvertes par les directives dans ce domaine n'échappent pas à l'empire de l'ordre juridique de l'Union européenne, de sorte que les principes fondamentaux de celui-ci et, en particulier, les libertés de circulation de base se dressent tels des barrières infranchissables.

21. Cette idée, exposée au deuxième considérant de la directive 2004/18 [17], est assez

16 — Conclusions du 8 novembre 2006 dans l'affaire, Commission/Italie (C-412/04, pendante devant la Cour), points 44 à 47.

17 — «La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence [...]»

ancienne dans les annales de la Cour [18]. Dans l'arrêt du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress [19], il est énoncé que les entités contractantes sont tenues de respecter les règles du traité lors de l'attribution des marchés exclus du champ des directives sectorielles (point 60) [20], jurisprudence réitérée dans l'arrêt du 18 juin 2002, HI (point 47) [21], et suivie plus récemment, très naturellement, sans faire de référence aux cas précédents, dans l'arrêt du 21 juillet 2005, Coname [22].

22. Ensuite, dans l'ordonnance du 3 décembre 2001, Vestergaard [23], il a été souligné que le seul fait que les procédures particulières et rigoureuses prévues par ces directives n'étaient pas appropriées lorsqu'il s'agissait de marchés publics d'une faible valeur ne signifiait pas que ces derniers étaient exclus du champ d'application du droit communautaire, étant donné qu'ils devaient également respecter le traité (points 19 à 21) [24], s'ils présentaient un intérêt pour les opérateurs établis dans d'autres États membres [25]. L'arrêt du 20 octobre 2005, Commission/France [26], a insisté dans le même sens (point 33).

23. Le fait de fixer un seuil économique à partir duquel les marchés sont soumis aux directives se fonde sur une présomption: ceux de faible valeur n'attirent pas les opérateurs établis au-delà des frontières nationales; ils sont donc dénués de portée communautaire. Or, cette présomption, iuris tantum, supporte la preuve contraire; dès lors, ainsi que la Commission le soutient dans ses observations écrites, il convient de ne pas exclure qu'un marché de faible valeur puisse avoir un intérêt pour des entrepreneurs étrangers, en fonction, par exemple, du lieu d'exécution, proche de leur pays, ou parce qu'il est avantageux pour leur stratégie commerciale.

18 — Ainsi que dans celles de la Commission, à savoir dans la communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics (JO 2006, C 179, p. 2, en particulier, pp. 5 et 6).

19 — C-324/98, Rec. p. I-10745.

20 — Dans cette affaire, de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84), remplacée par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004 (JO L 134, p. 1).

21 — C-92/00, Rec. p. I-5553. En fait, cet arrêt concernait davantage une procédure non couverte par la règle qu'un marché exclu d'une directive: le traité exigeait qu'il y ait une voie de recours contre la décision d'annuler l'appel d'offres, qui n'était pas prévue par la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33), dans sa version modifiée par la directive 92/50.

22 — C-231/03, Rec. p. I-7287. Le point 16 de cet arrêt relève que l'attribution d'une concession de ce type (relative à la gestion du service public de distribution du gaz à une société à capitaux majoritairement publics) n'est régie par aucune des directives réglementant le domaine des marchés publics. En l'absence d'une telle réglementation, les conséquences du droit communautaire relatives à l'attribution de telles concessions doivent être examinées à la lumière du droit primaire et, plus particulièrement, des libertés fondamentales prévues par le traité. Les arrêts du 13 octobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585, point 46), et du 6 avril 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303, point 18), se prononcent dans le même sens.

23 — C-59/00, Rec. p. I-9505.

24 — Cette ordonnance a qualifié de contraire à l'article 28 CE la clause du cahier des charges d'un marché de travaux d'un montant minimal, qui exigeait, sans autre explication, l'utilisation de produits d'une certaine marque.

25 — Point 20, a contrario, de l'arrêt Coname.

26 — C-264/03, Rec. p. I-8831.

24. Par conséquent, cette limite quantitative est, à l'évidence, une convention; dès lors, rien ne permet d'exclure qu'un marché d'un montant inférieur attire l'attention dans d'autres États membres, introduisant le facteur qui fait entrer en jeu le droit communautaire et ses objectifs. Par conséquent, les procédures d'attribution de ces marchés qui, en dépit de leur faible intérêt, atteignent une portée européenne doivent respecter les principes du traité, sans préjudice du fait que les marchés d'un prix supérieur aux montants indiqués dans les directives sont soumis aux dispositions de coordination plus strictes [27].

25. Une de ces dispositions, à savoir l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37, applicable ratione temporis aux litiges au principal, réitérée à l'article 55, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/18, interdit l'exclusion automatique des offres anormalement basses. Or, le Consiglio di Stato voudrait savoir si cette interdiction est une règle fondamentale du droit communautaire ou, à tout le moins, un corollaire du principe de compétence pris en combinaison avec les principes de transparence administrative et de non-discrimination en raison de la nationalité, qui doivent également être respectés lors de l'attribution de marchés non couverts par ces directives.

27 — Voir la seconde partie du deuxième considérant de la directive 2004/18.

B — *Moins qu'un principe fondamental...*

26. Les notions de «principe fondamental» ou de «règle fondamentale», employées dans la jurisprudence que j'ai citée, ont une teneur bien précise. Elles ne font pas référence aux éléments axiologiques latents dans le traité, ni à une quelconque mesure adoptée afin d'atteindre les objectifs de celui-ci; elles se situent justement entre ces deux extrêmes, dans le libellé du droit primaire, à l'endroit où les «constituants» communautaires ont inscrit les objectifs qu'ils se proposaient d'atteindre avec les moyens fondamentaux pour y arriver. Une lecture rapide des articles 2 CE et 3 CE révèle qu'ils se rapportent au déplacement sans entrave des personnes, des marchandises, des services et des capitaux, garanti par les libertés de circulation y afférentes (articles 23 CE, 43 CE et 49 CE), auxquelles s'ajoute, s'agissant d'une valeur transversale inhérente à un projet d'intégration de plusieurs pays, l'abolition de toute discrimination exercée en raison de la nationalité (article 12 CE).

27. Cette thèse, semblable à celle du deuxième considérant de la directive 2004/18, se devine également dans les décisions mentionnées. Ce principe de non-discrimination en raison de la nationalité est invoqué au point 60 de l'arrêt Telaustria et Telefonadress; de surcroît, les points 42 et 47 de l'arrêt HI font allusion à la liberté d'éta-

blissement et à la libre prestation de services; la ratio decidendi de l'ordonnance Vestergaard repose sur l'autre liberté de circulation, à savoir celle qui concerne les marchandises (point 21); enfin, dans l'arrêt Coname, il est de nouveau fait référence aux articles 43 CE et 49 CE pour rejeter une discrimination indirecte exercée en raison de la nationalité.

28. Force est de constater que les «principes fondamentaux» du traité, capables d'atténuer le pouvoir des États membres dans les procédures d'attribution de marchés exclus de la coordination entreprise par les directives sectorielles, coïncident avec ceux évoqués dans les préambules de ces mêmes directives, que la Cour a mis en exergue.

29. Du reste, cela ne saurait étonner personne, puisque, ainsi qu'il est souligné dans le deuxième considérant de la directive 2004/18, ses dispositions découlent de ces principes; en effet les directives poursuivent un objectif immédiat limité, à savoir ladite coordination des procédures, afin de favoriser le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics [28], au nom de la réalisation des libertés essentielles de l'intégration européenne. En particulier, l'objectif est de supprimer les entraves à la libre circulation et de protéger les intérêts des opérateurs économiques d'un État membre désireux de vendre leurs produits ou leurs services aux pouvoirs adjudicateurs d'autres États membres [29].

30. L'envers de cette image laisse apparaître que l'engagement est double: éliminer le risque que préférence soit donnée aux soumissionnaires nationaux *(buy national)* et que l'organe adjudicateur compétent se laisse guider par des considérations autres qu'économiques [30] (ainsi, le critère d'attribution primordial est toujours celui de l'offre la plus basse ou de l'offre économiquement la plus avantageuse).

31. Dans ce contexte, la première question préjudicielle ne mérite qu'une réponse négative, dans la mesure où l'élimination automatique des offres anormalement basses, lors de l'attribution d'un marché public de travaux, ne s'oppose à aucun principe de base du traité; en effet, les libertés fondamentales ou l'interdiction des discriminations susmentionnées n'exigent pas que le

28 — Arrêt Fratelli Costanzo, point 18.

29 — Arrêts du 10 novembre 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821, point 41); du 3 octobre 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec. p. I-8035, point 16); et du 1er février 2001, Commission/France (C-237/99, Rec. p. I-939, point 41).

30 — Arrêts du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Rec. p. I-73, point 33); BFI Holding, point 42; University of Cambridge, point 17, et du 1er février 2001, Commission/France (C-237/99, point 42).

soumissionnaire qui présente une offre de ce type soit absolument et toujours entendu avant qu'il soit statué sur le sort de cette dernière.

32. Notamment parce que le principe d'efficacité, qui s'applique également dans le cadre du droit communautaire des marchés publics, impose sa logique. Enfin, la gestion des intérêts publics requiert une telle efficacité, qui, parfois, est incompatible avec le rythme qu'impose une procédure sélective bardée de garanties [31].

34. J'ai déjà soutenu que la procédure d'audition prévue par cette règle était considérée comme étant «fondamentale» dans l'arrêt Lombardini et Mantovani [32]. Derrière l'adjectif se cache la conviction qu'il est indispensable de se livrer à une vérification contradictoire des offres anormalement basses afin d'avoir une concurrence réelle dans les marchés publics et de garantir la libre circulation, ce qui suppose, ainsi que je le signale dans les conclusions de deux affaires, que les soumissionnaires participent sur un pied d'égalité, sans aucune discrimination (point 24).

C — ...mais plus qu'une simple règle de droit positif

1. Les principes implicites

33. L'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37 n'est pas davantage une disposition discrétionnaire du législateur, éventuellement capricieuse, sans aucun lien extérieur, qui pourrait très bien n'avoir jamais existé.

35. L'interdiction de toute discrimination, en particulier si elle est exercée en raison de la nationalité, implique une obligation de transparence, garantissant à tout soumissionnaire potentiel un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication, ainsi qu'il ressort de l'arrêt du 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia et 3-S [33] (points 61 et 62).

31 — Point 30 de mes conclusions du 5 juin 2001 dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Lombardini et Mantovani.

32 — Dans l'arrêt, il est souligné qu'il ressort du libellé même de ladite disposition, qu'il incombe au pouvoir adjudicateur d'identifier les offres suspectes, de permettre aux entreprises concernées d'en démontrer le sérieux, d'apprécier la pertinence des explications fournies par les intéressés et de prendre une décision quant à l'admission ou au rejet desdites offres (point 55).

33 — Affaire C-275/98, Rec. p. I-8291. Dans le même sens, voir arrêts précités Telaustria et Telefonadress (points 61 et 62) et Parking Brixen (point 49).

36. Dans cette mesure, il semble légitime de se demander, à l'instar du Consiglio di Stato, si ledit article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37, dès lors qu'il n'énonce pas un principe fondamental du droit européen, forme un de ses corollaires nécessaires, auxquels les marchés publics doivent être soumis, qu'ils soient ou non couverts par les directives, s'ils revêtent un intérêt communautaire.

37. En d'autres termes, au cas où l'exclusion automatique des offres violerait ces corollaires, conviendrait-il d'appliquer la règle en cause aux marchés qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive 93/37?

2. Les soumissionnaires et la notion d'offre anormalement basse

38. La notion d'offre anormalement basse n'est pas établie sur des bases abstraites; au contraire, elle se définit par référence au marché devant être attribué et relativement à la prestation [34] en cause. Elle réunit donc les caractéristiques d'un concept indéterminé, imprécis a priori, mais prévisible en fonction des spécificités du marché.

34 — Point 32 des conclusions dans l'affaire Lombardini et Mantovani.

39. Cette caractéristique est davantage marquée dans le système italien, qui précise la notion, eu égard à la teneur du marché et au prix des différentes propositions, avec un mécanisme mathématique de fixation du seuil d'anomalie.

40. Les concurrents qui, grâce à la publicité, ont pris connaissance de la prestation et de sa nature élaborent leurs projets en secret, de sorte que chacun ne connaît que le sien. En général, étant donné que le système récompense l'offre la plus basse ou la plus avantageuse économiquement, celles-ci sont très ajustées, afin d'avoir le prix le plus faible, même au risque d'entamer le bénéfice de l'entreprise.

41. Par conséquent, ils encourent tous le même risque de voir leur offre, une fois les enveloppes ouvertes, classée dans les offres anormales.

42. Toutefois, cet équilibre est rompu lorsqu'un des concurrents dispose des éléments d'appréciation qui auront un effet sur la fixation du seuil d'anomalie, rompant ainsi l'indispensable égalité.

3. Les ententes dans la présentation des offres

43. Le Consiglio di Stato, appréciant les faits allégués par la municipalité de Turin, dresse un tableau, que la Cour ne saurait ignorer, dans lequel l'exclusion automatique des rabais déraisonnables, inévitable en vertu de l'article 21, paragraphe 1 bis, de la loi n° 109/94, favorise les ententes visant à influencer ex ante le résultat de la procédure de sélection.

44. Le droit communautaire ne reste pas à l'écart face à cela.

45. À l'évidence, le mécanisme d'exclusion des offres qui, aux termes du paragraphe 1 de cette disposition, se révèlent anormalement basses n'est pas en soi discriminatoire, compte tenu de son caractère objectif. J'expose, dans les conclusions dans l'affaire Lombardini et Mantovani, que la législation italienne met en œuvre un dispositif arithmétique et automatique de fixation du seuil d'anomalie, parfaitement conforme à l'objectif de la directive 93/37, qui favorise, pour chaque appel d'offres, la fixation par le marché du seuil à partir duquel une proposition pourra être considérée comme anormale. Tous les candidats sont sur un pied d'égalité, sans qu'aucun ne jouisse d'un avantage pour préparer son offre (points 33 et 35). Dès lors, le rejet direct des soumissionnaires irréguliers, sans leur laisser l'occasion de s'expliquer, ne discriminerait personne.

46. Cependant, il en va autrement si, en vertu d'accords abusifs, un groupe d'entrepreneurs, d'ordinaire ceux qui opèrent dans le marché territorial de l'appel d'offres, s'entend pour élaborer des offres homogènes, avec des différences minimes, conférant le caractère d'anormalement bas à celles des concurrents restés en marge de ces accords, sans leur laisser la possibilité de se défendre ni de prouver la qualité de leur option.

47. Il y a dès lors atteinte à la transparence et à la saine concurrence, qui sont des principes du droit communautaire dans le secteur des marchés publics, dans la mesure où, lorsque les candidats malheureux sont établis dans d'autres États membres, ils doivent avoir l'occasion de faire valoir leur point de vue, si l'on veut éviter d'exercer une discrimination interdite par le traité. La municipalité de Turin a exposé, lors de l'audience dans cette affaire préjudicielle, que, à la suite de la non application de la disposition nationale, il y a eu une baisse significative des offres réalisées dans le but d'affecter la libre concurrence.

48. En somme, s'agissant de l'attribution des marchés d'importance communautaire, les

principes susmentionnés exigent que l'administration contractante entende, dans le cadre d'un débat contradictoire, les allégations des entrepreneurs dont les offres ont été qualifiées d'anormalement basses. Par conséquent, ils s'opposent à une législation nationale qui, pour les marchés d'un montant inférieur au seuil prévu par les directives sectorielles, impose l'exclusion automatique de ces offres, sans procéder à une audition.

4. Le droit à une bonne administration

49. À cette perspective, objective et abstraite, qui va au-delà des intérêts individuels des entrepreneurs plongés dans une procédure de sélection, s'ajoute une autre, subjective, où leurs droits et, en particulier, l'interdiction de les priver de leurs droits de la défense lors de la procédure administrative prennent une grande importante.

50. Cette interdiction de les priver de leurs droits de la défense est expressément admise par les ordres juridiques de tous les États membres et fait partie du droit à une bonne administration, que la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [35] proclame à l'article 41, au chapitre V, consacré à la citoyenneté. Le paragraphe 2 de cet article reconnaît le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre.

51. La charte, dont la Cour a souligné l'importance récemment, en particulier dans l'arrêt du 27 juin 2006, Parlement/Conseil [36], et dans l'arrêt du 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld [37], exige que le soumissionnaire, avant d'être éliminé, fasse valoir son point de vue afin de convaincre le pouvoir adjudicateur de la justesse de son offre.

52. Je suis d'accord avec la Commission sur le fait que ce droit, pris isolément, n'exige pas que l'entrepreneur prétendument téméraire soit toujours entendu, étant donné que, en principe, il est déjà protégé par l'examen impartial des offres, conformément à des critères déterminés à l'avance, objectifs et non discriminatoires. Toutefois, un concurrent risquant d'être éliminé à cause d'une entente entre les autres est désavantagé, et il le sera plus encore si, de surcroît, on ne lui donne pas la possibilité de s'exprimer.

35 — JO 2000, C 364, p. 1.

36 — C-540/03, Rec. p. I-5769.

37 — C-303/05, Rec. p. I-3633. Sur la nature de la charte, voir les points 76 à 79 de mes conclusions dans cette affaire.

53. Ainsi, le droit d'être entendu par l'administration fournit des arguments contre l'exclusion automatique des offres anormalement basses, puisque, ainsi que je l'ai précisé, la notion d'«anormalité» est un concept juridique indéterminé, qu'il convient de compléter dans chaque cas en fonction des caractéristiques des candidats.

54. Par conséquent, il est déconseillé, au regard du droit à une bonne administration, de supprimer la vérification contradictoire des offres avant de se prononcer sur leur pertinence, même à l'égard des marchés qui ne sont pas soumis aux directives sectorielles, parce qu'elle entraînerait une diminution des garanties prévues dans les directives dites «recours» [38].

5. La marge d'appréciation des États membres

55. Il découle de ce qui précède que le droit communautaire s'oppose à une réglementation nationale qui impose aux pouvoirs adjudicateurs de rejeter automatiquement les offres anormalement basses pour des marchés publics non régis par les directives sur la coordination des procédures d'adjudication, mais recommande, au contraire, de donner à ces pouvoirs l'occasion d'apprécier, cas par cas, l'intérêt d'ouvrir une procédure d'audition afin de vérifier, de façon contradictoire, leur structure [39].

56. Toutefois, l'autonomie des États membres les affranchit de l'obligation de suivre la voie de l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37, et leur permet de définir la façon dont les droits, que l'ordre juridique communautaire confère aux citoyens, seront protégés, sans autres limites que celles résultant des principes d'équivalence et d'efficacité: à savoir que les procédures ne peuvent être moins favorables que celles prévues pour protéger les droits fondés sur l'ordre interne et doivent être organisées de sorte qu'elles n'aboutissent pas à rendre en pratique difficile ou presque impossible la finalité poursuivie [40].

38 — La directive 89/665, précitée et la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 76, p. 14).

39 — L'arrêt du 7 octobre 2004, Sintesi (C-247/02, Rec. p. I-9215), a annulé une disposition nationale qui imposait aux pouvoirs adjudicateurs un critère unique d'attribution des marchés publics, les privant ainsi de la possibilité de prendre en considération la nature et les spécificités de tels marchés, et de choisir le critère le plus apte à assurer la libre concurrence, ainsi que la meilleure offre (point 40).

40 — Selon une jurisprudence constante, dont l'arrêt du 16 décembre 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), forme le premier maillon.

VI — Conclusion

57. Eu égard à ces considérations, je propose à la Cour de répondre au Consiglio di Stato, de la façon suivante:

«Les principes de libre concurrence, de transparence administrative et de non-discrimination exercée en raison de la nationalité, qui régissent le droit communautaire de la passation des marchés publics, ainsi que le droit à une bonne administration, s'opposent à une règle nationale qui, s'agissant de la procédure d'attribution des marchés publics exclus des directives en la matière, contraint le pouvoir adjudicateur à rejeter automatiquement les offres anormalement basses, sans aucune possibilité de vérification contradictoire.»