Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 4 juin 2015 [1]

Affaire C-234/14

Ostas celtnieks SIA
contre
Talsu novada pašvaldība,
Iepirkumu uzraudzības birojs

[demande de décision préjudicielle formée par l'Augstākā tiesa (Lettonie)]

«Renvoi préjudiciel — Marchés publics — Directive 2004/18/CE — Articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3 — Opérateur économique faisant valoir les capacités d'autres entités — Obligation de conclure avec ces autres entités un contrat de partenariat ou de créer une société en nom collectif — Clause de responsabilité individuelle et solidaire du soumissionnaire et d'autres entités»

I – Introduction

1. La demande de décision préjudicielle, déposée au greffe de la Cour le 12 mai 2014, intervient dans le cadre d'un litige opposant, d'une part, Ostas celtnieks SIA (ci-après «Ostas celtnieks») et, d'autre part, Talsu novada pašvaldība (autorité locale du département de Talsi, ci-après l'«Autorité») et Iepirkumu uzraudzības birojs (office de surveillance des marchés publics, ci-après l'«Office»).

2. L'Autorité a lancé une procédure de marché public pour l'amélioration des infrastructures routières afin de faciliter l'accès à Talsi. Le cahier des charges de l'appel d'offres lancé par l'Autorité prévoyait notamment que, au cas où un soumissionnaire ferait valoir les capacités d'autres entités, il devrait, avant la conclusion du contrat, conclure un accord de partenariat avec ces entités ou créer une société en nom collectif. L'accord de partenariat devrait notamment prévoir la responsabilité individuelle et solidaire du soumissionnaire et des autres entités.

3. Ostas celtnieks conteste la légalité de ces conditions du cahier des charges.

4. Cette demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation 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 [2]. La juridiction de renvoi s'interroge plus particulièrement sur la question de savoir si cette directive s'oppose ou non à l'insertion dans un cahier des charges des conditions comme celles prévues dans l'affaire au principal.

1 — Langue originale: le français.

2 — JO L 134, p. 114, et rectificatif JO L 351, p. 44.

II – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

5. Le considérant 45 de la directive 2004/18 énonce:

«La présente directive prévoit la possibilité pour les États membres d'instaurer des listes officielles d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de services ou une certification par des organismes publics ou privés, ainsi que les effets d'une telle inscription ou d'un tel certificat dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics dans un autre État membre. En ce qui concerne les listes officielles d'opérateurs économiques agréés, il importe de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice dans le cas où un opérateur économique faisant partie d'un groupe se prévaut des capacités économique, financière ou technique d'autres sociétés du groupe à l'appui de sa demande d'inscription. Il appartient dans ce cas à l'opérateur économique de prouver qu'il disposera effectivement de ces moyens pendant toute la durée de validité de l'inscription. Aux fins de cette inscription, un État membre peut dès lors déterminer des niveaux d'exigences à atteindre et notamment, par exemple, lorsque cet opérateur se prévaut de la capacité financière d'une autre société du groupe, l'engagement, si besoin est solidaire, de cette dernière société.»

6. L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2004/18 prévoit ce qui suit:

«Les groupements d'opérateurs économiques sont autorisés à soumissionner ou à se porter candidats. Pour la présentation d'une offre ou d'une demande de participation, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques aient une forme juridique déterminée, mais le groupement retenu peut être contraint de revêtir une forme juridique déterminée lorsque le marché lui a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché.»

7. Aux termes de l'article 25 de cette directive:

«Dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre de demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés.

Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'opérateur économique principal.»

8. Selon l'article 26 de ladite directive:

«Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit [de l'Union] et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales.»

9. L'article 44 de la même directive dispose:

«1. L'attribution des marchés se fait [...] après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus [...], effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 47 à 52 [...].

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

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

[...]»

10. L'article 47 de la directive 2004/18 prévoit à ses paragraphes 2 et 3:

«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.

3. Dans les mêmes conditions un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 4 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.»

11. L'article 48 de cette directive dispose à ses paragraphes 3 et 4:

«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.

4. Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 4 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou à d'autres entités.»

B – *Le droit national*

12. La loi sur les marchés publics [Publisko iepirkumu likums, Latvijas Vēstnesis, 2006, nº 65 (3433)] transpose en droit letton la directive 2004/18.

13. Il ressort de la demande de décision préjudicielle que cette loi prévoit, aux articles 41 («Capacité économique et financière»), paragraphe 3, et 42 («Capacités techniques et/ou professionnelles»), paragraphe 3, que l'adjudicataire peut, si cela est nécessaire à l'exécution d'un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entrepreneurs, quelle que soit la nature juridique des liens qui les unissent. Dans ce cas, l'adjudicataire doit prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires, par la production de confirmations ou d'accords de ces entrepreneurs sur l'exécution du marché [3].

14. Les règles de base d'un accord de partenariat sont définies au seizième chapitre du code civil letton, alors que les conditions imposées aux opérateurs économiques pour la création et l'activité d'une société en nom collectif figurent au titre IX du code de commerce.

3 — Il y a lieu de relever que le litige dans l'affaire au principal ne porte pas sur la conformité des dispositions du droit national avec le droit de l'Union. Ostas celtnieks ne conteste que la légalité de certaines des conditions du cahier des charges du marché en cause. Voir points 16 à 18 des présentes conclusions. En outre, à la suite d'une question posée par M. le président Tizzano lors de l'audience, le gouvernement letton a informé la Cour que le marché en cause dans l'affaire au principal était un marché de travaux d'une valeur d'environ 3 millions d'euros, montant qui est inférieur au seuil fixé par la directive pour ce type de marché [voir article 7, sous c), de la directive 2004/18]. Le gouvernement letton a toutefois précisé que la législation lettone a rendu la directive 2004/18 applicable au marché de travaux d'un montant tel que celui du marché en cause.

III – Les faits du litige au principal et la question préjudicielle

15. L'Autorité a lancé une procédure de passation d'un marché public en vue de l'amélioration des infrastructures routières.

16. Le point 9.5 du cahier des charges, approuvé le 29 novembre 2011, est libellé comme suit:

«[…] dans le cas où un soumissionnaire fait valoir les capacités d'autres entrepreneurs, il mentionne tous ces entrepreneurs et prouve qu'il disposera des moyens nécessaires. S'il est décidé de conclure avec ce soumissionnaire, celui-ci devra, avant la conclusion du contrat, conclure un accord de partenariat avec ces entrepreneurs et communiquer ledit accord au pouvoir adjudicateur.»

17. Selon la juridiction de renvoi, l'accord de partenariat devra comprendre:

«1) une clause selon laquelle chacun séparément et tous solidairement est (sont) responsable(s) de l'exécution du marché;

2) [la désignation de l']opérateur économique principal, qui aura tous pouvoirs pour signer le contrat et en dirigera l'exécution;

3) la description de la part de travail à effectuer par chacun des participants;

4) le volume, exprimé en pourcentage, du travail à effectuer par chacun des participants.

La conclusion d'un accord de partenariat peut être remplacée par la création d'une société en nom collectif.»

18. Ostas celtnieks a contesté devant l'Office plusieurs conditions du cahier des charges et, en particulier, le point 9.5.

19. Par décision du 13 février 2012, l'Office a donné raison à Ostas celtnieks sur différents points, mais a rejeté ses objections concernant le point 9.5 du cahier des charges. L'Office a observé que, par ce point, le pouvoir adjudicateur avait en fait indiqué de quelle manière l'adjudicataire pouvait prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposerait pendant toute la période contractuelle des moyens nécessaires qu'il fait valoir.

20. Ostas celtnieks a saisi l'Administratīvā rajona tiesa (tribunal administratif de district) d'un recours pour constater l'illégalité partielle de la décision de l'Office sur plusieurs points et en particulier celui relatif au point 9.5 du cahier des charges.

21. Par décision du 7 mai 2013, l'Administratīvā rajona tiesa a jugé que le point 9.5 du cahier des charges était partiellement illégal.

22. Selon cette juridiction, il ne ressort ni de la loi sur les marchés publics lettone ni de la directive 2004/18 que le pouvoir adjudicateur puisse imposer à un soumissionnaire une obligation de produire un engagement de conclure un accord de partenariat avec d'autres entités dont il fait valoir leurs capacités et d'exiger de lui qu'il conclue pareil accord ou qu'il crée avec elles une société en nom collectif. Selon l'Administratīvā rajona tiesa, un opérateur économique peut avoir recours, pour les besoins d'un marché déterminé, aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui les unissent.

23. Contre cette décision l'Autorité et l'Office ont introduit des pourvois en cassation devant la juridiction de renvoi. Ils y soutiennent que le point 9.5 du cahier des charges est justifié afin de réduire le risque d'inexécution du marché, car, en l'absence d'une obligation de conclure un accord, le pouvoir adjudicateur n'a pas la possibilité de vérifier que l'exécution du marché se fera conformément à l'offre soumise et que les entrepreneurs, dont l'adjudicataire fait valoir les capacités, ne renieront pas leurs engagements.

24. Selon l'Autorité et l'Office, les termes «quelle que soit la nature juridique des liens qui les unissent» [4] se rapportent aux liens qui existent en général entre un adjudicataire et un entrepreneur dont il fait valoir les capacités. Ils estiment que la loi lettone sur les marchés publics n'indique pas de quelle manière l'adjudicataire peut prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires et que cela est donc laissé à l'appréciation du pouvoir adjudicateur.

25. Ils considèrent, également, que, puisque la loi lettone sur les marchés publics a transposé les dispositions de la directive 2004/18, il y a lieu également de tenir compte de l'interprétation des dispositions de cette directive dans la jurisprudence de la Cour. Ils relèvent aussi que, dans les arrêts Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) et Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636), la Cour a dit pour droit que, afin de réduire au maximum les risques pour le pouvoir adjudicateur, celui-ci devait vérifier que les moyens pertinents étaient bien à la disposition des soumissionnaires.

26. La juridiction de renvoi relève qu'il ressort de plusieurs arrêts de la Cour que le pouvoir adjudicateur devait également vérifier les capacités d'exécuter le marché [5] des entreprises sous-traitantes.

27. Elle observe, notamment, que, au point 33 de l'arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), la Cour dit pour droit «que la directive 2004/18 permet le cumul des capacités de plusieurs opérateurs économiques en vue de satisfaire aux exigences minimales de capacité fixées par le pouvoir adjudicateur pour autant qu'il lui soit prouvé 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».

28. Selon la juridiction de renvoi, le pouvoir adjudicateur non seulement peut, mais aussi doit vérifier la capacité du soumissionnaire à exécuter le marché. Toutefois, elle estime que n'est pas clairement tranchée la question de savoir si le pouvoir adjudicateur peut décider que les seules procédures autorisées pour se procurer des capacités supplémentaires consistent à se réunir en un certain type de société ou à conclure un accord de partenariat ou au contraire si l'entreprise soumissionnaire est libre de choisir de quelle manière elle réunira ces capacités.

29. Dans ces circonstances, l'Augstākā tiesa a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Convient-il d'interpréter les dispositions de la directive 2004/18 en ce sens que, pour réduire le risque d'inexécution d'un marché, elles autorisent à insérer dans un cahier des charges une règle selon laquelle, s'il est décidé de passer le marché avec un soumissionnaire qui fait valoir les capacités d'autres entités, celui-ci est tenu, avant la passation dudit marché, de conclure avec ces entités un accord de partenariat (incluant les points indiqués dans le cahier des charges) ou de créer avec eux une société en nom collectif?»

4 — Voir articles 41, («Capacité économique et financière»), paragraphe 3, et 42, («Capacités techniques et/ou professionnelles»), paragraphe 3, de la loi lettone sur les marchés publics, ainsi que articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18.

5 — Voir, notamment, arrêts Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133, point 16) et Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, points 28 et 29).

IV – La procédure devant la Cour

30. Les gouvernements letton et hellénique ainsi que la Commission européenne ont déposé des observations écrites. Ostas celtnieks, le gouvernement letton et la Commission ont formulé des observations orales lors de l'audience qui s'est tenue le 16 avril 2015.

V – Analyse

A – *Observations liminaires*

31. Il y a lieu de relever que, si la question posée à la Cour par la juridiction de renvoi ne spécifie aucune disposition concrète de la directive 2004/18, la demande de décision préjudicielle fait référence à ses articles 25 («Sous-traitance»), 26 («Conditions d'exécution du marché»), 47 («Capacité économique et financière»), 48 («Capacités techniques et/ou professionnelles») et à son considérant 45.

32. En outre, il ressort de la décision de renvoi que le litige au principal ne porte que sur le point 9.5 du cahier des charges litigieux qui prévoit que, dans le cas où un soumissionnaire fait valoir les capacités d'autres entités, il doit indiquer ces entités et prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera de tous les moyens nécessaires à l'exécution du marché par la production d'un engagement de ces entités de conclure un accord de partenariat [6] ou de créer avec le soumissionnaire une société en nom collectif avant la passation du marché.

33. Je considère donc que la question posée à la Cour par la juridiction de renvoi vise à savoir si les articles 47, paragraphe 2, de la directive 2004/18 (relatif à la capacité économique et financière des opérateurs économiques participant à une procédure d'adjudication) et 48, paragraphe 3, de cette directive (relatif aux capacités techniques et/ou professionnelles de ces opérateurs) s'opposent à une clause d'un cahier des charges qui impose à un soumissionnaire qui fait valoir les capacités d'autres entités l'obligation de conclure avec ceux-ci un accord de partenariat ou de créer avec eux une société en nom collectif avant la passation du marché.

34. Toutefois, selon la Commission, le libellé de ce point du cahier des charges donne à penser que la disposition spécifique relative à la conclusion d'un accord de partenariat ou à la création d'une société en nom collectif ne concerne que la phase postérieure à la sélection et antérieure à la passation du marché, et ne vise que le soumissionnaire retenu, avec lequel le pouvoir adjudicateur envisage de passer le marché. Ainsi cette disposition spécifique correspondrait aux conditions d'exécution du marché, telles qu'elles sont définies à l'article 26 de la directive 2004/18.

35. Je considère, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, que les exigences imposées par le point 9.5 du cahier des charges se rapportent aux niveaux minimaux, d'une part, de capacité économique et financière et, d'autre part, de capacités techniques et/ou professionnelles exigés par le pouvoir adjudicateur, au sens des articles 44, paragraphe 2, 47 et 48 de la directive 2004/18, auxquelles un soumissionnaire doit satisfaire pour que son offre soit prise en considération [7] et non sur les conditions d'exécution du marché au sens de l'article 26 de cette directive. En effet, si en application de cet article 26, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières

6 — Le gouvernement letton observe que «'[u]n partenariat est une réunion de deux ou plusieurs personnes sur la base d'un accord de partenariat dans le but d'atteindre des objectifs communs au moyen de ressources ou de moyens communs'. L'article 2257 du code civil letton régit la question de la responsabilité des participants à un partenariat en ce sens que les engagements pris par un partenariat engagent solidairement tous les membres de celui-ci envers des tiers».

7 — Voir, par analogie, arrêt Commission/Pays-Bas (C-368/10, EU:C:2012:284, points 103 et 104). En effet, il semble, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, que le point 9.5 fait référence notamment aux exigences de l'annexe 1 du cahier des charges intitulée l'«Offre financière» ainsi qu'à son annexe 2 intitulée «Qualification».

d'exécution dans l'avis du marché ou le cahier des charges, il apparaît que, au vu des exemples qu'il donne des conditions d'exécution, à savoir qu'elles «peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales» [8], cet article ne porte pas sur la capacité économique et financière ou sur les capacités techniques et/ou professionnelles du soumissionnaire d'exécuter le marché, exigences qui sont visées aux articles 44, paragraphe 2, 47 et 48 de la directive 2004/18.

36. Par ailleurs, les obligations d'un soumissionnaire qui se prévaut des capacités d'autres entités, d'une part, de prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera de tous les moyens nécessaires à l'exécution du marché par la production d'un engagement de ces entités de conclure un accord de partenariat et, d'autre part, de conclure avec ces entités un accord de partenariat ou de créer une société en nom collectif avant la passation du marché sont intimement liées et ne doivent pas être artificiellement dissociées.

37. Ces obligations portent sur la capacité économique et financière du soumissionnaire ainsi que sur les capacités professionnelles et techniques et plus particulièrement sur la manière dont, conformément aux articles 47 et 48 de la directive 2004/18, le soumissionnaire doit prouver qu'il disposera des moyens nécessaires pour l'exécution du marché, s'il recourt notamment à des sous-traitants. Leur non-respect constitue une raison de l'exclure de la procédure de passation du marché.

B – *Les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18*

38. Les règles de l'Union européenne n'exigent pas que la personne qui conclut un contrat avec un pouvoir adjudicateur soit en mesure de réaliser directement avec ses propres ressources la prestation convenue. Il suffit qu'elle soit à même de faire exécuter la prestation dont il s'agit, en fournissant les garanties nécessaires à cet effet. Il ressort tant des règles de l'Union que de la jurisprudence de la Cour qu'est admise à soumissionner ou à se porter candidate à un marché public toute personne ou entité qui, au vu des conditions énoncées dans l'avis de ce marché, se considère apte à assurer l'exécution de ce marché, directement ou en recourant à la sous-traitance. La capacité effective de cette entité à remplir les conditions fixées par l'avis de marché est appréciée lors d'une phase ultérieure de la procédure, en application des critères établis aux articles 44 à 52 de la directive 2004/18 [9].

39. «En vertu de l'article 44, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2004/18, un pouvoir adjudicateur peut exiger des candidats ou des soumissionnaires qu'ils satisfassent à des niveaux minimaux de capacité économique et financière ainsi que de capacités techniques et professionnelles, conformément aux articles 47 et 48 de cette directive. À ce titre, ce pouvoir adjudicateur doit tenir compte *du droit* que les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 reconnaissent à tout opérateur économique de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités, *quelle que soit la nature des liens existant entre lui-même et ces entités*, pour autant qu'il prouve au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires pour l'exécution de ce marché» [10].

8 — Voir, en ce sens, arrêt Commission/Pays-Bas (C-368/10, EU:C:2012:284, point 76).

9 — Voir, en ce sens, arrêt CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, points 41 et 42 ainsi que jurisprudence citée).

10 — Voir arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, points 28 et 29). C'est moi qui souligne. Les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 codifient la jurisprudence constante de la Cour rendue à propos des directives antérieures en matière de marchés publics. Voir conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, point 20).

40. Je relève, à cet égard, que, si tout opérateur économique dispose d'un droit de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités, il lui appartient d'établir qu'il dispose effectivement des moyens et des ressources de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché [11].

41. Le pouvoir adjudicateur, ainsi que le précise l'article 44, paragraphe 1, de la directive 2004/18, doit procéder à la vérification de l'aptitude du soumissionnaire en vue notamment de donner au pouvoir adjudicateur l'assurance qu'il aura effectivement l'usage des moyens de toute nature dont il se prévaut pendant la période couverte par le marché [12].

42. Dans le cadre de cette vérification, la directive 2004/18 ne permet ni d'exclure a priori certains modes de preuve ni de présumer que le soumissionnaire dispose des moyens nécessaires à l'exécution du marché [13].

43. En effet, si les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 indiquent que, «par exemple», la production de l'engagement d'autres entités de mettre à la disposition du soumissionnaire les moyens nécessaires constitue un mode de preuve acceptable, ces dispositions n'excluent en aucune manière d'autres modes de preuve [14].

C – *Le point 9.5 du cahier des charges*

44. Par l'obligation qu'il impose à un soumissionnaire de conclure un accord de partenariat avec les entités dont il fait valoir la capacité ou de créer avec eux une société avant la passation du marché, le point 9.5 du cahier des charges ne lui laisse qu'une seule et unique manière de prouver qu'il dispose des moyens d'autres entités.

45. Cette obligation me paraît contraire au libellé même des articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 qui cite à titre d'exemple un mode de preuve utilisable par un opérateur économique pour faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités, ce qui, par définition, non seulement ne l'impose pas mais n'en exclut aucun autre.

46. Bien plus, par l'obligation qu'il impose, le point 9.5 du cahier des charges interdit l'utilisation du mode de preuve cité aux articles 47 et 48 de la directive 2004/18.

11 — Voir, en ce sens, arrêts Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, point 29) et Siemens et ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, points 43 et 44). Il s'ensuit que la charge de la preuve pèse sur le soumissionnaire qui fait valoir les capacités de tiers. Au point 35 de l'arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), la Cour a constaté que «il ne saurait être exclu qu'il existe des 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. Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur serait fondé à 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.» Il s'ensuit que la Cour accepte qu'il y ait des circonstances exceptionnelles où, au vu de la nature même du marché en cause, le recours par un soumissionnaire aux capacités d'autres entités pourrait être limité. La demande de décision préjudicielle ne fait aucune référence à l'existence de telles circonstances exceptionnelles dans l'affaire au principal.

12 — Voir, en ce sens, arrêt Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, point 28).

13 — Ibidem (point 30).

14 — «Tant l'article 47, paragraphe 2, que l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 prévoient, en des termes presque identiques, qu''un opérateur économique peut [...] faire valoir les capacités d'autres entités'. Ce libellé laisse entendre qu'est reconnu aux opérateurs économiques un droit à choisir cette méthode pour satisfaire aux critères de sélection, à la condition qu'ils puissent établir qu'ils ont effectivement à leur disposition les ressources d'autres entités nécessaires pour exécuter le marché.» Voir conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, point 24).

47. En outre, je considère que, en imposant au soumissionnaire une seule et unique manière de prouver qu'il est qualifié et qu'il dispose des moyens d'autres entités, l'article 9.5 du cahier des charges viole le principe de proportionnalité [15].

48. En effet, si l'objectif de garantir l'exécution du marché constitue un objectif légitime d'intérêt général, l'obligation imposée par le point 9.5 du cahier des charges va clairement au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. En imposant entre le soumissionnaire et les autres entités auxquelles il fait appel une limitation fondée sur la forme juridique de leur liaison qui n'est pas prévue aux articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18, le point 9.5 du cahier des charges revient à limiter de manière substantielle et injustifiée le droit d'un soumissionnaire de faire valoir les capacités de ces entités et, par conséquent, la participation la plus large possible de soumissionnaires [16] aux procédures d'appels d'offres alors que l'intérêt de l'Union en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services exige que l'ouverture d'un appel d'offres à la concurrence soit la plus large possible [17].

49. De plus, les obligations du soumissionnaire de conclure avec les entités dont il fait valoir, par exemple, les capacités techniques et/ou professionnelles un accord de partenariat ou de créer avec eux une société en nom collectif avant la passation du marché et d'inclure dans l'accord de partenariat une clause selon laquelle le soumissionnaire et les autres entités seraient individuellement et solidairement responsables de l'exécution du marché, indépendamment de la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter, ont clairement un effet dissuasif sur cette forme de coopération économique [18]. Il est même permis de douter de l'efficacité de la mesure pour atteindre l'objectif de garantir l'exécution du marché, car il est difficile d'imaginer que l'entreprise aux capacités techniques et professionnelles à laquelle il est fait appel accepte une responsabilité financière solidaire, alors même que ne lui serait sous-traitée qu'une partie minime du marché.

50. Enfin, le point 9.5 du cahier des charges, en portant atteinte, par exemple, au droit d'un soumissionnaire de sous-traiter conformément à l'article 25 de la directive 2004/18 une partie de la prestation en question, limite l'accès des petites et des moyennes entreprises aux marchés publics [19].

D – *Sous-traitance ou groupement d'opérateurs économiques*

51. Le gouvernement letton considère que les opérateurs, de même que les sous-traitants éventuels aux capacités desquels le soumissionnaire fait appel, constituent, du point de vue du pouvoir adjudicateur, un groupement d'opérateurs économiques qui est potentiellement l'exécutant du marché. Il relève que, conformément à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2004/18, «les pouvoirs adjudicateurs ne

15 — Conformément au principe de proportionnalité, qui constitue un principe général du droit de l'Union, les mesures adoptées par les États membres ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif légitime. Voir, en ce sens, arrêt Serrantoni et Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, point 33 et jurisprudence citée).

16 — Voir, par analogie, arrêt CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, point 37).

17 — Voir, en ce sens, arrêts Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, point 29) et Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, point 34). «Cet objectif d'ouverture à la concurrence la plus large possible est envisagé non pas uniquement au regard de l'intérêt en matière de libre circulation des produits et des services, mais également dans l'intérêt des pouvoirs adjudicateurs, qui disposeront ainsi d'un choix élargi quant à l'offre la plus avantageuse». Voir conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, point 32).

18 — Il y a lieu de noter que l'article 63, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO L 94, p. 65) prévoit que «[l]orsqu'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». C'est moi qui souligne. Je relève, cependant, d'une part, que cette disposition, qui doit être transposée par les États membres au plus tard le 18 avril 2016 en application de l'article 90 de la directive 2014/24, n'est pas applicable ratione temporis au litige au principal et, d'autre part, que celle-ci vise uniquement les circonstances dans lesquelles le soumissionnaire a recours aux capacités d'autres entités en ce qui concerne des critères ayant trait à la capacité économique et financière à l'exclusion de ceux ayant trait aux capacités techniques et/ou professionnelles. En outre, cette disposition exige uniquement que le soumissionnaire et les autres entités soient solidairement responsables de l'exécution du marché sans imposer, comme dans l'affaire au principal, une forme juridique particulière de coopération entre ceux-ci. Il est par ailleurs logique que seul le recours aux «capacités économiques et financières» soit lié à la responsabilité solidaire.

19 — Voir, en ce sens, arrêt Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, point 34 et jurisprudence citée).

peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques aient une forme juridique déterminée, mais le groupement retenu peut être contraint de revêtir une forme juridique déterminée lorsque le marché lui a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché». Le gouvernement letton observe qu'il ressort clairement de cette disposition que, pour garantir l'exécution du marché, le pouvoir adjudicateur a le droit de demander au groupe d'opérateurs de s'associer sous une forme juridique déterminée. Autrement dit, sur cette base, ce serait légalement que, en pratique, le point 9.5 du cahier des charges en cause impose aux opérateurs économiques, qui veulent faire appel à des sous-traitants [20], l'obligation de constituer un groupement d'opérateurs économiques avec ces derniers.

52. Je relève tout d'abord que, telle qu'elle est prévue à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2004/18, l'obligation des groupements d'opérateurs économiques de revêtir une forme juridique déterminée après la passation du marché «*dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché*» [21] constitue, à mon avis, une exigence exceptionnelle qui n'est imposée que lorsqu'elle s'avère objectivement nécessaire et dans le respect du principe de proportionnalité. Aucun de ces éléments n'est invoqué en l'espèce.

53. Plus fondamentalement, si les pouvoirs adjudicateurs peuvent dans certains cas exiger une forme juridique déterminée après l'attribution du marché à un groupement d'opérateurs économiques, ils ne peuvent pas imposer la formation d'un tel groupement par un soumissionnaire et les sous-traitants auxquels il fait appel, car la directive 2004/18 laisse le choix au soumissionnaire soit de sous-traiter une part du marché à des tiers (article 25), soit de se réunir avec d'autres entités dans un groupement d'opérateurs économiques et de soumissionner conjointement pour un marché donné (article 4, paragraphe 2).

54. Or, le point 9.5 du cahier des charges lie ces deux possibilités qui sont clairement distinctes [22] et, à tout le moins, dans la thèse du gouvernement letton, obligerait un soumissionnaire qui a recours à des sous-traitants à transformer ce mode de coopération en un groupement d'opérateurs économiques.

55. Enfin, conformément aux articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18, un soumissionnaire qui participe à la procédure de sélection a le droit de choisir le mode de coopération avec d'autres entités pour satisfaire aux exigences de capacité économique et financière en question.

56. Il s'ensuit que le point 9.5 prive de tout effet utile les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 et applique de manière inappropriée les dispositions de l'article 4, paragraphe 2, de cette directive.

VI – Conclusion

57. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre à la question préjudicielle posée par l'Augstākā tiesa (Lettonie) de la manière suivante:

Les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, 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 s'opposent à une condition dans un cahier des charges qui impose à un soumissionnaire qui fait valoir les capacités d'autres entités l'obligation de conclure avec ceux-ci un accord de partenariat ou de créer avec eux une société en nom collectif avant la passation du marché.

20 — Voir, en ce sens, arrêt Ordine degli Architetti e.a. (C-399/98, EU:C:2001:401, points 90 et 91).

21 — C'est moi qui souligne.

22 — Voir, en ce sens, arrêt Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, point 24). Voir, également, articles 47, paragraphe 3, et 48, paragraphe 4, de la directive 2004/18.