



Limitation des motifs d'exclusion à ce qui est nécessaire pour prévenir les risques d'ententes entre candidats



CJUE 22 octobre 2015, Impresa Edilux SRL, aff.C-425/14

Règle n°1 : les motifs d'exclusion des procédures de passation des marchés doivent être limités à ce qui est nécessaire pour prévenir les comportements collusoires entre candidats

Dans cette affaire, la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'une exclusion automatique des procédures de mise en concurrence au motif pris de l'absence de production à l'appui de l'offre d'une déclaration d'acceptation d'une convention de légalité enfreint le principe de proportionnalité.

Pour la Cour, l'obligation pour un candidat à un marché public de déclarer, d'une part, l'absence de rapport de contrôle ou d'association avec d'autres candidats et, d'autre part, l'absence d'accord avec d'autres candidats à la procédure d'appel d'offres, avec la conséquence que, en l'absence de production d'une telle déclaration à l'appui de sa candidature ou de son offre, il est automatiquement exclu de cette procédure, enfreint le principe de proportionnalité.

Règle n°2 : Interdiction de rejet automatique des offres d'entreprises liées par un rapport de contrôle ou d'association.

Selon la jurisprudence de la Cour, l'exclusion automatique de candidats ou de soumissionnaires qui se trouvent dans un tel rapport avec d'autres candidats ou soumissionnaires va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir des comportements collusoires et, partant, pour assurer l'application du principe d'égalité de traitement et le respect de l'obligation de transparence.

En effet, une telle exclusion automatique constitue une présomption irréfragable d'interférence réciproque dans les offres respectives, pour un même marché, d'entreprises liées par un rapport de contrôle ou d'association. Elle écarte ainsi la possibilité pour ces candidats ou soumissionnaires de démontrer l'indépendance de leurs offres et est donc contraire à l'intérêt de l'Union à ce que soit assurée la

participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres (voir, en ce sens, arrêts Assitur, C 538/07, EU:C:2009:317, points 28 à 30, ainsi que Serrantoni et Consorzio stabile edili, C 376/08, EU:C:2009:808, points 39 et 40).

ARRÊT DE LA COUR (dixième chambre)

22 octobre 2015 (*)

«Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Directive 2004/18/CE – Motifs d'exclusion de la participation à un appel d'offres – Marché n'atteignant pas le seuil d'application de cette directive – Règles fondamentales du traité FUE – Déclaration d'acceptation d'une convention de légalité relative à la lutte contre les activités criminelles – Exclusion pour défaut de dépôt d'une telle déclaration – Admissibilité – Proportionnalité»

Dans l'affaire C 425/14,

[...]

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 45 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114), telle que modifiée par le règlement (UE) n° 1251/2011 de la Commission, du 30 novembre 2011 (JO L 319, p. 43, ci-après la «directive 2004/18»).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Impresa Edilux Srl (ci-après «Edilux»), en qualité de mandataire de l'association temporaire d'entreprises formée entre elle-même et Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), ainsi que cette dernière à l'Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani (direction du patrimoine culturel et de l'identité sicilienne, comité de la province de Trapani), à l'Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana (direction du patrimoine culturel et de l'identité sicilienne), à l'UREGA – Sezione provinciale di Trapani (UREGA, section de la province de Trapani) et à l'Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana (direction des infrastructures et de la mobilité de la Région de Sicile) (ci-après, ensemble, le «pouvoir adjudicateur en cause au principal») au sujet de l'exclusion, par ce dernier, de la participation d'Edilux et de SICEF à une procédure de passation de marché public pour ne pas avoir déposé, avec leur offre, une déclaration d'acceptation des clauses figurant dans une convention de légalité.

[....]

Sur les questions préjudicielles

Observations liminaires

18 Les questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi visent l'interprétation de l'article 45 de la directive 2004/18. Cependant, la juridiction de renvoi constate, dans sa demande de décision préjudicielle, que le marché public de travaux en cause au principal est d'une valeur inférieure au seuil d'application pertinent de cette directive, à savoir celui fixé à l'article 7, sous c), de celle-ci.

19 Il convient de rappeler que les procédures particulières et rigoureuses prévues par les directives de l'Union portant coordination des procédures de passation des marchés publics s'appliquent uniquement aux contrats dont la valeur dépasse le seuil prévu expressément dans chacune de ces directives. Ainsi, les règles prévues par lesdites directives ne s'appliquent pas aux marchés dont la valeur n'atteint pas le seuil fixé par celles-ci (voir arrêt Enterprise Focused Solutions, C 278/14, EU:C:2015:228, point 15 et jurisprudence citée). Dès lors, l'article 45 de la directive 2004/18 ne s'applique pas dans le cadre du litige au principal.

20 Toutefois, il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que le fait que la juridiction de renvoi a formulé une question préjudicielle en se référant à certaines dispositions seulement du droit de l'Union ne fait pas obstacle à ce que la Cour lui fournisse tous les éléments d'interprétation qui peuvent être utiles au jugement de l'affaire dont elle est saisie, qu'elle y ait fait ou non référence dans l'énoncé de ses questions. Il appartient, à cet égard, à la Cour d'extraire de l'ensemble des éléments fournis par la juridiction nationale, et notamment de la motivation de la décision de renvoi, les éléments du droit de l'Union qui appellent une interprétation compte tenu de l'objet du litige (voir, notamment, arrêt Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve e.a., C 225/13, EU:C:2014:245, point 30 et jurisprudence citée).

21 Selon une jurisprudence également bien établie, la passation des marchés qui, eu égard à leur valeur, ne relèvent pas du champ d'application des directives de l'Union portant coordination des procédures de passation des marchés publics est néanmoins soumise aux règles fondamentales et aux principes généraux du traité FUE, en particulier aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle, pour autant que ces marchés présentent un intérêt transfrontalier certain eu égard à certains critères objectifs (voir, en ce sens, arrêt Enterprise Focused Solutions, C 278/14, EU:C:2015:228, point 16 et jurisprudence citée).

22 À cet égard, la juridiction de renvoi admet l'application au litige dont elle est saisie des principes du droit de l'Union et constate, dans ce contexte, l'existence d'un intérêt transfrontalier certain dès lors que des dispositions de la réglementation spécifique de la procédure relative au marché faisant l'objet de ce litige portent sur la participation d'entreprises autres que celles établies en Italie.

23 Dans ces conditions, il convient de considérer que la première question vise l'interprétation des règles fondamentales et des principes généraux du traité mentionnés au point 21 du présent arrêt.

24 En revanche, il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question. En effet, ainsi qu'il ressort de la motivation de la décision de renvoi, cette question porte spécifiquement sur l'article 45, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 2004/18, qui prévoit une dérogation, pour des exigences impératives d'intérêt général, à l'obligation, visée au premier alinéa du même paragraphe, pour un pouvoir adjudicateur d'exclure de la participation à un marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour une ou plusieurs des raisons énumérées à cette disposition.

Sur la première question

25 La première question doit donc être comprise comme portant, en substance, sur le point de savoir si les règles fondamentales et les principes généraux du traité, en particulier les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition de droit national en vertu de laquelle un pouvoir adjudicateur peut prévoir qu'un candidat ou un soumissionnaire soit exclu d'une procédure d'appel d'offres relative à un marché public pour ne pas avoir déposé, avec son offre, une acceptation écrite des engagements et des déclarations contenus dans une convention de légalité, telle que celle en cause au principal, dont l'objectif est de lutter contre les infiltrations de la criminalité organisée dans le secteur des marchés publics.

26 La Cour a déjà jugé qu'il convient de reconnaître aux États membres une certaine marge d'appréciation aux fins de l'adoption de mesures destinées à garantir le respect du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence, lesquels s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs dans toute procédure de passation d'un marché public. En effet, chaque État membre est le mieux à même d'identifier, à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres, les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses au respect de ce principe et de cette obligation (voir, en ce sens, arrêt *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, C 376/08, EU:C:2009:808, points 31 et 32 ainsi que jurisprudence citée).

27 Selon la juridiction de renvoi, une convention de légalité telle que celle en cause au principal vise à prévenir et à lutter contre le phénomène des infiltrations, surtout dans le secteur des marchés publics, de la criminalité organisée, laquelle est bien ancrée dans certaines régions du sud de l'Italie. Elle sert également à protéger les principes de concurrence et de transparence qui sous-tendent la réglementation italienne et de l'Union en matière de marchés publics.

28 Force est de constater que, en s'opposant à l'activité criminelle et à des distorsions de concurrence dans le secteur des marchés publics, une mesure telle que l'obligation de déclarer l'acceptation de ce type de convention de légalité apparaît de nature à renforcer l'égalité de traitement et la transparence dans la passation de marchés. En outre, dans la mesure où cette obligation incombe à tout candidat ou soumissionnaire sans distinction, elle ne se heurte pas au principe de non-discrimination.

29 Toutefois, conformément au principe de proportionnalité, qui constitue un principe général du droit de l'Union, une telle mesure ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé (voir, en ce sens, arrêt *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, C 376/08, EU:C:2009:808, point 33 et jurisprudence citée).

30 À cet égard, il convient, en premier lieu, de rejeter l'argument d'*Edilux* et de *SICEF* selon lequel une déclaration d'acceptation de certains engagements constitue un moyen inefficace de lutter contre l'infiltration de la criminalité organisée dès lors que le respect de ces engagements ne peut être vérifié que postérieurement à l'adjudication du marché concerné.

31 En effet, la juridiction de renvoi précise que, afin d'être obligatoires, les clauses des conventions de légalité doivent être préalablement acceptées en tant que condition d'admission à la procédure de passation du marché et que, si seul le non-respect de ces clauses lors de la phase d'exécution était passible de sanctions, l'effet d'anticipation maximale du niveau de protection et de dissuasion serait réduit à néant. Dans ces conditions, compte tenu de la marge d'appréciation reconnue aux États membres et rappelée au point 26 du présent arrêt, il ne saurait être considéré que l'obligation de déclarer l'acceptation des engagements contenus dans une convention de légalité dès le début de la participation à un appel d'offres pour l'attribution d'un marché va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs recherchés.

32 En second lieu, pour ce qui est du contenu de la convention de légalité en cause au principal, les engagements que doivent prendre les candidats ou les soumissionnaires en vertu des points a) à d) de celle-ci consistent, pour l'essentiel, à indiquer l'état d'avancement des travaux, l'objet, le montant et les bénéficiaires des contrats de sous-traitance et dérivés ainsi que les modalités de sélection des contractants, à signaler toute tentative de perturbation, d'irrégularité ou de distorsion dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres et durant l'exécution du contrat, à coopérer avec les forces de police, en dénonçant toute tentative d'extorsion, d'intimidation ou d'influence de nature criminelle, ainsi qu'à inclure les mêmes clauses dans les contrats de sous-traitance. Ces engagements se recoupent avec les déclarations contenues dans cette convention, sous h) à j).

33 S'agissant d'une déclaration telle que celle figurant au point g) de la convention de légalité en cause au principal, selon laquelle le participant déclare qu'il n'a conclu et ne conclura aucun accord avec d'autres participants à la procédure d'appel d'offres visant à restreindre ou à éviter la concurrence, elle se limite à l'objectif consistant à protéger les principes de concurrence et de transparence dans les procédures de passation de marchés publics.

34 De tels engagements et déclarations portent sur le comportement loyal du candidat ou du soumissionnaire envers le pouvoir adjudicateur en cause au principal et sur la coopération avec les forces de l'ordre. Ils ne vont donc pas au-delà de ce qui est nécessaire pour lutter contre les infiltrations de la criminalité organisée dans le secteur des marchés publics.

35 Toutefois, le point e) de la convention de légalité en cause au principal inclut une déclaration selon laquelle le participant ne se trouve pas dans un rapport de contrôle ou d'association avec d'autres concurrents.

36 Or, ainsi que la Commission européenne l'a relevé dans ses observations écrites, il découle de la jurisprudence de la Cour que l'exclusion automatique de candidats ou de soumissionnaires qui se trouvent dans un tel rapport avec d'autres candidats ou soumissionnaires va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir des comportements collusoires et, partant, pour assurer l'application du principe d'égalité de traitement et le respect de l'obligation de transparence. En effet, une telle exclusion automatique constitue une présomption irréfragable d'interférence réciproque dans les offres respectives, pour un même marché, d'entreprises liées par un rapport de contrôle ou d'association. Elle écarte ainsi la possibilité pour ces candidats ou soumissionnaires de démontrer l'indépendance de leurs offres et est donc contraire à l'intérêt de l'Union à ce que soit assurée la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres (voir, en ce sens, arrêts *Assitur*, C 538/07, EU:C:2009:317, points 28 à 30, ainsi que *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, C 376/08, EU:C:2009:808, points 39 et 40).

37 Audit point e) figure également une déclaration selon laquelle le participant n'a pas conclu et ne conclura pas d'accord avec d'autres participants à la procédure d'appel d'offres. En excluant ainsi tout accord entre les participants, y compris des accords non susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence, une telle déclaration va au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder le principe de concurrence dans le domaine des marchés publics. De ce fait, une telle déclaration se distingue de celle figurant au point g) de la convention de légalité en cause au principal.

38 Il s'ensuit qu'une obligation pour un participant à un marché public de déclarer, d'une part, l'absence de rapport de contrôle ou d'association avec d'autres concurrents et, d'autre part, l'absence d'accord avec d'autres participants à la procédure d'appel d'offres, avec la conséquence que, en l'absence d'une telle déclaration, il est automatiquement exclu de cette procédure, enfreint le principe de proportionnalité.

39 Pareilles considérations doivent également s'appliquer en ce qui concerne la déclaration figurant au point f) de la convention de légalité en cause au principal, aux termes de laquelle le participant déclare qu'il ne sous-traitera aucun type de tâches à d'autres entreprises participant à l'appel d'offres et qu'il est conscient du fait que, dans le cas contraire, ces contrats de sous-traitance ne seront pas autorisés. En effet, une telle déclaration implique une présomption irréfragable selon laquelle l'éventuelle sous-traitance par l'adjudicataire, après l'attribution du marché, à un autre participant au même appel d'offres résulterait d'une collusion entre les deux entreprises concernées, sans laisser à celles-ci la possibilité de démontrer le contraire. Ainsi, une telle déclaration va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir des comportements collusoires.

40 En outre, compte tenu de l'objectif de prévenir et de lutter contre le phénomène des infiltrations de la criminalité organisée, toute pression éventuelle, exercée sur l'attributaire d'un marché par une autre entreprise ayant participé à l'appel d'offres, en vue de sous-traiter l'exécution de ce marché à cette dernière devrait être communiquée au pouvoir adjudicateur ou, le cas échéant, dénoncée aux forces de police, conformément aux points b), c), g), h) et i) de la convention de légalité en cause au principal.

41 Au vu de ce qui précède, il convient de répondre à la première question posée que les règles fondamentales et les principes généraux du traité, en particulier les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une disposition de droit national en vertu de laquelle un pouvoir adjudicateur peut prévoir qu'un candidat ou un soumissionnaire soit exclu automatiquement d'une procédure d'appel d'offres relative à un marché public pour ne pas avoir déposé, avec son offre, une acceptation écrite des engagements et des déclarations contenus dans une convention de légalité, telle que celle en cause au principal, dont l'objectif est de lutter contre les infiltrations de la criminalité organisée dans le secteur des marchés publics. Toutefois, dans la mesure où cette convention contient des déclarations selon lesquelles le candidat ou le soumissionnaire ne se trouve pas dans un rapport de contrôle ou d'association avec d'autres candidats ou soumissionnaires, n'a pas conclu et ne conclura pas d'accord avec d'autres participants à la procédure d'appel d'offres et ne sous-traitera aucun type de tâches à d'autres entreprises participant à cette procédure, l'absence de telles déclarations ne peut pas avoir pour conséquence l'exclusion automatique du candidat ou du soumissionnaire de ladite procédure.

[...]

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

Les règles fondamentales et les principes généraux du traité FUE, en particulier les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une disposition de droit national en vertu de laquelle un pouvoir adjudicateur peut prévoir qu'un candidat ou un soumissionnaire soit exclu automatiquement d'une procédure d'appel d'offres relative à un marché public pour ne pas avoir déposé, avec son offre, une acceptation écrite des engagements et des déclarations contenus dans une convention de légalité, telle que celle en cause au principal, dont l'objectif est de lutter contre les infiltrations de la criminalité organisée dans le secteur des marchés publics. Toutefois, dans la mesure où cette convention contient des déclarations selon lesquelles le candidat ou le soumissionnaire ne se trouve pas dans un rapport de contrôle ou d'association avec d'autres candidats ou soumissionnaires, n'a pas conclu et ne conclura pas d'accord avec d'autres participants à la procédure d'appel d'offres et ne sous-traitera aucun type de tâches à d'autres entreprises participant à cette procédure, l'absence de telles déclarations ne peut pas avoir pour conséquence l'exclusion automatique du candidat ou du soumissionnaire de ladite procédure.