Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (neuvième chambre)

3 juin 2021 *

« Renvoi préjudiciel – Passation des marchés publics de services, de fournitures et de travaux – Directive 2014/24/UE – Déroulement de la procédure – Choix des participants et attribution des marchés – Article 63 – Soumissionnaire recourant aux capacités d'une autre entité pour satisfaire aux exigences du pouvoir adjudicateur – Article 57, paragraphes 4, 6 et 7 – Déclarations mensongères présentées par cette entité – Exclusion dudit soumissionnaire sans lui imposer ou lui permettre de remplacer ladite entité – Principe de proportionnalité »

Dans l'affaire C-210/20,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie), par décision du 20 février 2020, parvenue à la Cour le 30 mars 2020, dans la procédure

Rad Service Srl Unipersonale,

Cosmo Ambiente Srl,

Cosmo Scavi Srl

contre

Del Debbio SpA,

Gruppo Sei Srl,

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.,

Daf Costruzioni Stradali Srl,

en présence de :

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro,

LA COUR (neuvième chambre),

composée de M. N. Piçarra, président de chambre, MM. D. Šváby (rapporteur) et S. Rodin, juges,

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

greffier : M. A. Calot Escobar,

* Langue de procédure : l'italien.

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées :

– pour Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl et Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., par M[es] A. Manzi et F Bertini, avvocati,

– pour le gouvernement italien, par M[me] G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M[me] C. Colelli et de M. S. L. Vitale, avvocati dello Stato,

– pour la Commission européenne, par MM. G. Gattinara et P. Ondrůšek ainsi que par M[me] K. Talabér-Ritz, en qualité d'agents,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 49 et 56 TFUE, ainsi que de l'article 63 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 2014, L 94, p. 65).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl et Cosmo Scavi Srl, réunies au sein du groupement temporaire d'entreprises (GTE) Rad Service (ci-après le « GTE Rad Service ») à Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. (ci-après le « GTE Del Debbio ») ainsi qu'au groupement temporaire d'entreprises constitué par DAF Costruzioni Stradali Srl, GARC SpA et Edil Moter Srl (ci-après le « GTE Daf »), au sujet de la décision de l'Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro (agence sanitaire locale de la région Toscane Centre, Italie) d'exclure le GTE Del Debbio d'une procédure de passation de marché public de travaux.

Le cadre juridique

La directive 2014/24

3 Les considérants 84, 101 et 102 de la directive 2014/24 énoncent :

« (84) De nombreux opérateurs économiques, et en particulier les [petites et moyennes entreprises (PME)], estiment que les lourdeurs administratives découlant de l'obligation de produire un nombre important de certificats ou d'autres documents en rapport avec les critères d'exclusion et de sélection constituent l'un des principaux obstacles à leur participation aux marchés publics. Limiter ces exigences, par exemple en utilisant un document unique de marché européen (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée, pourrait conduire à une simplification considérable dont bénéficieraient tant les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques.

Le soumissionnaire à qui il a été décidé d'attribuer le marché devrait néanmoins être tenu de produire les éléments de preuve pertinents ; à défaut, les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas passer de marché avec lui. Les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à demander, à tout moment, communication de tout ou partie des documents justificatifs lorsqu'ils l'estiment nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure. Cela pourrait notamment

être le cas lors de procédures en deux étapes (procédure restreinte, procédure concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif et partenariat d'innovation) dans le cadre desquelles le pouvoir adjudicateur recourt à la possibilité de limiter le nombre de candidats invités à soumissionner. Demander que les documents justificatifs soient produits au moment de la sélection des candidats à inviter pourrait se justifier afin d'éviter que les pouvoirs adjudicateurs invitent des candidats qui se montreraient ultérieurement incapables de présenter les documents justificatifs au stade de l'attribution du marché, empêchant ainsi des candidats remplissant par ailleurs les conditions requises de participer.

Il convient d'indiquer expressément que le DUME devrait également fournir les informations pertinentes concernant les entités aux capacités desquelles un opérateur économique a recours, de sorte qu'il puisse être procédé à la vérification des informations concernant ces entités parallèlement aux vérifications concernant l'opérateur économique principal et aux mêmes conditions.

[...]

(101) Les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour manquement à des obligations environnementales ou sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées, ou pour d'autres fautes professionnelles graves telles que la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle. Il convient de préciser qu'une faute professionnelle grave peut remettre en question l'intégrité d'un opérateur économique et avoir pour conséquence que celui-ci ne remplit pas les conditions requises pour se voir attribuer un marché public, indépendamment du fait qu'il disposerait par ailleurs des capacités techniques et économiques pour exécuter le marché concerné.

Compte tenu du fait qu'ils seront responsables des conséquences d'une éventuelle décision erronée de leur part, les pouvoirs adjudicateurs devraient également avoir la faculté de considérer qu'il y a eu faute professionnelle grave lorsque, avant qu'une décision finale et contraignante quant à l'existence de motifs d'exclusion obligatoires ne soit prise, ils peuvent démontrer, par tout moyen approprié, que l'opérateur économique a manqué à ses obligations, y compris ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale, sauf disposition contraire du droit national. Ils devraient également pouvoir exclure des candidats ou des soumissionnaires lorsque des défaillances importantes dans l'exécution d'obligations essentielles ont été constatées lors de l'exécution de marchés publics antérieurs, par exemple un défaut de fourniture ou d'exécution, des carences notables du produit ou du service fourni qui le rendent impropre aux fins prévues, ou un comportement fautif jetant sérieusement le doute quant à la fiabilité de l'opérateur économique. La législation nationale devrait prévoir une durée maximale pour ces exclusions.

Lorsqu'ils appliquent des motifs facultatifs d'exclusion, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un opérateur économique que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d'un opérateur économique, ce qui pourrait justifier son exclusion.

(102) Il convient cependant de laisser aux opérateurs économiques la possibilité de prendre des mesures de mise en conformité visant à remédier aux conséquences de toute infraction pénale ou faute et à empêcher effectivement que celles-ci ne se reproduisent. Il pourrait notamment s'agir de mesures concernant leur organisation et leur personnel, comme la rupture de toute relation avec des personnes ou des organisations impliquées dans ces agissements, des mesures appropriées de réorganisation du personnel, la mise en œuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et

l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation. Lorsque ces mesures offrent des garanties suffisantes, l'opérateur économique concerné ne devrait plus être exclu pour ces seuls motifs. Les opérateurs économiques devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité prises en vue d'une éventuelle admission à la procédure de passation de marché. Cependant, il convient de laisser aux États membres le pouvoir de déterminer les conditions procédurales et matérielles exactes qui seraient applicables dans ces cas. Ils devraient, en particulier, être libres de décider s'ils autorisent chaque pouvoir adjudicateur à effectuer les évaluations pertinentes ou s'ils confient cette tâche à d'autres pouvoirs à un niveau central ou décentralisé. »

4 L'article 18 de cette directive, intitulé « Principes de la passation de marchés », dispose, à son paragraphe 1, premier alinéa :

« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée. »

5 L'article 57 de ladite directive, qui s'intitule « Motifs d'exclusion », dispose, à ses paragraphes 4 à 7 :

« 4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants :

[...]

c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

[...]

h) l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 59 ; ou

i) l'opérateur économique a [...] fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

[...]

5. [...]

À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou peuvent être obligés par les États membres à exclure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés au paragraphe 4.

6. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché.

À cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique.

Un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets.

7. Par disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union, les États membres arrêtent les conditions d'application du présent article. Ils déterminent notamment la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées au paragraphe 6 n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité. Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au paragraphe 1 et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphe 4. »

6 Aux termes de l'article 59 de la même directive, qui s'intitule « Document unique de marché européen » :

« 1. Lors de la présentation de demandes de participation ou d'offres, les pouvoirs adjudicateurs acceptent le [DUME] consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée à titre de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que l'opérateur économique concerné remplit l'une des conditions suivantes :

a) il ne se trouve pas dans l'une des situations, visées à l'article 57, qui doit ou peut entraîner l'exclusion d'un opérateur ;

b) il répond aux critères de sélection applicables qui ont été établis conformément à l'article 58 ;

c) le cas échéant, il respecte les règles et critères objectifs qui ont été établis conformément à l'article 65.

Lorsque l'opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en vertu de l'article 63, le DUME comporte également les informations visées au premier alinéa, du présent paragraphe en ce qui concerne ces entités.

Le DUME consiste en une déclaration officielle par laquelle l'opérateur économique affirme que le motif d'exclusion concerné ne s'applique pas et/ou que le critère de sélection concerné est rempli et il fournit les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur. Le DUME désigne en outre l'autorité publique ou le tiers compétent pour établir les documents justificatifs et contient une déclaration officielle indiquant que l'opérateur économique sera en mesure, sur demande et sans tarder, de fournir lesdits documents justificatifs.

Lorsque le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement les documents justificatifs en accédant à une base de données en vertu du paragraphe 5, le DUME contient également les renseignements requis à cette fin, tels que l'adresse internet de la base de données, toute donnée d'identification et, le cas échéant, la déclaration de consentement nécessaire.

[...]

4. Un pouvoir adjudicateur peut demander à des soumissionnaires et des candidats, à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure.

Avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché, sauf pour les marchés fondés sur des accords-cadres lorsque ces marchés sont conclus conformément à l'article 33, paragraphe 3, ou à l'article 33, paragraphe 4, point a), qu'il présente des documents justificatifs mis à jour conformément à l'article 60 et, le cas échéant, à l'article 62. Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats reçus en application des articles 60 et 62.

5. Nonobstant le paragraphe 4, les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un État membre qui est accessible gratuitement, comme un registre national des marchés publics, un dossier virtuel d'entreprise, un système de stockage électronique de documents ou un système de préqualification.

[...] »

7 Intitulé « Moyens de preuve », l'article 60 de la directive 2014/24 prévoit :

« 1. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger la production des certificats, déclarations et autres moyens de preuve visés aux paragraphes 2, 3 et 4, ainsi qu'à l'annexe XII, à titre de preuve de l'absence des motifs d'exclusion visés à l'article 57 et du respect des critères de sélection conformément à l'article 58.

Les pouvoirs adjudicateurs n'exigent pas de moyens de preuve autres que ceux visés au présent article et à l'article 62. En ce qui concerne l'article 63, les opérateurs économiques peuvent avoir recours à tout moyen approprié pour prouver au pouvoir adjudicateur qu'ils disposeront des moyens nécessaires.

2. Les pouvoirs adjudicateurs acceptent comme preuve suffisante attestant que l'opérateur économique ne se trouve dans aucun des cas visés à l'article 57 :

a) pour le paragraphe 1 dudit article, la production d'un extrait du registre pertinent, tel qu'un extrait de casier judiciaire, ou, à défaut, d'un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente de l'État membre ou du pays d'origine ou d'établissement de l'opérateur économique et dont il résulte que ces conditions sont remplies ;

b) pour le paragraphe 2 et le paragraphe 4, point b), dudit article, un certificat délivré par l'autorité compétente de l'État membre ou du pays concerné.

[...] »

8 Sous le titre « Recours aux capacités d'autres entités », l'article 63 de cette directive est libellé comme suit :

« 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 énoncés à l'article 58, paragraphe 3, et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés à l'article 58,

paragraphe 4. En ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels visés à l'annexe XII, partie II, point f), ou à l'expérience professionnelle pertinente, les opérateurs économiques ne peuvent toutefois avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises. 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.

Le pouvoir adjudicateur vérifie, conformément aux articles 59, 60 et 61, si les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend avoir recours remplissent les critères de sélection applicables et s'il existe des motifs d'exclusion en vertu de l'article 57. Le pouvoir adjudicateur exige que l'opérateur économique remplace une entité qui ne remplit pas un critère de sélection applicable ou à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion obligatoires. Le pouvoir adjudicateur peut exiger ou peut être obligé par l'État membre à exiger que l'opérateur économique remplace une entité à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion non obligatoires.

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.

Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 19, paragraphe 2, peut avoir recours aux capacités de participants du groupement ou d'autres entités.

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. »

Le droit italien

9 Aux termes de l'article 32, paragraphe 7, du decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (décret législatif n° 50, portant code des contrats publics), du 18 avril 2016 (supplément ordinaire à la GURI n° 91, du 19 avril 2016, ci-après le « code des contrats publics ») :

« L'attribution devient effective après avoir vérifié que les critères sont remplis. »

10 L'article 80 du code des contrats publics dispose, à son paragraphe 5, sous f-bis) :

« Les pouvoirs adjudicateurs excluent de la participation à la procédure d'appel d'offres un opérateur économique se trouvant dans l'une des situations suivantes, y compris lorsque cette situation concerne un de ses sous-traitants dans les cas visés à l'article 105, paragraphe 6 : [...] f-bis) l'opérateur économique présente des documents ou des déclarations mensongers dans une procédure d'appel d'offres en cours et dans le cadre du recours aux capacités d'autres entités ».

11 L'article 89 de ce code prévoit :

« 1. [...]

L'opérateur économique qui souhaite recourir aux capacités d'autres entités joint [...] une déclaration signée par [l'entreprise auxiliaire] attestant qu'elle satisfait aux critères généraux visés à l'article 80 ainsi qu'aux critères techniques et qu'elle dispose des ressources qui font l'objet du recours à ses

capacités. L'opérateur économique démontre au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires par le biais de la présentation d'une déclaration signée par l'entreprise auxiliaire, dans laquelle cette dernière s'oblige envers le soumissionnaire et le pouvoir adjudicateur à mettre à disposition pendant toute la durée du marché les ressources nécessaires qui font défaut au soumissionnaire. En cas de déclarations mensongères, le pouvoir adjudicateur exclut le soumissionnaire et met à exécution la garantie, sans préjudice de l'application de l'article 80, paragraphe 12, à l'égard des signataires desdites déclarations. [...]

3. Le pouvoir adjudicateur vérifie, conformément aux articles 85, 86 et 88, si les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique souhaite recourir satisfont aux critères pertinents de sélection ou s'il existe des motifs d'exclusion au sens de l'article 80. Il impose à l'opérateur économique de remplacer les entités qui ne satisfont pas à l'un des critères de sélection pertinents ou à l'égard desquelles il existe des motifs d'exclusion obligatoires. L'avis d'appel d'offres peut également indiquer les cas dans lesquels l'opérateur économique est tenu de remplacer une entité à laquelle s'appliquent des motifs d'exclusion non obligatoires, à condition qu'il s'agisse de critères techniques. »

Le litige au principal et la question préjudicielle

12 Par un avis d'appel d'offres du 3 janvier 2018, l'agence sanitaire locale de Toscane Centre a lancé une procédure d'attribution des travaux de démolition sélective et mécanique des bâtiments de l'ancien hôpital *Misericordia e Dolce* de Prato (Italie), pour un montant de base de 5 673 030,73 euros.

13 Dans le cadre de la présentation de son offre, le GTE Del Debbio a fait valoir les capacités techniques et professionnelles d'une entreprise auxiliaire.

14 Alors qu'ils occupaient les deux premières places au classement provisoire, le GTE Daf, d'une part, et le GTE Del Debbio, d'autre part, ont été exclus de la procédure par le pouvoir adjudicateur. De ce fait, le GTE Rad Service est devenu le premier de ce classement.

15 L'exclusion du GTE Del Debbio a été motivée par la fourniture d'une déclaration de l'entreprise auxiliaire qui ne mentionnait pas un *patteggiamento*, c'est-à-dire un jugement d'application de la peine négociée dans le cadre d'un accord entre parties, prononcé à l'encontre du titulaire et représentant légal de l'entreprise le 14 juin 2013 et ayant acquis force de chose jugée le 11 septembre 2013. Or, en droit italien, le *patteggiamento* serait expressément assimilé, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, à une condamnation pour délit de blessures par négligence, commis en violation de la réglementation en matière de protection de la santé et de sécurité sur le lieu de travail.

16 Le pouvoir adjudicateur a considéré que l'entreprise auxiliaire avait fourni une déclaration fausse et mensongère à la question figurant dans le DUME et consistant à savoir si elle s'était rendue coupable de fautes professionnelles graves, visées à l'article 80, paragraphe 5, sous c), du code des contrats publics. En conséquence, le pouvoir adjudicateur a estimé que le GTE Del Debbio devait être automatiquement exclu de la procédure, conformément à l'article 80, paragraphe 5, sous f-bis), et à l'article 89, paragraphe 1, de ce code.

17 Après que le Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Tribunal administratif régional pour la Toscane, Italie) a annulé, par deux arrêts, les exclusions du GTE Del Debbio et du GTE Daf, le GTE RAD Service a interjeté appel de ces arrêts devant la juridiction de renvoi, à savoir le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie).

18 Cette dernière considère que, en vertu de l'article 89, paragraphe 1, quatrième alinéa, du code des contrats publics, la fausse déclaration présentée par le représentant légal de l'entreprise auxiliaire dans le cadre de la procédure d'appel d'offres entraîne automatiquement l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'exclure le soumissionnaire qui en a fait valoir les capacités, sans qu'il puisse procéder à

son remplacement. Partant, la procédure de correction prévue par l'article 89, paragraphe 3, de ce code ne s'appliquerait pas, si bien que l'opérateur économique ne pourrait pas remplacer l'entreprise auxiliaire.

19 La juridiction de renvoi doute toutefois de la compatibilité de cette disposition avec les principes et règles visés à l'article 63 de la directive 2014/24 ainsi qu'avec les articles 49 et 56 TFUE. En effet, l'article 63, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2014/24 tendrait notamment à garantir que les prestations soient exécutées par des opérateurs dont les capacités et la moralité sont adéquates et imposerait, par conséquent, au pouvoir adjudicateur de consentir au remplacement d'une entreprise auxiliaire qui ne satisferait pas aux critères ou à l'égard de laquelle il existerait un motif d'exclusion.

20 Or, en prévoyant l'exclusion automatique du soumissionnaire en conséquence de déclarations mensongères de l'entreprise aux capacités desquelles il entend recourir, l'article 89, paragraphe 1, quatrième alinéa, du code des contrats publics interdirait le remplacement de l'entreprise auxiliaire et, partant, la solution corrective que prévoit pourtant le paragraphe 3 de cette disposition, pour tous les autres motifs d'exclusion obligatoires.

21 L'article 63 de la directive 2014/24 n'établirait pourtant aucune différence de régime et imposerait le remplacement de l'entreprise auxiliaire à chaque fois qu'elle fait l'objet de motifs d'exclusion obligatoires, quels qu'ils soient.

22 En outre, un soumissionnaire serait dans l'incapacité de contrôler l'authenticité et la sincérité des déclarations fournies par les entreprises aux capacités desquelles il entend recourir. Aussi devrait-il se fier aux déclarations ou à la documentation fournies par ces dernières. Le GTE Del Debbio fait d'ailleurs valoir que, en l'occurrence, il lui était impossible d'avoir connaissance de la condamnation pénale du titulaire de l'entreprise auxiliaire, dans la mesure où celle-ci n'aurait pas figuré sur l'extrait de casier judiciaire consultable par une entité privée autre que l'intéressé.

23 Enfin, selon la juridiction de renvoi, les éventuelles limites nationales à l'exercice du droit, pour un soumissionnaire, de se prévaloir des capacités d'autres entités doivent être considérées strictement, à la lumière des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

24 C'est dans ce contexte que le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'article 63 de la directive [2014/24], considéré à la lumière des principes de liberté d'établissement et de libre prestation des services, énoncés aux articles 49 et 56 [TFUE], s'oppose-t-il à l'application de la réglementation nationale italienne en matière de recours aux capacités d'autres entités et d'exclusion des procédures d'appel d'offres figurant à l'article 89, paragraphe 1, quatrième alinéa, du code des contrats publics, [...] selon laquelle en cas de déclaration mensongère fournie par l'entreprise auxiliaire quant à l'existence de condamnations pénales ayant acquis force de chose jugée, éventuellement susceptibles de démontrer la commission d'une faute professionnelle grave, le pouvoir adjudicateur doit systématiquement exclure l'opérateur économique soumissionnaire de la procédure, sans lui imposer ni lui permettre de désigner une autre entreprise idoine, en remplacement de la première, comme cela est cependant prévu dans les autres hypothèses où les entités dont l'opérateur économique fait valoir les capacités ne satisfont pas à un critère pertinent de sélection ou à l'égard desquelles il existe des motifs d'exclusion obligatoires ? »

25 Par ailleurs, la juridiction de renvoi a sollicité l'application de la procédure accélérée, en vertu de l'article 105, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, au motif que la présente affaire soulève une question de principe, qu'elle a pour objet l'exécution de travaux urgents relatifs à des bâtiments hospitaliers, qui ne doivent être ni reportés ni suspendus et qui représentent une valeur significative et que la disposition nationale en cause au principal fait l'objet d'un contentieux abondant.

26 Cette demande de procédure accélérée a été rejetée par décision du président de la Cour du 7 juillet 2020.

Sur la question préjudicielle

27 À titre liminaire, il importe de relever que la question posée suggère qu'une réglementation nationale prévoyant l'exclusion automatique d'un soumissionnaire, lorsqu'une entité aux capacités desquelles il entend recourir a transmis de fausses informations, pourrait heurter le principe de non-discrimination, dès lors que le remplacement d'une telle entité est admis lorsque cette dernière ne satisfait pas à un critère pertinent de sélection ou qu'il existe à son encontre des motifs d'exclusion obligatoires.

28 Or, les États membres disposent d'un pouvoir d'appréciation certain dans la détermination des conditions d'application des motifs d'exclusion facultatifs prévus à l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24 (voir, en ce sens, arrêts du 10 juillet 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, point 36 ; du 28 mars 2019, Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, point 45, et du 30 janvier 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, point 34). En effet, conformément à l'article 57, paragraphes 4 et 7, de la directive 2014/24, les États membres ont la faculté de ne pas appliquer les motifs d'exclusion facultatifs qui y sont indiqués ou de les intégrer dans la réglementation nationale avec un degré de rigueur qui peut être variable selon les cas, en fonction de considérations d'ordre juridique, économique ou social prévalant au niveau national.

29 Dans ces conditions, il y a lieu de reformuler la question posée et de considérer que, par celle-ci, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 63 de la directive 2014/24, lu en combinaison avec l'article 57, paragraphe 4, sous h), et paragraphe 6, de cette directive et à la lumière du principe de proportionnalité, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur doit automatiquement exclure un soumissionnaire d'une procédure de passation de marché public lorsqu'une entreprise auxiliaire, aux capacités desquelles il entend recourir, a fourni une déclaration mensongère quant à l'existence de condamnations pénales ayant acquis force de chose jugée, sans pouvoir imposer ou, à tout le moins, permettre, en pareille hypothèse, à ce soumissionnaire de remplacer ladite entité, contrairement à ce qui est prévu dans les autres hypothèses où les entités dont le soumissionnaire fait valoir les capacités ne satisfont pas à un critère pertinent de sélection ou à l'égard desquelles il existe des motifs d'exclusion obligatoires.

30 À cet égard, il convient de rappeler que l'article 63, paragraphe 1, de la directive 2014/24 prévoit le droit pour un opérateur économique d'avoir recours, pour un marché déterminé, aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en vue de satisfaire tant aux critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 58, paragraphe 3, de cette directive qu'aux critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés à l'article 58, paragraphe 4, de ladite directive (voir, en ce sens, arrêts du 10 octobre 2013, Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, points 29 et 33 ; du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, points 33, 35, 39, 49 et 51, ainsi que du 2 juin 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, point 25).

31 L'opérateur économique qui entend se prévaloir de ce droit doit, en vertu de l'article 59, paragraphe 1, deuxième et troisième alinéas, de la directive 2014/24, lu à la lumière du considérant 84, troisième alinéa, de celle-ci, transmettre au pouvoir adjudicateur, lors de la présentation de sa demande de participation ou de son offre, un DUME par lequel cet opérateur affirme que tant lui-même que les entités aux capacités desquelles il entend recourir ne se trouvent pas dans l'une des situations, visées à l'article 57 de cette directive, qui doit ou peut entraîner l'exclusion d'un opérateur économique.

32 Il appartient alors, en vertu de l'article 63, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2014/24, au pouvoir adjudicateur de vérifier, d'une part, que, conformément aux articles 59 à 61 de celle-ci, les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend recourir remplissent les critères de sélection applicables et, d'autre part, s'il existe des motifs d'exclusion, visés à l'article 57 de cette directive, concernant tant cet opérateur économique lui-même que ces entités.

33 Aux termes de l'article 63, paragraphe 1, deuxième alinéa, troisième phrase, de la directive 2014/24, le pouvoir adjudicateur peut exiger, ou peut être obligé par l'État membre dont il relève d'exiger que l'opérateur économique concerné remplace l'entité aux capacités desquelles il entend recourir, mais à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion non obligatoires. Il ressort ainsi clairement du libellé de cette dernière phrase que, si les États membres peuvent prévoir que, en pareille hypothèse, le pouvoir adjudicateur est tenu d'imposer un tel remplacement à cet opérateur économique, ils ne sauraient, en revanche, priver ce pouvoir adjudicateur de sa faculté d'exiger, de son propre chef, un tel remplacement. Les États membres disposent en effet seulement de la possibilité de remplacer cette faculté par une obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à un tel remplacement.

34 Une telle interprétation de l'article 63, paragraphe 1, deuxième alinéa, troisième phrase, de la directive 2014/24 contribue, en outre, à assurer le respect du principe de proportionnalité par les pouvoirs adjudicateurs, conformément à l'article 18, paragraphe 1, de cette directive. Il découle en effet de ce principe, qui constitue un principe général du droit de l'Union, que les règles établies par les États membres ou les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions de cette directive ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs visés par ladite directive (voir, en ce sens, arrêts du 16 décembre 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, point 48, ainsi que du 30 janvier 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, point 45).

35 Or, premièrement, l'objectif de l'article 57 de la directive 2014/24, qui est également celui poursuivi par l'article 63 de celle-ci, est de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de l'intégrité et de la fiabilité de chacun des soumissionnaires et, partant, de l'absence de rupture du lien de confiance avec l'opérateur économique concerné (voir, en ce sens, arrêts du 19 juin 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, point 29, et du 3 octobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, point 26). C'est dans cette perspective que l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24, lu en combinaison avec le considérant 102 de celle-ci, garantit, par principe, le droit pour tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 de cette disposition de fournir des preuves que les mesures qu'il a prises suffisent afin d'attester sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent.

36 Dans ces conditions, avant même d'exiger d'un soumissionnaire le remplacement d'une entité aux capacités desquelles il entend recourir, au motif qu'elle se trouve dans l'une des situations visées à l'article 57, paragraphes 1 et 4, de la directive 2014/24, l'article 63 de cette directive présuppose que le pouvoir adjudicateur donne à ce soumissionnaire et/ou à cette entité la possibilité de lui présenter les mesures correctives qu'elle a éventuellement adoptées afin de remédier à l'irrégularité constatée et, partant, de démontrer qu'elle peut, à nouveau, être considérée comme une entité fiable (voir, en ce sens, arrêt du 3 octobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, point 37).

37 Ce n'est donc qu'à titre subsidiaire, et si l'entité à laquelle est opposée une cause d'exclusion visée à l'article 57, paragraphes 1 et 4, de la directive 2014/24 n'a pris aucune mesure corrective ou si celles qu'elle a adoptées sont tenues pour insuffisantes par le pouvoir adjudicateur que ce dernier peut ou, si son droit national l'y oblige, doit exiger du soumissionnaire qu'il procède au remplacement de ladite entité.

38 À cet égard il convient de préciser que, conformément à l'article 57, paragraphe 6, quatrième alinéa, de la directive 2014/24, un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est certes pas

autorisé, pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets, à se prévaloir des mesures correctives qu'il a adoptées à la suite de ce jugement et, partant, à échapper à l'exclusion si ces preuves sont jugées suffisantes. Cependant, lorsqu'un jugement définitif exclut de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession une entité aux capacités desquelles le soumissionnaire entend recourir, le soumissionnaire doit pouvoir, en ce cas, être autorisé, par le pouvoir adjudicateur, à procéder au remplacement de cette entité.

39 Deuxièmement, la pertinence, au regard du principe de proportionnalité, de l'interprétation de l'article 63, paragraphe 1, deuxième alinéa, troisième phrase, de la directive 2014/24 figurant au point 33 du présent arrêt ressort également du considérant 101, troisième alinéa, de cette directive, aux termes duquel, lorsqu'ils appliquent des motifs facultatifs d'exclusion, les pouvoirs adjudicateurs doivent accorder une attention toute particulière à ce principe. Or, cette attention doit être plus importante encore lorsque l'exclusion prévue par la réglementation nationale frappe le soumissionnaire non pas pour un manquement qui lui est imputable, mais pour un manquement qui a été commis par une entité aux capacités desquelles il entend recourir et vis-à-vis de laquelle il ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle (voir, en ce sens, arrêt du 30 janvier 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, point 48).

40 Le principe de proportionnalité impose, en effet, au pouvoir adjudicateur de se livrer à une appréciation concrète et individualisée de l'attitude de l'entité concernée, sur la base de tous les éléments pertinents (voir, par analogie, arrêts du 13 décembre 2012, Forposta et ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, point 31, et du 3 octobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, point 29). À ce titre, le pouvoir adjudicateur doit avoir égard aux moyens que le soumissionnaire avait à sa disposition pour vérifier l'existence d'un manquement dans le chef de l'entité aux capacités desquelles il entendait recourir (voir, en ce sens, arrêt du 30 janvier 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, point 52).

41 En l'occurrence, si la juridiction de renvoi corroborait l'assertion du GTE Del Debbio selon laquelle la condamnation pénale du dirigeant de l'entreprise auxiliaire aux capacités de laquelle il a entendu recourir ne figurait pas sur l'extrait de casier judiciaire consultable par les entités privées, de sorte que la réglementation italienne ne permettait pas au GTE Del Debbio d'avoir connaissance de cette condamnation, il ne saurait lui être reproché d'avoir manqué de diligence. Partant, dans de telles circonstances, il serait contraire au principe de proportionnalité, énoncé à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24, d'empêcher le remplacement de l'entité visée par une cause d'exclusion.

42 Il convient encore de préciser que, lorsqu'il se voit contraint, par son droit national, d'exiger d'un soumissionnaire qu'il remplace une entité aux capacités desquelles il entend recourir, le pouvoir adjudicateur doit veiller, conformément aux principes de transparence et d'égalité de traitement énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24, à ce que le remplacement de l'entité concernée n'aboutisse pas à une modification substantielle de l'offre de ce soumissionnaire.

43 En effet, l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public et qui relève de l'essence même des règles de l'Union relatives aux procédures de passation des marchés publics, implique, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par ledit pouvoir adjudicateur. Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'opposent ainsi à toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire dans le cadre d'une procédure de passation de marché public, ce qui implique que, en principe, une offre ne peut pas être modifiée après son dépôt, que ce soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou du soumissionnaire (voir, en ce sens, arrêt du 11 mai 2017, Archus et Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, points 25 et 27 ainsi que jurisprudence citée).

44 Il s'ensuit que, à l'instar d'une demande de clarification d'une offre, la demande d'un pouvoir adjudicateur exigeant le remplacement d'une entité aux capacités desquelles un soumissionnaire entend recourir ne doit pas aboutir à la présentation, par ce dernier, de ce qui apparaîtrait, en réalité, comme une nouvelle offre, tant elle modifierait de façon substantielle l'offre initiale (voir, en ce sens, arrêts du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, point 40 ; du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, point 64, ainsi que du 11 mai 2017, Archus et Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, points 31 et 37).

45 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l'article 63 de la directive 2014/24, lu en combinaison avec l'article 57, paragraphe 4, sous h), de cette directive et à la lumière du principe de proportionnalité, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur doit automatiquement exclure un soumissionnaire d'une procédure de passation de marché public lorsqu'une entreprise auxiliaire, aux capacités desquelles il entend recourir, a fourni une déclaration mensongère quant à l'existence de condamnations pénales ayant acquis force de chose jugée, sans pouvoir imposer ou, à tout le moins, permettre, en pareille hypothèse, à ce soumissionnaire de remplacer ladite entité.

Sur les dépens

46 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (neuvième chambre) dit pour droit :

L'article 63 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, lu en combinaison avec l'article 57, paragraphe 4, sous h), de cette directive et à la lumière du principe de proportionnalité, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur doit automatiquement exclure un soumissionnaire d'une procédure de passation de marché public lorsqu'une entreprise auxiliaire, aux capacités desquelles il entend recourir, a fourni une déclaration mensongère quant à l'existence de condamnations pénales ayant acquis force de chose jugée, sans pouvoir imposer ou, à tout le moins, permettre, en pareille hypothèse, à ce soumissionnaire de remplacer ladite entité.

Signatures