Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 24 février 2022 [1]

Affaire C-669/20

Veridos GmbH
contre
Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria,
Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

[demande de décision préjudicielle formée par le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême, Bulgarie)]

« Renvoi préjudiciel – Procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services – Directive 2014/24/UE – Directive 2009/81/CE – Fixation d'un critère pour l'appréciation d'une offre anormalement basse – Existence d'un minimum de trois offres »

1. Le droit de l'Union permet au pouvoir adjudicateur, lorsque l'attribution de certains marchés publics doit se faire en faveur de la proposition économiquement la plus avantageuse ou comportant le prix le plus bas, de rejeter les « offres anormalement basses » qui sont dépourvues de justification satisfaisante.

2. La présente demande de décision préjudicielle soulève plusieurs interrogations qui concernent un marché public conclu en vue de la conception, de la réalisation et de la gestion d'un système de délivrance de documents d'identité bulgares. La juridiction de renvoi cherche à savoir, en substance :

– dans quelles conditions et dans quelle mesure le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier l'existence d'offres anormalement basses au sens de la directive 2009/81/CE [2] et de la directive 2014/24/UE [3] ;

– à quel moment le contrôle juridictionnel concernant l'appréciation du pouvoir adjudicateur écartant l'existence d'une offre anormalement basse doit être effectué, et si cette appréciation doit être motivée.

[1] Langue originale : l'espagnol.

[2] Directive du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (JO 2009, L 216, p. 76).

[3] Directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

I. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La directive 2014/24

3. Le considérant 90 de la directive 2014/24 énonce :

« Le marché devrait être attribué selon des critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement, dans le but de garantir une comparaison objective de la valeur relative des offres afin de déterminer, dans des conditions de concurrence effective, quelle est l'offre économiquement la plus avantageuse [...]

Pour favoriser les passations de marchés publics davantage orientées vers la qualité, les États membres devraient être autorisés à interdire ou limiter, lorsqu'ils le jugent approprié, le recours au seul critère de prix ou de coût pour évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés, les pouvoirs adjudicateurs devraient être tenus d'instaurer la transparence nécessaire pour permettre à tous les soumissionnaires d'être raisonnablement informés des critères et des modalités qui seront appliqués lors de la décision d'attribution du marché. Les pouvoirs adjudicateurs devraient par conséquent être tenus d'indiquer les critères d'attribution du marché, ainsi que la pondération relative qui sera conférée à chacun d'entre eux [...] »

4. Le considérant 92 de la directive 2014/24 dispose :

« Lorsqu'ils évaluent le meilleur rapport qualité/prix, les pouvoirs adjudicateurs devraient établir les critères économiques et qualitatifs liés à l'objet du marché qu'ils appliqueront à cette fin. Ces critères devraient donc permettre une évaluation comparative du niveau de prestation offert par chaque soumissionnaire par rapport à l'objet du marché, tel qu'il est défini dans les spécifications techniques. Dans le cadre du meilleur rapport qualité/prix, une liste non exhaustive de critères d'attribution susceptibles d'être utilisés, comprenant notamment les aspects sociaux et environnementaux, figure dans la présente directive. Il y a lieu d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à retenir les critères d'attribution qui leur permettent d'obtenir des travaux, des fournitures ou des services de grande qualité qui correspondent idéalement à leurs besoins.

Les critères retenus ne devraient pas conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, ils devraient garantir une concurrence effective et équitable et être accompagnés de modalités qui permettent de vérifier effectivement les informations fournies par les soumissionnaires.

[...] »

5. L'article 56 (« Principes généraux ») de la directive 2014/24 prévoit :

« 1. Les marchés sont attribués sur la base des critères arrêtés conformément aux articles 67 à 69, pour autant que les pouvoirs adjudicateurs aient vérifié, conformément aux articles 59 à 61, que toutes les conditions suivantes sont réunies :

[...] »

6. L'article 69 (« Offres anormalement basses ») de la directive 2014/24 énonce :

« 1. Les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

[...]

3. Le pouvoir adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire. Il ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés [...] »

2. La directive 2009/81

7. Le considérant 15 de la directive 2009/81 est libellé comme suit :

« La passation de marchés conclus dans les États membres par les entités adjudicatrices visées dans la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO 2004, L 134, p. 1) et par les pouvoirs adjudicateurs visés dans 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) doit respecter les principes du traité, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et 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.

[...] »

8. Le considérant 69 de la directive 2009/81 énonce :

« L'attribution du marché devrait être effectuée sur la base de critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et qui garantissent que l'appréciation des offres se déroule de manière transparente et objective dans des conditions de concurrence effective. Par conséquent, il convient de n'admettre que l'application de deux critères d'attribution : celui du "prix le plus bas" et celui de l'"offre économiquement la plus avantageuse". »

9. Aux termes de l'article 38 (« Vérification de l'aptitude et choix des participants, attribution des marchés ») de la directive 2009/81 :

« 1. L'attribution des marchés se fait sur la base des critères prévus aux articles 47 et 49, compte tenu de l'article 19, après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 39 ou 40, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 41 à 46 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3.

[...] »

10. L'article 49 (« Offres anormalement basses ») de la directive 2009/81 dispose :

« 1. Si, pour un marché donné, des offres concernant des biens, des travaux ou services apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, avant de pouvoir rejeter ces offres, demandent, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'ils jugent opportunes.

[...]

2. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice vérifient, en consultant le soumissionnaire, cette composition en tenant compte des justifications fournies.

[...] »

11. L'article 55 (« Champ d'application et accès aux procédures de recours »), paragraphe 2, de la directive 2009/81 prévoit :

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 56 à 62, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit. »

B. Le droit bulgare

12. L'article 72 du Zakon za obshtestvenite porachki (loi sur les marchés publics), intitulé « Offres anormalement basses », énonce :

« 1. Lorsque, dans l'offre d'un participant, un élément lié au prix ou aux coûts et soumis à évaluation est de plus de [20 %] plus avantageux que la valeur moyenne des offres des autres participants pour le même critère d'évaluation, le pouvoir adjudicateur demande une explication écrite détaillée de la façon dont cette offre a été formée ; cette explication doit être fournie dans un délai de cinq jours à compter de la réception de la demande. »

II. Les faits, le litige et les questions préjudicielles

13. Le ministère de l'Intérieur de la République de Bulgarie, en tant que pouvoir adjudicateur, a lancé une procédure de passation de marché de « conception, réalisation et gestion d'un système de délivrance de documents personnels bulgares de génération 2019 » [4].

14. À la suite de la présélection correspondante, Veridos GmbH (ci-après « Veridos ») et le consortium Mühlbauer ID Services GmbH-S&T (ci-après « Mühlbauer ») ont été invités à présenter leurs offres.

[4] Avis de marché publié par la décision nº 5785 MPR-58 du 15 août 2018.

15. Le marché a finalement été attribué à Mühlbauer [5].

16. Veridos a contesté l'attribution du marché devant la Komisia za zashtita na konkurentsiata (Commission de protection de la concurrence, Bulgarie), en faisant valoir que l'offre retenue était anormalement basse [6].

17. Par décision du 25 juin 2020, la Commission de protection de la concurrence a rejeté le recours de Veridos. Selon elle, l'article 72 de la loi sur les marchés publics était inapplicable dans la mesure où seules deux offres avaient été présentées et qu'il n'était donc pas possible de calculer la valeur moyenne prescrite par cette disposition pour déterminer si l'une d'elles était anormalement basse.

18. Veridos a formé un pourvoi contre la décision du 25 juin 2020 devant le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême, Bulgarie), lequel a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Convient-il d'interpréter les dispositions combinées des articles 56 et 69 de la directive [2014/24] – ou encore les dispositions combinées des articles 38 et 49 de la directive [2009/81] – en ce sens qu'en cas d'impossibilité objective d'appliquer le critère prévu par le droit national pour l'évaluation d'une offre de valeur anormalement basse et en l'absence d'un autre critère choisi et préalablement rendu public par le pouvoir adjudicateur, ce dernier n'est pas tenu de vérifier l'existence d'une offre de valeur anormalement basse ?

2) Convient-il d'interpréter les dispositions combinées des articles 56 et 69 de la directive [2014/24] – ou encore les dispositions combinées des articles 38 et 49 de la directive [2009/81] – en ce sens que le pouvoir adjudicateur est uniquement tenu de vérifier l'existence d'une offre de valeur anormalement basse lorsqu'il existe un soupçon à l'égard d'une offre, ou au contraire que le pouvoir adjudicateur doit toujours s'assurer du caractère sérieux des offres soumises et doit exposer sa motivation à cet égard ?

3) Une telle exigence s'impose-t-elle au pouvoir adjudicateur lorsque les offres reçues dans une procédure de marché public ne sont qu'au nombre de deux ?

4) Convient-il d'interpréter la disposition de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [(ci-après la « Charte »)] en ce sens que le constat par le pouvoir adjudicateur de l'absence de soupçons quant à l'existence d'une offre anormalement basse ou encore sa conviction du sérieux de l'offre du participant classé en première position sont soumis à un contrôle juridictionnel ?

5) En cas de réponse affirmative à la question précédente : convient-il d'interpréter la disposition de l'article 47 de la [Charte] en ce sens que le pouvoir adjudicateur qui n'a pas vérifié dans une procédure de marché public si une offre comporte un prix anormalement bas est tenu de justifier et de motiver l'absence de soupçon quant au fait que l'offre classée en première position comporte un prix anormalement bas ou, en d'autres termes, le fait que ladite offre est sérieuse ? »

[5] Décision nº 5785 MPR-35 du 29 avril 2020.

[6] Ordonnance de renvoi, point 41 in fine.

III. La procédure devant la Cour

19. La demande de décision préjudicielle a été enregistrée au greffe de la Cour le 8 décembre 2020.

20. Le 1er février 2021, le président de la Cour a décidé de ne pas faire droit à la demande de procédure accélérée.

21. Des observations ont été déposées par Veridos, Mühlbauer, les gouvernements bulgare, tchèque, français et autrichien, ainsi que par la Commission européenne.

22. La tenue d'une audience n'a pas été jugée nécessaire.

IV. Analyse

A. Observations liminaires

23. Dans cette affaire, la directive 2009/81 est applicable puisqu'il s'agit d'un marché public portant sur la délivrance de documents d'identité, correspondant aux « domaines de la défense et de la sécurité »[7]. C'est précisément en application de cette directive, ainsi qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi, que le pouvoir adjudicateur a lancé l'appel d'offres du marché unique[8].

24. Toutefois, la juridiction de renvoi pose ses questions sur les articles pertinents de la directive 2009/81 et de la directive 2014/24. Elle justifie sa démarche en évoquant la « teneur identique et la fonction similaire des dispositions pertinentes des deux directives »[9]. Il n'y a aucun inconvénient à cela, car les dispositions des deux directives dont l'interprétation est demandée sont en substance identiques, de sorte que la réponse de la Cour sert de la même manière pour toutes ces dispositions[10].

7 Le gouvernement bulgare affirme (point 9 de ses observations) que la technologie et les matériaux utilisés pour les documents d'identité requièrent ou contiennent des informations classifiées, de sorte qu'ils relèvent de la notion d'« équipements sensibles » visée à l'article 2, sous b) et c), de la directive 2009/81.

8 Selon l'ordonnance de renvoi (point 22), le pouvoir adjudicateur « a pris sa décision et a passé un marché unique selon les modalités de la directive 2009/81 », conformément au considérant 24 de cette directive, au lieu de faire usage de la possibilité donnée par le considérant 13 de la directive 2014/24. Conformément à l'article 16, paragraphe 2, sous b), de cette directive, en cas de marchés mixtes, « lorsqu'une partie d'un marché donné relève de la directive [2009/81], le marché peut être passé conformément à [cette directive], sous réserve que la passation d'un marché unique soit justifiée par des raisons objectives ».

9 Point 22 de l'ordonnance de renvoi.

10 Les références normatives aux offres anormalement basses ont été, et sont, une caractéristique constante du droit de l'Union sur les marchés publics depuis la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO 1971, L 185, p. 5), article 29, paragraphe 5. Cette référence figurait dans la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1), article 25, paragraphe 5 ; dans la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO 1992, L 209, p. 1), article 37 ; dans la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1993, L 199, p. 12), article 27 ; dans la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO 1993, L 199, p. 54), article 30, paragraphe 4 ; dans 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 1993, L 199, p. 84), article 34. Ces formulations se sont répétées dans les générations successives de cette réglementation, telles que la directive 2004/17, article 57 ; la directive 2004/18, article 55, et la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243), article 84.

25. Dans cet ordre d'idées, la jurisprudence de la Cour en la matière, même si elle se réfère à des dispositions analogues d'autres directives sur les marchés publics que les deux directives susmentionnées, est transposable en l'espèce, comme je l'expliquerai aux points suivants des présentes conclusions.

26. En raison de leur contenu, les questions de la juridiction de renvoi peuvent être regroupées en deux ensembles :

– par les trois premières, il s'agit de déterminer si le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier l'existence d'offres anormalement basses et, le cas échéant, dans quelles conditions et dans quelle mesure ;

– les quatrième et cinquième questions préjudicielles portent sur la motivation que le pouvoir adjudicateur doit exposer concernant l'absence d'offre anormalement basse et sur le contrôle juridictionnel de cette appréciation.

B. Obligation de vérifier l'existence d'offres anormalement basses (première, deuxième et troisième questions préjudicielles)

27. Selon la juridiction de renvoi, le litige porte uniquement sur la compétence que le législateur national a exercée en réglementant, à l'article 72, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics, le critère d'appréciation des offres anormalement basses [11].

28. Si je comprends bien l'argumentation de la juridiction de renvoi, il semble ressortir de son interprétation de la disposition nationale que le *seul* critère pour qualifier une offre d'« anormalement basse » réside dans le fait qu'elle soit inférieure de 20 % à la moyenne des offres présentées par les autres soumissionnaires. Si ce critère se révélait inapplicable parce qu'il n'y a que deux offres, le pouvoir adjudicateur ne serait pas en mesure d'apprécier le caractère anormal de l'une ou l'autre d'entre elles [12].

29. Avant d'aborder la question de savoir si la disposition nationale ainsi interprétée [13] est conforme aux directives 2009/81 et 2014/24 (notamment à l'article 49 de la première et à l'article 69 de la seconde), je rappelle que :

– l'article 49 de la directive 2009/81 impose au pouvoir adjudicateur l'obligation de surveiller et de vérifier le sérieux des offres. S'il estime que l'une d'elles est anormalement basse par rapport à la prestation, il demande, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes ;

[11] Point 23 de l'ordonnance de renvoi. La juridiction de renvoi, après avoir transcrit cette disposition, soutient que le critère consistant à considérer comme étant anormale une offre inférieure de plus de 20 % à la valeur moyenne des offres des autres soumissionnaires « exige implicitement qu'il y ait au moins trois offres puisque l'évaluation de l'une d'entre elles se fait par rapport à la valeur moyenne des deux autres ».

[12] Le gouvernement bulgare (point 34 de ses observations) est du même avis : lorsqu'il n'y a que deux offres, le critère objectif d'identification permettant de les qualifier d'« anormalement basses » fait défaut, de sorte qu'il est impossible pour le pouvoir adjudicateur de soupçonner que l'une d'entre elles présente un tel caractère.

[13] Bien que l'interprétation du droit national relève logiquement de la compétence de la juridiction de renvoi, on peut se demander si, en réalité, la réglementation bulgare ne se contente pas de considérer la comparaison du prix d'une offre avec la valeur moyenne des autres offres comme étant un simple indice, non exclusif, d'anormalité. De ce point de vue, le pouvoir adjudicateur pourrait utiliser d'autres critères subsidiaires qui, même s'ils ne sont pas explicitement énoncés dans cette législation, lui permettent de discerner le caractère anormal d'une offre en soi.

– conformément à l'article 69 de la directive 2014/24, les pouvoirs adjudicateurs « exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services ».

30. La lecture des dispositions susmentionnées doit se faire à la lumière de la jurisprudence de la Cour, comme je l'ai indiqué dans les présentes conclusions, dans la mesure où le législateur de l'Union n'y a pas défini la notion d'« offre anormalement basse », ni envisagé une méthode spécifique pour calculer un seuil d'*anormalité* [14]. C'est pourquoi j'insiste sur la pertinence de l'interprétation jurisprudentielle, qui a acquis, au fil du temps, une continuité notable dans ce domaine [15].

31. La Cour a jugé :

– à propos de la directive 92/50, qu'« il appartient ainsi aux États membres et, notamment, aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer le mode de calcul d'un seuil d'anomalie constitutif d'une "offre anormalement basse" [...] » [16] ;

– à propos de la directive 93/37, que le pouvoir adjudicateur ne saurait se soustraire à l'obligation d'« identifier les offres suspectes » et, le cas échéant, de recourir à la procédure correspondante de vérification (contradictoire) [17] ;

– à propos de la directive 2004/18 [18], que « le législateur de l'Union a entendu *exiger du pouvoir adjudicateur qu'il vérifie* la composition des offres présentant un caractère anormalement bas en lui imposant à cet effet l'obligation de demander aux candidats de fournir les justifications nécessaires pour prouver que ces offres sont sérieuses » [19].

32. En ce qui concerne l'article 69 de la directive 2014/24, la Cour a confirmé que :

– lorsqu'une offre semble anormalement basse, les pouvoirs adjudicateurs *exigent* du soumissionnaire qu'il explique le prix ou les coûts proposés dans celle-ci, ces explications pouvant, notamment, concerner les éléments visés au paragraphe 2 de cet article [20] ;

– le pouvoir adjudicateur doit évaluer les informations fournies en consultant le soumissionnaire et il ne peut rejeter une telle offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés [21].

33. En définitive, la réglementation de l'Union impose en tout état de cause aux pouvoirs adjudicateurs l'obligation de vérifier si l'une quelconque des offres soumises apparaît prima facie anormalement basse.

[14] Comme la Commission le souligne dans ses « Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE », communication du 24 juillet 2019, C(2019) 5494 final, point 2.1.

[15] Cette continuité est perceptible notamment dans les arrêts du 22 juin 1989, Fratelli Costanzo (103/88, ci-après l'« arrêt Fratelli Costanzo », EU:C:1989:256) ; du 27 novembre 2001, Lombardini et Mantovani (C-285/99 et C-286/99, ci-après l'« arrêt Lombardini et Mantovani », EU:C:2001:640) ; du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a. (C-599/10, EU:C:2012:191) ; du 18 décembre 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466) ; du 19 octobre 2017, Agriconsulting Europe/Commission (C-198/16 P, EU:C:2017:784), et du 10 septembre 2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, ci-après l'« arrêt Tax-Fin-Lex », EU:C:2020:685).

[16] Arrêt du 18 décembre 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, point 49).

[17] Arrêt Lombardini et Mantovani, point 55.

[18] Dont l'article 55, paragraphe 1, correspond à l'article 49, paragraphe 1, de la directive 2009/81.

[19] Arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a. (C-599/10, EU:C:2012:191, point 28). Mise en italique par mes soins.

[20] Arrêt Tax-Fin-Lex, point 32.

[21] Arrêt Tax-Fin-Lex, point 33.

34. Peu importe, à cet égard, qu'il soit impossible « d'appliquer le critère prévu par le droit national pour l'évaluation d'une offre de valeur anormalement basse » et qu'aucun autre critère choisi par le pouvoir adjudicateur n'ait été connu à l'avance. Ce dernier, je le répète, ne peut s'abstenir de vérifier si l'offre (toutes les offres) est suspectée d'être déraisonnablement basse.

35. Il est également indifférent que seuls deux candidats aient participé à la procédure d'attribution : chacune de ces deux offres doit être soumise au contrôle du pouvoir adjudicateur, qui en évalue le caractère éventuellement suspect.

36. En principe, comme je l'ai déjà expliqué, il appartient aux États membres et aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer le mode de calcul d'un seuil d'anomalie constitutif d'une « offre anormalement basse ». Le droit de l'Union fournit, en tout état de cause, des indications permettant de clarifier l'objet des précisions requises de la part des soumissionnaires présentant une offre suspecte [22].

37. Le gouvernement bulgare soutient que la détection des offres anormalement basses ne peut se fonder que sur des calculs arithmétiques, tels que celui retenu par la réglementation nationale. Il estime qu'une telle solution garantit une objectivité qui ne peut pas être assurée si l'identification des offres suspectes dépend de l'appréciation subjective du pouvoir adjudicateur [23].

38. Je ne partage pas cette analyse. Le pouvoir adjudicateur doit identifier les offres apparemment suspectes (soumises, de ce fait, à la procédure de vérification contradictoire) au regard de l'ensemble des caractéristiques de l'objet de l'appel d'offres. L'écart avec les autres offres en présence, s'il est utile dans certains cas pour détecter une anomalie, ne saurait toutefois se présenter comme le *seul* critère retenu par le pouvoir adjudicateur. L'examen de tous ses éléments, considérés isolément, lui permet de déterminer si, malgré les apparences et son écart avec les prix des autres soumissionnaires [24], l'offre suspecte est suffisamment sérieuse.

39. En outre, la Cour a déjà jugé que l'utilisation d'un simple critère mathématique pouvait être contraire au développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics. Tel était le cas dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts Fratelli Costanzo et Lombardini et Mantovani :

– dans le premier arrêt, la norme italienne considérait comme étant anormales et excluait du marché « les offres qui présentent un rabais d'un pourcentage supérieur à la moyenne des pourcentages des offres admises, augmentée d'un pourcentage qui devra être indiqué dans l'avis de marché ». Conformément à cet avis de marché, toutes les offres qui ne dépassaient pas d'au moins 9,48 % le montant de base devaient être automatiquement exclues de la procédure d'adjudication [25] ;

[22] Conformément à l'article 49 de la directive 2009/81, ces précisions peuvent concerner notamment : 1) l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services ; 2) les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, ou pour fournir les produits ou les services ; 3) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés ; 4) le respect des dispositions concernant la protection de l'emploi et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser ; 5) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire. Les termes de l'article 69 de la directive 2014/24 sont, en substance, identiques.

[23] Point 18 des observations écrites du gouvernement bulgare.

[24] Dans l'arrêt Tax-Fin-Lex, la Cour n'a pas exclu que, dans certaines circonstances, même une offre à prix zéro puisse être admissible (c'est-à-dire non anormalement basse), quel que soit son écart par rapport aux autres offres présentées.

[25] Arrêt Fratelli Costanzo, points 6 à 10.

– dans le second arrêt, le pourcentage du rabais déclenchant l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de soumettre l'offre à une procédure de vérification était fixé « à une mesure égale à la moyenne arithmétique des rabais, en termes de pourcentage, de toutes les offres admises, augmentée de l'écart arithmétique moyen des rabais, en termes de pourcentage, qui dépassent la moyenne [susmentionnée] » [26].

40. Or, la Cour a déclaré qu'« un critère mathématique, en vertu duquel seraient considérées comme étant anormales et donc exclues de la procédure d'adjudication les offres présentant une majoration inférieure de 10 % à la majoration moyenne, par rapport à la valeur de base fixée pour le prix des travaux, de l'ensemble des offres admises à l'adjudication, enlève aux soumissionnaires qui ont présenté des offres particulièrement basses la possibilité de prouver que ces offres sont sérieuses, si bien que l'application d'un tel critère est contraire à l'objectif de la directive 71/305 de favoriser le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics » [27].

41. Sur le fondement de ces prémisses, on peut déduire que n'est pas conforme au droit de l'Union une règle nationale en vertu de laquelle le *seul* critère pour évaluer si une offre est anormalement basse consiste à déterminer si son montant est inférieur de 20 % à la moyenne de celles qui ont été présentées par les autres soumissionnaires.

42. L'obligation de vérifier le sérieux de *toutes* les offres concurrentes vise à garantir le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement, conformément auxquels l'attribution des marchés publics doit être effectuée [28].

43. Cet objectif serait compromis si les réglementations nationales limitaient les cas dans lesquels une offre peut être qualifiée d'« anormalement basse » à des paramètres tirés de simples pourcentages (par rapport aux autres offres concurrentes), dérogeant en cela aux dispositions de l'article 49 de la directive 2009/81 et de l'article 69 de la directive 2014/24.

[26] Arrêt Lombardini et Mantovani, point 8.

[27] Arrêt Lombardini et Mantovani, point 47, citant l'arrêt Fratelli Costanzo, point 18. Dans ce dernier, la Cour affirme que les dispositions de l'Union en matière de marchés publics telles que celles en cause en l'espèce produisent, de par leur contenu, leur inconditionnalité et leur précision, un effet direct.

[28] En ce qui concerne la directive 2009/81, c'est ce qui ressort de son considérant 69.

C. Motivation et contrôle juridictionnel de l'appréciation du pouvoir adjudicateur quant à l'existence éventuelle d'une offre anormalement basse (quatrième et cinquième questions préjudicielles)

44. L'article 55, paragraphe 2, de la directive 2009/81 reconnaît le droit de recours contre les décisions prises par le pouvoir adjudicateur[29]. La disposition s'aligne sur le régime de la directive 89/665/CE[30] et, comme le souligne la Commission, garantit le respect des droits énoncés à l'article 47 de la Charte[31].

45. De manière générale, les États membres s'assurent conformément à l'article 55, paragraphe 4, de la directive 2009/81, que « les procédures de recours sont 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 ».

46. S'agissant des offres anormalement basses, il convient de répondre à cette seconde série de questions en se plaçant dans une double perspective :

– premièrement, en fonction du caractère explicite ou implicite de la décision du pouvoir adjudicateur concernant le sérieux de l'une des offres en présence ;

– deuxièmement, en fonction du contrôle juridictionnel de l'appréciation du pouvoir adjudicateur.

1. Caractère (et motivation éventuelle) de la décision du pouvoir adjudicateur

47. En se référant aux offres anormalement basses, l'article 49 de la directive 2009/81 n'impose pas au pouvoir adjudicateur une obligation indifférenciée de *se prononcer expressément* sur cette qualité de l'offre concernée.

48. Au contraire, cette obligation s'impose si, « pour un marché donné », le pouvoir adjudicateur considère que « des offres » apparaissent « anormalement basses par rapport à la prestation ».

49. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'obligation qui « incombe au pouvoir adjudicateur, premièrement, [consiste à] identifier les offres suspectes »[32], à la lumière de l'ensemble des caractéristiques de l'objet du marché et, le cas échéant, du rapport de chacune d'entre elles avec les autres offres.

[29] « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible [...] au motif que ces décisions ont violé le droit [de l'Union] en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit. »

[30] Directive 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). L'article 55, paragraphe 2, de la directive 2009/81 reprend le libellé de l'article 1er, paragraphe 1, quatrième alinéa, de la directive 89/665, permettant ainsi l'application, par analogie, des arrêts de la Cour relatifs à cette dernière.

[31] La Commission évoque le considérant 36 de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (JO 2007, L 335, p. 31). Conformément à ce considérant, la 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 [la Charte] ».

[32] Arrêt Lombardini et Mantovani, point 55.

50. Si le pouvoir adjudicateur estime qu'aucune des offres ainsi évaluées n'est anormalement basse, il n'est pas tenu de faire une déclaration ad hoc à cet égard. Je rejoins ici Mühlbauer et le gouvernement français : la simple acceptation d'une offre par le pouvoir adjudicateur révèle, de manière implicite, sa conviction qu'elle n'est pas anormalement basse.

51. Une déclaration ad hoc n'est indispensable que lorsque, après avoir établi l'éventualité qu'une offre soit anormalement basse, le pouvoir adjudicateur a donné à son auteur (conformément à l'article 49, paragraphe 1, de la directive 2009/81) la possibilité d'en démontrer le sérieux, en lui réclamant les précisions qu'il juge opportunes.

52. À l'issue de cette phase contradictoire, le pouvoir adjudicateur doit apprécier, conformément à la jurisprudence de la Cour, « la pertinence des explications fournies par les intéressés », pour prendre la « décision quant à l'admission ou au rejet [des] offres » qui étaient initialement suspectes [33]. Cette décision doit, en toute logique, être suffisamment motivée.

53. Ainsi, en présence d'un soupçon quant au caractère anormalement bas d'une offre, et à la suite de la procédure de vérification contradictoire correspondante, le pouvoir adjudicateur doit *décider* s'il admet ou rejette une telle offre. Ce faisant, afin de respecter les droits de la personne concernée, sa position doit être consignée dans une décision motivée [34].

54. Cela résulte de l'article 35 de la directive 2009/81, en vertu duquel le pouvoir adjudicateur est tenu d'informer « dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'adjudication d'un marché ».

55. En revanche, si le pouvoir adjudicateur considère prima facie qu'aucune des offres ne peut être anormalement basse, la procédure de vérification contradictoire n'est pas engagée et aucune décision explicite n'est prise à cet égard.

56. Dans ce contexte, la décision mettant fin à la procédure d'adjudication inclut implicitement la décision de ne considérer aucune des offres présentées comme étant anormalement basse. La raison de cette dernière décision n'est autre que l'absence d'indices qui auraient rendu nécessaire l'examen in concreto d'une offre suspecte.

2. Contrôle juridictionnel de la décision relative au caractère anormalement bas d'une offre

57. Afin de déterminer comment s'opère le contrôle juridictionnel indispensable de la décision du pouvoir adjudicateur, il convient de distinguer les deux hypothèses précédemment énoncées dans les présentes conclusions : soit le pouvoir adjudicateur s'est prononcé explicitement sur les soupçons suscités par une offre donnée, soit il l'a fait de manière implicite en statuant de manière définitive sur l'attribution de marché sans émettre le moindre doute quant au sérieux de cette offre ou d'autres offres.

[33] Arrêt Lombardini et Mantovani, point 55.

[34] Comme la Cour l'a rappelé dans l'ordonnance du 14 février 2019, Cooperativa Animazione Valdocco (C-54/18, EU:C:2019:118, point 33), selon la jurisprudence constante, « l'effectivité du contrôle juridictionnel garanti par l'article 47 de la Charte exige que l'intéressé puisse connaître les motifs sur lesquels est fondée la décision prise à son égard, soit par la lecture de la décision elle-même, soit par une communication de ces motifs faite sur sa demande, afin de lui permettre de défendre ses droits dans les meilleures conditions possibles et de décider en pleine connaissance de cause s'il est utile de saisir le juge compétent, ainsi que pour mettre ce dernier pleinement en mesure d'exercer le contrôle de la légalité de la décision nationale en cause ».

58. Bien que la directive 2009/81 soit directement applicable en l'espèce, je ferai référence à la jurisprudence de la Cour relative à la directive 89/665 [35], car, comme je l'ai déjà expliqué, cette dernière directive contient un régime semblable à celui de la première en ce qui concerne les procédures de recours.

59. Le contrôle auquel se réfère la clause générale de l'article 1er, paragraphe 1, dernier alinéa, de la directive 89/665 s'étend à toutes les décisions du pouvoir adjudicateur qui mettent en œuvre le droit de l'Union en la matière [36].

60. Parmi ces décisions du pouvoir adjudicateur susceptibles de faire l'objet d'un contrôle figurent, logiquement, celles qui statuent sur l'attribution du marché en choisissant l'une des offres, mais aussi des décisions de nature différente ayant une incidence sur la situation juridique des intéressés [37].

61. La directive 89/665 n'a pas « formellement prévu le moment à partir duquel la possibilité de recours prévue à son article 1er, paragraphe 1, est ouverte » [38]. Ce que la Cour exige est que l'on veille à ce que les décisions des pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible [39].

62. Le législateur de l'Union a confié aux États membres le soin de préciser les « modalités [détaillées] » des procédures de recours contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs (article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665) [40].

63. Les États membres peuvent donc, en principe, réglementer les recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur en prévoyant leur introduction tant de façon concentrée que séparée (par rapport au recours principal). La directive 89/665 n'impose ni n'exclut aucun de ces deux mécanismes.

64. Si, dans l'exercice de leur autonomie procédurale, les États membres font le choix du recours concentré, ils doivent le faire sans porter atteinte aux objectifs de la directive 89/665 en ce qui concerne les exigences d'efficacité et de rapidité. Ils doivent, en outre, tenir compte du fait :

– que cette directive « n'autorise pas les États membres à subordonner l'exercice du droit de recours au fait que la procédure de marché public en cause a formellement atteint un stade déterminé » [41] ;

[35] Les réflexions développées dans les points suivants des présentes conclusions (points 59 à 64) incluent celles que j'ai exposées dans mes conclusions dans l'affaire Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:295).

[36] Arrêt du 5 avril 2017, Marina del Mediterráneo e.a. (C-391/15, ci-après l'« arrêt Marina del Mediterráneo », EU:C:2017:268, point 26) : « le libellé de l'article 1er, paragraphe 1, de la [directive 89/665] suppose, par l'emploi des termes "en ce qui concerne les procédures", que toute décision d'un pouvoir adjudicateur qui relève des règles issues du droit de l'Union en matière de marchés publics et qui est susceptible de les enfreindre soit soumise au contrôle juridictionnel prévu à l'article 2, paragraphe 1, sous a) et b), de la même directive ».

[37] Arrêt Marina del Mediterráneo, point 27. La Cour soutient ainsi une « acception large de la notion de "décision" d'un pouvoir adjudicateur [qui] est confirmée par le fait que la disposition de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665 ne prévoit aucune restriction en ce qui concerne la nature et le contenu des décisions qui y sont visées ».

[38] Arrêt Marina del Mediterráneo, point 31.

[39] Arrêt du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, EU:C:2002:746, point 74).

[40] Arrêt Marina del Mediterráneo, point 32 : « [e]n l'absence de réglementation de l'Union fixant le moment à partir duquel la possibilité de recours doit être ouverte, il appartient, conformément à une jurisprudence constante, au droit national de régler les modalités de la procédure juridictionnelle destinée à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union », avec les limitations inhérentes au principe d'effectivité et au principe d'équivalence.

[41] Arrêt Marina del Mediterráneo, point 31.

– que, en fonction de ses caractéristiques, une réglementation nationale qui « exige, en toute hypothèse, que le soumissionnaire attende la décision d'attribution du marché en cause avant de pouvoir introduire un recours contre l'admission d'un autre soumissionnaire méconnaît les dispositions de la directive 89/665 » [42].

65. Il ne faut toutefois pas oublier que la sauvegarde du principe de sécurité juridique « serait compromise s'il était loisible aux candidats et aux soumissionnaires d'invoquer à tout moment de la procédure d'adjudication des infractions aux règles de passation des marchés, obligeant ainsi le pouvoir adjudicateur à reprendre la totalité de la procédure afin de corriger ces infractions » [43].

66. La thèse tirée de l'arrêt du 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), est liée à la jurisprudence de la Cour rendue dans le contexte du recours en annulation prévu à l'article 263 TFUE.

67. Ainsi que l'a rappelé le gouvernement français, ne sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation que les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique [44].

68. S'agissant de mesures dont l'élaboration s'effectue en plusieurs étapes, sont attaquables les mesures qui fixent définitivement la position de l'organe décisionnel « au terme d'une procédure administrative et qui visent à produire des effets de droit obligatoires [...], à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision finale [...] » [45].

69. Pour la Cour, aux fins de l'article 1, paragraphe 1, quatrième alinéa, de la directive 89/665, la notion de « décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs » doit être interprétée de manière large, car le libellé de cette disposition – qui « se réfère donc de manière générale aux décisions d'un pouvoir adjudicateur sans opérer de distinction parmi ces décisions en fonction de leur contenu ou du moment de leur adoption et ne prévoit aucune restriction en ce qui concerne la nature et le contenu des décisions visées » – « implique que toute décision d'un pouvoir adjudicateur qui relève des règles de l'Union en matière de marchés publics et qui est susceptible de les enfreindre soit soumise au contrôle juridictionnel » [46].

70. Cette interprétation des décisions susceptibles de recours a conduit la Cour à considérer comme telle la décision admettant un opérateur économique à participer à une procédure de passation de marché public [47].

42 Arrêt Marina del Mediterráneo, point 34.

43 Arrêt du 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, point 51 et jurisprudence citée). Le principe de sécurité juridique ne peut cependant pas être détaché de l'exigence d'effectivité des directives sur les marchés publics.

44 Voir, par exemple, arrêt du 26 janvier 2010, Internationaler Hilfsfonds/Commission (C-362/08 P, EU:C:2010:40, point 51).

45 Voir, notamment, arrêt du 17 juillet 2008, Athinaïki Techniki/Commission (C-521/06 P, EU:C:2008:422, point 42).

46 Arrêt du 7 septembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, point 105).

47 Arrêt du 7 septembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, point 106), citant l'arrêt Marina del Mediterráneo, point 28. Est également considérée comme étant attaquable « la décision par laquelle un pouvoir adjudicateur refuse de communiquer à un opérateur économique les informations réputées confidentielles transmises par un candidat ou un soumissionnaire ».

71. Toutefois, la *largesse* de cette interprétation [48] s'est, en tout état de cause, limitée à des décisions positives, *effectivement prises* par le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire des décisions comportant un acte de volonté par lequel le pouvoir adjudicateur prend position, lorsqu'une règle lui impose de décider.

72. Il convient de distinguer, comme je l'ai déjà indiqué, entre :

– les décisions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur se prononce explicitement sur les soupçons qu'une offre donnée a pu susciter, mettant fin à une procédure de vérification contradictoire visant à déterminer si elle est ou non anormalement basse. À mon avis, cette décision affecte, dans l'une ou l'autre de ses deux variables possibles, les intérêts des soumissionnaires, notamment de celui dont l'offre est écartée en raison de son caractère anormalement bas. La modification de sa situation dans le concours, combinée à l'autonomie de la procédure dans le cadre de laquelle le pouvoir adjudicateur s'est prononcé, plaide en faveur de la qualification de cette décision en tant que décision définitive, susceptible d'un contrôle juridictionnel dès son adoption ;

– les décisions implicites du pouvoir adjudicateur qui, en l'absence de doutes quant au caractère sérieux des offres, sont intégrées à l'accord d'attribution du marché. Elles sont contestables en justice par le biais du recours correspondant contre cet accord final.

73. En ce qui concerne le présent litige, il ressort des informations disponibles que le pouvoir adjudicateur n'a pas eu de doute l'incitant à suspecter le caractère anormalement bas de l'une des offres. C'est pourquoi il n'a pas été contraint d'engager la procédure de vérification correspondante.

74. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur n'a pris aucune *décision* contre laquelle la directive 2009/81 prévoit la possibilité de recours séparément et à ce moment-là. L'article 49 de cette directive, je le répète, n'obligeait pas le pouvoir adjudicateur à se prononcer expressément sur le caractère anormalement bas de toutes les offres, mais seulement à suivre une procédure déterminée avant de rejeter celle « apparaissant » anormalement basse.

75. L'article 49 de la directive 2009/81 et, parallèlement, l'article 69 de la directive 2014/24, en liaison avec l'article 47 de la Charte, impliquent seulement, comme le soutient le gouvernement français, que, en introduisant le recours contre l'attribution du marché, le soumissionnaire évincé peut la contester en invoquant le caractère anormalement bas de l'offre retenue [49].

[48] Bien qu'à première vue il semble en aller autrement, je ne crois pas qu'une interprétation aussi ouverte soit en contradiction avec la jurisprudence qui, dans l'intérêt de la sécurité juridique, exclut que les soumissionnaires puissent invoquer à tout moment des violations de règles régissant l'attribution des marchés publics. Les deux courants jurisprudentiels convergent vers une mise en balance entre la sécurité juridique, d'un côté, et le contrôle juridictionnel de la légalité, de l'autre. Il s'agit de trouver un équilibre avec le critère de l'autonomie relative, quant à leur contenu, des décisions successives du pouvoir adjudicateur. Ainsi, par exemple, la possibilité de recours contre « les agissements qui constituent une simple étude préliminaire du marché ou qui sont purement préparatoires et s'insèrent dans le cadre de la réflexion interne du pouvoir adjudicateur en vue de la passation d'un marché public » a été écartée, comme cela ressort de l'arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, point 35). Tous les actes de la procédure étant *préparatoires* à l'attribution finale, ils n'ont pas tous la même *densité* de contenu, et la possibilité de recours est réservée à ceux qui comportent un degré de décision suffisant pour leur conférer une certaine autonomie.

[49] Selon l'ordonnance de renvoi, tel fut le cas en l'espèce puisque Veridos a pu contester l'attribution du marché en invoquant le caractère anormalement bas de l'offre de Mühlbauer.

V. Conclusion

76. Aux termes de ce qui précède, je suggère à la Cour de répondre au Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême, Bulgarie) en ces termes :

1) Les articles 38 et 49 de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, doivent être interprétés en ce sens que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de vérifier, en tout état de cause, l'existence éventuelle d'offres anormalement basses. À cet égard, sont sans incidence le nombre d'offres présentées ainsi que l'impossibilité d'appliquer les critères fixés par la législation nationale en la matière, auquel cas les pouvoirs adjudicateurs doivent se conformer, en raison de son effet direct, à l'article 49 de la directive 2009/81.

2) L'article 55, paragraphe 2, de la directive 2009/81, lu en combinaison avec l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens que, lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas de raison d'engager une procédure de vérification concernant le sérieux d'une offre, son appréciation peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel dans le cadre du recours contre la décision d'attribution finale du marché.