

JURISPRUDENCE							
SOURCE	LEGIFRANCE	N°	/	DATE	/	PAGE	/
AUTEUR	COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTE EUROPEENNES						
NATURE	Arrêt	N°	C-247/02		DATE	7/10/2004	
AFFAIRE	SINTESI SAP c/ AUTORITA PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI						

La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 30, paragraphe 1, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54, ci-après la «directive»).

Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant la société Sintesi SpA (ci-après «Sintesi») à l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (Autorité de surveillance des travaux publics, ci-après l'«Autorité») au sujet de la passation d'un marché public de travaux selon la procédure d'appel d'offres restreint.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

Aux termes du deuxième considérant de la directive, «[...] la réalisation simultanée de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services en matière de marchés publics de travaux, conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public, comporte, parallèlement à l'élimination des restrictions, une coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux».

L'article 30, paragraphe 1, de la directive dispose:

«Les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur se fonde pour attribuer les marchés sont:

a) soit uniquement le prix le plus bas;

b) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question: par exemple, le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique.»

La législation nationale

L'article 30, paragraphe 1, de la directive a été transposé en droit italien par l'article 21 de la loi n° 109, du 11 février 1994 (GURI n° 41, du 19 février 1994, p. 5, ci-après la «loi n° 109/1994»), qui est la loi-cadre en matière de travaux publics en Italie.

L'article 21, paragraphes 1 et 2, de la loi n° 109/1994, dans sa rédaction en vigueur à la date des faits au principal, est libellé comme suit:

«Critères d'attribution du marché – Pouvoirs adjudicateurs

1. La passation des marchés par adjudication ouverte ou restreinte est fondée sur le critère du prix le plus bas, inférieur au prix de base de l'appel à la concurrence, et déterminé comme suit:

[...]

2. La passation des marchés par appel d'offres avec concours ainsi que l'attribution de concessions par appel d'offres restreint sont effectuées sur la base du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, en tenant compte des éléments suivants, variables en fonction des travaux à réaliser:

[...]»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

En février 1991, la ville de Brescia (Italie) a confié la construction et la gestion d'un parking souterrain à Sintesi par la voie d'une convention de concession.

La convention conclue entre la ville de Brescia et Sintesi, en décembre 1999, prévoyait l'obligation pour le concessionnaire de soumettre l'exécution des travaux à un appel d'offres restreint, à l'échelle européenne, conformément à la réglementation communautaire en matière de travaux publics.

Par avis publié le 22 avril 1999 au Journal officiel des Communautés européennes, Sintesi a lancé un appel d'offres restreint fondé sur le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse. Celle-ci devait être appréciée sur la base du prix, de la valeur technique et du temps nécessaire à la réalisation de l'ouvrage.

À l'issue de la phase de présélection, Sintesi a transmis aux entreprises retenues une lettre d'invitation à soumissionner ainsi que le dossier d'appel d'offres. Ingg. Provera e Carrassi SpA (ci-après «Provera»), qui était au nombre des sociétés invitées à soumettre une offre, a sollicité une prorogation du délai de soumission, qui lui a été accordée. Elle a toutefois fait savoir par la suite qu'elle ne participerait pas à l'appel d'offres, estimant que celui-ci était illégal.

Le 29 mai 2000, Sintesi a attribué le marché en retenant l'offre économiquement la plus avantageuse.

À la suite d'une nouvelle plainte de Provera, l'Autorité a, par lettre du 26 juillet 2000, fait savoir à Sintesi qu'elle considérait la procédure d'adjudication du marché en cause comme contraire à la loi n° 109/1994 et, le 7 décembre 2000, elle a pris la décision n° 53/2000 qui est libellée comme suit:

«1) dans le système de la loi-cadre sur les travaux publics n° 109/1994, l'adjudication ne peut avoir lieu que sur la base de l'application du critère du prix le plus bas, le recours au critère de l'offre économiquement la plus avantageuse n'étant possible que dans les hypothèses du concours et de la concession de la construction et de la gestion de travaux publics;

2) les règles précitées sont applicables à tous les marchés de travaux quel que soit leur montant y compris lorsque celui-ci est supérieur au seuil communautaire et le système en question ne peut être considéré comme contraire à l'article 30, paragraphe 1, de la directive 93/37/CEE [...];

3) lorsque, dans les cas où la loi le permet, et, donc, non pas dans celui qui nous est soumis, l'appréciation de la valeur technique est prévue dans le cadre de l'application concrète du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, il y a lieu, pour permettre une telle évaluation, que le projet puisse être modifié par les concurrents.»

Sintesi a attaqué ladite décision devant la juridiction de renvoi en invoquant notamment un moyen tiré de la violation de l'article 30, paragraphe 1, de la directive.

Elle a fait valoir qu'il résulte de cette disposition que les deux critères d'attribution des marchés publics de travaux, à savoir le critère du «prix le plus bas» et celui de l'«offre économiquement la plus avantageuse», sont placés sur un pied d'égalité. En excluant, sur le fondement de la loi n° 109/1994, le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse dans le cas d'un marché public de travaux conclu selon la procédure de l'appel d'offres restreint, l'Autorité aurait violé l'article 30, paragraphe 1, de la directive.

La juridiction de renvoi observe que l'article 21, paragraphe 1, de la loi n° 109/1994 répond à un objectif de transparence des procédures de passation des marchés publics, mais elle se demande si cette disposition est susceptible de garantir la libre concurrence, dès lors que le prix ne semble pas, à lui seul, constituer un élément de nature à garantir que la meilleure offre sera retenue.

La juridiction de renvoi souligne également que le parking en cause sera situé dans le centre historique de la ville de Brescia. En conséquence, l'ouvrage à réaliser serait très complexe et nécessiterait l'appréciation d'éléments techniques, qui devraient être fournis par les soumissionnaires, pour permettre de déterminer l'entreprise à laquelle la réalisation des travaux sera confiée parce qu'elle est la plus apte à effectuer ceux-ci.

C'est dans ces conditions que le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les deux questions préjudicielles suivantes:

«1) L'article 30, paragraphe 1, de la directive [...], pour autant qu'il laisse aux pouvoirs adjudicateurs le libre choix du critère d'attribution entre le prix le plus bas et l'offre la plus avantageuse, constitue-t-il l'application du principe de la libre concurrence consacré par l'article 85 du traité CE (devenu article 81 CE), lequel exige que toute offre présentée dans le cadre d'appels d'offres lancés à l'intérieur du marché commun soit évaluée d'une manière n'empêchant pas, ne restreignant pas ou ne faussant pas la concurrence entre elles?

2) En conséquence, l'article 30, paragraphe 1, de la directive [...] s'oppose-t-il à ce que l'article 21, paragraphe 1, de la loi n° 109 du 11 février 1994 exclue, en vue de l'attribution des marchés par les procédures ouverte et restreinte en matière de travaux publics, le choix par les pouvoirs adjudicateurs du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse et impose, de manière générale, le choix du critère du prix le plus bas?»

Sur la recevabilité de la demande de décision préjudicielle

Le gouvernement italien doute de la recevabilité de la demande de décision préjudicielle au motif que les questions posées seraient purement théoriques.

La Commission des Communautés européennes s'interroge sur l'applicabilité même de l'article 30 de la directive au litige au principal dans la mesure où la procédure d'adjudication aurait été engagée par un concessionnaire de travaux.

Elle souligne que, aux termes de l'article 3, paragraphes 3 et 4, de la directive, seul le concessionnaire de travaux publics qui est lui-même l'un des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1^{er}, sous b), de celle-ci est tenu, pour les travaux à exécuter par des tiers, de respecter l'ensemble des dispositions de la directive. En revanche, les concessionnaires de travaux publics autres que les pouvoirs adjudicateurs seraient uniquement tenus au respect des règles de publicité définies à l'article 11, paragraphes 4, 6, 7 et 9 à 13, ainsi qu'à l'article 16 de ladite directive.

À cet égard, il résulte d'une jurisprudence constante que la procédure instituée par l'article 234 CE est un instrument de coopération entre la Cour et les juges nationaux (voir, notamment, arrêts du 16 juillet 1992, Lourenço Dias, C-343/90, Rec. p. I-4673, point 14, et du 18 mars 2004, Siemens et ARGE Telekom, C 314/01, non encore publié au Recueil, point 33 et jurisprudence citée).

Dans le cadre de cette coopération, le juge national saisi du litige, qui est le seul à avoir une connaissance directe des faits au principal et qui devra assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, est le mieux placé pour apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour (voir, notamment, arrêts Lourenço Dias, précité, point 15; du 22 janvier 2002, Canal Satellite Digital, C-390/99, Rec. p. I-607, point 18, ainsi que Siemens et ARGE Telekom, précité, point 34).

En l'occurrence, il n'est nullement évident que l'interprétation de l'article 30 de la directive soit sans aucune utilité pour la solution du litige au principal dès lors que, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, la convention passée entre la ville de Brescia et Sintesi a imposé à cette dernière, en sa qualité de concessionnaire, l'obligation de lancer, pour l'exécution des travaux en cause au principal, une procédure d'appel d'offres restreint, à l'échelle européenne, conformément à la réglementation communautaire en matière de travaux publics.

Dès lors, il y a lieu de considérer que la demande de décision préjudicielle est recevable.

Sur les questions préjudicielles

Par ses questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 30, paragraphe 1, de la directive doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui, en vue de l'attribution de marchés publics de travaux, à l'issue de procédures d'appels d'offres ouverts ou restreints, impose aux pouvoirs adjudicateurs de recourir au seul critère du prix le plus bas. En particulier, elle demande si l'objectif poursuivi par ladite disposition, qui vise à instaurer une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, implique nécessairement qu'il soit répondu par l'affirmative à cette question.

Observations soumises à la Cour

Selon Sintesi, l'article 30, paragraphe 1, de la directive, en ce qu'il laisse au pouvoir adjudicateur le libre choix entre le prix le plus bas et l'offre la plus avantageuse, en ce qui concerne le critère d'attribution des marchés publics de travaux, met en œuvre le principe de libre concurrence. Réduire la marge d'appréciation de ce pouvoir à une simple analyse des prix proposés par les soumissionnaires, ainsi que l'impose l'article 21, paragraphe 1, de la loi n° 109/1994, constituerait un obstacle à la sélection de la meilleure offre possible et serait donc contraire à l'article 81 CE.

Provera et le gouvernement italien font valoir que le législateur national, en adoptant la loi n° 109/1994, avait notamment pour objectif de lutter contre la corruption dans le secteur de la passation des marchés publics de travaux, en supprimant la marge d'appréciation discrétionnaire de l'administration lors de l'attribution du marché et en arrêtant des procédures transparentes aptes à garantir la libre concurrence.

Il ressortirait des termes mêmes de l'article 30, paragraphe 1, de la directive que celui-ci ne garantit nullement au pouvoir adjudicateur le libre choix d'un critère plutôt qu'un autre et n'impose pas non plus l'utilisation de l'un ou l'autre critère dans certaines circonstances spécifiques. Cette disposition se bornerait à énoncer les deux critères d'attribution applicables, sans préciser les cas dans lesquels il convient de les utiliser.

En outre, le choix du critère du prix le plus bas par le législateur national dans les procédures d'appels d'offres restreints ou ouverts ne léserait pas les droits des soumissionnaires, dès lors que le même critère, préalablement défini, serait appliqué à chacun d'eux.

Les gouvernements hellénique et autrichien partagent cette interprétation.

En particulier, selon le gouvernement autrichien, l'article 30 de la directive ne comporte aucun élément indiquant au pouvoir adjudicateur selon lequel des deux critères, placés sur un pied d'égalité, le choix doit être opéré. La directive laisserait ainsi à ce pouvoir le soin de décider précisément quel est le critère au moyen duquel il entend obtenir le meilleur rapport qualité/prix eu égard à ses besoins. Toutefois, ladite disposition ne s'opposerait pas à ce que, en fonction de la nature des marchés en cause, le législateur national procède lui-même directement à ce choix, en autorisant soit les deux critères, soit un seul de ceux-ci, la directive ne conférant au pouvoir adjudicateur aucun droit subjectif à exercer un tel choix.

La Commission estime également que la directive n'exprime aucune préférence en faveur de l'un ou l'autre des deux critères prévus à l'article 30, paragraphe 1, de la directive. Cette dernière disposition viserait uniquement à éviter que le pouvoir adjudicateur adopte des critères d'attribution des marchés publics de travaux autres que les deux critères qu'elle mentionne, mais n'imposerait aucun choix entre ces derniers. Pour éviter des comportements arbitraires dudit pouvoir et garantir une concurrence saine entre les entreprises, il serait, en principe, indifférent que le marché soit conclu sur la base du prix le plus bas ou de l'offre économiquement la plus avantageuse. Encore faudrait-il que lesdits critères d'attribution soient clairement mentionnés dans l'avis de marché et appliqués de manière objective et non discriminatoire.

Le choix du critère approprié appartiendrait au pouvoir adjudicateur, en procédant à un examen au cas par cas lors de la passation d'un marché spécifique, ou au législateur national, auquel il serait loisible d'adopter un texte applicable soit à tous les marchés publics de travaux, soit seulement à certains types de marchés.

La Commission observe que, en l'occurrence, l'article 21, paragraphe 1, de la loi n° 109/1994 impose le recours au critère du prix le plus bas afin de garantir la plus grande transparence des opérations relatives aux marchés publics de travaux, ce qui serait conforme à l'objectif poursuivi par la directive, qui est de garantir le développement d'une concurrence effective. Une telle disposition ne serait donc pas contraire à l'article 30, paragraphe 1, de la directive.

Réponse de la Cour

Il convient de relever que, selon le dixième considérant de la directive, celle-ci vise à développer une concurrence effective dans le domaine des marchés publics (voir arrêts du 16 septembre 1999, *Fracasso et Leitschutz*, C-27/98, Rec. p. I 5697, point 26; du 27 novembre 2001, *Lombardini et Mantovani*, C-285/99 et C 286/99, Rec. p. I-9233, point 34, et du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C 470/99, Rec. p. I 11617, point 89).

Au demeurant, cet objectif est expressément mentionné à l'article 22, paragraphe 2, second alinéa, de la directive qui dispose que, lorsque les pouvoirs adjudicateurs passent un marché par procédure restreinte, le nombre de candidats admis à soumissionner doit, en toute hypothèse, être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

En vue de satisfaire à l'objectif de développement d'une concurrence effective, la directive tend à organiser l'attribution des marchés de telle sorte que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de comparer différentes offres et de retenir la plus avantageuse sur la base de critères objectifs (arrêt *Fracasso et Leitschutz*, précité, point 31).

C'est ainsi que l'article 30 de la directive prévoit, à son paragraphe 1, les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur se fonde pour attribuer les marchés, à savoir soit uniquement le prix le plus bas, soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question, tels que le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique.

Une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui restreint la liberté de choix des pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre de procédures d'appels d'offres ouverts ou restreints, en imposant le recours au prix le plus bas comme seul critère d'attribution, n'empêche pas ces pouvoirs de comparer différentes offres et de retenir la meilleure sur la base d'un critère objectif préalablement fixé, figurant précisément parmi ceux énumérés à l'article 30, paragraphe 1, de la directive.

Toutefois, la fixation par le législateur national, de manière abstraite et générale, d'un critère unique d'attribution des marchés publics de travaux prive les pouvoirs adjudicateurs de la possibilité de prendre en considération la nature et les spécificités de tels marchés, pris isolément, en choisissant pour chacun d'eux le critère le plus apte à assurer la libre concurrence et à garantir ainsi que la meilleure offre sera retenue.

Dans l'affaire au principal, la juridiction de renvoi a précisément mis en évidence la complexité, sur le plan technique, de l'ouvrage à réaliser et, partant, le pouvoir adjudicateur aurait pu utilement tenir compte de cette complexité en choisissant des critères d'attribution du marché objectifs, tels que ceux énumérés, à titre d'exemple, à l'article 30, paragraphe 1, sous b), de la directive.

Il résulte des considérations qui précèdent qu'il y a lieu de répondre aux questions posées que l'article 30, paragraphe 1, de la directive doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui, en vue de l'attribution de marchés publics de travaux à l'issue de procédures d'appels d'offres ouverts ou restreints, impose, de manière abstraite et générale, aux pouvoirs adjudicateurs de recourir au seul critère du prix le plus bas.

Sur les dépens

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 (deuxième chambre) dit pour droit:

L'article 30, paragraphe 1, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui, en vue de l'attribution de marchés publics de travaux à l'issue de procédures d'appels d'offres ouverts ou restreints, impose, de manière abstraite et générale, aux pouvoirs adjudicateurs de recourir au seul critère du prix le plus bas.