Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

13 juillet 2017 *

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Directive 2004/18/CE – Article 47, paragraphes 1, 4 et 5 – Capacité économique et financière du soumissionnaire – Directives 89/665/CEE et 2007/66/CE – Recours juridictionnel contre une décision d'exclusion d'un soumissionnaire d'une procédure d'appel d'offres – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Article 47 – Droit à un recours effectif »

Dans l'affaire C-76/16,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Najvyšší súd Slovenskej republiky (Cour suprême de la République slovaque), par décision du 28 janvier 2016, parvenue à la Cour le 11 février 2016, dans la procédure

Ingsteel spol. s r. o.,

Metrostav a.s.

contre

Úrad pre verejné obstarávanie,

en présence de :

Slovenský futbalový zväz,

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M. M. Ilešič, président de chambre, M^me^ A. Prechal, M. A. Rosas, M^me^ C. Toader (rapporteur) et M. E. Jarašiūnas, juges,

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

greffier : M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées :

– pour le gouvernement slovaque, par M^me^ B. Ricziová, en qualité d'agent,

– pour la Commission européenne, par M. A. Tokár, en qualité d'agent,

* Langue de procédure : le slovaque.

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 21 mars 2017,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 47, paragraphe 1, sous a), paragraphes 4 et 5, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114), de l'article 1er, paragraphe 1, et de l'article 2, paragraphes 3 et 6 à 8, 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 »), ainsi que de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Ingsteel spol. s r. o. et Metrostav a.s. (ci-après, ensemble, le « soumissionnaire évincé ») à l'Úrad pre verejné obstarávanie (autorité de régulation des marchés publics, Slovaquie) au sujet d'une procédure de passation d'un marché public engagée par la Slovenský futbalový zväz (association slovaque de football, ci-après le « pouvoir adjudicateur »).

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

La directive 2004/18

3 Conformément à l'article 91 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18 (JO 2014, L 94, p. 65), la directive 2004/18 a été abrogée avec effet au 18 avril 2016. Compte tenu de la date des faits au principal, le présent renvoi préjudiciel est, toutefois, examiné au regard de la directive 2004/18, telle qu'en vigueur avant cette abrogation.

4 Le considérant 39 de la directive 2004/18 était libellé comme suit :

« La vérification de l'aptitude des soumissionnaires, dans les procédures ouvertes, et des candidats, dans les procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché ainsi que dans le dialogue compétitif, et leur sélection devraient être effectuées dans des conditions de transparence. À cet effet, il convient d'indiquer les critères non discriminatoires que les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser pour sélectionner les concurrents et les moyens que les opérateurs économiques peuvent utiliser pour prouver qu'ils satisfont à ces critères. Dans cette perspective de transparence, le pouvoir adjudicateur devrait être tenu d'indiquer, dès la mise en concurrence d'un marché, les critères de sélection qu'il utilisera pour la sélection ainsi que le niveau de capacités spécifiques qu'il exige éventuellement de la part des opérateurs économiques pour les admettre à la procédure de passation du marché. »

5 L'article 44 de la directive 2004/18, intitulé « Vérification de l'aptitude et choix des participants, attribution des marchés », prévoyait, à son paragraphe 2 :

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

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

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

6 Aux termes de l'article 47 de cette directive, intitulé « Capacité économique et financière » :

« 1. La justification de la capacité économique et financière de l'opérateur économique peut, en règle générale, être constituée par une ou plusieurs des références suivantes :

a) des déclarations appropriées de banques ou, le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels ;

[...]

4. Les pouvoirs adjudicateurs précisent, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner, celle ou celles des références visées au paragraphe 1 qu'ils ont choisies ainsi que les autres références probantes qui doivent être produites.

5. Si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les références demandées par le pouvoir adjudicateur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur. »

7 L'article 48 de ladite directive prévoyait les conditions relatives aux capacités techniques et/ou professionnelles des opérateurs économiques.

Les directives 89/665 et 2007/66

8 Le considérant 36 de la directive 2007/66 énonce :

« La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la [Charte]. 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. »

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

« 1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la directive [2004/18], sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive.

[...]

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], 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.

[...]

5. Les États membres peuvent exiger que la personne concernée introduise en premier lieu un recours auprès du pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, les États membres veillent à ce que l'introduction dudit recours entraîne la suspension immédiate de la possibilité de conclure le marché.

[...]

La suspension visée au premier alinéa ne prend pas fin avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où le pouvoir adjudicateur a envoyé une réponse si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si un autre moyen de communication est utilisé, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où le pouvoir adjudicateur a envoyé une réponse, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception d'une réponse. »

10 L'article 2 de cette directive, qui régit les exigences en matière de procédures de recours, dispose :

« 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.

3. Lorsqu'une instance de premier ressort, indépendante du pouvoir adjudicateur, est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché, les États membres s'assurent que le pouvoir adjudicateur ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours. La suspension prend fin au plus tôt à l'expiration du délai de suspension visé à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, et à l'article 2 *quinquies*, paragraphes 4 et 5.

4. Sauf dans les cas prévus au paragraphe 3 et à l'article 1er, paragraphe 5, les procédures de recours ne doivent pas nécessairement avoir des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se rapportent.

[...]

6. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque des dommages et intérêts sont réclamés au motif que la décision a été prise illégalement, la décision contestée doit d'abord être annulée par une instance ayant la compétence nécessaire à cet effet.

7. Sauf dans les cas prévus aux articles 2 *quinquies* à 2 *septies*, les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 du présent article sur le contrat conclu à la suite de l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages et intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat intervenue conformément à l'article 1er, paragraphe 5, au paragraphe 3 du présent article ou aux articles 2 *bis* à 2 *septies*, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages et intérêts à toute personne lésée par une violation.

8. Les États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace.

9. Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions sont toujours motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui est une juridiction au sens de l'article [267 TFUE] et qui est indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base.

[...] »

Le droit slovaque

11 Aux termes de l'article 9, paragraphe 3, de la loi nº 25/2006 relative aux marchés publics, dans sa version applicable à l'affaire au principal :

« La passation de marchés publics doit respecter les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination des soumissionnaires ou des intéressés, de transparence, d'économie et d'efficacité. »

12 L'article 27 de cette loi, intitulé « Situation financière et économique », prévoit :

« 1. La justification de la capacité économique et financière peut, en règle générale, être constituée par :

a) des déclarations de banques ou de succursales de banques étrangères telles qu'un engagement de prêt par la banque ou succursale d'une banque étrangère.

[...]

3. Si, pour des motifs objectifs, le soumissionnaire ou l'intéressé n'est pas en mesure de produire les références financières et économiques, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document démontrant celle-ci. »

13 L'article 32, paragraphe 1, sous b), de ladite loi est libellé comme suit :

« Le pouvoir adjudicateur précise, dans l'avis de marché, les critères de sélection concernant

[...]

b) la capacité économique et financière et les références probantes visées à l'article 27.

[...] »

Le litige au principal et les questions préjudicielles

14 Par avis publié le 16 novembre 2013 au supplément du *Journal officiel de l'Union européenne* sous le numéro 223/2013, ainsi qu'au Bulletin slovaque d'annonces des marchés publics du même jour sous la référence 18627-MSP, le pouvoir adjudicateur a lancé un appel d'offres en vue de la passation d'un marché public portant sur des travaux de reconstruction, de modernisation et de construction concernant seize stades de football (ci-après le « marché public »).

15 Il ressort des informations fournies par la juridiction de renvoi en réponse à une demande d'éclaircissement que la valeur du marché public s'élevait à 25 500 000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA).

16 En ce qui concerne les exigences en matière de capacité économique et financière, l'avis de marché, se référant à l'article 27, paragraphe 1, sous a), de la loi n° 25/2006, exigeait des participants à l'appel d'offres qu'ils produisent une déclaration d'une banque slovaque ou d'une succursale slovaque d'une banque étrangère selon laquelle il leur serait consenti un prêt d'une valeur minimale de 3 000 000 euros, somme dont ils devraient disposer sur toute la durée d'exécution du marché public. Cette attestation devait se présenter sous la forme d'un contrat de prêt ou d'un contrat d'ouverture de crédit et avoir été émise par une personne habilitée à engager l'établissement bancaire sollicité.

17 Le soumissionnaire évincé a participé audit appel d'offres. Pour justifier qu'il remplissait les exigences visées au point précédent, il a présenté une attestation émanant d'un établissement bancaire qui contenait des informations relatives à l'ouverture d'un crédit en compte courant à concurrence d'un montant supérieur à 5 000 000 euros et une attestation sur l'honneur certifiant que, dans l'hypothèse où son offre serait sélectionnée, son compte courant serait crédité d'une somme de 3 000 000 euros au minimum à la date de la conclusion du contrat d'ouvrage et pendant toute la durée d'exécution du marché public.

18 Le soumissionnaire évincé a invoqué une impossibilité objective de satisfaire autrement aux exigences en matière de capacité économique et financière fixées par le pouvoir adjudicateur, s'appuyant sur les déclarations des banques slovaques interrogées par ce dernier, selon lesquelles un engagement contraignant de prêter, tel que demandé dans l'avis de marché, aurait pu être émis uniquement après que l'opération de crédit a été approuvée et que toutes les exigences imposées par la banque en vue de la conclusion du contrat de prêt ont été respectées.

19 Estimant que ledit soumissionnaire n'avait notamment pas satisfait aux exigences en matière de capacités économique et financière visées à l'article 27, paragraphe 1, sous a), de la loi n° 25/2006, le pouvoir adjudicateur a décidé de l'exclure du marché. Cette décision a été confirmée par l'autorité de régulation des marchés publics. Le Krajský súd de Bratislava (cour régionale de Bratislava, Slovaquie)

ayant rejeté le recours contre cette décision par jugement du 13 janvier 2015, le soumissionnaire évincé a saisi la juridiction de renvoi, le Najvyšší súd Slovenskej republiky (Cour suprême de la République slovaque), d'un recours contre ce jugement.

20 Cette dernière s'interroge sur la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur qui, nonobstant le fait que le soumissionnaire évincé disposait, au moment de la procédure de sélection de l'offre, d'un engagement émanant d'un établissement bancaire relatif au prêt d'une somme de 5 000 000 euros, a estimé qu'il ne remplissait pas les critères en matière de capacité économique et financière fixés dans l'avis de marché.

21 La juridiction de renvoi se demande également si la capacité économique et financière pourrait être démontrée par des moyens alternatifs et, dans ce contexte, si une attestation sur l'honneur, fournie par le soumissionnaire évincé, certifiant que, dans l'hypothèse où son offre serait sélectionnée, son compte sera créditeur de 3 000 000 euros au minimum à la date de la conclusion du contrat d'ouvrage et pendant toute la durée d'exécution du marché, pourrait suffire à cette fin.

22 Enfin, la juridiction de renvoi s'interroge sur le point de savoir si le recours juridictionnel dont le soumissionnaire évincé dispose au niveau national peut être qualifié d'« effectif », au sens du droit de l'Union, dès lors que l'objet de ce recours a disparu, l'adjudicataire du marché public ayant presque entièrement exécuté celui-ci.

23 C'est dans ces conditions que le Najvyšší súd Slovenskej republiky (Cour suprême de la République slovaque) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Une autorité nationale agit-elle de manière conforme à l'objectif poursuivi notamment par l'article 47, paragraphe 1, sous a), et paragraphe 4, de la directive [2004/18] si elle constate qu'un soumissionnaire à un marché dont la valeur est estimée à 3 000 000 euros ne satisfait pas au critère de sélection relatif à la capacité économique et financière, alors que l'attestation sur l'honneur qu'il a fournie et la déclaration qui lui a été adressée par sa banque certifient qu'il est en mesure de prélever des sommes d'argent en vertu d'un prêt bancaire non affecté jusqu'à une limite dont le montant dépasse la valeur du marché ?

2) Le comportement, sur le marché des services bancaires d'un État membre, d'une banque qui, dans un engagement contraignant de prêter, subordonne la mise à disposition des fonds sollicités au respect de conditions d'octroi de prêt qui ne sont pas déterminées de manière plus spécifique dans le contrat de prêt au moment de la procédure de passation du marché constitue-t-il une "raison justifiée", au sens de l'article 47, paragraphe 5, de la directive 2004/18, empêchant le soumissionnaire de produire les références demandées par le pouvoir adjudicateur, si bien que ledit soumissionnaire pourra établir sa capacité économique et financière par une attestation sur l'honneur certifiant que la relation de prêt entre lui et sa banque est suffisante ?

3) Peut-on considérer que le juge national se trouve face à un obstacle objectif qui l'empêche de se conformer à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de la [Charte], lu conjointement avec l'article 1er, paragraphe 1, et l'article 2, paragraphes 3 et 6 à 8, de la directive [89/665], s'il est appelé à statuer sur un recours formé par un soumissionnaire évincé par une décision de l'autorité administrative en matière de marchés publics, alors que l'exécution des différents marchés est presque achevée par le soumissionnaire retenu ? »

Sur les questions préjudicielles

Sur la première question

24 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 47, paragraphe 1, sous a), et paragraphe 4, de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur exclue un soumissionnaire d'un marché public, au motif que celui-ci ne remplit pas la condition relative à la capacité économique et financière fixée par l'avis de marché, relative à la présentation d'une attestation émanant d'un établissement bancaire aux termes de laquelle ce dernier s'engage à consentir un prêt à hauteur du montant fixé dans cet avis de marché et à garantir à ce soumissionnaire la disponibilité de ce montant pendant toute la durée de l'exécution du marché.

25 Il convient de rappeler, à titre liminaire, que l'article 267 TFUE habilite la Cour non pas à appliquer les règles du droit de l'Union à une espèce déterminée, mais seulement à se prononcer sur l'interprétation des traités et des actes pris par les institutions de l'Union européenne. La Cour peut cependant, dans le cadre de la coopération judiciaire instaurée par cet article, à partir des éléments du dossier, fournir à la juridiction nationale les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui pourraient lui être utiles dans l'appréciation des effets de telle ou telle disposition de celui-ci (arrêt du 16 juillet 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, point 71 et jurisprudence citée).

26 Aux termes de l'article 44 de la directive 2004/18, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des niveaux minimaux de capacités auxquels les soumissionnaires doivent satisfaire. Ces niveaux minimaux de capacités doivent être indiqués dans l'avis de marché.

27 À cet égard, l'article 47, paragraphe 1, de cette directive énumère les références qui peuvent, en règle générale, être exigées d'un opérateur économique pour justifier de sa capacité économique et financière. Ces références visent à établir que le soumissionnaire dispose des moyens nécessaires pour l'exécution d'un marché public. Parmi ces références figurent « des déclarations appropriées de banques ».

28 Aux termes du paragraphe 4 du même article, les pouvoirs adjudicateurs précisent, dans l'avis de marché, les références qu'ils ont choisies ainsi que les autres références probantes qui doivent être produites.

29 En l'occurrence, l'avis de marché en cause au principal exigeait, en tant que critère relatif à la justification de la capacité économique et financière, la production par le soumissionnaire d'un document émanant d'un établissement bancaire attestant de l'octroi, à son profit, d'un prêt d'un montant minimal de 3 000 000 euros, valable pendant toute la durée de l'exécution du marché, soit 48 mois.

30 Il ressort du dossier soumis à la Cour que le soumissionnaire évincé a présenté une déclaration émanant d'un établissement bancaire contenant des informations relatives à sa situation financière et une attestation faisant état d'une ouverture de crédit en compte courant d'un montant supérieur à 5 000 000 euros. Le soumissionnaire évincé a également produit une attestation aux termes de laquelle il déclarait sur l'honneur que, dans l'hypothèse où son offre serait sélectionnée, son compte serait créditeur de 3 000 000 euros au minimum pendant toute la durée d'exécution du marché.

31 Le pouvoir adjudicateur a toutefois considéré que le soumissionnaire évincé n'avait pas satisfait aux exigences requises en matière de capacités économique et financière, dès lors que la situation économique et financière de ce dernier n'aurait pas répondu à la condition de participation impliquant la présentation d'une preuve sous la forme et au contenu requis.

32 À cet égard, il y a lieu de rappeler que l'article 47 de la directive 2004/18 laisse une assez grande liberté aux pouvoirs adjudicateurs, ce qui ressort notamment des termes « en règle générale » visés à cette disposition. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, contrairement à l'article 48 de cette directive, qui établit un système fermé qui limite les modes d'évaluation et de vérification dont disposent lesdits pouvoirs et, partant, leurs possibilités de formuler des exigences, le paragraphe 4 de cet article 47 autorise expressément les pouvoirs adjudicateurs à choisir les références probantes qui doivent être produites par les candidats ou les soumissionnaires en vue de justifier de leur capacité économique et financière. L'article 44, paragraphe 2, de la directive 2004/18 se référant audit article 47, la même liberté de choix existe en ce qui concerne les niveaux minimaux de capacité économique et financière (voir, en ce sens, arrêt du 18 octobre 2012, Édukövízig et Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, point 28).

33 Cela étant, il ressort expressément de l'article 44, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/18 que les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. Il en découle que les exigences en termes de capacité économique et financière doivent être objectivement propres à renseigner sur cette capacité dans le chef d'un opérateur économique et que celles-ci doivent être adaptées à l'importance du marché concerné en ce sens qu'elles constituent objectivement un indice positif de l'existence d'une assise économique et financière suffisante pour mener à bien l'exécution de ce marché, sans toutefois aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin (voir, en ce sens, arrêt du 18 octobre 2012, Édukövízig et Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, point 29).

34 En outre, il convient de rappeler, d'une part, que le principe d'égalité de traitement impose que les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que ces offres soient soumises aux mêmes conditions pour tous les soumissionnaires. D'autre part, l'obligation de transparence, qui en constitue le corollaire, a pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Cette obligation implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, premièrement, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, deuxièmement, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause (arrêt du 2 juin 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, point 36 ainsi que jurisprudence citée).

35 En ce qui concerne, d'une part, l'exigence expressément mentionnée dans l'avis de marché selon laquelle la garantie financière devait être fournie « en vue de l'exécution du marché », il semble ressortir du libellé de la première question préjudicielle que le pouvoir adjudicateur a considéré qu'une telle exigence n'était pas satisfaite dès lors que le prêt bancaire consenti au soumissionnaire, bien qu'il dépassait le montant exigé par ledit avis de marché, était un crédit en compte courant qui n'était pas affecté à l'exécution du marché.

36 À cet égard, il y a lieu de considérer qu'une exigence d'obtention d'un prêt affecté à l'exécution du marché est objectivement propre à renseigner sur la capacité économique du soumissionnaire à mener à bien l'exécution du marché. En effet, ainsi que l'a relevé la Commission européenne, l'affectation du prêt est propre à établir que le soumissionnaire a effectivement la disposition des moyens qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché (voir, en ce sens, arrêt du 2 décembre 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, point 29). Il appartient toutefois encore à la juridiction de renvoi de vérifier que le montant exigé dans l'avis de marché est proportionné à l'objet du marché.

37 S'agissant, d'autre part, de l'exigence, également mentionnée dans l'avis de marché, relative à l'octroi d'un prêt d'un montant minimal de 3 000 000 euros « pendant la durée d'exécution du marché (48 mois) » si, certes, l'article 47 de la directive 2004/18 ne prévoit pas expressément que le pouvoir

adjudicateur puisse exiger d'un soumissionnaire que les moyens nécessaires à l'exécution du marché soient disponibles pendant toute la durée d'exécution du marché, il y a lieu de considérer, à l'instar de M. l'avocat général au point 46 de ses conclusions, que la vérification du respect des critères économiques et financiers par le pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la procédure d'attribution du marché, suppose que celui-ci ait l'assurance que le soumissionnaire a effectivement l'usage des moyens de toute nature dont il se prévaut pendant la période couverte par le marché (voir, en ce sens, arrêt du 14 janvier 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, point 26 et jurisprudence citée).

38 En outre, le maintien de la disponibilité de la somme requise pendant l'exécution du contrat est un élément utile en vue d'apprécier, de façon concrète, la capacité économique et financière du soumissionnaire par rapport à ses engagements. La bonne exécution du marché est en effet intrinsèquement liée à ce que le soumissionnaire dispose des moyens financiers à mener celui-ci à bien.

39 Partant, en l'occurrence, la condition selon laquelle le soumissionnaire doit pouvoir disposer des fonds pendant toute la durée de l'exécution du marché est propre à garantir les objectifs de l'article 47, paragraphe 1, de la directive 2004/18.

40 Toutefois, il appartient au juge national d'apprécier la pertinence des preuves apportées par le soumissionnaire à cet effet, dont notamment le contrat d'ouverture de crédit en compte courant.

41 Il résulte des développements qui précèdent qu'il convient de répondre à la première question que l'article 47, paragraphe 1, sous a), et paragraphe 4, de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur exclue un soumissionnaire d'un marché public, au motif que ce dernier ne remplit pas la condition relative à la capacité économique et financière fixée par l'avis de marché, relative à la présentation d'une attestation émanant d'un établissement bancaire aux termes de laquelle ce dernier s'engage à consentir un prêt à hauteur du montant fixé dans cet avis de marché et à garantir à ce soumissionnaire la disponibilité de ce montant pendant toute la durée de l'exécution du marché.

Sur la deuxième question

42 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi cherche, en substance, à savoir si, lorsqu'un avis de marché exige la production d'une attestation émanant d'un établissement bancaire, aux termes de laquelle ce dernier s'engage à consentir un prêt à hauteur du montant fixé dans cet avis de marché et à garantir à ce soumissionnaire la disponibilité de ce montant pendant toute la durée de l'exécution du marché, la circonstance que les établissements bancaires sollicités par le soumissionnaire ne s'estiment pas en mesure de délivrer au soumissionnaire une attestation dans les termes ainsi précisés, peut constituer une « raison justifiée », au sens de l'article 47, paragraphe 5, de la directive 2004/18, autorisant, le cas échéant, ledit soumissionnaire à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur, telle qu'une attestation sur l'honneur certifiant que, dans l'hypothèse où son offre serait sélectionnée, son compte courant serait crédité d'une somme correspondant au montant fixé dans l'avis de marché dès la conclusion du marché et pendant toute sa durée d'exécution.

43 L'article 47, paragraphe 5, de la directive 2004/18 autorise les soumissionnaires qui se trouvent, pour une raison justifiée, dans l'impossibilité de produire des références demandées par le pouvoir adjudicateur à prouver leur capacité économique et financière par tout autre document, pour autant que le pouvoir adjudicateur considère un tel document comme approprié à cet effet.

44 En l'occurrence, le soumissionnaire évincé a présenté une attestation sur l'honneur certifiant que, dans l'hypothèse où son offre serait sélectionnée, son compte serait créditeur de 3 000 000 euros au minimum pendant toute la durée d'exécution du marché, alléguant qu'il lui était impossible d'obtenir une attestation d'un établissement bancaire s'engageant à lui consentir un prêt à hauteur du montant fixé dans l'avis de marché.

45 Il appartient, à cet égard, à la juridiction de renvoi de vérifier si le soumissionnaire évincé était dans l'impossibilité objective de produire les références demandées par le pouvoir adjudicateur. Tel serait le cas, notamment, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 53 de ses conclusions, si ledit soumissionnaire n'était pas en mesure, en Slovaquie, d'obtenir des références telles que celles exigées dans l'avis de marché.

46 Ce n'est que si la juridiction de renvoi devait constater une telle impossibilité objective qu'il lui incomberait de vérifier si le pouvoir adjudicateur était fondé à considérer que l'attestation sur l'honneur produite par le soumissionnaire ne constituait pas un document approprié aux fins de prouver sa capacité économique et financière. Il lui incombe également de vérifier, conformément à l'article 44, paragraphe 2, de cette directive, et lu à la lumière du considérant 39 de celle-ci, que l'étendue des informations et le niveau de capacité exigés sont liés et proportionnés à l'objet du marché et que les critères de sélection sont appliqués de manière non-discriminatoire.

47 S'agissant de considérations d'ordre factuel, c'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient de vérifier si le soumissionnaire évincé était dans l'impossibilité objective de produire les références demandées par le pouvoir adjudicateur et, dans l'affirmative, si le pouvoir adjudicateur était fondé à considérer que l'attestation sur l'honneur produite par le soumissionnaire ne constituait pas un document approprié aux fins de prouver sa capacité économique et financière.

48 Dès lors, il convient de répondre à la deuxième question que l'article 47, paragraphe 5, de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un avis de marché exige la production d'une attestation émanant d'un établissement bancaire, aux termes de laquelle ce dernier s'engage à consentir un prêt à hauteur du montant fixé dans cet avis de marché et à garantir ce soumissionnaire de la disponibilité de ce montant pendant toute la durée de l'exécution du marché, la circonstance que les établissements bancaires sollicités par le soumissionnaire ne s'estiment pas en mesure de lui délivrer une attestation dans les termes ainsi précisé, peut constituer une « raison justifiée », au sens de cet article, autorisant, le cas échéant, ledit soumissionnaire à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur, pour autant que ce soumissionnaire était dans l'impossibilité objective de produire les références demandées par le pouvoir adjudicateur, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

Sur la troisième question

49 Selon une jurisprudence constante de la Cour, la procédure instituée à l'article 267 TFUE est un instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales, grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui leur sont nécessaires pour la solution du litige qu'elles sont appelées à trancher (voir, notamment, ordonnance du 8 septembre 2016, Caixabank et Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 et C-120/16, non publiée, EU:C:2016:673, point 13 et jurisprudence citée).

50 À cet égard, la Cour a relevé à maintes reprises que la nécessité de parvenir à une interprétation du droit de l'Union qui soit utile pour la juridiction nationale exige que celle-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'elle pose ou que, à tout le moins, elle explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées (voir, notamment, ordonnance du 8 septembre 2016, Caixabank et Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 et C-120/16, non publiée, EU:C:2016:673, point 14 et jurisprudence citée).

51 Les exigences concernant le contenu d'une demande de décision préjudicielle figurent de manière explicite à l'article 94 du règlement de procédure de la Cour ainsi qu'au point 15 des recommandations de la Cour de justice de l'Union européenne à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles (JO 2016, C 439, p. 1), selon lesquels toute demande de décision préjudicielle contient « un exposé sommaire de l'objet du litige ainsi que des faits pertinents, tels qu'ils ont été constatés par la juridiction de renvoi ou, à tout le moins, un exposé des données factuelles sur lesquelles les questions sont fondées », « la teneur des dispositions nationales susceptibles de s'appliquer en l'espèce et, le cas échéant, la jurisprudence nationale pertinente », ainsi que « l'exposé des raisons qui ont conduit la juridiction de renvoi à s'interroger sur l'interprétation ou la validité de certaines dispositions du droit de l'Union, ainsi que le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal » (voir, en ce sens, ordonnance du 20 juillet 2016, Stanleybet Malta et Stoppani, C-141/16, non publiée, EU:C:2016:596, points 8 et 9 et jurisprudence citée).

52 En l'occurrence, la décision de renvoi ne comporte aucune indication des dispositions nationales qui visent à transposer celles de la directive 89/665 relatives aux procédures de recours et à leurs effets, telle que modifiée par la directive 2007/66. Elle omet notamment d'indiquer si la République slovaque a prévu, comme le prévoit l'article 2, paragraphe 6, de cette directive, que la décision contestée doit d'abord être annulée pour que des dommages et intérêts puissent être réclamés ou si, comme le permet l'article 2, paragraphe 7, second alinéa, de ladite directive, elle a prévu que, après la conclusion du contrat, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages et intérêts.

53 La décision de renvoi manque en outre de précision, quant aux faits de l'affaire au principal, concernant l'objet du recours formé par le soumissionnaire évincé ainsi que sur les raisons pour lesquelles la procédure de passation du marché s'est poursuivie en dépit du fait qu'un recours contre la décision du pouvoir adjudicateur était pendant.

54 En l'absence de ces indications, la Cour n'est pas en mesure d'apporter une réponse utile à la troisième question posée, laquelle, en conséquence, est irrecevable.

Sur les dépens

55 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 (deuxième chambre) dit pour droit :

1) **L'article 47, paragraphe 1, sous a), et paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur exclue un soumissionnaire d'un marché public, au motif que ce dernier ne remplit pas la condition relative à la capacité économique et financière fixée par l'avis de marché, relative à la présentation d'une attestation émanant d'un établissement bancaire aux termes de laquelle ce dernier s'engage à consentir un prêt à hauteur du montant fixé dans cet avis de marché et à garantir à ce soumissionnaire la disponibilité de ce montant pendant toute la durée de l'exécution du marché.**

2) **L'article 47, paragraphe 5, de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un avis de marché exige la production d'une attestation émanant d'un établissement bancaire, aux termes de laquelle ce dernier s'engage à consentir un prêt à hauteur du montant fixé dans cet avis de marché et à garantir ce soumissionnaire de la disponibilité de ce montant pendant toute la durée de l'exécution du marché, la circonstance que les établissements bancaires sollicités par le soumissionnaire ne s'estiment pas en mesure de lui délivrer une attestation dans les termes ainsi précisés peut constituer une « raison justifiée », au sens de cet article, autorisant, le cas échéant, ledit soumissionnaire à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur, pour autant que ce soumissionnaire était dans l'impossibilité objective de produire les références demandées par le pouvoir adjudicateur, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.**

Signatures