

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 5 juin 2001¹

I — Introduction

1. Le Consiglio di Stato (Italie) (quatrième section), exerçant sa compétence juridictionnelle pour statuer sur les recours en appel formés contre deux arrêts du Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, saisit la Cour de justice de cinq questions préjudicielles ayant pour objet l'interprétation de l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux² (ci-après la «directive» ou la «directive 93/37»).

2. La consultation demandée à la Cour par le Consiglio di Stato a pour toile de fond des principes essentiels de la réglementation communautaire en matière de marchés publics auxquels il ne peut être renoncé, relatifs à la fixation de critères objectifs de participation aux marchés et d'attribution des marchés publics, au sein d'une procédure transparente dans laquelle les mesures

et les clauses pouvant avoir des effets discriminatoires sont interdites³.

3. Dans un tel cas de figure, l'accent est mis sur les offres anormalement basses par rapport à la prestation contractuelle; plus particulièrement, sur la procédure pour les exclure, en tant qu'instrument pour lever les obstacles jusqu'à l'attribution du marché en rejetant les propositions ne présentant pas la solvabilité nécessaire. Il s'agit de respecter un autre principe présent dans le droit communautaire en matière de marchés publics: celui de l'efficacité⁴.

3 — Ces principes sont présents dans les directives «classiques» portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux. Pour les marchés de fournitures, dans la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976 (JO 1977, L 13, p. 1), et dans la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993 (JO L 199, p. 1). En ce qui concerne le marché de services, dans la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992 (JO L 209, p. 1). Enfin, la publicité comme instrument de transparence administrative et le principe de non-discrimination figureraient pour le marché de travaux dans la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971 (JO L 185, p. 5) et, une fois celle-ci abrogée, dans la directive dont l'article 30, paragraphe 4, fait l'objet des questions préjudicielles sur lesquelles je me penche actuellement. La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux (JO 2001, C 29 E, p. 11, ci-après la «proposition de directive»), qui vise à codifier les trois directives «classiques» et à les fusionner en un seul texte, reste fidèle aux principes d'égalité de traitement et de transparence (voir son deuxième considérant).

4 — Le principe d'efficacité, au sens large, est présent dans les dix-neuvième, vingt-troisième et vingt-cinquième considérants de la proposition de directive citée dans la note précédente. Il apparaît également dans certains articles de la directive 93/37 (voir, par exemple, les articles 4, 7 et 14).

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — JO L 199, p. 54.

4. En ce qui concerne ce type d'offres, le Consiglio di Stato fait mention de ses doutes quant à la compatibilité avec l'article 30, paragraphe 4, de la directive:

II — Le cadre juridique

1. La réglementation communautaire

- 1) d'un mécanisme automatique de fixation du seuil à partir duquel une offre est considérée comme anormalement basse qui ne permet pas aux soumissionnaires de connaître ce seuil avant de présenter leurs propositions;
- 2) de l'exclusion a limine des offres qui ne sont pas accompagnées de la justification du prix pour un montant égal à au moins 75 % de la valeur de base du marché et du fait que seules sont admises certaines justifications, celles concernant des éléments pour lesquels des valeurs minimales peuvent être extraites de cours officiels étant rejetées;
- 3) de la prévision d'une procédure dans laquelle les entreprises ayant présenté des offres anormalement basses n'ont pas la possibilité de faire valoir leurs arguments et d'expliquer leur position après l'ouverture des enveloppes et avant l'adoption de la décision d'exclusion.

5. La directive 71/305, par laquelle a débuté la coordination des législations des États membres en matière de marchés publics, visait principalement à la réalisation simultanée de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services en matière de marchés publics de travaux⁵. Cette directive avait déjà prévu l'éventualité de la proposition d'offres anormalement basses et, dans son article 29, paragraphe 5, la possibilité de leur exclusion.

6. La directive 71/305 a fait l'objet de modifications successives et dispersées⁶, ce qui recommandait sa codification, qui a été réalisée par la directive 93/37⁷. Dans l'article 30, paragraphe 4, la nouvelle disposition se contente de reproduire, avec de légères modifications, le texte de l'article 29, paragraphe 5, de la directive 71/305 après la modification de 1989. Cet article 30, paragraphe 4, stipule:

«Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rap-

⁵ — Voir son premier considérant.

⁶ — L'une d'elles a entre autres porté sur l'article 29, paragraphe 5, nouvellement rédigé dans la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989 (JO L 210, p. 1).

⁷ — Voir son premier considérant.

port à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes et vérifie cette composition en tenant compte des justifications fournies.

l'article 21, paragraphe 1 bis, de la loi 109/94, du 11 février 1994, loi-cadre sur les travaux publics⁸, ajouté au texte d'origine par l'article 7 de la loi 216/95, du 2 juin 1995⁹. Conformément à cette disposition:

Le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des justifications tenant à l'économie du procédé de construction, ou aux solutions techniques adoptées, ou aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, ou à l'originalité du projet du soumissionnaire.

«En cas d'adjudication de travaux d'une valeur égale ou supérieure à 5 000 000 d'écus en usant du critère du prix le plus bas au sens du paragraphe 1, l'administration concernée évaluera, au sens de l'article 30 de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, l'anomalie de toute offre présentant un rabais supérieur au pourcentage fixé, avant le 1^{er} janvier de chaque année, par décret du *Ministro dei lavori pubblici*, entendu l'*Osservatorio*, sur la base du cours des offres admises dans le cadre de marchés attribués au cours de l'année précédente.

Si les documents relatifs au marché prévoient l'attribution au prix le plus bas, le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer à la Commission le rejet des offres jugées trop basses.

[...].

À cette fin, l'administration publique ne peut prendre en considération que des justifications tenant à l'économie du procédé de construction ou des solutions techniques adoptées ou aux conditions particulièrement favorables dont dispose le soumissionnaire, à l'exclusion, cependant, de justifications relatives à tout élément pour lequel une valeur minimale

2. La législation italienne

7. L'article 30, paragraphe 4, de la directive a été transposé en droit italien par

8 — *Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* (ci-après «GURI») n° 41, du 19 février 1994, p. 5.

9 — GURI n° 127, du 2 juin 1995, p. 3. Cette disposition légale est le résultat de la conversion en loi, avec des modifications, du décret-loi 101/95, du 3 avril 1995, sur les réglementations urgentes en matière de travaux publics (GURI n° 78, du 3 avril 1995, p. 8).

est établie par la voie législative, réglementaire ou administrative, ou pour lequel une valeur minimale peut être déterminée sur la base de données officielles. Les offres doivent être accompagnées, dès leur présentation, de justifications tenant aux composantes les plus significatives du prix indiquées dans l'avis de marché ou dans la lettre d'invitation, représentant ensemble un montant d'au moins 75 % de la valeur de base du marché.

[...]»¹⁰.

8. Par décrets des 28 avril¹¹ et 18 décembre 1997¹², pris en application de l'arti-

10 — Cette disposition a été modifiée par l'article 7 de la loi 415/98, du 18 novembre 1998 (GURI n° 284, du 4 décembre 1998, supplément ordinaire, p. 5). À la suite de cette nouvelle modification, inapplicable ratione temporis en l'espèce, le texte de l'article 21, paragraphe 1 bis, de la loi 109/94 est ainsi libellé: «En cas d'adjudication de travaux d'une valeur égale ou supérieure à 5 millions d'euros en usant du critère du prix le plus bas au sens de l'alinéa 1, l'administration concernée évalue l'anomalie, au sens de l'article 30 de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, de toute offre présentant un rabais égal ou supérieur à la moyenne arithmétique des pourcentages de rabais de toutes les offres admises, à l'exclusion de 10 %, arrondi à l'unité supérieure, des offres présentant respectivement un rabais plus élevé ou moins élevé, augmentée de l'écart arithmétique moyen des pourcentages de rabais qui dépassent la moyenne précitée (l'italique souligne les différences avec la rédaction antérieure). À cette fin, l'administration publique ne peut prendre en considération, dans un délai de 60 jours à compter de la date de présentation des offres, que des justifications tenant à l'économie du procédé de construction ou à des solutions techniques adoptées ou aux conditions particulièrement favorables dont dispose le soumissionnaire, à l'exclusion, cependant, de justifications relatives à tout élément pour lequel une valeur minimale est établie par la voie législative, réglementaire ou administrative, ou pour lequel une valeur minimale peut être déterminée sur la base de données officielles. Les offres doivent être accompagnées, dès leur présentation, de justifications tenant aux composantes les plus significatives du prix indiquées dans l'avis de marché ou dans la lettre d'invitation, représentant ensemble un montant d'au moins 75 % de la valeur de base du marché. [...]».

11 — GURI n° 105, du 8 mai 1997, p. 28.

12 — GURI n° 1, du 2 janvier 1998, p. 26.

cle 21, paragraphe 1 bis, de la loi 109/94 respectivement pour les années 1997 et 1998, le Ministro dei lavori pubblici a fixé le pourcentage à partir duquel le pouvoir adjudicateur est tenu de soumettre les offres anormales à une procédure de vérification «[...] à une mesure égale à la moyenne arithmétique des pourcentages de rabais de toutes les offres admises, augmentée de l'écart arithmétique moyen des pourcentages de rabais qui dépassent la moyenne précitée».

III — Les faits et les litiges au principal

1. L'affaire C-285/99

9. L'Ente Nazionale per le Strade (ci-après l'«ANAS») a lancé un avis de marché pour l'adjudication, par procédure restreinte, des travaux comportant la désignation «RM 87/97 — autoroute de la GRA — lot 19, adaptation à trois bandes dans chaque sens de circulation du kilomètre 43,280 au km 46,500».

10. L'association momentanée d'entreprises constituée de Impreza Lombardini

SpA — Impresa Generale di Costruzioni (ci-après «Lombardini»), Collini — Impresa di Costruzioni SpA et Trevi SpA a été invitée à participer au marché par lettre n° 1723, du 15 octobre 1997. Pour ce qui nous intéresse ici et conformément à l'article 21, paragraphe 1 bis, de la loi 109/94, la lettre d'invitation contient les précisions suivantes:

A. L'obligation pour les candidats d'assortir leur offre de justifications relatives aux composantes les plus significatives du prix, équivalentes à 75 % de la valeur de base du marché. Les explications devaient être rédigées selon les règles jointes à la lettre d'invitation et placées dans une enveloppe contenant la documentation administrative qu'il convenait de présenter.

B. L'obligation de fournir, dans une enveloppe séparée, la documentation nécessaire à la vérification des données procurées pour l'analyse justificative de l'offre. Cette enveloppe ne serait ouverte et son contenu examiné que si l'offre dépassait le seuil arithmétique d'anomalie.

C. L'avertissement que l'inobservation de n'importe laquelle des prescriptions antérieures déterminerait l'irrecevabilité des offres.

D. Les critères sur la base desquels la vérification de l'anomalie des offres serait effectuée.

11. L'offre de Lombardini ayant été qualifiée d'anormalement basse¹³, il été procédé à l'ouverture des enveloppes contenant la documentation justificative. Après l'analyse de cette dernière, l'offre a été rejetée et le marché a été attribué à la Società Italiana per Condotte d'Acqua.

12. Lombardini a immédiatement attaqué devant le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'avis de marché, la lettre d'invitation, son exclusion et l'attribution du marché. Ses demandes ont été rejetées par le Tribunale précité. Elle a donc fait appel, alléguant, entre autres moyens, «l'interprétation erronée de l'article 30 de la directive 93/37»¹⁴.

2. L'affaire C-286/99

13. Aux fins d'exécuter le deuxième lot des travaux de construction du tronçon Ber-

13 — Le seuil d'anomalie avait été fixé à 28,004 % et le rabais offert par Lombardini atteignait 29,88 %.

14 — Troisième alinéa de la partie «en fait» de l'ordonnance de renvoi.

gamo/Zanica route provinciale n° 115, l'ANAS a publié l'avis de marché pour l'attribution, par procédure restreinte, du marché correspondant.

14. À la tête d'une association momentanée avec une autre entreprise, Mantovani SpA (ci-après «Mantovani») a été invitée à participer au marché, par une lettre indiquant que l'adjudication se déroulerait conformément à l'article 21, paragraphe 1 bis, de la loi 109/94, dans la version de l'article 7 de la loi 216/95, et que l'anomalie des offres serait évaluée, au sens de l'article 30, paragraphe 4, de la directive, selon les critères indiqués par le décret ministériel du 28 avril 1997. L'invitation comportait les mêmes obligations pour les soumissionnaires et les mêmes avertissements d'exclusion que ceux indiqués ci-dessus lors de la description des faits à la base de l'affaire C-285/99.

15. Mantovani ayant offert un rabais supérieur au seuil d'anomalie¹⁵, sa position a été qualifiée d'anormale. Après évaluation de l'offre ainsi que des justifications pertinentes et des données fournies pour l'analyse, elle a été déclarée inadmissible. Le marché a été attribué à l'association momentanée d'entreprises Bregoli/Roda.

16. Contestant l'inadmissibilité de son offre, Mantovani a introduit un recours contre l'avis de marché, l'invitation écrite, la décision de l'exclure de l'adjudication et l'attribution proprement dite. Le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio a rejeté le recours par jugement n° 1498, du 26 juin 1998.

17. Mantovani a fait appel, alléguant la violation de l'article 30, paragraphe 4, de la directive «dans la mesure où le mécanisme de vérification de l'admissibilité des offres [...] serait contraire aux principes communautaires qui interdisent la mise en œuvre d'une exclusion automatique» et du fait du «défaut d'instauration du débat contradictoire postérieurement à la constatation de l'anomalie de l'offre»¹⁶.

IV — Les questions préjudicielles

18. Le Consiglio di Stato estime que, pour se prononcer sur les deux recours en appel, il y a lieu de déterminer la portée exacte de l'article 30, paragraphe 4, de la directive, en ce qu'il se réfère à la procédure de vérification des offres anormales. Il pose donc les questions suivantes à la Cour:

«1) Des clauses d'avis de marchés publics qui empêchent la participation d'en-

15 — Ce seuil avait été fixé à 40,865 % et Mantovani offrait un rabais de 41,460 %.

16 — Point II de l'ordonnance de renvoi.

treprises qui n'auraient pas accompagné leurs offres de justifications du prix indiqué, égales à au moins 75 % de la valeur de base du marché, sont-elles incompatibles avec l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux?

dération que des justifications tenant à l'économie du procédé de construction ou aux solutions techniques adoptées ou aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire est-elle incompatible avec l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37?

- 2) Un mécanisme de calcul automatique du seuil d'anomalie des offres à soumettre à une vérification de pertinence, fondé sur un critère statistique et une moyenne arithmétique, de sorte qu'il ne permet pas aux entrepreneurs de connaître ce seuil à l'avance, est-il incompatible avec l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37?
- 5) L'exclusion de justifications concernant des éléments pour lesquels les valeurs minimales peuvent être extraites de cours officiels est-elle incompatible avec l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37?»

V — La procédure devant la Cour de justice

- 3) Un débat contradictoire anticipé, sans que l'entreprise à laquelle on impute la présentation d'une offre anormale n'ait la possibilité de faire valoir ses arguments après l'ouverture des enveloppes et avant l'adoption de la décision d'exclusion, est-il incompatible avec l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37?

19. Par ordonnance du 14 septembre 1999, le président de la Cour a décidé de joindre les deux affaires, compte tenu de la connexité objective existante.

- 4) Une disposition ne permettant au pouvoir adjudicateur de prendre en consi-

20. La Commission, les gouvernements italien et autrichien, les demanderesses dans les procédures au principal, Lombardini et Mantovani ainsi que Coopsette, partie intervenant au litige initié par la

seconde des sociétés citées, ont présenté des observations écrites dans le délai prévu à cet effet par l'article 20 du statut CE de la Cour de justice.

3) l'absence d'une procédure d'audition, avant leur exclusion, des entreprises dont les offres sont anormalement basses. Il s'agit de la troisième question des ordonnances de renvoi.

21. Lors de l'audience, qui s'est tenue le 3 mai 2001, toutes les parties, excepté le gouvernement autrichien, ont comparu pour présenter oralement leurs allégations.

23. Mon exposé suivra le schéma précité, mais auparavant, il n'est pas superflu d'examiner, même si ce n'est que de manière superficielle, les principes qui, en droit communautaire, régissent la sélection du soumissionnaire en matière de marchés publics, pour mieux comprendre la règle prévue à l'article 30, paragraphe 4, de la directive.

VI — L'examen des questions préjudicielles

22. Les cinq questions posées par le Consiglio di Stato peuvent être classées de la manière indiquée au point 4 des présentes conclusions et regroupées en trois catégories:

1. *Les principes régissant la sélection de l'entrepreneur*

1) la fixation automatique du seuil d'anomalie. Il s'agit de la deuxième question;

24. Les directives sur les marchés publics, chacune dans son domaine spécifique, visent à favoriser le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics¹⁷, par la réalisation de

2) les justifications du prix offert et leur nature. Il s'agit des première, quatrième et cinquième questions;

¹⁷ — Voir arrêt du 22 juin 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839, fin du point 18).

trois libertés essentielles pour l'intégration européenne (celles de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services)¹⁸. Elles s'efforcent de se conformer à la prescription que le constituant communautaire a codifiée aux articles 9, 52 et 59 du traité CE (devenus, après modification, articles 23 CE, 43 CE et 49 CE).

25. La mise en œuvre de cette prescription et la satisfaction de cet objectif ne peuvent être effectives que si ceux souhaitant obtenir le marché public sont en condition de le faire sur un pied d'égalité, sans l'ombre d'une discrimination¹⁹. Est donc nécessaire un système régi par l'objectivité sur tous les plans, le principal comme l'accessoire. Sur le premier plan, par la fixation de critères objectifs de participation aux appels d'offres et d'attribution des marchés²⁰. Sur le second, en prévoyant des procédures transparentes dans lesquelles la publicité doit être la norme²¹.

26. Les critères de participation ou de sélection qualitative portent sur l'aptitude des candidats, leur capacité et expérience, tant professionnelle qu'économique et technique. La proscription de tout effet discriminatoire s'obtient en prédéterminant dans chaque cas, dans le cadre délimité par la règle, les critères devant régir le processus et les niveaux de capacités et d'expérience requis²².

27. Une fois que les soumissionnaires pouvant prétendre à l'attribution du marché ont été sélectionnés, par application des règles en matière de participation, ladite attribution s'aligne aussi sur des paramètres objectifs, que ce soit le prix le plus bas ou l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur doit fixer préalablement les critères de sélection dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, en indiquant leur importance respective²³.

28. Ainsi, le système entend ne rien laisser au hasard ni au bon vouloir de celui devant prendre la décision d'attribution du mar-

18 — Pour le marché de travaux, voir le premier considérant de la directive 71/305 et le deuxième de la directive 93/37. Voir également le deuxième considérant de la proposition de directive.

19 — Ce qui conduit par ailleurs à l'ouverture des marchés publics nationaux, qui est également une exigence du traité CE (voir article 130 F, paragraphe 2, devenu article 163 CE), dans ce cas dans le domaine de la recherche et du développement technologique.

20 — La distinction entre les critères de participation et ceux d'attribution a été mise en lumière par l'avocat général Darmon dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire dans laquelle a été rendu l'arrêt du 20 septembre 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635). Il a indiqué que la directive 71/305 «distingue nettement les critères de vérification de l'aptitude, qui concernent les qualités de l'entrepreneur, et ceux d'attribution du marché, relatifs aux qualités de la prestation qu'il offre, du travail qu'il se propose d'effectuer» (point 36). Cette distinction est également présente dans la proposition de directive (vingt-septième à vingt-neuvième considérants).

21 — Voir point 2 ainsi que note 2 des présentes conclusions. Voir aussi vingt-septième à trentième considérants de la proposition de directive.

22 — Voir articles 18 et suiv. de la directive 71/305 et articles 44 et suiv. de la proposition de directive.

23 — Voir article 30, paragraphes 1 et 2, de la directive ainsi qu'article 53, paragraphes 1 et 2, de la proposition de directive. Les critères pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse doivent être liés à l'objet du marché et peuvent porter sur la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution [article 53, paragraphe 1, sous b), de la proposition de directive].

ché. L'égalité devant régir les marchés publics exige que ceux désirant obtenir un marché de cette nature sachent d'avance ce qu'ils doivent faire pour cela, de sorte que le pouvoir adjudicateur se contente, avec la marge d'appréciation que comporte le pouvoir discrétionnaire technique, d'appliquer les paramètres fixés dans la règle, soit celle réglementant les marchés publics de manière générale, soit celle en régissant un en particulier, à savoir le cahier des charges ou l'avis de marché²⁴.

29. Pour que cette égalité soit réelle et que la discrimination n'ait réellement pas sa place dans les marchés publics, il ne suffit pas de fixer des critères objectifs de participation et d'adjudication, mais il faut également que leur application soit régie par la publicité, de l'avis de marché au processus de sélection proprement dit en passant par le cahier des charges²⁵, tant dans les procédures ouvertes que dans les procédures restreintes.

24 — C'est la raison pour laquelle la proposition de directive indique que personne ne pourra être exclu d'une procédure de passage de marché sur la base de critères de sélection ou de niveaux de capacités et d'expérience distincts de ceux précisés dans l'avis de marché (article 44, paragraphe 3) et, inversement, qu'il est impossible à qui ne satisfait pas à ces critères d'être sélectionné (article 44, paragraphe 5).

25 — Voir articles 11 et correspondants de la directive ainsi que 34 et correspondants de la proposition de directive. Cette dernière indique à l'article 41, développant ce qui figurait déjà à l'article 8 de la directive, que les pouvoirs adjudicateurs informent les candidats des décisions relatives à l'adjudication du marché, en particulier de celles excluant leur candidature, en indiquant les raisons qui motivent cette exclusion. Ils doivent également communiquer à tous ceux ayant fait une offre recevable les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire. De même, les motifs pour lesquels il a été décidé de renoncer à passer un marché ou de recommencer la procédure doivent être publics.

30. Ces principes doivent être appliqués sans oublier que la procédure de marchés publics est un mode de gestion des intérêts publics dans lequel les administrations invitent les particuliers — que ce soient des personnes physiques ou morales — à collaborer à la réalisation des objectifs qui leur sont confiés, qui, en tout état de cause, demandent une réponse efficace. Une telle efficacité est parfois incompatible avec le rythme qu'impose une procédure sélective bardée de garanties. C'est la raison pour laquelle la directive exclut certains marchés de son champ d'application ainsi que les procédures d'attribution ordinaires dans certains cas et réduit parfois les délais²⁶.

2. *L'article 30, paragraphe 4, de la directive*

31. Cette disposition figure parmi les règles d'adjudication du marché et, aux fins de lever les obstacles, autorise le rejet des offres qui sont considérées comme anormalement basses par rapport à la prestation. Toutefois, le rejet ne peut pas être automatique, puisque la disposition communautaire exige du pouvoir adjudicateur: (1) qu'avant d'adopter sa décision, il donne au soumissionnaire la possibilité de s'expliquer sur la composition de son offre, en lui demandant les précisions qu'il juge opportunes et (2) qu'à cette fin il tienne compte

26 — Voir, par exemple, les articles 4, 7 et 14.

des justifications fournies, notamment celles faisant référence à l'économie du procédé de construction, aux solutions techniques adoptées, aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux et à l'originalité du projet.

32. Trois conséquences découlent de ce qui précède:

1a. Le concept d'offre anormalement basse n'est pas un concept abstrait; bien au contraire, il se définit par référence au marché devant être attribué et relativement à la prestation.

2a. Le pouvoir adjudicateur doit vérifier les offres qu'il considère anormalement basses²⁷, afin de les rejeter.

3a. La décision d'exclusion ne peut être adoptée qu'après avoir donné au soumis-

sionnaire la possibilité d'expliquer son offre, c'est-à-dire après une procédure contradictoire de vérification²⁸.

3. *La fixation automatique du seuil d'anomalie*

33. Comme nous l'avons vu, la législation italienne prévoit un mécanisme mathématique et donc automatique de fixation du seuil d'anomalie. Il consiste en un pourcentage que le ministère des Travaux publics détermine le 1^{er} janvier de chaque année. Pour les années 1997 et 1998, reconnaissant l'impossibilité de fixer un seuil unique pour l'ensemble du territoire national, il a recouru à un critère au cas par cas, variable pour chaque avis de marché, consistant en une «[...] mesure égale à la moyenne arithmétique des pourcentages de rabais de toutes les offres admises, augmentée de l'écart arithmétique moyen des pourcentages de rabais qui dépassent la moyenne précitée». Le pouvoir adjudicateur est tenu²⁹ de soumettre à vérification toutes les offres dépassant ce seuil³⁰.

27 — La version espagnole de la directive 71/305, y compris dans sa version de 1989, parlait d'offres présentant un caractère anormalement bas (dans la version française, on pouvait lire «[...] des offres présentent manifestement un caractère anormalement bas [...]»). Au contraire, la directive 93/37 renvoie aux offres considérées comme anormalement basses. Cette différence de rédaction vise, selon moi, à dissiper les doutes d'interprétation que présentait le texte de 1975, qui ont obligé la Cour à préciser, dans l'arrêt *Fratelli Costanzo*, que la disposition interprétée se référerait aux offres anormalement basses et non pas seulement à celles revêtant manifestement un tel caractère.

28 — C'est ce qu'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Fratelli Costanzo* (points 16, 18 et 19), cette jurisprudence ayant été ultérieurement reprise dans l'arrêt du 18 juin 1991, *Donà Alfonso* (C-295/89, Rec. p. I-2967). Il existait déjà un précédent constitué par l'arrêt du 10 février 1982, *Transportoute* (76/81, Rec. p. 417). Dans l'arrêt du 16 octobre 1997, *Hera* (C-304/96, Rec. p. I-5685), la Cour a indiqué que la procédure de vérification prévue à l'article 30, paragraphe 4, de la directive devait être appliquée, sans exception, à partir du 31 décembre 1992. Elle a étendu à la directive de 1993 ce qu'elle avait déjà décidé, dans l'arrêt du 26 octobre 1995, *Furlanis* (C-143/94, Rec. p. I-3633), pour la directive de 1971, dans sa version de 1989.

29 — En application de la jurisprudence *Fratelli Costanzo*, la fixation de cette obligation est conforme à la directive.

30 — Voir points 7 et 8 des présentes conclusions.

34. Un mécanisme tel que celui décrit est conforme aux exigences qu'impose l'article 30, paragraphe 4, de la directive et aux principes régissant la sélection du soumissionnaire.

35. J'ai indiqué que, conformément à la disposition précitée, le concept d'offre anormalement basse est une notion très précise, qui doit être déterminée pour chaque marché en fonction de l'objet spécifique que constitue sa prestation. Selon moi, un seuil d'anomalie basé sur une mesure calculée en fonction des offres présentées dans un marché, offres qui, par définition, sont faites en fonction de l'objet du marché, est parfaitement conforme au dessein de la directive. Le système permet, comme l'a indiqué le représentant de Mantovani lors de l'audience, que ce soit le marché lui-même qui fixe pour chaque appel d'offres le seuil à partir duquel une offre pourra être considérée comme anormale. En outre, étant donné l'objectivité du critère, tous les candidats se trouvent sur un pied d'égalité. Aucun ne jouit d'un avantage par rapport aux autres pour faire son offre.

36. En contrepartie, la transparence en pâtit. Ceux qui désirent postuler à l'attribution d'un marché ne connaissent pas, au moment où ils font leur offre, le seuil à partir duquel leur offre peut être qualifiée d'anormalement basse. Le pouvoir adjudicateur lui-même ignore quel est ce seuil. Toutefois, cette conséquence est le tribut devant être payé pour que le caractère anormal des offres soit un concept juridique a priori indéterminé, mais parfaitement déterminable par rapport à chaque marché

en particulier, comme le demande l'article 30, paragraphe 4, de la directive.

37. Il est vrai que la fixation automatique du seuil d'anomalie, associée à l'obligation de présenter des justifications du prix avec les offres et à l'exclusion, après la vérification et sans audience, de celles étant anormalement basses, est susceptible de contredire les exigences de la directive. Une telle conséquence n'est toutefois pas imputable en soi au mécanisme de fixation du seuil d'anomalie, mais à l'imposition d'une telle obligation ou à la mise en œuvre d'une telle exclusion.

38. La Cour a certes affirmé dans l'arrêt *Fratelli Costanzo* que la directive³¹ interdit les mécanismes automatiques d'exclusion, mais l'automatisme rejeté par la Cour est celui de l'exclusion sans procédure de vérification contradictoire, non celui du calcul du seuil d'anomalie au moyen de critères mathématiques³².

39. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre à la deuxième question du Consiglio di Stato que l'article 30, paragraphe 4, de la directive ne s'oppose pas à un mécanisme mathématique de fixation du seuil d'anomalie tel qu'il ne permet pas aux soumissionnaires de connaître ce seuil avant la présentation de leurs offres.

31 — L'arrêt se réfère à l'article 29, paragraphe 5, de la directive 71/305.

32 — Voir point 19 de l'arrêt.

4. *La justification du prix offert*

A — Les justifications qui doivent être présentées avec l'offre

40. Les principes auxquels doit satisfaire la sélection en matière de marchés publics que j'ai exposés ci-dessus de manière purement descriptive permettent d'affirmer que rien dans la directive en général, ni dans son article 30, paragraphe 4, en particulier, n'empêche d'exiger que la justification d'au moins 75 % de la valeur de base du marché soit jointe à l'offre, sous peine d'exclusion. Il s'agit d'une condition objective à laquelle tous les soumissionnaires doivent satisfaire.

41. La disposition précitée n'exige pas que ceux qui souhaitent obtenir le marché expliquent d'avance la composition et le contenu de leur offre, mais elle ne l'empêche pas non plus. Une telle prévision ne rompt pas l'égalité de conditions dont doivent partir ceux qui participent au marché. Tous, sans exception, doivent accompagner leur offre d'explications sur les composantes les plus significatives du prix, équivalentes à 75 % de la valeur de base du marché et joindre, dans une enveloppe séparée et cachetée, la documentation nécessaire pour vérifier les données étayant leurs explications.

42. Ainsi, la procédure de sélection s'assouplit et, par conséquent, l'efficacité, qui,

comme je l'ai souligné, est une exigence découlant elle aussi de la réglementation communautaire en matière de marchés publics, augmente. À partir du moment où, par application du système décrit ut supra, une offre est considérée comme anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut, sans plus attendre, procéder à la vérification de son contenu et à l'analyse des justifications présentées, sans devoir attendre que celles-ci lui soient fournies par l'auteur de l'offre, qui pourra donner des explications supplémentaires lors de la nécessaire audience devant lui être accordée avant le rejet de son offre.

En effet, il peut arriver que, au vu de la documentation jointe à l'offre et des explications données lors de l'audience, le pouvoir adjudicateur décide d'admettre l'offre³³. La procédure d'attribution du marché peut se poursuivre sans le retard qui surviendrait si, au cas où aucune documentation justificative n'aurait été présentée ab initio, il était nécessaire d'entendre le soumissionnaire pour qu'il en fournisse alors une.

43. Par conséquent, je propose à la Cour de répondre à la première des questions posées par le Consiglio di Stato que l'article 30, paragraphe 4, de la directive ne s'oppose

33 — En effet, la qualification d'une offre comme anormalement basse n'entraîne pas son exclusion automatique. Une fois que les justifications présentées et la documentation les étayant ont été analysées, le pouvoir adjudicateur peut décider que l'offre est admise, en dépit de cette qualification. La règle de l'article 30, paragraphe 4, n'aurait pas de sens si, dans tous les cas et quelles que soient les explications du soumissionnaire, son offre anormalement basse était rejetée.

pas à ce que soit incluse dans l'avis de marché une clause qui empêche la participation d'entreprises qui ne joignent pas à leurs offres des justifications du prix qu'elles proposent égales à au moins 75 % de la valeur de base du marché³⁴.

B — La nature des justifications

44. L'article 30, paragraphe 4, de la directive prévoit, au deuxième alinéa, que, pour analyser les offres anormalement basses, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération les justifications tenant à l'économie du procédé de construction, aux solutions techniques incluses dans le projet offert, à l'originalité de ce dernier ou, enfin, aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire.

34 — Un autre problème, auquel ne renvoie aucune des questions faisant l'objet de la présente question préjudicielle, est celui consistant à exiger en outre, en pratique (voir point 10, sous B, des présentes conclusions), que les documents servant à vérifier les données incluses dans la justification soient joints dans une enveloppe fermée et que cette dernière ne soit ouverte que si l'offre se trouve au-dessus du seuil d'anomalie et est qualifiée d'anormalement basse. En principe, il n'y a ici aucun traitement distinct injustifié entre les offres anormalement basses et celles qui ne le sont pas. Les unes comme les autres ne seront pas admises si elles ne satisfont pas à la condition en question. L'unique situation de discrimination injustifiée et juridiquement contestable serait celle existant dans l'hypothèse où, l'un et l'autre types d'offres ayant été présentés, l'enveloppe est vide dans les deux cas et ne contient pas la documentation nécessaire. En effet, si l'enveloppe existe mais ne contient pas de documentation ou si celle qu'elle contient n'est pas la documentation pertinente, l'offre sera automatiquement rejetée comme inadmissible, conformément aux règles de l'appel d'offres (voir point 10, sous C, des présentes conclusions). Il y aurait alors une différence de traitement injustifiée entre les offres qualifiées d'anormalement basses et celles se trouvant en dessous du seuil d'anomalie, puisque l'enveloppe n'est ouverte que pour les premières. Ainsi, une offre qui n'est pas anormalement basse peut suivre le cours de la procédure de sélection, voire parvenir jusqu'à l'adjudication, sans satisfaire à une condition qui, conformément aux règles de l'appel d'offres, est une condition d'admissibilité de l'offre.

45. Cette règle se contente de préciser celle visée au premier alinéa de la disposition, aux termes de laquelle le pouvoir adjudicateur demande au soumissionnaire les précisions qu'il juge opportunes et vérifie la composition de l'offre en tenant compte des justifications fournies.

46. Il ressort de l'interprétation conjointe de ces deux alinéas que le pouvoir adjudicateur, avant de rejeter une offre au motif qu'elle est anormalement basse, doit demander à son auteur les précisions et les éclaircissements qu'il juge opportuns. En réponse à la demande et pour défendre sa proposition, le soumissionnaire peut présenter les justifications qu'il juge appropriées, sans aucune limitation, entre autres celles prévues au deuxième alinéa.

Elles devront toutes être prises en compte par le pouvoir adjudicateur pour décider si, en fin de compte, il admet ou rejette l'offre, y compris les justifications visées au deuxième alinéa. Cette disposition n'est pas une règle de blocage, n'établit pas un catalogue exhaustif des raisons et explications susceptibles d'être présentées, mais, au contraire, se contente de préciser la règle générale prévue au premier alinéa.

47. Par conséquent, une disposition limitant le type de justifications que peut

apporter l'auteur d'une offre anormalement basse à celles visées à l'article 30, paragraphe 4, deuxième alinéa, s'opposerait à l'esprit et à la lettre de la directive, qui tend à ce que, avant qu'une offre soit rejetée au motif qu'elle est excessivement basse, son auteur puisse faire valoir ses arguments, sans aucune limitation. Or, l'article 7 de la loi italienne 216/95 contient une telle disposition³⁵.

48. Le soumissionnaire auteur d'une offre qui dépasse le seuil d'anomalie doit pouvoir faire valoir ses arguments et présenter, pour étayer le sérieux de sa proposition, toutes les justifications qu'il juge opportunes. Toutefois, l'explication ne peut porter que sur ce pour quoi l'entrepreneur a une marge de manœuvre pour offrir, en libre concurrence, des prix inférieurs à ceux de ses concurrents et prévoir ainsi l'exécution du marché la plus avantageuse possible pour les intérêts publics. Là où cette marge n'existe pas, toute justification est donc inutile.

49. En principe, il en serait ainsi en cas de prix fixés officiellement. Dans un tel cas, aucune explication n'est nécessaire, puisqu'elle est donnée par la règle. Si le soumissionnaire a offert des prix distincts, sa proposition sera injustifiable sur ce point. Dans une telle hypothèse, l'exclusion d'éclaircissements ne serait pas contraire à la directive.

50. Toutefois, selon moi, l'affirmation précédente méconnaît deux idées clefs: l'une, que prix fixe n'est pas synonyme d'inamovible, et l'autre, que l'objectif de la directive est de faciliter la libre concurrence entre entrepreneurs.

51. Rien n'empêche une entreprise d'offrir pour certains éléments de l'ouvrage un prix distinct — inférieur — de celui indiqué comme prix minimal dans les cours officiels. La proposition que fait un soumissionnaire a un contenu complexe, elle n'est pas monolithique, ce qui permet à son auteur de combiner les différents éléments de l'offre pour obtenir un prix et des conditions d'exécution la rendant la plus attractive possible pour l'intérêt général. Priver celui désirant obtenir le marché de la possibilité de justifier la raison pour laquelle il propose un prix inférieur à celui fixé dans les cours officiels revient à rejeter les effets bénéfiques découlant d'une concurrence licite et condamner le soumissionnaire à une exclusion automatique de son offre.

52. Eu égard à ce qui précède, je propose que, en réponse aux quatrième et cinquième questions posées par le Consiglio di Stato, la Cour dispose que l'article 30, paragraphe 4, de la directive s'oppose à ce qu'une disposition de droit national impose au pouvoir adjudicateur de ne prendre en considération que certaines justifications pour vérifier les offres anormalement basses et exclue celles concernant des éléments

35 — Voir point 7.

pour lesquels les valeurs minimales peuvent être extraites de cours officiels.

5. La procédure de vérification contradictoire des offres

53. À diverses reprises et de différentes manières, j'ai souligné tout au long des présentes conclusions que l'article 30, paragraphe 4, de la directive interdit l'exclusion automatique des offres considérées comme anormalement basses. Avant de prendre une telle décision, le pouvoir adjudicateur doit demander par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. Le législateur communautaire a voulu qu'aucune offre ne soit rejetée sans que son auteur puisse faire amplement valoir ses arguments. La procédure de vérification contradictoire est obligatoire, comme l'a déclaré la Cour dans ses arrêts *Transporoute*, *Fratelli Costanzo* et *Donà Alfonso*³⁶.

54. Procédure contradictoire est synonyme de dialogue, discussion et débat. Il n'y a monologue que lorsque celui que la décision affectera ne peut pas faire valoir ses

36 — La proposition de directive maintient la même ligne. L'article 54, premier alinéa, indique: «Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes et vérifie de manière contradictoire cette composition en tenant compte des justifications fournies».

arguments. Et c'est ce qui se passe dans le système prévu par la loi italienne, dans lequel la décision d'exclusion est adoptée en tenant uniquement compte des justifications présentées avec l'offre, sans que le pouvoir adjudicateur puisse demander des éclaircissements et sans offrir au soumissionnaire affecté la possibilité de compléter les explications qu'il a données dans un premier temps³⁷.

55. À partir du moment où une offre est considérée comme anormalement basse, après ouverture de l'enveloppe contenant les documents avec les données qui étayent les justifications fournies ab initio et avant de décider du futur de l'offre, le pouvoir adjudicateur est obligé de demander les justifications qu'il juge nécessaires. En tenant compte de ces justifications, ainsi que de celles fournies initialement et des documents présentés à l'appui des unes et des autres, il doit prendre sa décision: exclure l'offre ou l'admettre.

56. En résumé, il convient d'affirmer, en réponse à la troisième question préjudicielle, que l'article 30, paragraphe 4, de la directive s'oppose à une procédure d'exclusion des offres anormalement basses dans laquelle les entreprises soumissionnaires n'ont pas la possibilité de faire valoir leurs arguments après l'ouverture des enveloppes et avant l'adoption de la décision d'exclusion.

37 — Rappelons qu'il est exigé que le soumissionnaire présente avec l'offre les justifications tenant aux composantes les plus significatives du prix, représentant un montant d'au moins 75 % de la valeur de base du marché.

VII — Conclusion

57. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions posées par le Consiglio di Stato (Italie) en déclarant que l'article 30, paragraphe 4, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux:

- 1) ne s'oppose pas à un mécanisme mathématique de fixation du seuil d'anomalie tel qu'il ne permet pas aux soumissionnaires de connaître ce seuil avant la présentation de leurs offres;
- 2) n'empêche pas que soit incluse dans l'avis de marché une clause qui exclue la participation d'entreprises qui ne joignent pas à leurs offres des justifications du prix qu'elles proposent égales à au moins 75 % de la valeur de base du marché;
- 3) s'oppose à ce qu'une disposition de droit national impose au pouvoir adjudicateur de ne prendre en considération que certaines justifications pour vérifier les offres anormalement basses et exclue celles concernant des éléments pour lesquels les valeurs minimales peuvent être extraites de cours officiels et
- 4) ne permet pas une procédure d'exclusion des offres anormalement basses dans laquelle les entreprises soumissionnaires n'ont pas la possibilité de faire valoir leurs arguments après l'ouverture des enveloppes et avant l'adoption de la décision d'exclusion.