

Les attributions de l'acheteur dans le cadre de la sous-traitance : précisions de la CJUE

Dans deux arrêts récents, la CJUE apporte des précisions intéressantes s'agissant des règles applicables en matière de sous-traitance. Ainsi, un acheteur dispose d'un droit à contrôler la situation d'un sous-traitant dès lors que celui-ci est présenté par un soumissionnaire, y compris avant l'attribution du contrat. Néanmoins, l'acheteur ne dispose pas du droit d'imposer le recours à la sous-traitance à un soumissionnaire qui entend s'appuyer sur les capacités d'un tiers selon d'autres modalités.

Le recours à la sous-traitance ne peut être imposé aux soumissionnaires par l'acheteur mais dès lors qu'un soumissionnaire annonce dans son offre qu'il sous-traitera une partie de ses activités à un tiers clairement identifié, une législation nationale ne peut faire obstacle à ce que l'acheteur puisse vérifier la suffisance de ses capacités et l'absence de motif d'exclusion, et ce avant même l'attribution du contrat.

Tel est, en résumé, l'apport des deux décisions rendues à quelques jours d'intervalle par la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) – la décision C-469/22 du 10 janvier 2023 et la décision C-403/21 du 23 janvier suivant – sur l'interprétation devant être faite des dispositions de la directive 2014/24/UE du 24 février 2014 sur la passation des marchés publics, en particulier celles régissant le recours par un soumissionnaire aux capacités d'autres entités.

Le droit national ne peut pas interdire à un acheteur de contrôler la situation d'un sous-traitant présenté par un soumissionnaire avant l'attribution du marché

La décision C-469/22 du 10 janvier 2023 est intervenue dans le cadre d'un litige portant sur la passation d'un marché de services initiée par la Fondation du sport portugaise.

Au cours de la procédure, l'une des entreprises candidates, la Société Ambisig, a vu son dossier être écarté au motif qu'elle n'y avait pas joint les documents d'engagement de ses co-traitants.

Or, selon la candidate évincée, son intention n'était pas de se présenter en groupement avec des co-traitants mais de se présenter seule avec un sous-traitant. Dans cette situation, elle n'était pas tenue, selon elle, de joindre

Auteurs

Guillaume Gauch

Avocat associé

Romain Millard

Avocat

Seban Avocats

Références

CJUE 10 janvier 2023, aff. C-469/22

CJUE 23 janvier 2023, aff. C-403/21

à son offre une déclaration d'engagement de ce sous-traitant, dès lors qu'aux termes du Code des contrats publics portugais, lorsqu'un opérateur économique recourt aux capacités d'un tiers en vue de l'exécution de la prestation de services concernée et à moins que l'avis de marché n'en dispose autrement ou que la procédure soit restreinte et avec sélection préalable en vertu de l'article 168 § 4 dudit code, les documents d'aptitude et la déclaration d'engagement de ce tiers n'étaient exigibles qu'après l'attribution du marché public en cause.

La Société Ambisig a donc introduit un recours contentieux précontractuel devant le tribunal administratif et fiscal de Leiria visant à contester tant son exclusion que l'attribution du marché à la Société Link.

Mais, par jugement du 28 septembre 2021, le tribunal administratif a rejeté le recours, considérant en substance que dès lors que la Société Ambisig se référait dès la présentation de son offre à la sous-traitance d'une partie des services concernés, elle aurait dû soumettre une demande d'autorisation préalable à l'acheteur à l'appui de ladite offre et que ce défaut de demande d'autorisation constituait un motif d'exclusion de la procédure, tant par application des stipulations du cahier des charges subordonnant la sous-traitance à l'autorisation préalable de l'acheteur que par application, par analogie, de l'article 168 § 4 du Code des contrats publics relatif aux procédures restreintes. Ce jugement a ensuite été confirmé en appel le 3 février 2022.

Insatisfaite de cet arrêt, la Société Ambisig a saisi la Cour administrative suprême d'un pourvoi comportant les trois moyens suivants :

- premièrement, la présentation de documents d'aptitude du tiers concerné ne pouvait être exigée avant l'attribution du contrat, dès lors qu'elle ne ressortait ni de l'avis de marché ni du Code des contrats publics, l'article 168 § 4 de ce code n'étant pas applicable au litige au principal, dès lors qu'il ne s'agissait pas d'une procédure restreinte ;
- deuxièmement, le cahier des charges subordonnant la sous-traitance à l'autorisation préalable de l'acheteur n'était pas applicable dans le cadre de la phase précontractuelle de la procédure de passation ;
- troisièmement, l'article 63 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, qui régit le recours aux capacités d'autres entités, n'imposait pas à un soumissionnaire de joindre, au moment de la présentation de son offre, une déclaration d'engagement des sous-traitants.

Si la Cour administrative suprême a jugé les deux premiers moyens fondés, elle a en revanche sursis à statuer sur le troisième et saisi la CJUE d'une question préjudicielle par laquelle elle lui a demandé, en substance, si l'article 63 de la directive 2014/24/UE, lu en combinaison avec le considérant 84 de cette directive, devait être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle un opérateur économique qui entend recourir aux capacités d'une autre entité en vue de l'exécution d'un marché public ne doit transmettre les documents d'aptitude de cette entité et la déclaration d'engagement de celle-ci qu'après l'attribution du marché en cause.

En réponse, la CJUE rappelle que l'article 63 de la directive prévoit le droit pour un opérateur économique de recourir, 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 qu'aux critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles.

Lorsqu'il souhaite se prévaloir de ce droit, l'opérateur économique peut avoir recours à tout moyen approprié pour prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple un engagement de ces entités tierces. L'opérateur économique peut également transmettre au pouvoir adjudicateur, lors de la présentation de sa demande de participation ou de son offre, un document unique de marché européen (DUME) visant, notamment, à confirmer que, d'une part, ni lui-même ni aucune des entités aux capacités desquelles il entend recourir ne se trouvent dans l'une des situations d'exclusion de la procédure de passation et, d'autre part, que le ou les critères de sélection concernés sont remplis. En tout état de cause, tout opérateur économique qui souhaite recourir aux capacités d'autres entités doit apporter au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires pour satisfaire aux critères de sélection.

Dans une telle hypothèse, il appartient au pouvoir adjudicateur de vérifier, premièrement, que les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend recourir remplissent les critères de sélection applicables et, secondement, s'il existe des motifs d'exclusion les concernant.

Et, selon la CJUE, ces vérifications doivent pouvoir être effectuées par le pouvoir adjudicateur avant l'attribution du marché en cause. Pour aboutir à cette interprétation, elle se fonde sur le considérant 84 de la directive énonçant expressément : « 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 ».

La CJUE en conclut que les dispositions précitées de la directive 2014/24/UE s'opposent à une réglementation nationale en vertu de laquelle un opérateur économique qui entend recourir aux capacités d'une autre entité en vue de l'exécution d'un marché public ne doit transmettre les documents d'aptitude de cette entité et la déclaration d'engagement de celle-ci qu'après l'attribution du marché en cause.

Il résulte de cette jurisprudence un devoir de vigilance pour les soumissionnaires : dès lors que ceux-ci annoncent, au sein de leur offre, qu'ils entendent recourir aux capacités d'autres entités, que ce soit via la co-traitance ou la sous-traitance, l'acheteur est en droit d'exiger la fourniture des éléments lui permettant de vérifier, même avant l'attribution du contrat, que ces entités disposent des capacités nécessaires pour

assurer l'exécution des prestations susceptibles de leur être confiées et qu'elles ne sont frappées d'aucun motif d'exclusion.

Un acheteur ne peut imposer le recours à la sous-traitance à un soumissionnaire qui entend s'appuyer sur les capacités d'un tiers selon d'autres modalités

Si l'acheteur dispose d'un droit à contrôler la situation d'un sous-traitant dès lors que celui-ci est présenté par un soumissionnaire, y compris avant l'attribution du contrat, il ne dispose pas pour autant du droit d'imposer à un soumissionnaire de présenter un sous-traitant, alors même que ce soumissionnaire ne le souhaiterait pas.

C'est ce que précise, en substance, la décision C-403/21 rendue par la CJUE le 26 janvier 2023 dans le cadre d'un litige relatif à la passation d'un marché public destiné à évaluer la faisabilité de la construction d'une route opposant la Société NV Construct, candidat classé en quatrième position, au pouvoir adjudicateur, à savoir le département de Timis en Roumanie.

In satisfaite de son classement, la Société NV Construct a saisi le Conseil national pour la résolution des contestations d'un recours tendant, d'une part, à la disqualification des trois soumissionnaires classés devant elle et, d'autre part, à une nouvelle appréciation de leurs offres.

Son principal moyen d'irrégularité était en substance, le suivant : les offres de ses concurrents auraient dû être écartées dès lors qu'elles ne présentaient pas de sous-traitants pour certaines activités susceptibles d'être commandées dans le cadre du futur marché, alors même que le recours à la sous-traitance, bien que non requise par les documents de la consultation, s'imposait par l'effet d'une législation spéciale propre auxdites activités.

Le Conseil national a alors décidé de surseoir à statuer et de saisir la CJUE de trois questions préjudicielles.

La première question préjudicielle était, en substance, la suivante : le pouvoir adjudicateur a-t-il la faculté d'imposer comme critères de sélection des obligations issues de réglementations spéciales applicables à des activités qui sont susceptibles de devoir être réalisées dans le cadre de l'exécution d'un marché public et qui n'ont pas une importance significative ?

La CJUE répond par l'affirmative, se fondant sur l'article 58 de la directive 2014/24/UE, lu en combinaison avec les principes de proportionnalité et de transparence garantis à l'article 18 : compte tenu du large pouvoir d'appréciation que lui reconnaissent les textes pour définir son besoin, l'acheteur peut décider d'inclure, parmi les critères de sélection mentionnés dans un avis de marché ou un cahier des charges, des obligations issues de réglementations spéciales applicables à des activités qui sont susceptibles de devoir être réalisées dans le cadre de l'exécution d'un marché public et qui n'ont pas une importance significative.

Pour souligner l'ampleur de la marge de manœuvre dont dispose l'acheteur, la Cour ajoute que l'acheteur peut tout aussi bien user de ce large pouvoir d'appréciation pour choisir de ne pas faire figurer ces obligations parmi les critères de sélection, notamment lorsque lesdites obligations ne revêtent pas une importance significative ou par le caractère éventuel de leur réalisation, ou bien de les faire figurer uniquement dans les spécifications techniques qui pèseront sur le seul attributaire, ou encore de les faire cumulativement dans les critères de sélection et les spécifications techniques⁽¹⁾. La seule condition à respecter est que les conditions particulières concernant l'exécution du marché soient liées à l'objet du marché et indiquées dans l'avis à la concurrence ou les documents du marché.

La deuxième question préjudicielle dont la CJUE était saisie était, en substance, la suivante : le droit de l'Union européenne s'oppose-t-il à ce que les documents de marché soient automatiquement complétés par des critères de qualification résultant de réglementations spéciales applicables à des activités liées au marché à attribuer qui n'ont pas été prévus dans ces documents et que le pouvoir adjudicateur n'a pas entendu imposer aux opérateurs économiques concernés ?

Là encore, la Cour répond par l'affirmative, sur le fondement des principes de proportionnalité et de transparence : des obligations issues de réglementations spéciales applicables à des activités liées à un marché public à attribuer ne sauraient automatiquement s'ajouter en tant que critères de sélection aux critères expressément mentionnés dans les documents de ce marché, sous peine de vider de sa substance le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur pour choisir les critères de sélection.

La troisième question jurisprudentielle était la suivante : un soumissionnaire peut-il être exclu d'une procédure de passation au motif qu'il n'a pas désigné le sous-traitant auquel il entend confier l'exécution d'obligations résultant de réglementations spéciales applicables aux activités liées au marché en cause et non prévues dans les documents de marché, lorsque ce soumissionnaire a précisé dans son offre qu'il exécuterait ces obligations en recourant aux capacités d'une autre entité sans toutefois être lié à cette dernière par un contrat de sous-traitance ?⁽²⁾

(1) CJUE 7 septembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, aff. C-927/19.

(2) La troisième question préjudicielle contenait également une sous-question par laquelle la juridiction de renvoi demandait à la CJUE, en substance, si un opérateur économique a le droit d'établir son organisation et les relations contractuelles au sein du groupe et s'il peut également faire intervenir des prestataires ou des fournisseurs dans un marché si le prestataire concerné ne fait pas partie des entités sur la capacité desquelles le soumissionnaire entend se fonder afin de démontrer le respect des critères pertinents. Toutefois, cette question a été écartée par la CJUE comme irrecevable, faute pour le juge national d'avoir suffisamment explicité le cadre factuel et réglementaire lui permettant d'y répondre utilement.

La réponse de la CJUE est négative : il ressort de l'article 63 de la directive 2014/24/UE que la sous-traitance ne constitue qu'une des modalités par lesquelles un opérateur économique peut recourir aux capacités d'autres entités. Dès lors, le pouvoir adjudicateur ne peut évincer un soumissionnaire au motif qu'il n'aurait pas désigné de sous-traitant pour l'exécution

d'obligations résultant de réglementations spéciales applicables aux activités liées au marché en cause et non prévues dans les documents de marché, lorsque ce soumissionnaire a précisé dans son offre qu'il exécuterait ces obligations en recourant aux capacités d'une autre entité, sans toutefois être lié à cette dernière par un contrat de sous-traitance.