

ARRÊT DE LA COUR (neuvième chambre)

14 février 2019 (\*)

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics de travaux – Directive 2004/18/CE – Article 48, paragraphe 3 – Évaluation et vérification des capacités techniques des opérateurs économiques – Disposition nationale qui ne peut être considérée comme une transposition de la directive 2004/18 – Absence de renvoi direct et inconditionnel au droit de l’Union – Absence de demande fondée sur l’existence d’un intérêt transfrontalier certain – Irrecevabilité de la demande de décision préjudicielle »

Dans l’affaire C-710/17,

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 28 septembre 2017, parvenue à la Cour le 18 décembre 2017, dans la procédure

**CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Cooperativa**

contre

**Comune di Tarvisio,**

en présence de :

**Incos Srl,**

**RTI – Idrotermica F.Ili Soldera,**

**Gabriele Indovina,**

LA COUR (neuvième chambre),

composée de M. C. Lycourgos, président de la dixième chambre, faisant fonction de président de la neuvième chambre, MM. E. Juhász (rapporteur) et C. Vajda, juges,

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

greffier : M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées :

- pour le Comune di Tarvisio, par M<sup>es</sup> I. Angelini et T. Billiani, avvocatesse,
- pour Incos Srl, par M<sup>es</sup> A. Manzi, S. Lago et N. Creuso, avvocati,
- pour le gouvernement italien, par M<sup>mes</sup> G. Palmieri, en qualité d’agent, assistée de M<sup>me</sup> C. Colelli, avvocato dello Stato,
- pour le gouvernement polonais, par M. B. Majczyna, en qualité d’agent,
- pour la Commission européenne, par MM. G. Gattinara et P. Ondrušek, 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 de l'article 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 (JO 2004, L 134, p. 114), telle que modifiée par le règlement (UE) n° 1251/2011 de la Commission, du 30 novembre 2011 (JO 2011, L 319, p. 43) (ci-après la « directive 2004/18 »).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant CCC – Consorzio Cooperative Construzioni Soc. Cooperativa (ci-après « CCC ») au Comune di Tarvisio (commune de Tarvisio, Italie) au sujet de la contestation par la première de l'attribution au groupement temporaire d'entreprises Incos Srl (ci-après le « groupement temporaire Incos ») d'un marché public concernant la réalisation d'une centrale de chauffage urbain à biomasse.

### Le cadre juridique

#### Le droit de l'Union

- 3 L'article 7 de la directive 2004/18, intitulé « Montant des seuils des marchés publics », dispose :  
  
« La présente directive s'applique aux marchés publics [...] dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants :  
  
[...]  
  
c) 5 000 000 [d'euros], pour les marchés publics de travaux. »
- 4 L'article 48 de la directive 2004/18, intitulé « Capacités techniques et/ou professionnelles », prévoit, à son paragraphe 3, qu'« [u]n 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 ».

#### Le droit italien

- 5 Sous le titre I « Contrats relevant du droit communautaire », de la partie II, intitulée « Contrats publics relatifs aux travaux, services, fournitures dans les secteurs ordinaires », du decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (décret législatif n° 163 portant code des marchés publics de travaux, de services et de fournitures en application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE), du 12 avril 2006 (supplément ordinaire à la GURI n° 100, du 2 mai 2006), tel que modifié par le decreto-legge n. 70 (décret-loi n° 70), du 13 mai 2011 (GURI n° 110, du 13 mai 2011, p. 1), converti en loi par la legge n. 106 (loi n° 106), du 12 juillet 2011 (GURI n° 160, du 12 juillet 2011, p. 1) (ci-après le « code des marchés publics »), figure l'article 53 de ce code qui porte sur la typologie et l'objet des contrats publics de travaux, de services et de fournitures.
- 6 Cet article prévoit, à son paragraphe 3 :  
  
« Lorsque le marché a également pour objet la conception, [...] les opérateurs économiques doivent posséder les qualités requises prescrites concernant les concepteurs, ou se prévaloir

de concepteurs qualifiés, qu'ils doivent désigner dans leur offre, ou participer en groupement avec des personnes qualifiées pour la conception. L'avis d'appel d'offres indique les qualités requises pour les concepteurs [...], ainsi que le montant des frais de conception compris dans le montant de base du contrat. »

### **Le litige au principal et la question préjudicielle**

- 7 Par un avis de marché du 10 août 2012, la commune de Tarvisio a lancé un appel d'offres concernant la réalisation d'une centrale de chauffage urbain à biomasse dans la localité de Cave del Predil (Italie), pour un montant global de 3 060 200,85 euros.
- 8 CCC et le groupement temporaire Incos ont participé à cet appel d'offres.
- 9 Dans la mesure où le groupement temporaire Incos ne disposait pas des qualités nécessaires pour mener à bien la conception de cette installation de chauffage, son offre indiquait qu'il aurait recours à un ingénieur en tant que concepteur externe. Toutefois, pour satisfaire à certains des critères techniques prévus dans l'avis de marché, en l'occurrence, avoir accompli, au cours des dix dernières années avant la publication de l'avis de marché, plusieurs services relatifs à des travaux déterminés en fonction de leur montant et avoir employé en moyenne, chaque année, au moins douze personnes en tant que personnel technique au cours des trois années précédant la date de publication de l'avis de marché, cet ingénieur s'est lui-même prévalu des capacités d'une entité tierce, au moyen du mécanisme dit de l'« *avvalimento* », prévu à l'article 53, paragraphe 3, du code des marchés publics, en concluant un contrat avec une entité qui justifiait de ces qualités.
- 10 Par décision du 12 octobre 2012, le pouvoir adjudicateur a attribué le contrat au groupement temporaire Incos.
- 11 CCC a contesté la validité de cette décision, sur le fondement de l'article 53, paragraphe 3, du code des marchés publics, en faisant valoir que le concepteur externe auquel l'adjudicataire a déclaré qu'il ferait appel ne pouvait pas, à son tour, recourir aux capacités d'une entité tierce pour justifier de ses capacités professionnelles et techniques à mener à bien la conception de l'ouvrage concerné.
- 12 Par jugement du 11 janvier 2013, le Tribunale amministrativo regionale per il Friuli-Venezia Giulia (tribunal administratif régional pour le Frioul-Vénétie Julienne, Italie) a rejeté le recours de CCC, au motif notamment que, en application des principes de l'Union et nationaux en matière de marchés publics, les concepteurs désignés dans un appel d'offres, y compris un professionnel qui est formellement chargé de la conception de travaux déterminés, peuvent se prévaloir des capacités d'un tiers.
- 13 CCC a fait appel de ce jugement devant la juridiction de renvoi, le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie).
- 14 Cette juridiction s'interroge sur la compatibilité de son droit national, notamment l'article 53, paragraphe 3, du code des marchés publics, régissant la sous-traitance en matière de marchés publics avec les dispositions de la directive 2004/18, telles qu'interprétées par la Cour dans l'arrêt du 10 octobre 2013, *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646).
- 15 La juridiction de renvoi indique, en effet, que, dans certaines de ses décisions, elle a considéré que cet arrêt de la Cour impliquait que le droit italien devait être interprété en ce sens qu'il autorisait l'ensemble des opérateurs économiques intervenant dans l'exécution d'un marché public à recourir à la sous-traitance aux fins de satisfaire aux exigences relatives aux capacités techniques et professionnelles requises dans l'appel d'offres. Dans d'autres décisions, la juridiction de renvoi aurait, au contraire, jugé que l'interprétation du code des marchés publics impliquait que seul le soumissionnaire pouvait se prévaloir des qualités d'un tiers en tant que concepteur pour satisfaire aux exigences relatives aux capacités techniques et professionnelles requises dans un appel d'offres.

- 16 S'agissant de cette dernière jurisprudence, la juridiction de renvoi précise qu'une telle interprétation de l'article 53, paragraphe 3, du code des marchés publics est liée au fait que, en vertu des dispositions de ce code, le soumissionnaire est solidairement responsable de l'exécution du contrat avec le concepteur qu'il a désigné dans sa réponse à l'appel d'offres.
- 17 Or, tel ne serait pas le cas lorsque c'est le concepteur lui-même qui recourt aux services d'un tiers, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur est non seulement plus difficilement en mesure d'évaluer les capacités des soumissionnaires, mais est aussi exposé, en cas de contentieux, aux difficultés inhérentes aux recours « en cascade ».
- 18 Selon la juridiction de renvoi, il existe un doute sur le fait que le concepteur puisse être considéré comme un « opérateur économique », dès lors qu'il exécute une prestation de caractère personnel, qui, en elle-même, exclut toute possibilité de recourir aux services d'un tiers pour exécuter la prestation qu'il est chargé d'exécuter.
- 19 Dans ces conditions, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :
- « Une disposition telle que celle de l'article 53, paragraphe 3, du [code des marchés publics], qui admet la participation d'une entreprise ayant fait appel à un concepteur "désigné" lequel, n'ayant pas la qualité de soumissionnaire, ne peut à son tour se prévaloir des qualités d'un tiers (mécanisme dit de l'*avvalimento*), est-elle compatible avec l'article 48 de la directive 2004/18/CE [...] ? »

#### **Sur la recevabilité de la demande de décision préjudicielle**

- 20 Selon la République italienne, la demande de décision préjudicielle est irrecevable, car le montant du marché en cause au principal, soit 3 060 200,85 euros, est inférieur au seuil de 5 000 000 d'euros, prévu à l'article 7, sous c), de la directive 2004/18, applicable en matière de travaux publics à la date de la publication de l'avis de marché en cause au principal, le 10 août 2012. Cela impliquerait que les dispositions de cette directive ne seraient pas applicables à l'affaire au principal.
- 21 Toutefois, la Commission européenne estime que la demande de décision préjudicielle est recevable en application de la jurisprudence de la Cour qui, exceptionnellement et dans des circonstances déterminées, permet à la Cour d'interpréter le droit de l'Union dans des situations ne relevant pas du champ d'application de ce droit.
- 22 Selon une jurisprudence constante de la Cour, lorsqu'une législation nationale se conforme, pour les solutions qu'elle apporte à des situations non couvertes par un acte de l'Union, à celles retenues par cet acte, il existe un intérêt certain de l'Union à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions reprises dudit acte reçoivent une interprétation uniforme. Ainsi, l'interprétation des dispositions d'un acte de l'Union dans des situations ne relevant pas du champ d'application de celui-ci se justifie lorsque ces dispositions ont été rendues applicables à de telles situations par le droit national de manière directe et inconditionnelle (arrêt du 5 avril 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, points 33 et 34 ainsi que jurisprudence citée).
- 23 Il convient de constater que l'article 53, paragraphe 3, du code des marchés publics constitue une disposition spécifique et autonome qui n'est analogue à aucune disposition de la directive 2004/18. Cette disposition du code des marchés publics ne peut être considérée comme une transposition de l'article 48 de ladite directive (voir, en ce sens, arrêt du 5 avril 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, point 40).
- 24 En outre, la juridiction de renvoi n'indique aucune autre disposition de la législation italienne qui aurait rendu le droit de l'Union applicable en matière de marchés publics dont la valeur est inférieure aux seuils déterminés par la directive 2004/18 aux questions auxquelles l'article 53, paragraphe 3, du code des marchés publics s'applique.

- 25 Dans ces conditions, il ne saurait être considéré que l'article 53, paragraphe 3, du code des marchés publics, lorsqu'il s'applique à des marchés ne relevant pas du champ d'application de la directive 2004/18, opère un renvoi direct et inconditionnel à celle-ci (voir, par analogie, arrêt du 5 avril 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, point 41).
- 26 Il résulte de ces considérations, et plus particulièrement de la jurisprudence citée au point 22 du présent arrêt, que la demande de décision préjudicielle n'est pas recevable.
- 27 N'apparaît pas de nature à faire obstacle à ce constat le fait, rappelé par la Commission dans ses observations écrites, que la Cour peut, en tout état de cause, tenir compte des règles fondamentales et des principes généraux du traité FUE, et en particulier des articles 49 et 56 de ce traité, c'est-à-dire des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, ainsi que de l'obligation de transparence qui en découle, à condition que le marché en question présente un intérêt transfrontalier certain.
- 28 En effet, il convient de constater que la demande de décision préjudicielle vise uniquement à interpréter la directive 2004/18 et non les règles et les principes fondamentaux du traité FUE. Par conséquent, cette demande ne mentionne ni ne justifie, fût-ce subsidiairement, l'existence d'un intérêt transfrontalier certain.
- 29 Il s'ensuit que les conditions d'un examen par la Cour sur cette base ne sont pas réunies.
- 30 Par conséquent, eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de constater que la présente demande de décision préjudicielle est irrecevable.

#### **Sur les dépens**

- 31 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 :

**La demande de décision préjudicielle introduite par le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie), par décision du 28 septembre 2017, est irrecevable.**

Signatures