

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

23 décembre 2009 *

Dans l'affaire C-305/08,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Consiglio di Stato (Italie), par décision du 23 juin 2008, parvenue à la Cour le 4 juillet 2008, dans la procédure

Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)

contre

Regione Marche,

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président de la troisième chambre, faisant fonction de président de la quatrième chambre, M^{me} R. Silva de Lapuerta, MM. E. Juhász (rapporteur), G. Arestis et J. Malenovský, juges,

* Langue de procédure: l'italien.

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 3 septembre 2009,

rend le présent

Arrêt

- ¹ La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 1^{er}, paragraphes 2, sous a), et 8, premier et deuxième alinéas, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114).

- ² Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant le Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (groupement interuniversitaire pour les sciences de la mer, ci-après le «CoNISMa») à la Regione Marche, au sujet de la décision de cette dernière de ne pas admettre ledit groupement à participer à une procédure de passation d'un marché public de services.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

3 Le quatrième considérant de la directive 2004/18 énonce:

«Les États membres devraient veiller à ce que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés.»

4 Aux termes de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de cette directive:

«Les 'marchés publics' sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive.»

5 L'article 1^{er}, paragraphe 8, de ladite directive dispose:

«Les termes 'entrepreneur', 'fournisseur' et 'prestataire de services' désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.

Le terme ‘opérateur économique’ couvre à la fois les notions d’entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte.

[...]»

6 L’article 1^{er}, paragraphe 9, de la même directive est libellé comme suit:

«Sont considérés comme ‘pouvoirs adjudicateurs’: l’État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

Par ‘organisme de droit public’, on entend tout organisme:

- a) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d’intérêt général ayant un caractère autre qu’industriel ou commercial;
- b) doté de la personnalité juridique, et
- c) dont soit l’activité est financée majoritairement par l’État, les collectivités territoriales ou d’autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l’organe d’administration, de direction ou de

surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

[...]»

7 L'article 4 de la directive 2004/18, sous l'intitulé «Opérateurs économiques», prévoit:

«1. Les candidats ou soumissionnaires qui, en vertu de la législation de l'État membre où ils sont établis, sont habilités à fournir la prestation en question ne peuvent être rejetés seulement du fait qu'ils auraient été tenus, en vertu de la législation de l'État membre où le marché est attribué, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

[...]

2. 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.»

- 8 L'article 44 de cette directive, intitulé «Vérification de l'aptitude et choix des participants, attribution des marchés», dispose à son paragraphe 1:

«L'attribution des marchés se fait sur la base des critères prévus aux articles 53 et 55, compte tenu de l'article 24, après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 45 et 46, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 47 à 52 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3.»

- 9 L'article 55 de la directive 2004/18, sous l'intitulé «Offres anormalement basses», énonce:

«1. 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, les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes.

Ces précisions peuvent concerner notamment:

- a) l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- b) les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

- c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

- d) le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

- e) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

2. Le pouvoir adjudicateur vérifie, en consultant le soumissionnaire, cette composition en tenant compte des justifications fournies.

3. Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et si celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission.»

La réglementation nationale

- ¹⁰ L'article 3, paragraphes 19 et 22, du décret législatif n° 163, portant création du code des marchés publics de travaux, de services et de fournitures en application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), du 12 avril 2006

(supplément ordinaire à la GURI n° 100, du 2 mai 2006, ci-après le «décret législatif n° 163/2006»), dispose:

«19. Les termes ‘entrepreneur’, ‘fournisseur’ et ‘prestataire de services’ désignent une personne physique ou morale ou une entité sans personnalité juridique, y compris le groupement européen d’intérêt économique (GEIE) constitué en vertu du décret législatif n° 240, du 23 juillet 1991, qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ ou d’ouvrages, des produits ou des services sur le marché.

[...]

22. Le terme ‘opérateur économique’ couvre les notions d’entrepreneur, de fournisseur et de prestataire de services, ou un groupement de ceux-ci.»

- ¹¹ L’article 34 du décret législatif n° 163/2006, sous l’intitulé «Personnes auxquelles les marchés publics peuvent être attribués (articles 4 et 5 de la directive 2004/18)», prévoit:

«1. Sans préjudice des limites expressément indiquées, les personnes suivantes sont admises à participer aux procédures d’attribution des marchés publics:

- a) les entrepreneurs individuels, y compris les artisans, les sociétés commerciales et les sociétés coopératives;

- b) les groupements de sociétés coopératives de production et de travail [...] et les groupements d'artisans [...];

- c) les groupements stables, constitués sous forme de sociétés de consortiums au sens de l'article 2615 ter du code civil, entre des entrepreneurs individuels (y compris des artisans), des sociétés commerciales ou des sociétés coopératives de production et de travail, conformément aux dispositions de l'article 36;

- d) les groupements temporaires de concurrents, constitués des personnes visées aux points a), b) et c) [...];

- e) les groupements ordinaires de concurrents visés à l'article 2602 du code civil, constitués des personnes visées aux points a), b) et c) du présent paragraphe, y compris ceux constitués sous forme de sociétés [...];

- f) les personnes ayant conclu un contrat de groupement européen d'intérêt économique (GEIE) [...];

[...]»

- 12 Postérieurement aux faits de l'affaire au principal, à la liste susmentionnée a été ajouté le point suivant par le décret législatif n° 152, du 11 septembre 2008 (GURI n° 231, du 2 octobre 2008):

«f bis) les opérateurs économiques, au sens de l'article 3, paragraphe 22, établis dans d'autres États membres et constitués conformément à la législation en vigueur dans l'État concerné.»

- 13 Enfin, l'article 2082 du code civil italien dispose que l'«entrepreneur» est la personne dont l'activité est une activité économique, exercée à titre professionnel, de façon organisée, aux fins de la production et de l'échange de produits ou de services.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

- 14 Il ressort de la décision de renvoi que la Regione Marche a lancé un appel d'offres public aux fins de l'adjudication d'un marché de services consistant à établir un relevé stratigraphique marin et sismique, à exécuter des carottages et à effectuer des prélèvements d'échantillons en mer dans la bande côtière comprise entre Pesaro et Civitanova Marche.
- 15 Le CoNISMa s'est porté candidat à cet appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur, après avoir formulé des réserves quant à l'admission du CoNISMa à la procédure de passation du marché en question, a décidé de l'exclure de celle-ci, par des décisions des 4, 18 et 23 avril 2007.

- 16 Le CoNISMa a saisi le président de la République italienne d'un recours extraordinaire, procédure spécifique prévue dans l'ordre juridique italien, contre cette exclusion, en faisant valoir qu'une interprétation de l'article 34 du décret législatif n° 163/2006 en ce sens qu'il comporterait une liste exhaustive ne comprenant pas les universités et les instituts de recherche, et que ceux-ci ne seraient donc pas admis à participer à une procédure de passation d'un marché public, n'est pas compatible avec les dispositions de la directive 2004/18. Dans le cadre de cette procédure de recours extraordinaire, le ministère de l'Environnement et de la Protection du territoire a sollicité l'avis du Consiglio di Stato, ainsi qu'il est prévu dans la réglementation nationale pertinente.
- 17 La juridiction de renvoi fait observer que, pour émettre son avis, elle doit établir si un groupement interuniversitaire tel que le CoNISMa peut être considéré comme un «opérateur économique» au sens de la directive 2004/18 et, partant, s'il est admis à participer à une procédure de passation d'un marché public de services telle que celle en cause au principal. La juridiction de renvoi exprime des réserves à cet égard, sur la base des considérations suivantes.
- 18 Le Consiglio di Stato relève à titre liminaire que le CoNISMa est un groupement («consorzio») constitué de vingt-quatre universités italiennes et de trois ministères. Conformément à son statut, il ne poursuivrait pas de but lucratif et aurait pour objet de promouvoir ainsi que de coordonner les recherches et les autres activités scientifiques et appliquées dans le domaine des sciences de la mer entre les universités adhérant au groupement. Il pourrait participer à des appels d'offres et à d'autres procédures de mise en concurrence ouvertes par les administrations publiques et par les sociétés opérant dans les sphères publique et privée. Ses activités seraient financées principalement par des subventions octroyées par le ministère des Universités et de la Recherche et par d'autres administrations publiques ainsi que par des entités publiques ou privées, italiennes ou étrangères.
- 19 Le Consiglio di Stato se réfère, en premier lieu, à l'article 1^{er}, sous c), de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), à laquelle a succédé la directive 2004/18, suivant lequel «le prestataire de services est toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public, qui offre des services», et il fait observer que cette formulation semble indiquer l'intention de réserver la possibilité de contracter

avec les pouvoirs adjudicateurs aux personnes qui poursuivent «institutionnellement» l'activité correspondant à la prestation qui devra être exécutée dans le cadre du marché en cause. Suivant cette approche, hormis les opérateurs économiques privés, seuls pourraient participer à un marché les organismes publics qui fournissent à titre lucratif les prestations faisant l'objet de ce marché, conformément à la mission qui leur a été confiée dans l'ordre juridique, à l'exclusion donc des organismes universitaires. Cette approche semblerait être confirmée par l'arrêt de la Cour du 18 janvier 2007, Auroux e.a. (C-220/05, Rec. p. I-385, point 44), suivant lequel la réglementation communautaire en matière de marchés publics s'appliquait à l'intéressé «en tant qu'opérateur économique actif sur le marché». Cette même approche semblerait être également suivie à l'article 3, paragraphe 19, du décret législatif n° 163/2006, selon lequel le prestataire de services est un opérateur économique «qui offre» des services «sur le marché».

20 En deuxième lieu, la juridiction de renvoi relève que la position de la jurisprudence italienne n'est pas univoque sur cette question. Certaines juridictions considéreraient que sont admis à participer à un marché public les personnes physiques ou morales qui exercent une activité d'entreprise ainsi que les organismes publics qui offrent, selon leur organisation institutionnelle, des services analogues à ceux faisant l'objet de l'appel d'offres. Dans cette optique, les universités ne pourraient relever de ces catégories d'entrepreneurs privés et publics, en raison du fait que leur mission institutionnelle consiste à développer des activités d'enseignement et de recherche. Suivant une autre approche, les universités publiques ainsi que les groupements formés entre elles seraient admis à participer à des marchés publics de services pour autant que la prestation de services visée est compatible avec leurs fins institutionnelles et leurs dispositions statutaires.

21 Le Consiglio di Stato se réfère, en troisième lieu, à la position de l'Autorité de surveillance des marchés publics, qui établit une distinction entre les opérateurs économiques et les personnes, telles que les organismes publics dépourvus de caractère économique, les universités et les départements universitaires, qui n'entrent pas dans la première catégorie en ce que leur finalité n'est pas l'exercice d'une activité économique, laquelle se caractérise par la production de richesses. Ces entités ne seraient donc pas admises à participer à des marchés publics, sauf si elles constituent des sociétés à cet effet, en vertu de l'autonomie reconnue aux universités par la réglementation nationale. Cette position serait confirmée à l'article 34 du décret législatif n° 163/2006, qui contiendrait une liste exhaustive des personnes autorisées à participer aux procédures de passation des marchés publics.

22 Pour fonder ses réserves, le Consiglio di Stato se réfère, en dernier lieu, à la jurisprudence de la Cour suivant laquelle il y a lieu d'interpréter les dispositions communautaires en matière de marchés publics selon un critère fonctionnel permettant d'éviter le contournement du principe fondamental de la concurrence effective (arrêt du 13 décembre 2007, Bayerischer Rundfunk e.a., C-337/06, Rec. p. I-11173). En ce qui concerne plus particulièrement les marchés publics de services, la Cour aurait souligné l'objectif principal de la réglementation communautaire en cette matière, à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée et la plus large possible dans tous les États membres (arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, points 44 et 47).

23 À la lumière de cette jurisprudence, le Consiglio di Stato relève que l'admission des universités, des instituts de recherche et de leurs groupements à participer aux marchés publics pourrait porter doublement atteinte au principe de concurrence. En effet, d'une part, elle risquerait de soustraire au marché libre certains volets des marchés publics auxquels bon nombre d'entreprises ordinaires auraient, de fait, des difficultés à accéder. D'autre part, elle placerait injustement l'adjudicataire dans une position privilégiée lui garantissant une sécurité économique grâce à des financements publics constants et prévisibles dont les autres opérateurs économiques ne peuvent bénéficier. Toutefois, le Consiglio di Stato relève qu'une interprétation stricte de la notion d'«opérateur économique», qui serait liée à la présence stable de ce dernier «sur le marché» et qui empêcherait ainsi les universités, les instituts de recherche et leurs groupements de participer à des appels d'offres publics, serait gravement préjudiciable à la collaboration entre les entités publiques et privées ainsi qu'à celle entre les chercheurs et les entrepreneurs, et constituerait finalement une restriction de la concurrence.

24 Eu égard à ces considérations, le Consiglio di Stato a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- «1) Les dispositions de la directive 2004/18[...] doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles interdisent à un groupement ("consorzio") constitué exclusivement d'universités italiennes et d'administrations de l'État [...] la participation à une adjudication de marché de services tels que les relèvements géophysiques et le prélèvement d'échantillons en mer?

- 2) Les dispositions visées à l'article 3, paragraphes 22 et 19, et à l'article 34 du décret législatif n° 163/2006, en vertu desquels, respectivement, "le terme 'opérateur économique' couvre les notions d'entrepreneur, de fournisseur et de prestataire de services, ou un groupement de ceux-ci" et "les termes 'entrepreneur', 'fournisseur' et 'prestataire de services' désignent une personne physique ou morale ou une entité sans personnalité juridique, y compris le groupement européen d'intérêt économique (GEIE), [...], qui 'offre', respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services 'sur le marché'", sont-elles contraires à la directive 2004/18[...], dès lors qu'on les interprète en ce sens qu'elles réservent la participation aux adjudications publiques aux prestataires professionnels, à l'exclusion des entités, telles que celles qui ont pour objet la recherche, dont la finalité principale n'est pas lucrative?»

Sur les questions préjudicielles

- ²⁵ À titre liminaire, il convient de rappeler que, conformément à la jurisprudence de la Cour, lorsque le Consiglio di Stato émet un avis dans le cadre d'un recours extraordinaire tel que celui de l'affaire au principal, il constitue une juridiction au sens de l'article 234 CE (arrêt du 16 octobre 1997, *Garofalo e.a.*, C-69/96 à C-79/96, Rec. p. I-5603, point 27).

Sur la première question

- ²⁶ Par cette question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les dispositions de la directive 2004/18 doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à la participation à un marché public de services d'un groupement constitué exclusivement d'universités et d'administrations publiques.

- 27 Il ressort de la demande de décision préjudicielle que les dispositions de la directive 2004/18 visées par la juridiction nationale sont, notamment, celles de son article 1^{er}, paragraphes 2, sous a), et 8, premier et deuxième alinéas, en raison du fait qu'elles se réfèrent à la notion d'«opérateur économique». En outre, aux termes de ladite demande, le groupement concerné ne poursuit pas principalement un but lucratif, ne dispose pas de la structure organisationnelle d'une entreprise et n'assure pas une présence régulière sur le marché.
- 28 Aux fins de répondre à cette question, il y a lieu de relever d'emblée que, d'une part, les dispositions de la directive 2004/18 ne comportent pas de définition de la notion d'«opérateur économique» et que, d'autre part, elles n'opèrent pas de distinction entre les soumissionnaires, selon qu'ils poursuivent ou non à titre principal une finalité lucrative, et ne prévoient pas non plus, de manière explicite, l'exclusion d'entités telles que celle en cause au principal. Ces dispositions, considérées à la lumière de la jurisprudence de la Cour, contiennent toutefois des éléments suffisants pour que soit donnée une réponse utile à la juridiction de renvoi.
- 29 Ainsi, le quatrième considérant de la directive 2004/18 évoque la possibilité pour un «organisme de droit public» de participer en tant que soumissionnaire à une procédure de passation d'un marché public.
- 30 De même, l'article 1^{er}, paragraphe 8, premier et deuxième alinéas, de cette directive reconnaît la qualité d'«opérateur économique» non seulement à toute personne physique ou morale, mais aussi, de manière explicite, à toute «entité publique» ainsi qu'aux groupements constitués par de telles entités qui offrent des services sur le marché. Or, la notion d'«entité publique» peut comprendre également des organismes qui ne poursuivent pas à titre principal une finalité lucrative, n'ont pas une structure d'entreprise et n'assurent pas une présence continue sur le marché.
- 31 En outre, l'article 4 de la même directive, intitulé «Opérateurs économiques», interdit, à son paragraphe 1, aux États membres de prévoir que sont rejetés les candidats ou soumissionnaires qui, conformément aux règles de leur État membre d'établissement,

sont habilités à fournir la prestation faisant l'objet d'un avis de marché en raison du seul fait que, en vertu de la législation de l'État membre où ce marché est attribué, ils sont tenus d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales. Cette disposition n'établit pas non plus une distinction entre les candidats ou soumissionnaires selon qu'ils disposent d'un statut de droit public ou d'un statut de droit privé.

³² Pour ce qui est de la question, soulevée par la juridiction de renvoi, d'une éventuelle distorsion de la concurrence en raison de la participation à un marché public d'entités, telles que le requérant au principal, qui bénéficieraient d'une position privilégiée en comparaison de celle d'opérateurs privés, grâce aux financements publics qui leur sont alloués, il y a lieu de souligner que le quatrième considérant de la directive 2004/18 énonce l'obligation pour les États membres de veiller à ce qu'une telle distorsion ne se produise pas du fait de la participation à un marché public d'un organisme de droit public. Cette obligation s'impose aussi en ce qui concerne des entités telles que ledit requérant.

³³ Il convient également de rappeler à cet égard les obligations et les possibilités dont dispose un pouvoir adjudicateur, en vertu de l'article 55, paragraphe 3, de la directive 2004/18, en cas d'offres anormalement basses du fait de l'obtention par un soumissionnaire d'une aide d'État. La Cour a d'ailleurs reconnu que, dans certaines circonstances particulières, le pouvoir adjudicateur a l'obligation, ou à tout le moins la possibilité, de prendre en considération l'existence de subventions, et notamment d'aides non conformes au traité, afin, le cas échéant, d'exclure les soumissionnaires qui en bénéficient (voir, en ce sens, arrêt du 7 décembre 2000, ARGE, C-94/99, Rec. p. I-11037, point 29).

³⁴ Toutefois, l'éventualité d'une position privilégiée d'un opérateur économique en raison de financements publics ou d'aides d'État ne saurait justifier l'exclusion de la participation à un marché public, a priori et sans autre examen, d'entités telles que le requérant au principal.

35 Il résulte des considérations qui précèdent que le législateur communautaire n'a pas entendu limiter la notion d'«opérateur économique qui offre des services sur le marché» aux seuls opérateurs qui sont dotés d'une organisation d'entreprise, ni introduire des conditions particulières susceptibles d'établir une limitation, en amont, de l'accès aux appels d'offres fondée sur la forme juridique et l'organisation interne des opérateurs économiques.

36 Cette interprétation est corroborée par la jurisprudence de la Cour.

37 Ainsi, la Cour a jugé que l'un des objectifs des règles communautaires en matière de marchés publics est l'ouverture à la concurrence la plus large possible (voir notamment, en ce sens, arrêt *Bayerischer Rundfunk e.a.*, précité, point 39) et qu'il est de l'intérêt du droit communautaire que soit assurée la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres (arrêt du 19 mai 2009, *Assitur*, C-538/07, Rec. p. I-4219, point 26). Il importe d'ajouter, à cet égard, que cette ouverture à la concurrence la plus large possible est envisagée non pas uniquement au regard de l'intérêt communautaire en matière de libre circulation des produits et des services, mais également dans l'intérêt propre du pouvoir adjudicateur impliqué, qui disposera ainsi d'un choix élargi quant à l'offre la plus avantageuse et la mieux adaptée aux besoins de la collectivité publique concernée (voir, en ce sens, pour ce qui est des offres anormalement basses, arrêt du 15 mai 2008, *SECAP et Santorso*, C-147/06 et C-148/06, Rec. p. I-3565, point 29).

38 Dans cet esprit d'ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible, la Cour a également jugé que les règles communautaires qui régissent cette matière sont applicables lorsque l'entité avec laquelle un pouvoir adjudicateur envisage de conclure un contrat à titre onéreux est elle-même également un pouvoir adjudicateur (voir, en ce sens, arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau*, précité, point 47 et jurisprudence citée). Or, conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 9, de la directive 2004/18, un pouvoir adjudicateur est une entité qui remplit une fonction d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Un tel organisme n'exerce pas, à titre principal, une activité lucrative sur le marché.

- 39 De même, la Cour a jugé que les règles communautaires s'opposent à toute réglementation nationale qui exclut des candidats ou des soumissionnaires habilités, en vertu de la législation de l'État membre où ils sont établis, à fournir le service en question de l'attribution des marchés publics de services dont la valeur dépasse le seuil d'application des directives, au seul motif que ces candidats ou ces soumissionnaires n'ont pas la forme juridique correspondant à une catégorie déterminée de personnes morales (voir, en ce sens, arrêt du 18 décembre 2007, *Frigerio Luigi & C.*, C-357/06, Rec. p. I-12311, point 22).
- 40 En outre, conformément à la jurisprudence de la Cour, il convient de rappeler, d'une part, que le principe d'égalité de traitement n'est pas violé au seul motif que les pouvoirs adjudicateurs admettent la participation à une procédure de passation d'un marché public d'organismes bénéficiant de subventions qui leur permettent de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de soumissionnaires concurrents non subventionnés, et, d'autre part, que si le législateur communautaire avait eu l'intention d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à exclure de tels soumissionnaires, il l'aurait expressément énoncée (arrêt *ARGE*, précité, points 25 et 26).
- 41 Enfin, conformément également à la jurisprudence de la Cour, les règles communautaires n'exigent pas que la personne qui conclut un contrat avec un pouvoir adjudicateur soit en mesure de réaliser directement la prestation convenue avec ses propres ressources pour pouvoir être qualifiée d'entrepreneur, à savoir d'opérateur économique; il suffit qu'elle soit à même de faire exécuter la prestation dont il s'agit, en fournissant les garanties nécessaires à cet effet (voir, en ce sens, arrêt du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C-399/98, Rec. p. I-5409, point 90).
- 42 Partant, il ressort tant des règles communautaires que de la jurisprudence de la Cour qu'est admise à soumissionner ou à se porter candidate toute personne ou entité qui, au vu des conditions énoncées dans un avis de marché, se considère apte à assurer l'exécution de ce marché, directement ou en recourant à la sous-traitance, indépendamment de son statut, de droit privé ou de droit public, ainsi que de la question de savoir si elle est systématiquement active sur le marché ou si elle n'intervient qu'à titre occasionnel, ou si elle est subventionnée par des fonds publics ou ne l'est pas. La capacité effective de cette entité à remplir les conditions fixées par l'avis de marché est appréciée, ainsi que le fait observer à juste titre le gouvernement tchèque,

lors d'une phase ultérieure de la procédure, en application des critères établis aux articles 44 à 52 de la directive 2004/18.

- 43 Il convient d'ajouter qu'une interprétation restrictive de la notion d'«opérateur économique» aurait pour conséquence que les contrats conclus entre des pouvoirs adjudicateurs et des organismes qui n'agissent pas principalement dans un but lucratif ne seraient pas considérés comme des «marchés publics», qu'ils pourraient être passés de gré à gré et qu'ils échapperaient ainsi aux règles communautaires en matière d'égalité de traitement et de transparence, contrairement à la finalité de ces règles.
- 44 Au surplus, ainsi que le souligne la juridiction de renvoi, une telle interprétation serait préjudiciable à la collaboration entre entités publiques et privées ainsi qu'entre chercheurs et entrepreneurs, et constituerait une restriction de la concurrence.
- 45 Compte tenu de ce qui précède, il convient de répondre à la première question que les dispositions de la directive 2004/18, et notamment celles de son article 1^{er}, paragraphes 2, sous a), et 8, premier et deuxième alinéas, qui se réfèrent à la notion d'«opérateur économique», doivent être interprétées en ce sens qu'elles permettent la participation à un marché public de services à des entités ne poursuivant pas principalement un but lucratif, ne disposant pas de la structure organisationnelle d'une entreprise et n'assurant pas une présence régulière sur le marché, telles que les universités et les instituts de recherche ainsi que les groupements constitués par des universités et des administrations publiques.

Sur la seconde question

- 46 Par cette question, la juridiction de renvoi demande en substance si les dispositions de la directive 2004/18, et notamment celles de son article 1^{er}, paragraphes 2, sous a), et 8, premier et deuxième alinéas, s'opposent à une réglementation nationale portant

transposition de cette directive en droit interne, dès lors que cette réglementation est interprétée en ce sens qu'elle réserve la participation aux procédures de passation des marchés publics aux prestataires qui offrent systématiquement et à titre professionnel des services sur le marché, à l'exclusion d'entités, telles que les universités et les instituts de recherche, qui ne poursuivent pas à titre principal une finalité lucrative.

47 À cet égard, il convient de relever que, ainsi qu'il ressort du libellé de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2004/18, les États membres ont la faculté d'habiliter ou non certaines catégories d'opérateurs économiques à fournir certaines prestations.

48 Ainsi, comme le fait observer à bon droit la Commission, les États membres peuvent réglementer les activités des entités, telles que les universités et les instituts de recherche, qui ne poursuivent pas un but lucratif et dont l'objet est orienté principalement vers l'enseignement et la recherche. Ils peuvent, notamment, autoriser ou ne pas autoriser de telles entités à opérer sur le marché en fonction de la circonstance que l'activité en question est compatible ou non avec leurs objectifs institutionnels et statutaires.

49 Toutefois, si et dans la mesure où de telles entités sont habilitées à offrir certains services sur le marché, la réglementation nationale portant transposition de la directive 2004/18 en droit interne ne peut interdire à celles-ci de participer à des procédures de passation de marchés publics qui portent sur la prestation des mêmes services. Une telle interdiction ne serait en effet pas compatible avec les dispositions de la directive 2004/18, telles qu'interprétées dans le cadre de l'examen de la première question préjudicielle.

50 Dans une telle hypothèse, il appartient à la juridiction de renvoi d'interpréter, dans toute la mesure du possible, son droit interne à la lumière du texte et de la finalité de la directive 2004/18 aux fins d'atteindre les résultats poursuivis par cette dernière, en privilégiant l'interprétation des règles nationales la plus conforme à cette finalité pour aboutir ainsi à une solution compatible avec les dispositions de ladite directive et en

laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale (voir arrêt du 22 décembre 2008, Magoora, C-414/07, Rec. p. I-10921, point 44).

- 51 Il convient, par conséquent, de répondre à la seconde question que la directive 2004/18 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à l'interprétation d'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, qui interdit aux entités, telles que les universités et les instituts de recherche, qui ne poursuivent pas à titre principal une finalité lucrative de participer à une procédure de passation d'un marché public, alors même que de telles entités sont habilitées par le droit national à offrir les services visés par le marché concerné.

Sur les dépens

- 52 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit:

- 1) **Les dispositions de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et notamment celles de son article 1^{er}, paragraphes 2, sous a), et 8, premier et deuxième alinéas, qui se réfèrent à la notion d'«opérateur économique», doivent être interprétées en ce sens qu'elles permettent la participation à un marché public de services à des entités ne poursuivant pas principalement un but lucratif, ne disposant pas de la structure organisationnelle d'une entreprise et n'assurant pas une présence régulière sur le marché, telles que les**

universités et les instituts de recherche ainsi que les groupements constitués par des universités et des administrations publiques.

- 2) La directive 2004/18 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à l'interprétation d'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, qui interdit aux entités, telles que les universités et les instituts de recherche, qui ne poursuivent pas à titre principal une finalité lucrative de participer à une procédure de passation d'un marché public, alors même que de telles entités sont habilitées par le droit national à offrir les services visés par le marché concerné.**

Signatures