Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 21 janvier 2016 [1]

Affaire C-27/15

Pippo Pizzo e.a.
contre
CRGT srl
[demande de décision préjudicielle

formée par le Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Conseil de justice administrative de la région de Sicile) (Italie)]

«Marchés publics — Directive 2004/18/CE — Participation à un appel d'offres — Possibilité de se prévaloir des capacités d'autres entreprises pour remplir les critères nécessaires — Absence de paiement d'une contribution non explicitement prévue — Exclusion du soumissionnaire»

1. Le présent renvoi préjudiciel offre à la Cour une nouvelle occasion de consolider sa jurisprudence en matière de passation de marchés publics, plus précisément en ce qui concerne la directive 2004/18/CE [2].

2. D'une part, la Cour y est une nouvelle fois interrogée sur le point de savoir si un soumissionnaire peut se prévaloir des capacités de tiers pour satisfaire aux conditions de participation à un marché public, ce qui constitue un problème relativement simple à résoudre au regard de la jurisprudence de la Cour.

3. D'autre part, et il s'agit là d'un problème plus complexe, la juridiction de renvoi demande si certaines conditions d'admissibilité à participer à une procédure de marché public peuvent ne figurer expressément ni dans l'avis de marché ni dans le cahier des charges, mais être simplement déduites de dispositions règlementaires nationales de portée générale.

4. Pour ce qui a trait à ce second problème, je propose à la Cour une lecture nuancée de sa jurisprudence sur la nécessité de reprendre expressément toutes les conditions du marché dans le dossier d'appel d'offres. Je m'appuierai pour ce faire sur la logique que je considère comme inhérente à la notion de «soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent», qui détermine à mon sens l'esprit de cette jurisprudence.

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114).

I – Cadre juridique

A – *Droit de l'Union*

1. Directive 2004/18

5. Aux termes de l'article 2 de la directive 2004/18, «[l]es pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence».

6. L'article 47 de la directive 2004/18 dispose:

«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;

b) la présentation des bilans ou d'extraits des bilans, dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où l'opérateur économique est établi;

c) une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché […].

2. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités à cet effet.

[…]»

7. L'article 48 de la directive 2004/18 dispose:

«1. Les capacités techniques et/ou professionnelles des opérateurs économiques sont évaluées et vérifiées conformément aux paragraphes 2 et 3.

[…]

3. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités de mettre à la disposition de l'opérateur économique les moyens nécessaires.

[…]»

2. Directive 2014/24/UE [3]

8. L'article 63 de la directive 2014/24 dispose:

«1. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière […] et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles […]. Si un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, en produisant l'engagement de ces entités à cet effet.

[…]

Lorsqu'un opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en ce qui concerne des critères ayant trait à la capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur peut exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du marché.

[…]

2. Pour les marchés de travaux, les marchés de services et les travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 19, paragraphe 2, par un participant dudit groupement.»

B – *Droit italien*

1. Décret législatif nº 163, du 12 avril 2006 [4]

9. L'article 49 du décret législatif nº 163/2006 dispose:

«1. Le soumissionnaire, qu'il soit seul, membre d'un consortium ou d'un groupement au sens de l'article 34, dans le cadre d'un appel d'offres spécifique de travaux, de fournitures ou de services, peut satisfaire à l'exigence relative aux critères de nature économique, financière, technique, organisationnelle, c'est-à-dire obtenir l'attestation […] SOA, en faisant valoir les critères remplis par une autre personne ou l'attestation SOA d'une autre personne.

[…]

6. Pour les travaux, le soumissionnaire ne peut faire valoir qu'une seule entreprise auxiliaire pour chacune des catégories de qualification. L'appel d'offres peut autoriser le recours à plus d'une entreprise auxiliaire, en fonction du montant de l'appel d'offres ou de la spécificité des prestations […]»

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

4 — Décret législatif nº 163 portant code des marchés publics de travaux, de services et de fournitures en application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (decreto legislativo n.163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), du 12 avril 2006 (supplément ordinaire nº 107 à la GURI nº 100, du 2 mai 2006), tel que modifié par le décret législatif nº 152, du 11 septembre 2008 (supplément ordinaire nº 277 à la GURI nº 231, du 2 octobre 2008) (ci-après le «décret législatif nº 163/2006»).

2. Loi nº 266, du 23 décembre 2005 [5]

10. L'article 1er, paragraphe 67, premier alinéa, de la loi nº 266/2005 dispose: «[…] l'autorité de surveillance des travaux publics […] détermine chaque année le montant des contributions que lui doivent les personnes publiques et privées soumises à sa surveillance, ainsi que les modalités de sa perception, y compris l'obligation, pour les opérateurs économiques, de verser la contribution comme condition de l'admissibilité de l'offre dans le cadre des procédures de passation de marchés de travaux publics».

II – Faits

11. L'autorité portuaire de Messine (l'Autorità Portuale di Messina, Italie) a lancé au mois de novembre 2012 une procédure d'appel d'offres ouverte d'intérêt européen, pour l'adjudication du service quadriennal de la gestion des déchets et des résidus de chargement à bord des navires en escale dans sa circonscription. Ce service était auparavant fourni par la société CRGT slr (ci-après «CRGT»).

12. Le marché a été attribué au groupement temporaire d'entreprises constitué par les sociétés Pippo Pizzo et Onofaro Antonino (ci-après «Pizzo») après que d'autres entreprises en lice (parmi lesquelles CRGT) ont été exclues de la procédure pour n'avoir pas versé à l'autorité de surveillance des marchés publics (l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, ci-après l'«AVCP») la contribution prévue par la loi nº 266/2005 comme condition de recevabilité de leurs offres respectives.

13. CRGT a introduit un recours contre son exclusion devant le Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezzione staccata di Catania, Sala IV (tribunal administratif régional de Sicile, section siégeant à Catane, 4e chambre, Italie, ci-après le «TAR»). Pizzo a formé un recours incident dans lequel il a fait valoir que CRGT aurait également dû être exclue pour n'avoir produit qu'une des deux attestations bancaires exigées dans l'appel d'offres afin de justifier de sa capacité économique et financière.

14. Le TAR a estimé que le recours de CRGT était recevable et fondé, et que cette société n'avait pas à être exclue de l'appel d'offres, dès lors que: a) le dossier d'appel d'offres ne prévoyait pas le paiement de la contribution prévue par la loi nº 266/2005; b) cette contribution concerne expressément les ouvrages publics, mais non les contrats de services, et c) l'extension aux contrats de services de l'obligation de payer cette contribution n'est possible qu'au moyen d'une interprétation extensive de la loi nº 266/2005 qui, en vertu du principe d'exhaustivité des clauses d'exclusion, ne peut porter préjudice aux soumissionnaires qui, sans commettre de faute, ont cru que la contribution litigieuse n'était pas exigible en l'espèce.

15. Le TAR a par ailleurs rejeté le recours incident formé par Pizzo, au motif que CRGT pouvait, comme elle l'avait fait, se prévaloir de la capacité économique et financière d'une entreprise auxiliaire avec laquelle elle avait conclu un contrat en ce sens.

16. Pizzo a formé un pourvoi devant le Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Conseil de justice administrative de la région de Sicile, Italie), que CRGT a contesté en invoquant de nouveau d'autres motifs qu'elle avait déjà exposés dans son premiers recours et qui sont sans pertinence pour l'affaire qui nous occupe.

5 — Loi de finances pour l'année 2006 (Legge finanziaria 2006) (supplément ordinaire nº 211 à la GURI nº 320, du 29 décembre 2005) (ci-après la «loi nº 266/2005»).

17. Dans ces circonstances, le Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Conseil de justice administrative de la région de Sicile) a décidé de saisir la Cour de la demande de décision préjudicielle.

III – Questions préjudicielles

18. Le dispositif de la demande de décision préjudicielle enregistrée à la Cour le 22 janvier 2015 est libellé comme suit:

«1) Les articles 47 et 48 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 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une règlementation nationale comme celle italienne décrite ci-dessus qui, dans le domaine des services, autorise à se prévaloir, de manière fractionnée, des capacités d'un tiers, dans les conditions susmentionnées?

2) Les principes du droit de l'Union, notamment ceux de protection de la confiance légitime, de sécurité juridique et de proportionnalité s'opposent-ils à une règle de l'ordre juridique d'un État membre qui permet d'exclure d'une procédure d'appel d'offres publique une entreprise qui n'a pas réalisé, parce que cela n'était pas indiqué expressément dans les documents de l'appel d'offres, qu'elle avait une obligation – dont le non-respect était sanctionné par l'exclusion de la procédure – de verser un montant pour pouvoir participer à ladite procédure, alors que l'existence de cette obligation ne peut pas se déduire clairement de la teneur littérale de la loi en vigueur dans cet État membre, mais peut être dégagée d'une double opération juridique consistant en premier lieu à interpréter extensivement certaines dispositions du droit positif de cet État membre et ensuite, suivant les résultats de cette interprétation, à combler les lacunes des dispositions impératives contenues dans les documents de l'appel d'offres?»

19. Pour ce qui a trait à la première question, la juridiction de renvoi considère que la directive 2014/24 pourrait avoir limité la possibilité de recourir aux capacités d'un tiers pour satisfaire aux critères d'un appel d'offres.

20. Pour ce qui a trait à la seconde question, la juridiction de renvoi se demande si les principes de protection de la confiance légitime, de proportionnalité et de sécurité juridique, ainsi que l'objectif d'ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible, ne devraient pas déboucher sur l'octroi d'un bref délai de régularisation à l'entreprise qui a manqué à son obligation de versement.

IV – Procédure devant la Cour et arguments des parties

21. Le gouvernement italien et la Commission européenne sont intervenus à la procédure et ont présenté des observations écrites.

A – *Sur la première question*

22. Le gouvernement italien soutient que la recevabilité de la première question est douteuse, dès lors que la juridiction de renvoi n'a pas décrit «les hypothèses factuelles» sur lesquelles repose cette question et, partant, n'a fourni ni à la Cour ni aux parties intéressées les instruments nécessaires pour prendre position sur la problématique soulevée.

23. Pour le gouvernement italien, la référence à la directive 2014/24 est hors de propos, puisqu'elle est inapplicable en l'espèce et que son délai de transposition n'a pas encore expiré. De toute manière, le gouvernement italien estime que cette directive 2014/24 n'est pas moins favorable à la faculté de faire valoir les capacités de tiers que la directive 2004/18.

24. Sur le fond, le gouvernement italien estime que la problématique peut être résolue à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino[6], relatif à une affaire qui, sur le plan juridique, ne présentait pas de différences pertinentes avec celle qui nous occupe.

25. Le gouvernement italien considère, par conséquent, qu'il n'existe aucune incompatibilité entre la directive 2004/18 et les règles de droit interne visées à l'article 49 du décret législatif nº 163/2006.

26. La Commission estime, à l'instar du gouvernement italien, que la réponse à la première question se déduit de la jurisprudence établie dans l'arrêt Swm Costruzioni (C-94/12, EU:C:2013:646). La Cour a reconnu la possibilité pour un opérateur économique de faire valoir les capacités d'une ou de plusieurs entités tierces en sus de ses propres capacités, afin de satisfaire aux conditions minimales qu'il ne remplit qu'en partie.

27. Pour ce qui a trait à la directive 2014/24, la Commission se rallie également au gouvernement italien et relève que celle-ci n'est pas applicable ratione temporis à l'affaire qui nous occupe.

28. La Commission affirme, par conséquent, que les articles 47 et 48 de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une règlementation nationale telle que celle invoquée par la juridiction de renvoi.

B – *Sur la seconde question*

29. Pour ce qui a trait à la seconde question, le gouvernement italien ne retient aucune violation des principes énoncés dans la décision de renvoi. Il relève que l'article 46, paragraphe 1 bis, du décret législatif nº 163/2006 désigne comme causes d'exclusion celles prévues par ledit décret, par l'avis de marché et «par d'autres dispositions légales en vigueur». Selon le gouvernement italien, le fait que la lex specialis n'inclue pas le défaut de paiement de la contribution à l'AVCP parmi les causes d'exclusion n'est donc pas une circonstance propre à justifier le manquement de la soumissionnaire. Cette dernière doit connaître toutes les règles qui composent le corpus des causes d'exclusion obligatoires et qui, justement, comblent les éventuelles lacunes de l'avis de marché sur ce point précis.

30. Le gouvernement italien estime également que les soumissionnaires ne peuvent suppléer aux lacunes de leurs offres après l'échéance fixée pour leur présentation, les données relatives à l'offre pouvant seulement être corrigées ou complétées ponctuellement selon les modalités exposées dans l'arrêt Manova[7]. Le pouvoir adjudicateur peut accepter que les candidats suppléent à certaines lacunes relatives aux conditions subjectives de participation, mais pas qu'ils régularisent le défaut de paiement d'une contribution. Toute autre approche reviendrait à permettre de satisfaire hors délai à une condition de participation qui n'était pas remplie au moment opportun, au mépris des principes d'égalité de traitement, d'impartialité et de transparence.

31. Pour le gouvernement italien, un soumissionnaire ne peut être autorisé à démontrer qu'il a effectivement rempli une condition que lorsque le manquement qui lui est reproché est purement formel (paiement selon des modalités différentes de celle légalement requise ou absence de preuve de la réalisation du paiement dans les formes et délais prescrits).

6 — C-94/12, EU:C:2013:646, ci-après l'«affaire Swm Costruzioni».

7 — C-336/12, EU:C:2013:647, point 32.

32. Le gouvernement italien propose, par conséquent, de répondre à la seconde question en ce sens que les principes invoqués par la juridiction de renvoi ne s'opposent pas à une règlementation nationale qui permet d'exclure le soumissionnaire n'ayant pas satisfait à une obligation lorsque cette obligation n'est pas expressément prévue par la loi d'un État membre pour le type de marché public concerné, mais peut se déduire de l'interprétation de certaines dispositions légales retenue à plusieurs reprises par l'administration de cet État membre.

33. La Commission considère pour sa part que la seconde question relève spécifiquement de l'interprétation du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence. Selon elle, ces principes impliquent que le pouvoir adjudicateur doit clairement indiquer les conditions de l'appel d'offres afin que tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent puisse en avoir connaissance. Par ailleurs, la Commission souligne que la directive 2004/18 exige que les causes d'exclusion figurent dans l'avis de marché.

34. La Commission considère que ces exigences ne sont pas satisfaites lorsqu'une obligation dont la méconnaissance est sanctionnée d'une exclusion (soit, en l'espèce, le paiement d'une contribution à une autorité administrative nationale) n'est pas expressément prévue dans les documents de l'appel d'offres et ne résulte pas non plus du droit positif national, mais peut seulement être déduite d'une interprétation extensive de ce droit, qui permet de combler les lacunes que présenteraient sinon lesdits documents. Selon la Commission, une telle situation est particulièrement préjudiciable non seulement aux opérateurs nationaux, mais également à ceux établis dans d'autres États membres, lesquels risquent de se trouver dans une position de désavantage concurrentiel.

35. Pour le surplus, la Commission estime que les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce que le pouvoir adjudicateur accorde à l'opérateur économique la possibilité de satisfaire à l'obligation de paiement litigieuse dans un délai fixé par celui-ci.

V – Appréciation

A – *Première question*

36. Bien que le gouvernement italien qualifie de douteuse la recevabilité de cette question, il ne va cependant pas jusqu'à proposer de la déclarer irrecevable. Il n'existe en effet pas de raisons de rejeter d'emblée les doutes nourris par la juridiction de renvoi sur la compatibilité des articles 47 et 48 de la directive 2004/18 avec la règlementation nationale qui, dans le contexte d'une procédure d'attribution d'un marché public de services, permet à un opérateur économique de faire valoir de manière fractionnée les capacités d'un tiers pour satisfaire aux conditions d'admissibilité de l'appel d'offres.

37. Je partage cependant la thèse du gouvernement italien et de la Commission quant à l'application en l'espèce de la jurisprudence établie par la Cour dans son arrêt Smw Costruzioni (C-94/12, EU:C:2013:646), les deux affaires étant en effet substantiellement identiques sur le plan des points de droit débattus.

38. Dans son arrêt Smw Costruzzioni (C-94/12, EU:C:2013:646), la Cour a jugé que les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 «n'interdisent pas, en principe, aux candidats ou aux soumissionnaires de recourir aux capacités de plusieurs entités tierces pour justifier qu'ils satisfont à un niveau minimal de capacité. A fortiori, lesdites dispositions n'édictent aucune interdiction de principe quant au recours, par un candidat ou un soumissionnaire, aux capacités d'une ou de plusieurs entités tierces en sus de ses propres capacités, afin de remplir les critères fixés par un

pouvoir adjudicateur» [8].

39. Pour la Cour, ce cumul des capacités de plusieurs opérateurs n'est pas inconditionnel, mais est subordonné «[à l'obligation de prouver au pouvoir adjudicateur] que le candidat ou le soumissionnaire qui se prévaut des capacités d'une ou de plusieurs autres entités disposera effectivement des moyens de ces dernières qui sont nécessaires à l'exécution du marché» [9].

40. La Cour n'exclut certes pas l'existence de «travaux qui présentent des particularités nécessitant une certaine capacité qui n'est pas susceptible d'être obtenue en rassemblant des capacités inférieures de plusieurs opérateurs» [10], circonstance dans laquelle il convient d'«exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique ou, le cas échéant, par le recours à un nombre limité d'opérateurs économiques, en vertu de l'article 44, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/18, dès lors que cette exigence serait liée et proportionnée à l'objet du marché en cause» [11]. La Cour considère toutefois que «cette hypothèse constitu[e] une situation exceptionnelle» [12] et juge, par conséquent, que «la directive 2004/18 s'oppose à ce que ladite exigence soit érigée en règle générale par le droit national, ainsi que le fait une disposition telle que l'article 49, paragraphe 6, du décret législatif nº 163/2006» [13].

41. Compte tenu de ce qui précède, il est possible de répondre à la question posée par la juridiction de renvoi dans les mêmes termes que ceux employés par la Cour pour trancher l'affaire Smw Costruzioni (C-94/12, EU:C:2013:646). Pour le surplus, il convient de relever, à l'instar de la Commission [14], que l'affaire qui nous occupe ne relève pas du cas exceptionnel qui permet, conformément au point 35 de l'arrêt Smw Costruzioni (C-94/12, EU:C:2013:646), d'«exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique», puisque la capacité en cause est d'ordre purement économique.

42. La juridiction de renvoi considère que, au-delà de ce qui ressort de la directive 2004/18, la directive 2014/24 pourrait avoir limité plus strictement la possibilité de faire valoir les capacités de tiers pour satisfaire aux critères d'un appel d'offres. Le gouvernement italien et la Commission estiment, quant à eux, que la nouvelle directive est inapplicable en l'espèce. Je partage pleinement cette appréciation.

43. La juridiction de renvoi admet certes que le délai de transposition de la directive 2014/24 n'est pas encore expiré (ce qui est un motif suffisant pour exclure son applicabilité au cas d'espèce), mais invoque «l'obligation pour les juges nationaux de choisir et de privilégier, parmi toutes les interprétations possibles du droit interne, uniquement celles qui se conforment aux dispositions du droit de l'Union qui doit être transposé» [15].

44. La jurisprudence de la Cour impose aux États membres de «s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par [une] directive» [16], mais ne va pas jusqu'à obliger le juge national à interpréter son propre droit interne en totale conformité avec une directive dont le délai de transposition n'est pas encore expiré.

8 — Arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, point 30.

9 — Arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, point 33.

10 — Arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, point 35.

11 — Arrêt Swm Costruzioni, C-94/12, EU:C:2013:646, point 35.

12 — Arrêt Swm Costruzioni, C-94/12, EU:C:2013:646, point 36.

13 — Arrêt Swm Costruzioni, C-94/12, EU:C:2013:646, point 36.

14 — Observations de la Commission, point 30.

15 — Décision de renvoi, point C1.

16 — Arrêt Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, point 45.

45. Il est du reste discutable de voir dans la directive 2014/24, comme le fait la juridiction de renvoi, un texte plus restrictif que la directive 2004/18 en ce qui concerne la possibilité de faire valoir les capacités de tiers; je ne pense cependant pas qu'il soit nécessaire d'approfondir cette question, qui n'est pas pertinente pour la résolution du litige.

46. Par conséquent, j'estime que les articles 47 et 48 de la directive 2004/18 ne s'opposent pas à une règlementation nationale qui, dans le contexte débattu au principal, autorise à faire valoir de manière fractionnée les capacités d'autres entreprises pour satisfaire aux conditions d'admissibilité.

B – *Seconde question*

47. La seconde question posée par la juridiction de renvoi me paraît plus délicate. La divergence des positions que défendent respectivement le gouvernement italien et la Commission témoigne de sa difficulté. Alors que le premier soutient que l'opérateur exclu ne saurait ignorer l'exigibilité de l'obligation litigieuse (le paiement préalable de la contribution à l'AVCP), la seconde estime que l'exécution de cette obligation ne pourrait être exigée que si elle figure expressément dans les documents de l'appel d'offres ou que si elle ressort clairement du droit positif en vigueur.

48. J'estime que ces deux positions sont en réalité plus proches que l'on ne pourrait l'imaginer. Le gouvernement italien se réfère en effet à la connaissance de l'obligation litigieuse, alors que la Commission se concentre sur la publicité de cette obligation. Il s'agit en définitive de deux perspectives complémentaires, puisque la publicité de l'obligation vise à la faire connaître et que sa connaissance n'est possible (et exigible) que si elle a été dûment publiée.

49. La Cour a insisté dans sa jurisprudence sur la nécessité 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» [17].

50. L'obligation d'une publicité «claire, précise et univoque» est imposée, en premier lieu, par le principe d'égalité de traitement, qui «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» [18], et, en second lieu, par le principe de transparence, qui a pour but de «garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur» [19]. Ces principes d'égalité de traitement et de transparence sont les «principes de passation des marchés» visés à l'article 2 de la directive 2004/18, que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de respecter.

51. Il ne fait dès lors aucun doute que les soumissionnaires doivent être en mesure de connaître les conditions de l'appel d'offres, ce qui répond aux exigences élémentaires d'égalité et de transparence. La question de savoir jusqu'à quel point les conditions d'admissibilité doivent expressément figurer dans l'avis de marché ou le cahier des charges constitue en revanche un aspect plus discutable: doivent-elles *toutes* y figurer, ou, au contraire, certaines conditions d'ordre général peuvent-elles être considérées comme connues bien qu'elles n'y soient pas expressément reprises?

17 — Arrêt Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, point 44, dans lequel la Cour fait référence à l'arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, points 108 à 111.

18 — Arrêt Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, point 44, dans lequel la Cour fait référence à l'arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, points 108 à 111.

19 — Arrêt Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, point 44, où la Cour fait référence à l'arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, points 108 à 111.

52. Compte tenu de l'objectif que poursuit l'obligation de publicité des conditions – qui n'est autre que de permettre à «tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents» d'en comprendre le contenu et la portée –, il serait à mon sens illogique d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à également spécifier les conditions imposées par des dispositions règlementaires à portée générale qu'un soumissionnaire «raisonnablement informé et normalement diligent» ne saurait ignorer. Je pense, par exemple, aux conditions élémentaires imposées en droit civil et commercial en matière de capacité juridique des personnes et des sociétés, qu'aucun opérateur économique ne peut ignorer et dont aucun opérateur économique ne peut exiger qu'elles figurent expressément et en détail dans le dossier d'appel d'offres.

53. L'on peut certes nourrir des doutes quant à d'autres conditions moins «évidentes» ou, si l'on préfère, moins «logiques» ou «naturelles», mais dont la méconnaissance serait inexcusable de la part d'un soumissionnaire un tant soit peu diligent et informé. Le degré de diligence et d'information que l'on peut raisonnablement attendre d'un soumissionnaire est à mon sens le critère déterminant pour parvenir à une compréhension adéquate de l'esprit qui préside à l'article 2 de la directive 2004/18 et à l'interprétation des principes d'égalité et de transparence réalisée dans ce contexte par la Cour [20].

54. Le gouvernement italien a soutenu dans ses observations écrites [21] que l'article 46, paragraphe 1 bis, du décret législatif nº 163/2006 désigne comme causes d'exclusion, outre celles prévues par ledit décret et par l'avis de marché, celles prévues «par d'autres dispositions légales en vigueur». L'on peut trouver, parmi ces «autres dispositions légales», celles relatives aux obligations fiscales communes à tous les soumissionnaires, qui sont tous tenus de s'en acquitter sous peine d'exclusion de l'appel d'offres.

55. Concrètement, l'article 27, paragraphe 1, de la directive 2004/18 n'exige pas que les cahiers des charges spécifient en détail toutes «les obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions de protection et aux conditions de travail qui sont en vigueur dans l'État membre». Les soumissionnaires ou les candidats ne cessent pas d'être soumis à ces obligations (dont la méconnaissance peut, le cas échéant, entraîner leur exclusion) au seul motif qu'elles ne sont pas expressément reprises dans le dossier d'appel d'offres.

56. C'est au droit italien qu'il appartient de déterminer, en fonction de l'interprétation qu'en font ses tribunaux, si les caractéristiques de la contribution à l'AVCP permettent de qualifier celle-ci d'obligation de nature fiscale au sens large. Il revient également aux tribunaux italiens de déterminer les portées subjective et objective de l'article 1er, paragraphes 65 et 67, de la loi nº 266/2005 relatifs à la contribution dont le non-paiement a conduit à exclure la CRGT de l'appel d'offres (en validant ou en censurant l'interprétation de ces dispositions retenue par l'autorité publique destinataire du paiement).

57. La Cour ne devrait pas intervenir dans un débat – que je qualifierais de purement interne – portant sur le point de savoir si les autorités administratives ou juridictionnelles italiennes ont interprété de manière plus ou moins extensive les dispositions de la loi nº 266/2005. Si, comme l'on peut le déduire de la décision de renvoi, l'AVCP a itérativement interprété la loi nº 266/2005 en ce sens que l'obligation de payer la contribution s'étend aux contrats de services, et que le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie), en tant que juridiction de dernier ressort de droit interne, a validé cette position, il convient de s'en tenir à cette interprétation.

20 — Outre les arrêts Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, et Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, l'on peut notamment mentionner les affaires SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553; La Cascina e.a., C-226/04 et C-228/04, EU:C:2006:94; Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, ainsi qu'eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166.

21 — Point 66.

58. Ces mêmes considérations s'appliquent à l'effet d'exclusion qu'emporte le défaut de paiement de la contribution. À nouveau – et toujours compte tenu des éléments de la procédure – tant l'AVCP que les organes juridictionnels ayant confirmé ce critère ont jugé que l'inexécution de l'obligation de payer cette contribution, prévue dans la règlementation impérative mais non dans le cahier des charges, entraîne inévitablement l'exclusion de l'appel d'offres.

59. Tout indique que l'interprétation qui a conduit à appliquer l'article 1er, paragraphes 65 et 67, de la loi nº 266/2005 aux contrats de services découle d'une jurisprudence que l'autorité administrative compétente, l'AVCP, a établie au moins depuis l'année 2008. Cette interprétation semble avoir été validée par la juridiction administrative nationale suprême au moyen d'une jurisprudence dont l'ancienneté n'a pas été précisée dans la présente procédure. Quoi qu'il en soit, l'on peut logiquement penser qu'il s'agit d'une jurisprudence régulièrement appliquée par l'AVCP dans tous les cas d'appels d'offres portant sur des contrats de services (le gouvernement italien énumère en effet plusieurs décisions en ce sens rendues par l'AVCP lors d'années successives). L'on peut enfin présumer que l'opérateur économique exclu dans la procédure au principal (CRGT), qui avait antérieurement fourni les services faisant l'objet de l'appel d'offres, connaissait ou pouvait connaître cette jurisprudence.

60. Par conséquent, et sous ces réserves, l'on peut considérer qu'il s'agit d'une clause d'exclusion qui, sans être reprise dans l'avis de marché ni dans le cahier des charges, résulte néanmoins d'une interprétation constante et judiciairement autorisée d'une disposition législative. L'interprétation retenue par l'AVCP et validée par la voie juridictionnelle est favorable à l'inadmissibilité des offres présentées sans paiement de la contribution.

61. J'admets que cette obligation pourrait, en théorie, être considérée comme difficilement identifiable, ce qui rendrait son exigibilité en principe incompatible avec la jurisprudence de la Cour en la matière. Il m'apparaît toutefois que l'analyse pourrait être différente en s'en tenant au critère du soumissionnaire un tant soit peu diligent et informé, même si, comme je l'expose ci-après, la Cour n'est peut-être pas dans la meilleure position pour ce faire.

62. Seule la juridiction de renvoi est en effet en mesure de déterminer si, dans les circonstances de la cause, le soumissionnaire exclu pouvait ou non ignorer l'interprétation de la loi nº 266/2005 et l'application qui en est faite dans ce type d'appel d'offres, que corrobore une pratique administrative constante voulant que la contribution à l'AVCP soit également exigible pour les contrats de services. À cette fin, il peut être utile que la juridiction de renvoi vérifie si le soumissionnaire exclu a pris part à des appels d'offres présentant les mêmes caractéristiques et dans lesquels l'obligation litigieuse a été considérée comme exigible sur la base de l'interprétation de la loi nº 266/2005 retenue par l'AVCP.

63. En définitive, c'est à l'organe juridictionnel qu'il revient de déterminer si la jurisprudence de l'AVCP et du Consiglio di Stato (Conseil d'État) sont suffisamment connues dans le secteur des entreprises soumissionnaires de marchés publics pour que l'on en conclue qu'elles ne pouvaient être ignorées d'un soumissionnaire diligent et informé.

64. Cette dernière affirmation en amène une autre, que j'estime pertinente du point de vue du principe d'égalité de traitement. S'il devait être constaté que, concrètement, la majorité des soumissionnaires connaissent la pratique de l'AVCP et payent par conséquent la contribution litigieuse, il serait discriminatoire de dispenser un soumissionnaire spécifique de cette obligation.

65. Comme l'a signalé la Commission [22], l'exigibilité d'une condition comme celle que nous examinons pourrait s'avérer particulièrement préjudiciable pour les soumissionnaires établis dans d'autres États membres, dont le niveau de connaissance du droit national et de son interprétation authentique peut ne pas être comparable à celui des soumissionnaires nationaux. Le critère du soumissionnaire

22 — Observations de la Commission, point 38 in fine.

raisonnablement informé et normalement diligent, qui constitue la clé de la solution que je propose, permet cependant de contourner cette difficulté, puisque le degré d'information et de diligence doit être adapté dans chaque cas aux caractéristiques du soumissionnaire concerné, de sorte que, dans la présente affaire, la méconnaissance qui pourrait être inexcusable de la part de la CRGT pourrait être excusable de la part d'un soumissionnaire établi dans un autre État membre.

66. Il faut enfin examiner l'éventuelle régularisation du défaut de paiement de la contribution visée par la loi nº 266/2005. Je rejoins à cet égard la Commission et estime que, si la juridiction de renvoi admet qu'un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent aurait pu ignorer l'existence de cette obligation, le pouvoir adjudicateur doit accorder au soumissionnaire exclu un délai suffisant pour régulariser son manquement. Cette conséquence se dégage en creux de la jurisprudence de la Cour selon laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut «admettre des rectifications quelconques à des omissions qui, selon les dispositions expresses des documents du marché, doivent conduire à l'exclusion de celui-ci» [23]. Tel serait précisément le cas de l'inexécution d'une obligation qui ne pourrait pas se déduire des «dispositions expresses des documents du marché».

67. En résumé, le droit de l'Union ne s'oppose pas à une règlementation nationale qui permet d'exclure d'une procédure d'appel d'offres publique le soumissionnaire qui n'a pas exécuté une obligation de nature fiscale lorsque cette obligation n'est expressément reprise ni dans l'avis de marché ni dans le cahier des charges, mais résulte d'une interprétation constante, validée par les tribunaux, de la loi nationale applicable, pour autant que cette interprétation ne puisse être ignorée d'un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent, ce qu'il revient au juge national de déterminer. S'il est admis que l'ignorance de cette obligation est excusable, le pouvoir adjudicateur doit accorder au soumissionnaire exclu un délai suffisant pour régulariser son manquement.

VI – Conclusion

68. Eu égard aux motifs exposés, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions posées:

1) Les articles 47 et 48 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 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une règlementation nationale qui, dans le domaine des services, autorise à se prévaloir, de manière fractionnée, des capacités d'entreprises tierces afin de satisfaire aux critères de sélection, dans les conditions susmentionnées.

2) Les principes du droit de l'Union, notamment ceux d'égalité de traitement et de transparence, ne s'opposent pas à une règlementation nationale qui permet d'exclure d'une procédure d'appel d'offres publique un soumissionnaire qui n'a pas exécuté une obligation de nature fiscale, lorsque cette obligation n'est expressément reprise ni dans l'avis de marché ni dans le cahier des charges, mais résulte d'une interprétation constante validée par les tribunaux, de la loi nationale applicable, pour autant que cette interprétation ne puisse être ignorée d'un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent, ce qu'il revient au juge national de déterminer. S'il est admis que l'ignorance de cette obligation est excusable, le pouvoir adjudicateur doit accorder au soumissionnaire exclu un délai suffisant pour régulariser son manquement.

23 — Arrêt Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, point 46.