

Version anonymisée

Traduction

C-403/23 – 1

Affaire C-403/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

30 juin 2023

Juridiction de renvoi :

Consiglio di Stato (Italie)

Date de la décision de renvoi :

16 juin 2023

Partie demanderesse :

Luxone Srl, agissant pour son propre compte et en qualité de mandataire du GME à constituer avec Iren Smart Solutions SpA

Partie défenderesse :

Consip SpA

[OMISSIS]

RÉPUBLIQUE ITALIENNE

Le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie)

siégeant au contentieux (cinquième chambre)

a prononcé la présente

ORDONNANCE

sur le recours [OMISSIS] introduit par

Luxone Srl, agissant pour son propre compte et en qualité de mandataire du GME à constituer avec Iren Smart Solutions SpA [OMISSIS] ;

FR

contre

Consip Spa, [OMISSIS] ;

en présence de

Elba Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni S.p.A., Gi One S.p.A., Iren Smart Solutions S.p.A., Consorzio Stabile Energie Locali S.C.A.R.L., City Green Light S.r.l., [OMISSIS]

Enel Sole S.r.l, [OMISSIS]

tendant à la réformation

de l'arrêt n° 4505/2021 du Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio [tribunal administratif régional pour le Latium (Italie), ci-après le « TAR Lazio »], rendu entre les mêmes parties ;

[OMISSIS] *[procédure]*

I) EN FAIT

- 1 Par un avis publié à la GURI n° 150 du 21 décembre 2015, Consip Spa (ci-après « Consip ») a lancé un appel d'offres ouvert, en vertu 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, Code des marchés publics de travaux, de services et de fournitures, en transposition des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE), du 12 avril 2006 (GURI n° 100, du 2 mai 2006) (ci-après le « décret législatif n° 163/2006 »)], portant sur l'attribution de la prestation du service d'éclairage et de services connexes et optionnels, 4^e édition, n° d'identification 1614, divisée en 12 lots géographiques.
- 1.2. Dans le délai de présentation des offres fixé au 21 mars 2016, une offre a été présentée, pour les lots 1, 8, 10 et 11, par le GME à constituer composé à l'époque de la chef de groupe mandataire Conversion & Lighting S.r.l. (devenue ensuite Luxone S.r.l., ci-après « Luxone ») et des mandantes Consorzio Stabile Energie Locali S.c. a r.l. (ci-après « CSEL »), Iren Servizi e Innovazione S.p.A. (devenue ensuite Iren Smart Solutions S.p.A., ci-après « Iren Smart Solutions »), Gestione Integrata S.r.l. (ci-après « Gestione Integrata ») et Exitone S.p.A. (ci-après « Exitone »), Gi One ayant succédé à ces deux dernières, au cours de l'année 2018, en qualité de locataire-gérante de leurs entreprises respectives, en vertu des contrats de location-gérance conclus les 28 juillet 2018 et 9 août 2018.

Plus précisément, par lettre datée du 28 septembre 2018, Gi One a demandé à Consip de prendre acte qu'elle succédait à Exitone et à Gestione Integrata [OMISSIS] [actes notariés portant sur les contrats de location-gérance]. Elle a également précisé que, « *par l'effet desdits actes, Gi One S.p.A succède à Exitone*

S.p.A. et à Gestione Integrata S.r.l. dans tous leurs droits et obligations et poursuit toutes leurs relations, leur succédant sans solution de continuité à toutes fins de droit pour ce qui est des conditions techniques, économiques et financières auxquelles elles satisfont ».

- 1.3. Consip, tout en s'étant réservé, lors de l'ouverture de la procédure de contrôle des anomalies des offres prévue à l'article 87 du décret législatif n° 163/2006, remontant au 18 avril 2018, le droit d'apprécier si Exitone, mandante à l'époque, satisfaisait sans interruption aux conditions d'ordre général prévues à l'article 38 du décret législatif n° 163/2006, étant donné la nécessité d'évaluer les éléments apparus à la suite de procédures judiciaires de nature pénale concernant l'administrateur de cette société, n'a cependant ouvert aucune procédure subséquente, même lors de la succession de Gi One dans les droits et obligations des mandantes Exitone et Gestione Integrata.
- 1.4. Entre temps, la procédure de passation de marché, qui devait cependant s'achever au plus tard le 18 avril 2017 en vertu du point 1.1 du cahier des charges, a fait l'objet de huit prorogations ayant pour « *finalité d'assurer à Consip S.p.A. le temps nécessaire pour achever la procédure* », ce qui a entraîné la nécessité de confirmer à plusieurs reprises les offres entre temps arrivées à échéance et de prolonger les garanties provisoires.
- 1.5. À l'occasion de la septième demande de confirmation des offres, du 2 mars 2020, les membres du groupement momentané d'entreprises originaire ont porté ce qui suit à la connaissance de Consip, par lettre du 30 mars 2020 : « *Concernant (...) la demande de confirmation des offres portant sur les lots 1, 8, 10 et 11 visés dans la lettre de Consip S.p.A. du 2 mars 2020 (...), par la présente, LUXONE S.r.l. et Iren Smart Solutions S.p.A. entendent confirmer les offres portant sur les susdits lots (...) et produisent les documents demandés dans ladite lettre, avec les précisions énoncées ci-après. Les sociétés Gi ONE S.p.A. et Consorzio Stabile Energie Locali S.C.A.R.L. ont manifesté et manifestent par la présente leur volonté – (...) – de ne pas confirmer les offres, étant donné la durée de plusieurs années, imprévue et imprévisible, des opérations préparatoires à l'attribution du marché en objet qui, en effet, a déjà entraîné la nécessité de confirmer non moins de six fois la validité des offres présentées et qui remontent à l'année 2016, avec les charges supplémentaires qui en ont découlé. Ces circonstances, combinées avec l'incertitude quant au délai qui sera encore nécessaire à la conclusion de la procédure de passation du marché, ont pour effet que, pour Gi ONE S.p.A. et Consorzio Stabile Energie Locali S.C.A.R.L., les offres en question ne sont plus viables du point de vue commercial ni de celui d'une bonne et prudente gestion des entreprises, en considération aussi des opérations portant actuellement sur l'organisation de leurs entreprises. (...) LUXONE S.r.l. et Iren Smart Solutions S.p.A. communiquent en conséquence, à toutes fins de droit, leur volonté de confirmer les offres portant sur les lots 1, 8, 10 et 11 ».*
- 1.6. Par lettre du 9 juin 2020, Consip a cependant demandé une nouvelle confirmation de l'offre, arrivée à échéance pour la huitième fois, à tous les membres du GME

originaire et a également demandé la prolongation de la validité de la garantie provisoire jusqu'au 30 novembre 2020.

- 1.7. Le 18 juin 2020, Luxone et Iren Smart Solutions ont donc à nouveau porté à la connaissance de Consip que « *par la présente, Luxone S.r.l. et Iren Smart Solutions S.p.A. entendent confirmer les offres portant sur les susdits lots (...), [OMISSIS] [références à la demande de confirmation] (...). En effet, ainsi que nous l'avons déjà largement exposé dans la confirmation des offres du 30 mars 2020 déjà mentionnée, les sociétés Gi ONE S.p.A. et Consorzio Stabile Energie Locali S.C.A.R.L. ont exprimé leur volonté (...) de ne pas confirmer les offres* » ; Consip n'a pas répondu à cette lettre.
- 1.8. Par lettre du 30 septembre 2020 [OMISSIS], Consip a ouvert une « *procédure en vertu de la loi n° 241/1990 afin de vérifier qu'il est satisfait à la condition prévue à l'article 38, paragraphe 1, sous f), du décret législatif n° 163/2006 et d'évaluer la légalité du retrait des mandantes Gi ONE S.p.A. et CSEL* », considérant que, par la non-confirmation des offres du 30 mars 2020, celles-ci se seraient illégalement « retirées » du GME.
- 1.8.1. [OMISSIS] [*procédure interne*]
- 1.9. Consip a adopté ensuite les décisions suivantes :
- i) La décision n° 47364/2020 du 11 novembre 2020, ayant pour objet « *Procédure d'attribution du marché de la prestation du service d'éclairage et de services connexes et optionnels - 4^e édition - n° d'identification 1614 – Lots 1, 8, 10 et 11 – Conclusion de la procédure en vertu de la loi n° 241/1990. Communication d'exclusion en vertu de l'article 79, paragraphe 5, sous b) et de l'article 38, paragraphe 1, sous f), du décret législatif n° 163/2006 et pour illégalité du retrait* ».
- ii) La décision n. 47532 du 12 novembre 2020 concernant l'exécution des garanties provisoires constituées pour les lots 1, 8, 10 et 11, d'un montant total de 2 950 000 euros.

Dans ces décisions, Consip soulève les griefs suivants :

– Contre Gi One et CSEL, l'illégalité de leur retrait, qui a réduit la composition du GME soumissionnaire, effectué par la non-confirmation de l'offre, eu égard à l'article 11, paragraphe 6, du décret législatif n° 163/2006, applicable ratione temporis à la procédure en question, qui dispose que l'offre lie le soumissionnaire pendant la période indiquée dans l'avis de marché (et, à défaut, pendant 180 jours à dater de l'échéance du délai de présentation) et que le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de reporter ce terme. Cette disposition confère au soumissionnaire – et partant, dans le cas d'espèce, au GME dans son ensemble et non à chacune des sociétés qui le composent – le droit potestatif de se délier de l'offre après l'écoulement d'un certain délai depuis l'ouverture de la procédure de passation de marché. En conséquence, ce droit potestatif ne pourrait en aucun cas

être exercé de manière fractionnée par une partie seulement des entreprises composant le GME.

– Contre Gi One, d’avoir opéré son retrait à des fins de contournement de la législation, en considération :

a) de conduites affectant prétendument la fiabilité, aux fins de l’article 38, paragraphe 1, sous c), du décret législatif n° 163/2006, de ses deux prédécesseurs en droit, Exitone et Gestione Intagrata, qui seraient imputables à Gi One du fait des contrats de location-gérance des entreprises de ces dernières, en vertu des principes de responsabilité personnelle et de continuité économique de l’entreprise ;

b) de « *conduites pénalement punissables (procédure pour corruption dans des actes judiciaires)* », procédure qui, à ce moment, s’était partiellement conclue à l’égard de certaines personnes, à savoir les avocats d’Exitone [OMISSIS] [noms des personnes]

c) de « *conduites pénalement punissables (renvoi en jugement pour obstruction aux procédures publiques d’appels d’offres)* » de MM. [OMISSIS] [noms des personnes]

d) du communiqué de presse relatif à un jugement rendu le 14 juillet 2020 par le Tribunale di Messina (tribunal de Messine, Italie), I^{ère} chambre pénale, à l’encontre de personnes ayant cessé leurs fonctions dans Gi One et Exitone [OMISSIS] [noms des personnes et autres précisions les concernant]

e) [OMISSIS] [aspect concernant la résolution d’une autre convention]

– Contre Luxone, un prétendu défaut de moralité professionnelle, découlant du « *renvoi en jugement pour obstruction aux procédures publiques d’appels d’offres et du jugement du tribunal de Messine (...) concernant M. [OMISSIS] (...) président (...) de la mandante originare et prédécesseur en droit de Luxone (...) ayant cessé ses fonctions le 22 juillet 2019* » ;

– Contre CSEL, de s’être retiré du GME à des fins de contournement de la législation, découlant du prétendu défaut des conditions requises et des moyens nécessaires à l’exécution [du marché]. Plus précisément, les moyens nécessaires pour satisfaire aux susdites conditions auraient été cédés par CSEL au Consorzio Stabile Unienergie, dans le cadre de la cession de la branche d’activité de l’entreprise relative aux services d’éclairage public, de sorte que, pendant la période allant du 1^{er} janvier 2020 au 30 mars 2020 (date à laquelle CSEL avait fait savoir qu’il ne [confirmerait] pas ses offres), le consortium n’aurait pas satisfait aux conditions requises pour participer à la procédure de passation du marché, alors que ces conditions doivent être remplies depuis le moment de la présentation de l’offre jusqu’à l’adjudication.

- 1.10. Par lettre du 20 novembre 2020 [OMISSIS] [procédure interne], concernant les griefs formulés à son encontre par Consip, CSEL a soutenu en substance avoir rempli continuellement (et remplir encore) toutes les conditions requises pour participer à la procédure, sans aucune solution de continuité depuis la présentation de l'offre, en soulignant que la raison de la non-confirmation de l'offre, qui ne pouvait être qualifiée de retrait du GME soumissionnaire, s'inscrivait dans le cadre d'une réorganisation globale de l'entreprise.
- 1.11. [OMISSIS] [P]ar lettre du 10 décembre 2020, Consip [OMISSIS] [a confirmé] la décision n° 47364/2020 du 11 novembre 2020, [OMISSIS] [autres précisions relatives aux motifs de l'exclusion].

II) LA PROCÉDURE EN PREMIÈRE INSTANCE

- 2 Par recours devant le TAR Lazio, Luxone, agissant pour son propre compte et en qualité de mandataire du GME à constituer avec Iren Smart Solutions, a attaqué la décision de Consip n° 47364/2020 du 11 novembre 2020, ayant pour objet « *l'exclusion du GME formé par LuxOne S.r.l., Consorzio Stabile Energie Locali S.c.a.r.l., Gi One S.p.A. et Iren Smart Solutions S.p.A. de la procédure de passation du marché* », ainsi que la décision subséquente de Consip n. 47532 du 12 novembre 2020 concernant l'exécution des garanties provisoires constituées pour les lots 1, 8, 10 et 11, d'un montant total de 2 950 000 euros, ainsi que l'avis de marché et le cahier des charges, dans la mesure où ces actes devraient être interprétés, selon la position adoptée par Consip, en ce sens qu'ils justifieraient que la garantie provisoire soit exécutée aussi en dehors des cas prévus par la loi.
- 2.1. Plus précisément, par les quatre premiers moyens de son recours, Luxone a fait valoir, d'une part, l'illégalité de l'exclusion du GME originaire à constituer fondée sur l'assimilation erronée de la non-confirmation de l'offre venue à échéance par Gi One et CSEL, mandantes à l'époque, au retrait d'un GME constitué en cours de procédure de passation de marché et une offre valide et liant la soumissionnaire ayant été présentée, ainsi que les prétendues fins de contournement de la législation de ce retrait et, d'autre part, l'atteinte à la confiance légitime placée par le GME constitué de Luxone et Iren Smart Solutions dans la bonne fin des confirmations de l'offre effectuées le 30 mars 2020 puis le 6 juin 2020, concernant lesquelles Consip n'avait jamais formulé aucune remarque mais avait néanmoins exécuté les garanties provisoires.

Par ses cinquième et sixième moyens, la requérante a contesté sur le fond la conclusion de Consip concernant le défaut de fiabilité professionnelle [OMISSIS] [précisions sur cette contestation].

Par son septième moyen, la requérante a fait valoir, d'une part, l'illégalité des décisions d'exécuter les garanties provisoires, tant à titre dérivé qu'à titre autonome, étant donné que, en tout état de cause, les conduites reprochées à Gi One ne lui étaient pas subjectivement imputables et, d'autre part, l'illégalité de

l'exécution automatique de la garantie à la suite de l'exclusion, étant donné son caractère de sanction et la violation du principe de proportionnalité.

Par son huitième moyen, la requérante a soulevé des questions de constitutionnalité et des questions préjudicielles à poser à la Cour au titre de l'article 267 TFUE.

2.2. [OMISSIS] [*considérations relatives à des adjudications à d'autres entreprises*]

III) L'ARRÊT RENDU EN PREMIÈRE INSTANCE

3. Par son arrêt n° 4505/2021, le TAR Lazio, deuxième chambre, a rejeté le recours introduit contre la décision d'exclusion et contre la décision subséquente d'exécuter la garantie, considérant que les conditions n'étaient pas réunies pour soulever une question de constitutionnalité ou de compatibilité avec le droit de l'Union des articles 11 et 37 du décret législatif n° 163/2006, ne voyant aucune antinomie entre la législation nationale et la directive 2004/18/CE* applicable *ratione temporis*, qui ne prévoyait pas d'obligation pour le législateur d'introduire, dans la situation décrite ci-dessus, la possibilité de réduire la composition originaire du groupement.

[OMISSIS] [*procédure*]

3.1. Plus précisément, le *premier juge*,

a) a examiné conjointement et rejeté les quatre premiers moyens, [OMISSIS] [*répétition des moyens*] ;

b) s'agissant du cinquième moyen – portant sur l'appréciation relative au défaut de fiabilité de Gi One au titre de l'article 38, paragraphe 1, sous f), du décret législatif n° 163/2006, pertinente aussi pour apprécier si le retrait était destiné à contourner la législation, a décidé de se référer et se conformer [OMISSIS] [*procédure*] à l'arrêt n° 3385 de 2012 rendu par la même chambre du TAR Lazio [OMISSIS] [*précisions sur le contenu de ce dernier arrêt*] ;

c) enfin, a rejeté le septième moyen, tiré de l'illégalité de l'exécution des garanties provisoires, renvoyant au précédent que constitue l'arrêt n° 3385/2021, ainsi que le huitième moyen, dans lequel la requérante avait formulé des questions de constitutionnalité et des questions préjudicielles au titre de l'article 267 TFUE.

* Ndt : 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).

IV) LA PROCÉDURE EN APPEL

4. Par son acte d'appel, Luxone a soulevé contre cet arrêt du TAR Lazio les moyens suivants :

I. *Error in iudicando* (sur le fond) sur le premier moyen du recours : violation et mauvaise application de l'article 11, de l'article 37, paragraphes 8 et 9 et de l'article 38, paragraphe 1, sous f), du décret législatif n° 163/2006 [OMISSIS]

II. [OMISSIS]

III. [OMISSIS] [moyens de droit interne sans pertinence pour les questions préjudicielles]

IV. *Error in procedendo* (sur la procédure) et *in iudicando* (sur le fond) – omission de statuer sur la violation des principes de proportionnalité et d'adéquation des actes de l'administration, qui font partie du droit de l'Union et du droit national. [OMISSIS]

V. *Error in iudicando* – sur les demandes relatives à des questions de constitutionnalité et des questions préjudicielles à poser à la Cour au titre de l'article 267 TFUE.

VI. [OMISSIS]

VII. [OMISSIS]

VIII. [OMISSIS]

IX. [OMISSIS]

X. [OMISSIS] [*autres moyens tirés du droit interne, sans pertinence pour les questions préjudicielles*]

4.1. [OMISSIS] [*procédure*]

4.2. La demande de mesures provisoires a été accueillie, uniquement pour ce qui concerne la décision d'exécuter la garantie, par ordonnance de référé n° 5469/2021, « *en raison de l'importance du montant global et de la question de constitutionnalité encore pendante, soulevée par l'ordonnance n° 3299/2021 de la présente cinquième chambre* ».

Par cette dernière ordonnance, en effet, la chambre de céans avait soulevé, dans le cadre d'une autre instance, une question de conformité de l'article 93, paragraphe 6 – lu en combinaison avec l'article 216 – du decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (décret législatif n° 50, Code des marchés publics), du 18 avril 2016 (*GURI* n° 91, du 19 avril 2016), avec les articles 3 et 117 de la constitution.

4.2.1. Dans l'attente des débats dans la présente affaire, par l'arrêt n° 198, du 26 juillet 2022, la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) a jugé « *non fondatees les questions de constitutionnalité des dispositions combinées de l'article 93, paragraphe 6 et de l'article 216, paragraphe 1, du décret législatif n° 50 du 18 avril 2016 (code des marchés publics) soulevées en ce qui concerne l'article 3 et l'article 117, paragraphe 1, de la Constitution, ce dernier lu en lien avec l'article 49, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), proclamée à Nice le 7 décembre 2000 et modifiée à Strasbourg le 12 décembre 2007, et avec l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée et rendue exécutoire par la loi n° 848 du 4 août 1955* ».

Par cette décision, la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) a donc exclu l'application rétroactive du régime plus favorable, introduit par le nouveau code des marchés publics prévu par le décret législatif n° 50 de 2016 en matière d'exécution de la garantie provisoire, en ce qui concerne les appels d'offres organisés en application de l'ancien décret législatif n° 163 de 2016, et elle a exclu la nature de sanction « *punitiva* » de l'exécution de la garantie provisoire, parce qu'elle visait essentiellement à assurer le respect des règles de l'appel d'offres, en rétablissant l'intérêt public lésé, qui est celui d'éviter la participation à l'appel d'offres en cause de concurrents inaptes ou d'offres ne satisfaisant pas aux conditions requises.

En effet, aux termes de l'arrêt : « *[i]l peut tout à fait être déduit du montant de la garantie provisoire, des formes alternatives de constitution (sous forme de dépôt ou de cautionnement) et du système de réductions prévues par le législateur, que la mesure faisant grief ne présente pas la gravité particulière requise pour être assimilée à une sanction qui est en substance une sanction pénale* ».

4.3. La chambre de céans est d'avis, pour ce qui concerne la partie du recours dirigée contre la décision d'exécuter la garantie, que l'arrêt précité de la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) n'est pas décisif pour la solution du présent litige, compte tenu également du fait que, en l'espèce, le montant total des garanties que Consip entendait faire exécuter est considérable, à savoir au total 2 950 000 euros.

À cet égard, l'appelante a demandé à la juridiction de céans, qui statue en dernière instance, de poser à la Cour une question portant sur la compatibilité des articles 38, 48 et 75 du décret législatif n° 163/2006 avec le droit de l'Union et, en particulier, avec le principe de proportionnalité qui est inhérent aux traités et avec les dispositions des directives 2004/17/CE * et 2004/18/CE, dans la mesure où la législation italienne, dans la mesure où elle devrait être interprétée dans le sens

* Ndt : Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO 2004, L 134, p. 1).

adopté par Consip, est contraire à ce principe et à ces directives, lesquelles ne prévoient d'ailleurs pas de sanctions hautement afflictives et déraisonnables.

- 4.4. La juridiction de céans estime que, avant même d'examiner le recours en ce qu'il est dirigé contre la décision préalable d'exclusion, ce qui est pertinent aussi pour ce qui concerne la décision subséquente d'exécuter la garantie, il y a lieu d'évaluer la compatibilité avec le droit de l'Union de la disposition du décret législatif n° 163/2006 – telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence des juridictions administratives – qui a débouché sur l'assimilation, opérée dans la décision d'exclusion et jugée légale par le premier juge, de la non-confirmation de l'offre au moment où celle-ci perd son caractère contraignant pour le soumissionnaire avec un retrait du GME.

À la lumière des dispositions du décret législatif n° 163/2006, en effet, le retrait en cause doit être considéré comme illégal pour deux ordres de raisons, dont chacun peut fonder de manière autonome la décision d'exclusion [OMISSIS] [éléments qui seront répétés et développés au point 5.2].

À cet égard, l'appelante a demandé à la juridiction de céans, qui statue en dernier ressort, de poser à la Cour [une] question préjudicielle en interprétation : [OMISSIS] [*question semblable, sans être identique, à la première question posée par la juridiction de renvoi*]

V. IDENTIFICATION DE L'OBJET DU LITIGE ET LÉGISLATION APPLICABLE

A) Quant à la décision d'exclusion

5. Les quatre premiers moyens de l'appel sont dirigés contre les parties de l'arrêt dans lesquelles le juge de première instance a jugé légale l'exclusion de toutes les entreprises participant au GME.

En effet, le cœur de la motivation de l'arrêt de première instance, dans la partie qui concerne le rejet du recours, réside dans l'impossibilité d'une confirmation partielle, c'est-à-dire effectuée par une partie seulement des membres du GME, de l'offre présentée, au moment où celle-ci perd son caractère contraignant, et dans le caractère inadmissible de l'exercice du droit de se retirer d'un GME sous l'empire du décret législatif n° 163/2006 (applicable *ratione temporis* à la procédure en cause), si ce n'est dans les limites strictes admises par la jurisprudence et, en tout état de cause, dans les finalités de contournement de la législation du retrait exercé dans la procédure de passation de marché en cause, en ce qu'il était destiné à éviter une décision d'exclusion.

[OMISSIS] [*éléments figurant déjà au point 1.9 et qui seront développés au point 5.2*]

- 5.1. Aux fins de l'examen des griefs soulevés contre la décision d'exclusion, une portée décisive doit donc être reconnue aux dispositions combinées de l'article 11, paragraphe 6, de l'article 37, paragraphes 8, 9, 10, 18 et 19 et de l'article 38, paragraphe 1, sous f), du décret législatif n° 163/2006, applicables *ratione temporis*.

L'article 11, paragraphe 6, dispose : « *Un soumissionnaire ne peut présenter qu'une seule offre. L'offre engage le soumissionnaire pour la durée indiquée dans l'avis ou dans l'invitation à soumettre une offre et, si aucune durée n'est précisée, durant 180 jours à compter de l'expiration du délai de présentation de l'offre. L'entité adjudicatrice peut demander aux soumissionnaires le report de ce terme* ».

L'article 37 dispose, aux paragraphes 8, 9, 10, 18 et 19 : « *8. Les personnes désignées à l'article 34, paragraphe 1, sous d) et e), peuvent présenter une offre même si elles ne sont pas encore constituées. Dans ce cas, l'offre doit être signée par tous les opérateurs économiques qui constitueront les groupements momentanés ou consortiums ordinaires de concurrents et les mêmes opérateurs s'y engageront, en cas d'adjudication du marché, à donner un mandat collectif spécial de représentation à l'un d'entre eux, désigné dans l'offre et qualifié de mandataire, lequel conclura le contrat en son nom et pour son compte ainsi que pour les mandants.*

9. [OMISSIS] *[cas non pertinent] Sans préjudice des dispositions figurant aux paragraphes 18 et 19, toute modification de la composition des groupements momentanés et des consortiums ordinaires de concurrents par rapport à celle résultant de l'engagement pris au cours de l'appel d'offre est interdite.*

10. *Le manquement aux interdictions édictées au paragraphe précédent entraîne l'annulation de l'adjudication ou la nullité du contrat, ainsi que l'exclusion des concurrents réunis en groupement ou consortium ordinaire de concurrents concomitants ou postérieurs des procédures de passation du même marché.*

18. *En cas de faillite du mandataire ou, s'il s'agit d'un entrepreneur individuel, en cas de décès, d'interdiction, d'incapacité ou de faillite de ce dernier, ou dans les cas prévus par la législation antimafia, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre le contrat de marché avec un autre opérateur économique désigné mandataire selon les modalités prévues par le présent code, pour autant que ledit opérateur satisfasse aux conditions de qualification afférentes aux travaux, services ou fournitures qui restent à exécuter ; en cas de non-respect desdites conditions, le pouvoir adjudicateur a la faculté de résilier le contrat de marché public.*

19. *En cas de faillite d'un des mandants ou, s'il s'agit d'un entrepreneur individuel, en cas de décès, d'interdiction, d'incapacité ou de faillite de ce dernier, ou dans les cas prévus par la législation antimafia, le mandataire est tenu, s'il ne désigne pas un autre opérateur économique qui satisfait aux*

exigences d'aptitude prescrites pour remplacer le précédent, d'assurer l'exécution du marché soit directement soit par l'intermédiaire des autres mandants, pour autant que ces derniers satisfassent aux conditions de qualification afférentes aux travaux, services ou fournitures qui restent à exécuter. »

Enfin, en vertu de l'article 38, paragraphe 1, sous f), « *Est exclue de la participation aux procédures d'adjudication des concessions et des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ne peut pas se voir attribuer de marchés de sous-traitance et ne peut pas conclure de contrats y afférents, toute personne : [...] f) qui, selon l'appréciation motivée du pouvoir adjudicateur, s'est rendue coupable de grave négligence ou de mauvaise foi dans l'exécution des prestations qui lui ont été attribuées par le pouvoir adjudicateur ayant publié l'avis de marché, ou qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont le pouvoir adjudicateur pourra justifier ; [...] » [OMISSIS]*

5.2. Eu égard à l'interprétation de ces dispositions par la jurisprudence de la juridiction de céans, l'adoption de la décision d'exclusion est un acte relevant d'une compétence liée de l'administration, tout d'abord parce que [le retrait de certains membres du groupement] enfreint l'interdiction de modifier la composition de celui-ci.

En effet, le droit potestatif de se délier de l'offre présentée, une fois celle-ci venue à échéance, peut être exercé par le GME à constituer dans son ensemble, eu égard aux dispositions combinées de l'article 11, paragraphe 6 et de l'article 37, paragraphes 8 et 9, du décret législatif n° 163/2006.

Les seules exceptions au principe d'immutabilité du GME sont les cas prévus aux paragraphes 18 et 19 du même article 37.

La violation de cette interdiction est sanctionnée par l'exclusion des opérateurs réunis en groupement, en vertu du paragraphe 10 du même article.

En effet, le GME participe à l'appel d'offres en qualité d'entité comportant plusieurs personnes, composée de « *tous les opérateurs économiques* » qui le constitueront. La signature de l'offre par chacun des opérateurs du groupement permet, d'une part, d'imputer l'offre contractuelle qui a été formulée à tous les participants au futur groupement et, d'autre part, en cas d'adjudication, de lier tous les opérateurs, chacun selon le régime différent de responsabilité solidaire prévu pour le type de groupement choisi (vertical ou horizontal), envers le pouvoir adjudicateur.

Eu égard à ces dispositions combinées, lorsque le délai dans lequel l'offre est contraignante est venu à échéance, la confirmation de l'offre par deux seulement des membres du GME (par rapport à ses quatre membres originaires) ne serait donc pas possible, eu égard, d'une part, à la raison d'être de l'article 11, paragraphe 6, du décret législatif n° 163/2006 et, d'autre part, au principe

d'immutabilité subjective du GME en cours de procédure de passation de marché qui se déduit de l'article 37, paragraphe 9, du même texte.

En effet, « *la raison d'être de la règle figurant à l'article 11, paragraphe 6, est évidemment de maintenir l'offre pour toute la durée prévisible de la procédure de passation du marché et non de limiter la validité (ou plutôt l'effet) de l'offre dans le temps, une telle limitation n'étant certainement pas conforme à l'intérêt de l'administration* » [OMISSIS] [références à la jurisprudence du Consiglio di Stato (Conseil d'État)].

Cette interprétation est parfaitement conforme à la jurisprudence administrative [OMISSIS] [références à la jurisprudence du Consiglio di Stato (Conseil d'État)] qui a « *précisé que l'article 11, paragraphe 6, du [décret législatif n° 163/2006] [OMISSIS] [libellé de la disposition] est destiné à protéger le soumissionnaire qui, à l'échéance du délai, peut se considérer comme délié de l'offre qu'il a présentée ; en conséquence, l'existence de l' "engagement" ne signifie pas que l'offre devient caduque de plein droit une fois le délai écoulé, mais seulement que le soumissionnaire peut s'en délier et que, s'il ne déclare pas se considérer comme délié, l'offre ne devient pas caduque, de sorte que la circonstance que, à l'échéance dudit délai de 180 jours, le soumissionnaire n'a pas déclaré vouloir maintenir son offre n'emporte pas la caducité de celle-ci* ».

Eu égard à cette raison d'être, une fois venu à échéance le délai pendant lequel l'offre est contraignante, il ne s'agit pas de confirmer une offre ne produisant plus d'effet, mais de se libérer d'un engagement qui doit donc, faute de volonté contraire exprimée par tous les membres de la partie composée de plusieurs personnes, être considéré comme toujours existant.

En outre, contrairement à ce que soutient l'appelante, le principe d'immutabilité subjective du GME est également applicable dans les cas où celui-ci n'est pas encore formellement constitué.

En effet, ainsi que l'a jugé la chambre de céans [OMISSIS] [références à la jurisprudence du Consiglio di Stato (Conseil d'État)], « *l'article 37, paragraphe 8, du décret législatif n° 163/2006 impose aux personnes visées à l'article 34, paragraphe 1, sous d) et e), de s'engager, dans l'offre, à donner un mandat collectif spécial de représentation à un membre du groupement en cas d'adjudication.*

[OMISSIS] [autres considérations dans le même sens]

En définitive, cet engagement vise à garantir au pouvoir adjudicateur le caractère sérieux de la participation à la procédure de groupements non encore constitués formellement, de manière à garantir au pouvoir adjudicateur la constitution effective de la personne collective appelée à conclure le contrat à la suite de l'adjudication. En définitive, la garantie de cet intérêt requiert un engagement formel juridiquement contraignant dans les conditions prévues par la législation

primaire, c'est-à-dire un contrat préliminaire de mandat subordonné à la condition de l'adjudication [OMISSIS] [autre précisions] ».

- 5.3. L'exclusion [OMISSIS] *[répétition]* est par ailleurs un acte relevant de la compétence liée de l'administration pour une autre raison, la non-confirmation de l'offre par la mandante Gi One, c'est-à-dire son retrait, constituant un acte destiné à contourner le contrôle de sa fiabilité morale qui avait été annoncé.

En effet, la jurisprudence [OMISSIS] *[références à la jurisprudence du Consiglio di Stato (Conseil d'État)]* a admis la légalité du retrait d'une des entreprises d'un groupement « *à la condition que la réduction de la composition du groupement soit dictée par des nécessités d'organisation propres à l'association temporaire d'entreprises ou au consortium et non par la volonté de contourner les règles de l'appel d'offres et, en particulier, d'éviter une sanction d'exclusion de l'appel d'offres due au non-respect des conditions par le membre de l'association temporaire d'entreprises qui disparaît du fait de la réduction opérée* ».

La jurisprudence postérieure [OMISSIS] *[références à la jurisprudence]*, sur la base de ces principes, a donc précisé que la rigueur de cette disposition doit être tempérée en raison de l'objectif qu'elle poursuit, « *qui est de permettre au pouvoir adjudicateur, en premier lieu, de vérifier que les personnes participant à l'appel d'offres satisfont aux conditions et, corrélativement, d'empêcher des modifications subjectives se produisant lors des contrôles et, partant, susceptibles de faire obstacle à ces vérifications préliminaires [...]* ».

[OMISSIS] *[répétitions de la même jurisprudence]*

Il a donc été précisé que la modification subjective du GME est subordonnée à trois conditions : « *a) cette modification opère "en réduction" (et non "en addition" ou "en remplacement" de l'un des membres du groupement ; b) la modification subjective n'est pas destinée à faire obstacle aux contrôles portant sur les conditions de participation ; c) en tout état de cause, les membres restants du groupement satisfont eux-mêmes – même en l'absence de l'opérateur exclu – à la totalité des conditions de participation, sans qu'il puisse être complété d'une manière quelconque à cette fin* » [OMISSIS] *[références à la jurisprudence du Consiglio di Stato (Conseil d'État)]*.

- 5.4. Selon ces principes dégagés au fil du temps par la jurisprudence administrative, l'exclusion du groupement dans son ensemble relève de la compétence liée de l'administration, tant parce que [le retrait de certains membres du groupement] enfreint le principe d'immutabilité du GME – lorsqu'il n'est pas démontré que le retrait d'un membre du groupement (auquel doit être assimilée, pour les raisons exposées ci-dessus, la non-confirmation de l'offre une fois venu à échéance le délai pendant lequel celle-ci est contraignante) est dicté par des nécessités d'organisation du groupement dans son ensemble – que lorsque le retrait a été opéré à des fins de contournement de la législation, en ce qu'il est destiné à éviter une sanction d'exclusion de la procédure de passation du marché due au

non-respect des conditions par le membre du groupement qui disparaît du fait de la réduction opérée.

5.5. Toutefois, ainsi que le souligne l'appelante, dans le cas de procédures d'attribution complexes de longue durée, ces dispositions combinées, telles qu'elles sont interprétées par la juridiction de céans, en ce qu'elles contraignent les membres du GME à rester liés par leur offre pour une durée indéfinie, même lorsque le délai pendant lequel cette offre est contraignante est plusieurs fois venu à échéance – avec la seule possibilité de non-confirmation de l'offre par tous les membres originaires du GME – paraissent difficilement compatibles avec le principe de la liberté d'entreprise inscrit à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »), qui énonce : « *La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales* », ainsi qu'avec le principe de proportionnalité, consacré à l'article 52 de la Charte ainsi qu'avec les principes de proportionnalité, de concurrence, de liberté d'établissement et de libre prestation des services consacrés aux articles 49, 50, 54 et 56 TFUE.

5.5.1. Comme on le sait, l'article 16 de la Charte consacre en termes positifs les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour, qui a reconnu la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale (voir arrêts du 14 mai 1974, Nold/Commission, 4/73, EU:C:1974:51, et du 27 septembre 1979, Eridania-Zuccherifici nazionali et Società italiana per l'industria degli zuccheri, 230/78, EU:C:1979:216) et la liberté contractuelle (voir, entre autres, arrêts du 16 janvier 1979, Sukkerfabriken Nykøbing, 151/78, EU:C:1979:4, et du 5 octobre 1999, Espagne/Commission, C-240/97, EU:C:1999:479) et [cette disposition se base] sur l'article 119, paragraphes 1 et 3, TFUE, qui reconnaît la libre concurrence.

Il est vrai que ce droit s'exerce dans le respect du droit de l'Union et des législations nationales et qu'il peut être soumis aux limitations prévues à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte (« *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* »).

5.5.2. Toutefois, surtout dans des procédures qui se prolongent significativement dans le temps, l'interdiction pour un membre du GME de se délier de l'offre venue une nouvelle fois à échéance, sous peine d'exclusion du GME dans son ensemble [OMISSIS] [répétition] ne paraît pas, aux yeux de la juridiction de céans, une mesure proportionnée à la nécessité de garantir le sérieux de l'offre présentée et son imputabilité au GME en tant que partie composée de plusieurs personnes, lorsque les opérateurs économiques ayant confirmé l'offre satisfont eux-mêmes – même en l'absence de l'opérateur qui s'est délié de l'offre – à la

totalité des conditions de participation, sans que le GME puisse être complété d'une manière quelconque à cette fin.

5.5.3. Plus précisément, la législation nationale en question s'inscrit dans des espaces laissés vacants par le législateur de l'Union qui, à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2004/18 et à l'article 11, paragraphe 2, de la directive 2004/17, se borne à prévoir : *« Les groupements d'opérateurs économiques sont autorisés à soumissionner ou à se porter candidats. Pour la présentation d'une offre ou d'une demande de participation, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques aient une forme juridique déterminée, mais le groupement retenu peut être contraint de revêtir une forme juridique déterminée lorsque le marché lui a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché ».*

En outre, le considérant 2 de la directive 2004/18 énonce ce qui suit :

« La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, il est recommandé d'élaborer des dispositions en matière de coordination communautaire des procédures nationales de passation de ces marchés qui soient fondées sur ces principes de manière à garantir leurs effets ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés publics. Par conséquent, ces dispositions de coordination devraient être interprétées conformément aux règles et principes précités ainsi qu'aux autres règles du traité ».

L'article 2 de cette directive, intitulé *« Principes de passation des marchés »*, dispose :

« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence ».

Conformément au principe de proportionnalité, qui constitue un principe général du droit de l'Union et que la passation de marchés conclus dans les États membres doit respecter, ainsi qu'il ressort du considérant 2 de la directive 2004/18, les mesures adoptées par les États membres ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (voir, en ce sens, arrêts du 28 février 2018, MA.T.I. SUD et Duemme SGR, C-523/16 et C-536/16, EU:C:2018:122 ; du 16 décembre 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, points 48 et 61 ; du 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, points 21 et 23 ; du 23 décembre 2009, Serrantoni et Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, point 33,

ainsi que du 22 octobre 2015, Impresa Edilux et SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, point 29).

5.5.4. Or, une fois la non-confirmation de l'offre par un opérateur économique membre du GME assimilée au retrait de celui-ci, l'administration est en tout état de cause tenue de décider son exclusion si la non-confirmation est considérée comme destinée à contourner le contrôle de la fiabilité morale, au sens de l'article 38, paragraphe 1, sous f), du décret législatif n° 163/2006, de l'opérateur qui disparaît du fait du retrait ; par contre, dans le cas où la non-confirmation de l'offre par cet opérateur serait admise, celui-ci ne pouvant plus être considéré comme un membre du GME participant à la procédure d'attribution du marché, aucun contrôle ultérieur de cette fiabilité ne devrait être réalisé.

B) Quant à la décision d'exécuter la garantie

5.6. Par son septième moyen, l'appelante conteste la légalité de l'exécution des garanties provisoires à la suite de son exclusion de la procédure d'attribution du marché dans les différents lots pour lesquels elle a soumissionné, en application de l'article 38, paragraphe 1, sous f), de l'article 48, paragraphe 1, et de l'article 75 du décret législatif n° 163/2006, qui disposent :

Article 38, paragraphe 1, sous f), du décret législatif n° 163/2006 [OMISSIS] [article déjà cité au point 5.1]

Article 48, paragraphe 1, du décret législatif n° 163/2006 :

« Les pouvoirs adjudicateurs demandent, avant l'ouverture des enveloppes des offres présentées, à un nombre de soumissionnaires au moins égal à 10 % des offres présentées, arrondi au nombre immédiatement supérieur, choisis par tirage au sort public, de prouver, dans un délai de dix jours à compter de la date de cette demande, qu'ils satisfont aux exigences de capacité économique, financière et technique/organisationnelle éventuellement requises dans l'avis de marché, en produisant les documents indiqués dans cet avis ou dans la lettre d'invitation. Les pouvoirs adjudicateurs, lors du contrôle, vérifient que les soumissionnaires remplissent les conditions de qualification pour l'exécution des travaux au moyen du registre informatisé visé à l'article 7, paragraphe 10, ou au moyen du site Internet du ministère des infrastructures et des transports, pour les marchés confiés à des entrepreneurs généraux ; pour les fournisseurs et les prestataires de services, la vérification du respect de l'exigence visée à l'article 42, paragraphe 1, sous a), du présent code, est effectuée au moyen de la base de données nationale des marchés publics visée à l'article 6-bis du présent code. Si cette preuve n'est pas fournie, ou si elle ne confirme pas les déclarations contenues dans la demande de participation ou dans l'offre, les pouvoirs adjudicateurs procèdent à l'exclusion du concurrent de l'appel d'offres, à l'exécution de la garantie provisoire y afférente et au signalement de ce fait à l'autorité pour les mesures visées à l'article 6, paragraphe 11. L'autorité procède

également à la suspension, pour un à douze mois, [du droit à] la participation aux procédures d'adjudication ».

Article 75 du décret législatif n° 163/2006 :

« 1. L'offre est accompagnée d'une garantie, égale à deux pour cent du prix de base indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation, sous forme de dépôt ou de cautionnement, au choix du soumissionnaire. Dans le cas des procédures d'appel d'offres menées sous forme agrégée par les centrales d'achat, le montant de la garantie est fixé dans l'avis ou l'invitation à un maximum de 2 % du prix de base.

2. Le dépôt peut être constitué, au choix du soumissionnaire, en espèces ou en titres de la dette publique garantis par l'État au jour du dépôt, auprès d'une trésorerie provinciale ou de sociétés agréées, à titre de gage en faveur du pouvoir adjudicateur.

3. La caution, au choix du soumissionnaire, peut-être une banque ou une compagnie d'assurances [autres détails].

4. [OMISSIS]

5. [OMISSIS] [autres détails].

6. La garantie couvre le défaut de signature du contrat dû au fait de l'attributaire et elle est automatiquement libérée à la signature du contrat.

7. [critères sur la base desquels le montant de la garantie est réduit].

8. L'offre est également accompagnée, sous peine d'exclusion, de l'engagement par une caution d'émettre le cautionnement pour l'exécution du marché, visé à l'article 113, au cas où le soumissionnaire se verrait attribuer le marché.

9. Le pouvoir adjudicateur, dans l'acte par lequel il communique l'attribution du marché aux soumissionnaires non retenus, procède en même temps pour ces derniers à la levée de la garantie visée au paragraphe 1, sans retard et en tout cas dans un délai n'excédant pas trente jours à compter de l'attribution du marché, même lorsque la garantie est toujours en cours de validité ».

5.7. Selon l'appelante, la décision d'exécution en cause serait entachée non seulement d'une illégalité dérivée, étant donné l'illégalité de la décision d'exclusion sous-jacente, mais elle serait également entachée d'une illégalité autonome, l'exécution de la garantie ne pouvant intervenir que dans les deux cas prévus par la législation en vigueur *ratione temporis* :

i) lorsque le concurrent faisant l'objet de la vérification ne prouve pas et de démontre pas qu'il satisfait « *aux exigences de capacité économique, financière et*

technique/organisationnelle » (article 48, paragraphe 1, du décret législatif n° 163/2006), l'exécution de la garantie ayant dans ce cas essentiellement une fonction de sanction ;

ii) lorsque le contrat n'est pas signé en raison du « *fait de l'attributaire* » (article 75, paragraphe 6, du décret législatif n° 163/2006), l'exécution ayant dans ce cas également une fonction d'indemnisation.

5.7.1. Dans les deux cas, l'exécution de la garantie suppose l'existence d'une conduite subjectivement imputable à l'opérateur économique, c'est-à-dire la non-signature du contrat ou, en tout état de cause, la [non-]poursuite de sa participation à la procédure d'attribution du marché.

L'appelante soutient en effet que le cas d'espèce non seulement ne relèverait pas de la seconde hypothèse – la décision d'exclusion ne concernant pas l'adjudicataire – mais ne relèverait pas non plus de la première, considérant qu'on ne saurait établir de lien automatique entre exclusion et exécution de la garantie puisque, dans cette hypothèse, le caractère de sanction de cette exécution impliquerait nécessairement d'apprécier si les conduites reprochées au concurrent peuvent lui être concrètement imputées, sur le plan objectif et sur le plan subjectif, faute de quoi il s'agirait d'une sanction fondée sur une responsabilité objective.

5.8. En outre, contrairement à la conclusion retenue par le premier juge, selon l'appelante, toutes les conditions seraient réunies pour soulever une question de compatibilité des articles 38, 48 et 75 du décret législatif n° 163/2006 avec le droit de l'Union et, en particulier, avec le principe de proportionnalité qui est inhérent aux traités.

Dans cette optique, en effet, en l'absence de la cause typique de l'exécution de la garantie (qui est de réparer le préjudice causé au pouvoir adjudicateur, préjudice que Consip n'aurait en l'espèce pas subi à la suite de l'exclusion du groupement appelant de l'appel d'offres, celui-ci n'étant pas l'adjudicataire mais un simple soumissionnaire, de sorte que son exclusion n'a entraîné aucun retard dans la conclusion du contrat ou dans la désignation du premier soumissionnaire classé), l'exécution aboutirait à une mesure ayant un caractère de sanction fortement marqué et qui serait de nature « pénale ».

L'exécution automatique de la garantie d'un montant très important et onéreux constituerait en effet une sanction totalement dépourvue de motivation et déraisonnable, disproportionnée par rapport au comportement du GME ayant participé à l'appel d'offres, fondée sur une interprétation des articles 48 et 75 du [décret législatif n° 163/2006] en contradiction radicale et inconciliable avec les principes et dispositions constitutionnels et européens et, en particulier, avec le principe de proportionnalité qui est inhérent aux traités et avec les dispositions des directives 2004/17 et 2004/18, dans la mesure où la législation italienne, si elle est interprétée dans le sens adopté par Consip et validé par le premier juge [interprétation qui, quant à l'absence de caractère de sanction de l'exécution de la

garantie, a été récemment avalisée par la Corte Costituzionale (Cour constitutionnelle) dans son arrêt n° 198 du 26 juillet 2022], est contraire audit principe et auxdites directives, ces dernières devant être considérées comme ne prévoyant pas de sanctions hautement afflictives et déraisonnables.

- 5.9. À cet égard, il est utile de noter que la Cour EDH, dans son arrêt du 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c. Italie (CE:ECHR:2014:0304JUD001864010), s’est prononcée sur la nature, l’étendue et le caractère équitable des sanctions pécuniaires s’agissant de déterminer si elles relèvent de la matière pénale.

La Cour EDH a notamment souligné que, « *compte tenu du montant élevé des amendes infligées et de celles que les requérants encouraient, [...] les sanctions en cause relèvent, par leur sévérité, de la matière pénale (voir, mutatis mutandis, Öztürk, précité, § 54, et, a contrario, Inocêncio c. Portugal (déc.), n° 43862/98, CEDH 2001-I)* » (voir point 99 de l’arrêt Grande Stevens ; voir également arrêt du 8 juin 1976, Engel et autres c. Pays-Bas, CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, et arrêt du 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c. Russie, CE:ECHR:2009:0210JUD001493903 ; ainsi que l’arrêt du 5 juin 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319).

Ces considérations ont déjà été adoptées par le juge administratif, qui a eu l’occasion de noter que « *[l]a Cour de Strasbourg a développé des critères propres et autonomes pour établir la nature pénale ou non d’une infraction et de la sanction pertinente. En particulier, trois critères ont été identifiés, à savoir : I) le critère de la qualification juridique de l’infraction en droit national, en précisant que celle-ci n’est pas contraignante lorsque la nature “intrinsèquement pénale” de la mesure est établie ; II) le critère de la nature de l’infraction, déduite du champ d’application de la norme qui la prévoit et de l’objectif poursuivi ; III) le critère du degré de sévérité de la sanction... L’attribution d’un sens large à la “matière pénale” conduit à la conclusion que le pouvoir administratif de sanction doit également être exercé non seulement dans le respect des garanties d’un procès équitable mais également dans le respect des principes consacrés à l’article 7 précité de la CEDH [OMISSIS]* » [références à la jurisprudence du Consiglio di Stato (Conseil d’État)].

En raison de l’ampleur et de la très grande importance du sacrifice patrimonial imposé à l’appelante, l’exécution des garanties provisoires prendrait à l’égard de celle-ci les caractéristiques d’une sanction qui ne peut nécessairement qu’être reconnue comme étant de nature pénale, conformément à l’acception dégagée dans la jurisprudence de la Cour EDH : en l’espèce, l’exécution automatique des garanties provisoires constituerait en effet une violation manifeste du principe de proportionnalité des sanctions.

Il faudrait avoir égard avant tout à l’article 49, paragraphe 3, de la Charte, en vertu duquel « *[l]’intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l’infraction* ».

Il y aurait en l'espèce un défaut manifeste de juste équilibre entre l'intérêt public et les droits fondamentaux garantis au niveau européen, étant donné que l'appelante s'est vu infliger une sanction pécuniaire d'un montant très important, en vertu d'un simple automatisme (qui, en tant que tel, est par définition non proportionnel) et sans aucune évaluation adéquate des circonstances du cas concret.

L'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH (ainsi que l'article 17 de la Charte et, en dernière analyse, les articles 23 et 42 de la constitution italienne), ont par ailleurs également été interprétés comme visant à garantir le respect de la proportionnalité entre le comportement adopté et la sanction infligée, en évitant de restreindre sans raison le droit de propriété et en évitant un sacrifice excessif et disproportionné à l'objectif poursuivi (dès lors qu'un rapport de proportionnalité raisonnable doit exister entre les moyens utilisés et les fins poursuivies).

Par ailleurs, le principe de proportionnalité est également exprimé de manière générale au considérant 2 de la directive 2004/18.

Il apparaîtrait donc clairement que l'article 38, paragraphe 1, sous f), et l'article 48 du décret législatif n° 163/2006 sont contraires aux règles et aux principes, constitutionnels et européens, relatifs à la proportionnalité des sanctions, s'ils sont interprétés comme permettant, en tout état de cause (et en dehors d'une appréciation adéquate des circonstances du cas d'espèce), l'exécution automatique de la garantie provisoire à la suite de l'exclusion.

Cette contrariété serait d'autant plus manifeste si l'on considérait qu'une mesure telle que celle en cause, qui ne peut qu'être reconnue comme une sanction en raison de sa capacité à affecter aussi sévèrement la vie d'une entreprise, peut être adoptée sans tenir compte de l'élément subjectif et, en particulier, de la prévisibilité de l'exclusion.

5.10. À la lumière de ces considérations, la juridiction de céans estime nécessaire, en tant que juridiction de dernier ressort, d'ordonner un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE, conformément à l'article 267 du TFUE, visant à vérifier la compatibilité avec les principes européens de libre circulation et de liberté d'établissement d'un système qui :

A) assimile la non-confirmation de l'offre par l'une des entreprises du GME à constituer, lorsque le caractère contraignant de cette offre est venu à échéance, au retrait du GME, ce qui oblige l'administration à exclure le groupement pour violation de l'interdiction de modification subjective de celui-ci ; au vu de cette assimilation, et indépendamment de l'interdiction mentionnée ci-dessus, sanctionne en tout état de cause par l'exclusion la non-confirmation de l'offre – c'est-à-dire le retrait – opérée par l'opérateur économique afin de contourner le contrôle effectué au titre de l'article 38, paragraphe 1, sous f), du décret législatif n° 163/2006 ;

B) permet l'exécution automatique des garanties provisoires constituées par un opérateur exclu de la procédure d'appel d'offres, sans avoir égard à la violation et à la restriction du principe de proportionnalité dans l'application de la sanction causées en définitive par cette exécution.

VI. LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES POSÉES À LA COUR

6. En raison des considérations qui précèdent, compte tenu de la pertinence – aux fins de la solution du litige – de la question de compatibilité de la législation précitée avec les dispositions précitées du droit de l'Union, sans préjudice de toute autre décision procédurale et sur le fond, la Cour de justice de l'Union européenne est invitée à se prononcer à titre préjudiciel sur les questions suivantes :

« A) La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, les articles 16 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les principes de proportionnalité, de concurrence, de liberté d'établissement et de libre prestation des services consacrés aux articles 49, 50, 54 et 56 TFUE s'opposent-ils à des dispositions nationales [article 11, paragraphe 6, article 37, paragraphes 8, 9, 10, 18 et 19 et article 38, paragraphe 1, sous f), du décret législatif n° 163/2006] qui, dans le cas où le délai de validité de l'offre présentée à l'origine par un groupement momentané d'entreprises à constituer vient à échéance, excluent la possibilité de réduire la composition originale du groupement lors de la prorogation de la validité de cette offre ? En particulier, ces dispositions nationales sont-elles compatibles avec les principes généraux du droit de l'Union de la liberté d'initiative économique et de l'effet utile ainsi qu'avec l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux ?

B) La directive 2004/18/CE, les articles 16, 49, 50 et 52 de la Charte des droits fondamentaux, l'article 4 du protocole 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 6 TUE, les principes de proportionnalité, de concurrence, de liberté d'établissement et de libre prestation des services consacrés aux articles 49, 50, 54 et 56 TFUE, s'opposent-ils à des dispositions nationales [article 38, paragraphe 1, sous f), et articles 48 et 75 du décret législatif n° 163/2006] qui prévoient l'application de la sanction de l'exécution de la garantie provisoire comme conséquence automatique de l'exclusion d'un opérateur économique d'une procédure d'attribution d'un marché public de services, de surcroît indépendamment du fait que le service ait été attribué ou non à cet opérateur ? »

6.1. [OMISSIS] *[instructions au greffe]*

6.2. [OMISSIS] *[sursis à statuer]*

[OMISSIS] *[procédure, sursis à statuer, instructions au greffe et à l'autorité administrative]*

Rome [OMISSIS], les 20 octobre 2022 et 16 février 2023 [OMISSIS]