



# Recueil de la jurisprudence

## CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. MICHAŁ Bobek

présentées le 24 novembre 2016<sup>1</sup>

### Affaire C-387/14

#### **Esaprojekt sp. z o.o. contre Województwo Łódzkie**

[demande de décision préjudicielle formée par la Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours, Pologne)]

«Directive 2004/18/CE — Principes de non-discrimination et de transparence — Présentation par le soumissionnaire d'informations complémentaires concernant des fournitures auxquelles il n'a pas été fait référence dans l'offre initiale — Possibilité de combiner l'expérience de deux entités — Possibilité de faire valoir l'expérience acquise en tant que membre d'un groupement d'entreprises — Possibilité de combiner l'expérience découlant de plusieurs contrats — Fausses déclarations dont le soumissionnaire s'est rendu gravement coupable»

## I – Introduction

1. La présente affaire concerne un marché public pour la fourniture de systèmes informatiques d'établissements hospitaliers en Pologne. L'entreprise Konsultant Komputer sp. z o.o. en avait initialement obtenu l'attribution. À la suite d'un recours formé devant les juridictions nationales par Esaprojekt sp. z o.o., qui avait également remis une offre, cette attribution a été annulée parce que l'expérience dont Konsultant Komputer s'était prévaluée n'était pas suffisante. Konsultant Komputer a alors été invitée à expliciter la liste de ses références démontrant son expérience. Dans la liste amendée qu'elle a produite, Konsultant Komputer a présenté de nouvelles références, qui avaient trait à l'expérience de tiers. Le marché ayant été réattribué à Konsultant Komputer, Esaprojekt a introduit à nouveau un recours et celui-ci a donné lieu à la demande de décision préjudicielle dont la Cour est saisie en l'espèce.

2. La Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours, Pologne) pose à la Cour une série de questions qui visent, tout d'abord, à déterminer les conditions dans lesquelles les soumissionnaires peuvent modifier la liste des références qu'ils produisent et se prévaloir de l'expérience de tiers. La juridiction de renvoi souhaite, ensuite, des précisions sur les conditions dans lesquelles des informations qu'un soumissionnaire fournit constituent une « fausse déclaration » au sens de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18/CE<sup>2</sup>. Enfin, elle demande si les expériences que deux contrats distincts ont procurées peuvent être invoquées de manière regroupée afin de remplir une condition de participation à la procédure de marché, alors qu'une telle possibilité n'a pas été envisagée explicitement par le pouvoir adjudicateur.

<sup>1</sup> — Langue originale : l'anglais.

<sup>2</sup> — Directive 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).

## II – Le cadre juridique

### A – *Le droit de l'Union*

3. L'article 2 de la directive 2004/18/CE (ci-après la « directive ») établit les principes de transparence et de non-discrimination dans les procédures de marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

4. L'article 44 de la directive précise, au paragraphe 1, que l'attribution des marchés se fait, entre autres, conformément aux critères relatifs aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés à l'article 48. Son paragraphe 2 prévoit que toute capacité minimale exigée « doi[t] être lié[e] et proportionné[e] à l'objet du marché ».

5. L'article 45 de la directive, qui figure dans la section intitulée « Critères de sélection qualitative », dispose au paragraphe 2, sous g), que peut être exclu de la participation au marché tout opérateur économique qui « s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n'a pas fourni ces renseignements » et, de manière générale pour l'ensemble du paragraphe 2, il prévoit que « [l]es États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe ».

6. L'article 48, paragraphe 2, de la directive expose les différentes façons dont l'expérience des opérateurs économiques peut être établie, ce qui comprend notamment, sous la lettre a), la production de listes des travaux exécutés, des principales livraisons ou des principaux services effectués.

7. L'article 48, paragraphe 3, de la directive prévoit qu'un opérateur économique « peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités ». Dans ce cas, l'opérateur doit faire la preuve « que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités de mettre à la disposition de l'opérateur économique les moyens nécessaires ».

8. L'article 51 de la directive, intitulé « Documentation et renseignements complémentaires », précise qu'un pouvoir adjudicateur « peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats et documents présentés en application des articles 45 à 50 ».

### B – *Le droit polonais*

9. L'article 2, paragraphe 13, de l'Ustawa Prawo zamówień publicznych (loi sur le droit des marchés publics, ci-après la « loi sur les marchés publics ») définit la notion de « marchés publics » comme étant « des contrats à titre onéreux, conclus entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique, et ayant pour objet la prestation de services, la fourniture de produits ou l'exécution de travaux ».

10. L'article 24, paragraphes 2 et 3, de la loi sur les marchés publics prévoit l'exclusion des opérateurs économiques qui « [...] ont communiqué de fausses informations ayant ou pouvant avoir une incidence sur le résultat de la procédure en cours [...] ».

11. L'article 26 de la loi sur les marchés publics prévoit la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de demander aux opérateurs de fournir les informations manquantes, de corriger des erreurs ou de clarifier des déclarations ou documents.

### III – Les faits, la procédure et les questions préjudicielles

12. La présente affaire concerne une procédure de passation d'un marché public pour la fourniture de systèmes informatiques d'hôpitaux publics de la province de Łódź (Pologne). Le lot concerné de ce marché porte sur l'achat et la fourniture d'un système hospitalier intégré (ci-après « SHI ») pour les services du département administratif (ci-après le « département gris ») et du département médical (ci-après le « département blanc ») du Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika (Hôpital provincial autonome Nicolas Copernic).

13. Seuls pouvaient présenter leur candidature, aux termes des spécifications du marché, les opérateurs économiques en mesure de démontrer, entre autres, qu'ils avaient réalisé au moins deux contrats couvrant (pour chacun des contrats invoqués) la fourniture, l'installation, la configuration et la mise en œuvre d'un SHI, pour un montant de minimum 450 000 zlotys polonais (PLN), la taxe sur la valeur ajoutée comprise, dans les départements blanc et gris d'un établissement hospitalier de 200 lits minimum.

14. Pour prouver qu'ils remplissaient la condition précitée, les opérateurs économiques devaient produire une déclaration et une liste des « principales fournitures » de SHI effectuées dans les départements blanc et gris.

15. L'offre de Konsultant Komputer comportait deux mentions pour la fourniture d'un SHI dans les départements blanc et gris d'établissements hospitaliers : i) une fourniture concernant l'hôpital de Słupsk, et ii) une fourniture concernant l'hôpital de Nowy Sącz. Ces fournitures avaient toutes deux été réalisées par un groupement d'entreprises composé de la Konsultant IT sp. z o.o. (ci-après « KIT ») et de Konsultant Komputer.

16. Konsultant Komputer a emporté le marché de l'achat et de la fourniture du SHI. Esaprojekt a contesté cette décision, soutenant en substance que les contrats indiqués par Konsultant Komputer ne remplissaient pas les exigences du marché sur le plan de l'expérience pour la fourniture d'un SHI.

17. Le recours d'Esaprojekt a été accueilli et le pouvoir adjudicateur s'est vu ordonner de demander à Konsultant Komputer de fournir, conformément à la procédure prévue à l'article 26, paragraphe 4, de la loi sur les marchés publics, des éclaircissements quant à la portée des contrats mentionnés, afin de démontrer que la condition en matière de connaissances et d'expérience pour pouvoir participer à la procédure était remplie.

18. À la suite de la demande d'éclaircissements, il est apparu que la fourniture pour l'hôpital de Słupsk avait été réalisée dans le cadre de deux procédures de marché et de deux contrats distincts. L'un de ces contrats ne couvrait pas le département blanc et l'autre ne couvrait pas le département gris. Le pouvoir adjudicateur a considéré que la fourniture pour l'hôpital de Słupsk n'était pas conforme aux spécifications du marché, mentionnées au point 13 des présentes conclusions, étant donné qu'il ne s'agissait pas d'un seul et même « marché public » au sens de l'article 2, paragraphe 13, de la loi sur les marchés publics. Cette fourniture faisait, au contraire, l'objet de deux contrats distincts. Le pouvoir adjudicateur a dès lors demandé à Konsultant Komputer de compléter les documents démontrant qu'elle remplissait les conditions du marché.

19. Konsultant Komputer a complété les documents en produisant une nouvelle liste de fournitures. Cette liste comprenait, comme la précédente, la fourniture effectuée pour l'hôpital de Nowy Sącz et mentionnait, de plus, deux autres fournitures, toutes deux exécutées par un tiers, Medinet Systemy Informatyczne sp. z o.o. (ci-après « Medinet »). Konsultant Komputer a également produit l'engagement pris par Medinet de mettre à sa disposition les moyens nécessaires pour l'exécution du marché et de participer à l'exécution de celui-ci comme conseiller et consultant.

20. L'offre modifiée présentée par Konsultant Komputer ayant été acceptée par le pouvoir adjudicateur, la Województwo Łódzkie (voïvodie de Łódź, Pologne), Esaprojekt a introduit à nouveau un recours contre celle-ci devant la juridiction de renvoi. Dans ces circonstances, la juridiction de renvoi a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes :

« Première question :

L'article 51, lu en combinaison avec le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques et le principe de transparence, figurant à l'article 2 de la [directive], autorise-t-il un opérateur économique, pour compléter ou expliciter des documents, à faire état d'autres exécutions de marchés (c'est-à-dire des livraisons effectuées) que celles figurant dans l'inventaire des livraisons joint à l'offre et, particulièrement, à faire état d'exécutions de marchés d'une autre entité dont il n'a pas mentionné l'utilisation des moyens dans l'offre ?

Deuxième question :

Au regard de l'arrêt du 10 octobre 2013, *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647) dont il résulte que "le principe d'égalité de traitement doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents dudit marché n'aient pas imposé explicitement leur communication sous peine d'exclusion de la candidature", faut-il interpréter l'article 51 de la [directive] en ce sens que ne peuvent être complétés que les documents dont l'existence, avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt de l'offre ou de la demande de participation à la procédure, est objectivement vérifiable ou encore que la Cour de justice n'a indiqué que l'une des possibilités et que les documents peuvent être complétés dans d'autres cas également, par exemple, en joignant des documents qui n'existaient pas avant ledit délai mais qui permettent objectivement de confirmer qu'une condition était remplie ?

Troisième question :

S'il est répondu à la deuxième question en ce sens que peuvent également être complétés des documents autres que ceux mentionnés dans l'arrêt *Manova*, peut-on compléter des documents établis par un opérateur économique, un sous-traitant ou d'autres entités dont un opérateur économique fait valoir les capacités, si ces documents n'ont pas été joints à l'offre ?

Quatrième question :

L'article 44 lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de la [directive] permettent-ils de faire valoir les moyens d'une autre entité tels que visés à l'article 48, paragraphe 3, en additionnant les connaissances et l'expérience de deux entités qui, individuellement, ne disposent pas des connaissances et de l'expérience demandées par le pouvoir adjudicateur dès lors qu'il y a indivisibilité de cette expérience (l'opérateur économique doit remplir l'intégralité de la condition pour être candidat) et de l'exécution du marché (il constitue un tout) ?

Cinquième question :

L'article 44 lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de la [directive] permettent-ils à un opérateur économique, qui a exécuté un marché comme membre d'un groupement d'opérateurs économiques, de faire valoir l'expérience de ce groupement en invoquant une réalisation dudit groupement, indépendamment de la nature de sa participation à la réalisation du marché, ou uniquement d'invoquer l'expérience qu'il a réellement acquise en propre en réalisant un lot donné d'un marché qui lui a été attribué dans le groupement ?

Sixième question :

L'article 45, paragraphe 2, sous g), de la [directive], aux termes duquel peut être exclu de la participation au marché, tout opérateur économique qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements ou qui n'a pas fourni ces renseignements, peut-il être interprété en ce sens que peut être exclu de la participation à un marché tout opérateur économique ayant communiqué de fausses informations ayant ou pouvant avoir une incidence sur le résultat de la procédure en ce que cet opérateur s'est rendu coupable de fausses déclarations du seul fait d'avoir transmis au pouvoir adjudicateur des informations non conformes à l'état de fait et ayant une incidence sur la décision du pouvoir adjudicateur d'exclure un opérateur économique (et rejeter son offre), indépendamment du fait de savoir si l'opérateur économique a agi intentionnellement et à dessein ou non intentionnellement, par imprudence, négligence ou en violation d'un devoir de diligence ? Faut-il retenir que ne "s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements [...] ou [en ne fournissant pas] ces renseignements" que l'opérateur économique qui a présenté de fausses informations (non conformes à l'état de fait) ou également celui qui aurait présenté des informations certes sincères, mais de telle manière à convaincre le pouvoir adjudicateur qu'il remplissait les exigences que celui-ci avait fixées, alors qu'il ne les remplissait pas ?

Septième question :

L'article 44 lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de la [directive] permettent-ils à un opérateur économique de faire valoir une expérience en invoquant simultanément deux ou plusieurs contrats comme un seul marché, bien que, ni dans l'avis de marché ni dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué cette possibilité ? »

21. Des observations écrites ont été présentées par les gouvernements polonais et italien, ainsi que par la Commission européenne. Le gouvernement polonais, la Commission et la voïvodie de Łódź, défenderesse dans l'affaire au principal, ont participé à l'audience du 21 septembre 2016.

#### **IV – Appréciation**

*A – Sur la première question (ainsi que sur les deuxième et troisième questions)*

22. La première question de la juridiction de renvoi tend à savoir si, au regard des articles 2 et 51 de la directive, un opérateur économique peut faire état, après l'expiration du délai imparti pour la remise des offres, de l'expérience d'un tiers qu'il n'a pas fait valoir dans l'offre initiale.

23. Les deuxième et troisième questions tendent à savoir si, au regard de l'arrêt *Manova*<sup>3</sup>, un soumissionnaire peut présenter, après l'expiration du délai imparti pour la remise des offres, des documents qui prouvent qu'il est en mesure de faire appel à l'expérience de ce tiers (en l'espèce, l'engagement pris par *Medinet*).

24. Pour ce qui est de la première question, je considère que l'ajout de telles références n'est en règle générale pas possible pour les raisons qui seront exposées ci-après. Cette réponse rend toute analyse approfondie des deuxième et troisième questions inutile.

25. L'article 51 de la directive prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent inviter les soumissionnaires « à compléter ou à expliciter » les documents qu'ils ont présentés. Les termes « compléter ou expliciter » sont sans doute assez flexibles. Toutefois, selon une jurisprudence constante<sup>4</sup>, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'opposent à toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics. Par conséquent, en principe, le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander des éclaircissements à un soumissionnaire dont il estime l'offre imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges, ni même créer l'impression qu'il autoriserait la modification d'une offre<sup>5</sup>.

26. Il n'en demeure pas moins que la directive « ne s'oppose pas à ce que les données relatives à l'offre puissent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes », pour autant que cela ne puisse pas être assimilé à la présentation d'une nouvelle offre<sup>6</sup>. S'il peut être attendu des soumissionnaires qu'ils fassent preuve de la diligence requise<sup>7</sup>, il convient cependant d'éviter un formalisme excessif<sup>8</sup>. Cet aspect est particulièrement important, eu égard à la nécessité d'assurer l'ouverture et la concurrence dans les procédures de marchés publics.

27. Il faut donc considérer que la possibilité de présenter des informations complémentaires après l'expiration du délai de remise des offres est exceptionnelle mais non pas inexistante. Se pose alors la question de savoir où il faut précisément tracer la ligne.

28. Je pense que l'approche de la Cour pourrait être le mieux illustrée à travers une métaphore : les informations et justificatifs présentés par un soumissionnaire à l'expiration du délai de remise des offres forment une photographie instantanée. Seules les informations et justificatifs que cette photographie contient déjà peuvent être pris en compte par le pouvoir adjudicateur. Ce principe n'empêche pas le pouvoir adjudicateur de « zoomer » sur tout élément un peu indistinct de la photographie qui nécessiterait que la définition de l'image soit augmentée pour le voir clairement. Les informations de base doivent toutefois déjà se trouver sur l'image initiale, même si ce n'est qu'en basse définition.

29. Dans cette logique, je considère qu'un soumissionnaire ne peut pas, en principe, être autorisé à démontrer qu'il remplit les exigences techniques et professionnelles du marché en invoquant l'expérience de tiers dont il n'aurait pas été fait état avant l'expiration du délai de remise des offres. Cette information n'était tout simplement pas contenue dans l'image initiale.

3 — Arrêt du 10 octobre 2013, *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647).

4 — Voir arrêts du 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.* (C-599/10, EU:C:2012:191, point 36), du 10 octobre 2013, *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, point 31), et du 7 avril 2016, *Partner Apelski Dariusz* (C-324/14, EU:C:2016:214, point 62).

5 — Voir arrêt du 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.* (C-599/10, EU:C:2012:191, point 41).

6 — Voir arrêts du 7 avril 2016, *Partner Apelski Dariusz* (C-324/14, EU:C:2016:214, points 63 et 64), du 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.* (C-599/10, EU:C:2012:191, point 40), et du 10 octobre 2013, *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, points 32 à 36).

7 — Arrêt du 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.* (C-599/10, EU:C:2012:191, point 38).

8 — Arrêt du 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345, point 45).

30. Une telle référence à un tiers ne constitue pas une simple clarification ou formalité. Elle constitue en fait une modification significative de l'offre. L'identité même des entités exécutant l'ouvrage, ou dont l'expérience est du moins invoquée pour ce faire, en est altérée. Il s'agit d'un changement fondamental qui affecte un élément clé de la procédure<sup>9</sup>. En outre, ainsi que la Commission le relève, une telle modification peut entraîner la nécessité pour le pouvoir adjudicateur de procéder à des vérifications supplémentaires et même avoir une incidence sur le choix des candidats invités à présenter une offre.

31. De manière plus générale, admettre de telles modifications peut assurément avoir une incidence sur le jeu de la concurrence. La décision d'un soumissionnaire d'invoquer sa propre expérience ou d'avoir recours à celle d'un tiers doit être prise à un moment donné, et ce sur la base des informations dont il dispose à ce moment-là. Donner à un soumissionnaire la possibilité de prendre une nouvelle fois cette décision commerciale, alors que le temps a suivi son cours, pourrait certainement lui procurer un avantage qui serait contraire au principe d'égalité de traitement. Ainsi, le fait de connaître le nombre et l'identité des concurrents qui sont en lice ou l'existence d'un ralentissement des activités sur le marché peuvent, par exemple, inciter le soumissionnaire à chercher à s'adjoindre un partenaire disposant d'une plus grande expérience pour lui permettre d'augmenter ses chances<sup>10</sup>.

32. L'analogie avec des affaires qui se rapportent à la modification, après l'expiration du délai de remise des offres, de la composition de groupements ayant soumissionné conforte aussi cette conclusion. Dans la récente affaire MT Højgaard et Züblin, un groupement constitué de deux entreprises avait été présélectionné pour participer à une procédure de marché public. Le groupement avait remis une offre, mais il a été dissous, par la suite, avant l'attribution du marché. L'une des entreprises du groupement, Aarsleff, a alors demandé à prendre la place du groupement en tant qu'opérateur ayant été présélectionné dans le cadre de la procédure. Cette modification a été acceptée et Aarsleff a fini par emporter le marché. L'attribution a fait l'objet d'un recours devant les juridictions nationales et la Cour a été saisie d'une question préjudicielle sur la compatibilité d'une modification dans la composition d'un groupement avec le principe d'égalité de traitement.

33. Dans son arrêt, la Cour a déclaré que les règles concernant les modifications dans la composition d'un groupement au cours de procédures de marché relèvent en général de la compétence des États membres<sup>11</sup>. Toutefois, pour que le respect du principe d'égalité de traitement soit assuré, Aarsleff devait être en mesure de satisfaire, à lui seul, aux critères de présélection<sup>12</sup>.

34. De même, lorsqu'un pouvoir adjudicateur demande à un soumissionnaire de retirer des éléments de sa liste de références, celui-ci peut évidemment se prévaloir encore des autres éléments. Toutefois, il ne peut pas ajouter à la liste des éléments nouveaux se rapportant à l'expérience de tiers<sup>13</sup>.

9 — Voir, par analogie, arrêt du 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, point 45), où des modifications quant à l'identité de la personne désignée comme directeur technique ont été considérées comme étant plus que simplement formelles et justifiaient, comme telles, à suffisance l'exclusion du soumissionnaire.

10 — Voir, par analogie, conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire MT Højgaard et Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, points 80 et suivants).

11 — Arrêt du 24 mai 2016, MT Højgaard et Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, point 35).

12 — Voir, également, arrêt du 23 janvier 2003, Makedoniko Metro et Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47). Dans cette affaire, un groupement qui s'était porté candidat avait tenté d'*étendre* sa composition après la remise des offres. La loi nationale l'en empêchait formellement. La Cour a conclu qu'une telle interdiction était compatible avec la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO 1992, L 209, p. 1), que la directive 2004/18 a remplacée.

13 — Bien que la question ne se pose pas dans la présente affaire, je n'exclus pas la possibilité qu'un soumissionnaire soit autorisé à se prévaloir d'autres références faisant la preuve de *sa propre* expérience.

35. Je propose donc de répondre à la première question de la juridiction de renvoi en ce sens qu'un opérateur économique ne peut pas invoquer pour la première fois l'expérience d'un tiers après le délai imparti pour la remise des offres. Eu égard à cette réponse, les deuxième et troisième questions de la juridiction nationale (qui se rapportent aux conditions dans lesquelles les éléments de preuve d'une telle expérience d'un tiers peuvent être présentés) n'ont en grande partie plus d'objet. En effet, au cas où un opérateur ne peut en aucune façon invoquer l'expérience d'un tiers, cela n'aurait pas de sens qu'il présente un engagement de ce tiers ou des éléments de preuve de l'expérience de ce dernier.

36. Eu égard à ce qui précède, je propose de répondre de la façon suivante aux trois premières questions de la juridiction de renvoi :

L'article 51 de la directive 2004/18, lu conjointement avec le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques et le principe de transparence qui sont inscrits à l'article 2 de cette directive, n'autorise un opérateur économique, lorsqu'il explicite ou complète des documents, ni à faire état de contrats exécutés par des tiers qu'il n'aura pas mentionnés dans la liste des fournitures jointe à l'offre ni à produire un engagement, pris par de tels tiers, de mettre les moyens nécessaires à sa disposition.

#### B – *Sur la quatrième question*

37. La quatrième question porte sur le fait que, dans l'affaire au principal, les spécifications du marché exigeaient des soumissionnaires qu'ils aient exécuté « au moins deux contrats » couvrant chacun les départements blanc et gris, ainsi qu'il a été exposé au point 13 des présentes conclusions. À la suite de la demande d'explications du pouvoir adjudicateur, Konsultant Komputer a mentionné deux fournitures exécutées par Medinet ainsi que la fourniture faite à l'hôpital de Nowy Sącz.

38. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi demande, en substance, à savoir si l'expérience résultant des fournitures exécutées par Medinet et celle résultant de la fourniture faite à l'hôpital de Nowy Sącz peuvent être invoquées pour satisfaire à l'exigence d'avoir exécuté « au moins deux contrats », conformément aux articles 44 et 48, paragraphe 2, sous a), de la directive et au principe d'égalité de traitement de son article 2.

39. Le texte de la directive montre clairement que, dans le cadre des marchés publics, les opérateurs économiques peuvent en règle générale se prévaloir des capacités d'autres entités<sup>14</sup>. Cette règle générale est aussi conforme à l'objectif de l'ouverture des marchés publics à la concurrence<sup>15</sup> et a été confirmée à maintes reprises par la Cour<sup>16</sup>. Les capacités dont un opérateur se prévaut peuvent dès lors se « fractionner » ou se « répartir » entre différents intervenants, pour autant évidemment que l'opérateur aura, en pratique, les moyens nécessaires de ces autres entités à sa disposition<sup>17</sup>.

14 — Voir, par exemple, l'article 4, paragraphe 2 (le recours à des groupements), l'article 25 (la sous-traitance) et l'article 48, paragraphe 3 (le recours à des tiers), de la directive.

15 — Voir arrêt du 10 octobre 2013, *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646, point 34 et la jurisprudence citée).

16 — Voir, notamment, arrêts du 10 octobre 2013, *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646, points 30 à 32), du 2 décembre 1999, *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:593, points 26 et 27), et du 18 mars 2004, *Siemens et ARGE Telekom* (C-314/01, EU:C:2004:159, point 43).

17 — Article 48, paragraphe 3, de la directive.

40. Néanmoins, afin de garantir des « exigences de capacité minimale » ou des « niveaux minimaux de capacités »<sup>18</sup>, le recours à des tiers peut exceptionnellement être limité. Tel est le cas de « travaux qui présentent des particularités nécessitant une certaine capacité qui n'est pas susceptible d'être obtenue en rassemblant des capacités inférieures de plusieurs opérateurs ». Des exigences de cet ordre doivent être « liée[s] et proportionnée[s] à l'objet du marché en cause »<sup>19</sup>.

41. En l'espèce, les spécifications du marché exigeaient la présentation d'« au moins deux contrats » couvrant un domaine spécifique (la fourniture d'un SHI). Ainsi qu'il résulte des éléments examinés plus haut, cette exigence peut être imposée comme un minimum et exclure le recours à des tiers, pourvu qu'elle soit « liée et proportionnée à l'objet du marché en cause ».

42. Si tel est ou non le cas est une question de fait qu'il appartient au juge national de trancher.

43. Toutefois, la juridiction de renvoi laisse entendre qu'il existe une différence qualitative entre, d'une part, des spécifications du marché qui exigent une longue expérience accumulée dans un domaine déterminé et, d'autre part, celles qui exigent de l'expérience dans une série de domaines distincts.

44. J'admets que l'on ressent intuitivement qu'une telle différence existe. Combiner des expériences dans différents secteurs n'est pas toujours possible (il se peut qu'une expérience intersectorielle ou pleine et entière des systèmes intégrés soit incontournable). Cependant, de telles combinaisons interdisciplinaires sont sans doute moins problématiques que la simple addition d'années d'expérience ou de contrats pris isolément. Une entreprise exécutant un second contrat dans le même domaine le fera à la lumière de son expérience précédente, et ce éventuellement avec des idées nouvelles et différentes<sup>20</sup>.

45. En fin de compte, toutefois, la règle juridique reste la même dans les deux cas. La mesure dans laquelle l'expérience d'un opérateur ayant exécuté deux contrats peut être remplacée par l'expérience de deux opérateurs ayant exécuté chacun un contrat est une question de fait qui doit être appréciée par le juge national.

46. Dans sa question, la juridiction de renvoi fait explicitement état de l'« indivisibilité » de l'expérience pertinente et de l'exécution du contrat. Cela signifie que la juridiction de renvoi a déjà conclu, d'une part, que la possibilité de se référer à des expériences regroupées a été exclue et, d'autre part, que cette exclusion est « liée et proportionnée à l'objet du marché en cause ». Dans la mesure où tel est effectivement le cas, les dispositions de la directive que la juridiction de renvoi cite autorisent le pouvoir adjudicateur à exclure la possibilité de faire valoir, en combinant les connaissances et l'expérience de deux entités, les moyens d'une autre entité.

47. Eu égard à ce qui précède, je propose de répondre à la quatrième question de la juridiction de renvoi comme suit :

L'article 44 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec son article 48, paragraphe 2, sous a), et avec le principe d'égalité de traitement prévu à son article 2, n'autorise pas un opérateur économique à faire valoir, au sens de l'article 48, paragraphe 3, de cette directive, les connaissances et l'expérience d'une autre entité, lorsque le pouvoir adjudicateur en a expressément exclu la possibilité. Toutefois, toute exclusion de cet ordre doit être liée et proportionnée à l'objet du marché en cause.

18 — Voir article 44, paragraphe 2, de la directive.

19 — Arrêt du 10 octobre 2013, *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646, point 35 qui met les termes de l'article 44, paragraphe 2, en évidence).

20 — Par exemple, si je souhaite faire appel aux services d'un juriste ayant neuf ans d'expérience en droit fiscal, en droit des sociétés et en droit commercial, je peux accepter trois juristes ayant chacun neuf ans d'expérience, respectivement, en droit fiscal, en droit des sociétés et en droit commercial. J'hésiterais davantage, toutefois, à faire appel à trois juristes ayant chacun trois années d'expérience dans les trois domaines combinés, et je ne ferais assurément pas appel à neuf juristes ayant chacun une année d'expérience.

C – Sur la cinquième question

48. Par la cinquième question, la juridiction de renvoi demande des éclaircissements quant aux conditions dans lesquelles un opérateur économique peut se prévaloir d'une expérience acquise par un groupement d'entreprises dont il a fait partie. Cette question se rapporte au fait que, dans l'affaire au principal, la fourniture pour l'hôpital de Nowy Sącz et la fourniture pour l'hôpital de Słupsk ont toutes deux été exécutées par un groupement constitué de deux entreprises, à savoir Konsultant Komputer et KIT. Telle que je comprends la question, la juridiction de renvoi souhaite savoir si Konsultant Komputer peut purement et simplement invoquer cette expérience pour confirmer la validité de son offre ou si le rôle qu'elle a joué dans la fourniture revêt une importance<sup>21</sup>.

49. Je considère que le rôle spécifique d'une entreprise dans le groupement dont elle a fait partie, et l'expérience qui en résulte, est vraiment crucial.

50. L'article 44 et l'article 48, paragraphe 2, sous a), de la directive prévoient que l'évaluation des offres se fait, notamment, en fonction de l'expérience telle qu'elle est établie par les listes des travaux et des fournitures effectuées au cours des dernières années. Il existe, à l'évidence, une différence entre le fait de disposer de l'expérience nécessaire pour exécuter un contrat et le fait de connaître quelqu'un qui dispose de cette expérience. De même, l'expérience ne peut pas s'acquérir simplement en ayant été formellement soit une partie à un contrat, soit un membre d'un groupement d'entreprises.

51. La juridiction de renvoi l'illustre judicieusement par l'exemple d'un groupement qui construit une autoroute et qui est composé de trois entreprises : une banque (qui finance l'opération), une entreprise de construction (qui réalise l'ouvrage proprement dit) et un prestataire de services (qui assure les services d'appui administratif, juridique et comptable). Il est clair que le financement d'une telle opération ne confère pas à la banque l'expérience nécessaire pour construire une autoroute.

52. En définitive, toutefois, le rôle bien précis de chaque entreprise et l'expérience qu'elle en retire dépendent des circonstances spécifiques. Il est possible, par exemple, que la banque était le principal responsable en ce qui concerne les opérations de financement, mais que le prestataire de services y était étroitement associé, acquérant ainsi un certain niveau d'expérience dans ce domaine. Ce niveau d'expérience pourrait être pleinement approprié et suffisant dans le cadre d'une autre procédure de marché relative à un projet différent. Il pourrait aussi ne pas l'être. Ce sont là des questions de fait.

53. La question de savoir, d'une part, quel était le rôle précis que Konsultant Komputer a joué dans la fourniture faite à l'hôpital de Nowy Sącz (et dans celle faite à l'hôpital de Słupsk<sup>22</sup>) et, d'autre part, si cela correspond à l'expérience requise dans l'avis de marché constituée, de même, une question de fait relevant de la compétence de la juridiction de renvoi.

54. Enfin, les observations qui précèdent se rapportent à une situation où l'opérateur économique présente, *spécifiquement comme constituant sa propre expérience*, des fournitures exécutées par un groupement d'opérateurs. Ces observations sont formulées sans préjudice de la possibilité pour un opérateur économique de faire valoir les capacités de tiers prévue, par exemple, à l'article 48, paragraphe 3, de la directive, qui a été examinée plus en détail au point 39 des présentes conclusions.

21 — La décision de renvoi montre clairement que ce n'est absolument pas de l'expérience de KIT, en tant qu'« autre entité » au sens de l'article 48, paragraphe 3, de la directive, dont Konsultant Komputer entend faire état, cette entreprise présentant plus exactement l'expérience acquise au sein du groupement comme étant la sienne.

22 — La voirie de Łódź a confirmé lors de l'audience que Konsultant Komputer ne se prévalait plus formellement de la fourniture pour l'hôpital de Słupsk.

55. Eu égard à ce qui précède, je propose de répondre de la façon suivante à la cinquième question de la juridiction de renvoi :

L'article 44 et l'article 48, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'un opérateur économique qui a exécuté un contrat en tant que membre d'un groupement d'opérateurs économiques peut uniquement faire valoir comme sienne l'expérience qu'il a acquise lui-même dans l'exécution de ce contrat. Cette conclusion ne préjuge pas de la possibilité pour un opérateur économique de faire valoir les capacités de tiers dans les conditions prévues par la directive.

#### D – *Sur la septième question*

56. La septième question se rapporte au fait que, dans l'affaire au principal, la fourniture pour l'hôpital de Słupsk avait fait l'objet de deux contrats distincts conférant des expériences complémentaires (dans les départements blanc et gris), alors que l'avis de marché et les documents du marché faisaient état de contrats comportant, à la fois, l'un et l'autre départements<sup>23</sup>.

57. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi demande des éclaircissements sur les conditions dans lesquelles les expériences acquises dans le cadre de deux marchés distincts peuvent être présentées de manière regroupée afin de satisfaire à une condition qui n'a pas été formulée explicitement comme étant divisible.

58. Pour les raisons que je développerai ci-après, je considère que la réponse à cette question est que les opérateurs devraient en général pouvoir regrouper, de cette manière, une expérience « fractionnée ». L'exclusion totale d'une telle possibilité par le pouvoir adjudicateur devrait rester exceptionnelle.

59. Il suit, entre autres, des réponses proposées dans les présentes conclusions pour les quatrième et cinquième questions que la directive ne prescrit pas précisément comment et par qui l'expérience pertinente doit avoir été emmagasinée. Ainsi, sous certaines conditions, un opérateur peut en général se prévaloir, par exemple, de l'expérience acquise : a) dans le cadre de contrats qu'il a conclus à lui seul ; b) dans le cadre de contrats conclus par un groupement d'opérateurs dont il fait partie ; ou c) par un tiers.

60. La question déterminante est celle de savoir si l'expérience globale dont l'opérateur économique peut véritablement faire état, qu'elle soit la sienne ou celle d'un tiers, est suffisante pour l'exécution du contrat.

61. Par conséquent, le fait que cette expérience a été techniquement acquise dans le cadre, non pas d'un seul contrat, mais de deux ou de plusieurs contrats distincts devrait normalement être sans importance. Si l'expérience combinée est suffisante pour exécuter le contrat, cela devrait suffire.

62. En effet, les exigences d'un marché peuvent être remplies en rassemblant les capacités et expériences réparties entre *différents opérateurs*. Il serait a fortiori tout simplement illogique d'exclure, par principe, la possibilité de rassembler des capacités et expériences qu'*un même opérateur* a acquises dans le cadre de *différents contrats*.

23 — Dans la mesure où Konsultant Komputer ne ferait plus valoir les fournitures pour l'hôpital de Słupsk, cette question pourrait, le cas échéant, être considérée comme étant hypothétique. Toutefois, comme il ne ressort pas clairement de la décision de renvoi que tel serait le cas, la présomption générale de pertinence de la question s'applique.

63. Des limitations peuvent être apportées à la combinaison des expériences de différents opérateurs lorsqu'elles sont « liée[s] et proportionnée[s] à l'objet du marché en cause »<sup>24</sup>. À mon sens, ce raisonnement et ces limitations peuvent être appliqués, par analogie, au fractionnement de l'expérience sur différents contrats exécutés par le même opérateur. Ainsi, par exemple, un pouvoir adjudicateur peut prévoir en principe que certaines exigences en matière d'expérience peuvent uniquement être satisfaites en s'appuyant sur des contrats distincts qui comportent chacun une expérience dans différents domaines. Toutefois, une telle exigence doit également être nécessaire, proportionnée et liée à l'objet du marché.

64. Il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si l'expérience qui est requise dans le marché spécifique concerné remplit ces conditions. Néanmoins, les considérations d'ordre général qui suivent méritent d'être soulignées.

65. Tout d'abord, les marchés doivent en principe être ouverts à la concurrence<sup>25</sup>. Conformément à cet objectif, l'exclusion de la référence à l'expérience d'un tiers constitue l'exception. L'exclusion de l'expérience « fractionnée » devrait l'être également. Partant, en l'absence d'une telle exclusion dans l'avis de marché ou dans les spécifications du marché, elle ne peut pas simplement être tenue pour acquise. Elle doit avoir été énoncée clairement.

66. Ensuite, la juridiction de renvoi se réfère spécifiquement à l'article 2 de la directive, qui établit également le principe d'égalité de traitement. Selon moi, ce principe ne devrait pas soulever de problème en ce qui concerne la présentation regroupée d'expériences acquises dans des contrats distincts, car soit a) *tout* opérateur économique déposant une offre est autorisé en principe à faire valoir de tels contrats de manière regroupée, soit b) *aucun* des opérateurs économiques ne l'est (lorsque le pouvoir adjudicateur en a exclu la possibilité).

67. Enfin, dans la mesure où la référence à des expériences regroupées n'a pas été exclue, il appartient au pouvoir adjudicateur, sous le contrôle des juridictions nationales, de déterminer si l'expérience combinée de deux ou de plusieurs contrats remplit à suffisance, dans un cas concret, les exigences fixées par les spécifications du marché. En effet, même lorsque deux ou plusieurs contrats peuvent en principe être combinés, il est possible que l'expérience globale soit simplement inadéquate dans un cas spécifique. Dans cette appréciation, il convient de prendre tous les éléments pertinents en considération, y compris, par exemple, les rapports existant entre les divers contrats<sup>26</sup> et les exigences spécifiques du marché<sup>27</sup>.

68. Eu égard à ce qui précède, je propose de répondre de la façon suivante à la septième question de la juridiction de renvoi :

L'article 44 et l'article 48, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18, lus en combinaison avec le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 2 de cette directive, autorisent un opérateur économique à faire valoir une expérience en invoquant conjointement deux ou plusieurs contrats comme un seul marché public, à moins qu'une telle référence regroupée n'ait été expressément exclue par le pouvoir adjudicateur. Toute exclusion de cet ordre doit être liée et proportionnée à l'objet du marché en cause.

24 — Voir point 40 des présentes conclusions.

25 — Voir point 25 des présentes conclusions.

26 — Tout lien formel entre les contrats et toute similitude quant à l'objet, au client, au délai d'exécution, etc.

27 — Le caractère intégré du service requis, du délai de livraison et de toute exigence de capacité minimale y afférente, etc.

E – Sur la sixième question

69. Par la sixième question, la juridiction de renvoi demande si, indépendamment de son état d'esprit, un soumissionnaire peut être exclu au titre de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive pour s'être « rendu gravement coupable de fausses déclarations » (en fournissant des informations ou en ne le faisant pas). Elle demande également si cette disposition permet l'exclusion de l'offre lorsque le soumissionnaire ne satisfait pas, en réalité, aux conditions du marché mais que, pour en donner l'impression, il a présenté des informations techniquement exactes de manière créative.

70. Le texte de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive donne aux États membres la possibilité<sup>28</sup> d'exclure des soumissionnaires dans certains cas de fausses déclarations. Il peut s'agir de fausses déclarations de cet ordre lorsque les informations « requises », par exemple pour établir ses capacités, sont fournies ou sont omises.

71. Au sens naturel de ses termes, l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive a donc trait à des situations où un opérateur omet ou inclut certaines informations, ce qui conduit le pouvoir adjudicateur à se faire une idée inexacte de ses capacités.

72. Toute fausse déclaration ne constitue pas un motif d'exclusion. L'utilisation des termes « gravement » ou « grave » implique que la simple communication d'informations inexactes ne suffit pas pour relever de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive et qu'un certain niveau de gravité doit être atteint.

73. La détermination de la gravité n'est toutefois pas évidente. La comparaison des différentes versions linguistiques ne fait qu'augmenter l'ambiguïté à cet égard. Dans certaines versions linguistiques, le terme évoquant la gravité se rapporte au terme « coupable »<sup>29</sup>, ce qui peut être interprété comme requérant un certain état d'esprit ou degré d'imprudence. Dans d'autres versions linguistiques, le terme évoquant la gravité se rattache aux fausses déclarations, ce qui implique que l'accent est mis sur l'acte lui-même, sur ses conséquences ou sur les deux à la fois<sup>30</sup>.

74. Le dernier alinéa de l'article 45, paragraphe 2, de la directive semble offrir des éclaircissements. Il prévoit que les États membres sont tenus de préciser les « conditions d'application » de l'article 45, paragraphe 2, dans leur droit national. Ainsi, l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive peut s'entendre comme énonçant des conditions minimales pour établir les fausses déclarations dont le caractère est suffisamment grave pour autoriser les États membres à exclure un soumissionnaire. Il ne vise cependant pas à harmoniser pleinement la notion<sup>31</sup>. Cette lecture correspond aussi à une interprétation restrictive des motifs d'exclusion et à la nécessité d'évaluer chaque opérateur au cas par cas.

75. À quoi correspond ce degré minimal de gravité ? Pour les raisons suivantes, je considère que la « gravité » devrait se rapporter aux conséquences (objectives) de la communication ou non-communication d'informations, indépendamment de l'état d'esprit (subjectif) ou de l'intention (subjective) de la personne qui doit les communiquer.

28 — « Peut être exclu [...] tout opérateur économique [...] » (mise en italique par mes soins).

29 — En français, en italien, en espagnol ou en néerlandais, il s'agit respectivement des termes « gravement coupable », « *gravamente colpevole* », « *gravamente culpable* » et « *in ernstige mate schuldig* ».

30 — En anglais, en allemand ou en tchèque, il s'agit respectivement des termes « *guilty of serious misrepresentation* », « *in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig* », « *kteřý se dopustil vážného zkrselení* ». D'autres versions linguistiques, toutefois, notamment la version slovaque (« *bol uznaný vinným zo skreslovanie skutočnosti* »), omettent toute référence à la gravité, que ce soit en ce qui concerne l'état d'esprit ou les conséquences de l'acte.

31 — Voir, également, article 45, paragraphe 2, sous d), de la directive qui prévoit l'éventuelle exclusion d'un opérateur économique « qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave ». Ainsi que l'observe la Commission, la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation de cette disposition se réfère au rôle des États membres dans la définition de cette notion mais aussi à la nécessité d'un degré de gravité minimal avant que cette disposition ne soit applicable.

76. À mon avis, *seuls* les actes ou les omissions qui entraînent un avantage concurrentiel permettant à un opérateur de rester en lice, alors qu'il aurait autrement été écarté de la procédure, peuvent relever de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive<sup>32</sup>. En d'autres termes, lorsqu'une fausse déclaration (en communiquant des informations ou en les omettant) n'est pas susceptible d'affecter le résultat, elle ne peut pas constituer une justification valable pour exclure l'opérateur. C'est à cela que je ferai référence, ci-après, par la « condition du résultat ».

77. Cette interprétation est confortée par les versions linguistiques qui soulignent la gravité des fausses déclarations. Elle peut être jugée compatible avec les versions qui soulignent la gravité de la « culpabilité ». Elle correspond également à l'objectif de l'ouverture de la concurrence et elle est conforme à une interprétation restrictive des motifs d'exclusion. Si un soumissionnaire est le mieux placé pour exécuter le marché, qu'il ait remis le prix le plus bas ou l'offre la plus avantageuse<sup>33</sup>, l'exclure irait alors à l'encontre d'une attribution du marché effectuée sur la base de critères objectifs permettant d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix, que la directive a pour objectif d'assurer<sup>34</sup>.

78. Il s'ensuit que, pour toute exclusion au titre de fausses déclarations, la condition du résultat est une condition sine qua non.

79. En outre, je considère que *tous les cas* où la condition du résultat est remplie peuvent relever, en théorie, de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive. En effet, si elle est susceptible d'affecter le résultat, la communication ou non-communication de certaines informations est *en elle-même* déjà grave. Ainsi, dans certaines circonstances, il se peut qu'une « simple erreur de plume » ou une erreur « évidente » ou « vénielle » aient l'effet inattendu de modifier fondamentalement le résultat d'une procédure de marché. De telles erreurs peuvent être totalement non intentionnelles. Elles ne sont toutefois ni vénielles ni insignifiantes aux yeux d'un concurrent qui, de ce fait, perd le marché ou subit un désavantage significatif.

80. Je considère donc que, à elle seule, la réalisation de la condition du résultat est *suffisante pour autoriser l'exclusion* au titre de fausses déclarations, sans que d'autres conditions doivent être remplies. Trois arguments supplémentaires confortent cette interprétation de la notion de « fausses déclarations » au sens de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive, c'est-à-dire détachée de tout élément intentionnel subjectif de la part du soumissionnaire.

81. Tout d'abord, l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive ne fait aucune référence à l'état d'esprit, de manière générale, ni à l'intention, à la négligence ou à l'imprudence, de manière spécifique, et il tente encore moins de donner un contenu à ces notions. Dans ces conditions, il est inopportun d'essayer de définir la portée de cette disposition sur la base de telles notions complexes, sans éléments permettant de s'en faire effectivement une idée précise. À elle seule, cette circonstance plaide en faveur d'une interprétation objective de la disposition, telle que je l'ai suggérée dans les présentes conclusions. En outre, l'article 45, paragraphe 2, n'énonce que les conditions de base en application desquelles le droit de l'Union donne la *possibilité* d'exclure des soumissionnaires. Ce faisant, la disposition s'en remet expressément aux États membres pour préciser les conditions d'application, ce qui peut impliquer, par exemple, les notions d'« imprudence » ou d'« intention » en droit national.

82. Ensuite, d'un point de vue pratique, peut-on en réalité raisonnablement attendre d'une autorité administrative, dans le cadre d'une procédure de marché public, qu'elle vérifie et établisse l'intention d'une entreprise, alors qu'elle doit souvent agir dans des délais serrés et éventuellement faire face à de nombreuses soumissions volumineuses ? Il est très clair que l'idée n'est pas réaliste.

32 — Ceux qui ont une incidence essentielle sur, par exemple, la présélection ou la passation du marché.

33 — Voir article 53, paragraphe 1, de la directive.

34 — Voir, notamment, considérant 46 de la directive.

83. Enfin, même si une autorité administrative avait la capacité de déterminer l'intention de l'entreprise, en quoi cela serait-il réellement utile ? On attend en général des opérateurs qui participent à des procédures de marché qu'ils ne manquent pas à leur devoir de diligence dans la rédaction de leur offre<sup>35</sup>. Un professionnel est tout simplement présumé savoir et agir avec toutes les précautions voulues. Cela signifie que, outre l'intention, d'autres formes d'imprudence seraient sans doute également admises. Si tel était effectivement le cas, alors l'état d'esprit ne constituerait pas, en réalité, un véritable critère de distinction.

84. La condition du résultat constitue donc une condition sine qua non et elle est aussi, à elle seule, suffisante pour relever de la portée de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive. Cependant, elle ne fait qu'ouvrir la *possibilité* donnée aux États membres d'exclure un opérateur. Conformément au dernier alinéa de l'article 45, paragraphe 2, c'est au niveau national que sont déterminées les conditions détaillées dans lesquelles des opérateurs doivent être exclus dans la pratique.

85. En guise d'observation finale quant à l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive, la juridiction de renvoi a soulevé explicitement la question de savoir si pouvaient relever de cette disposition des informations *exactes* qui sont présentées de manière tendancieuse, c'est-à-dire d'une manière qui donne l'impression que les exigences du marché sont remplies, alors qu'elles ne le sont pas en réalité. À cet égard, la juridiction de renvoi envisage dans sa question une situation où un opérateur ne remplit pas les exigences du marché.

86. En pareille situation, l'opérateur serait normalement exclu, tout simplement parce qu'il ne remplit pas les exigences du marché. Un tel soumissionnaire ne devrait rester en lice que si sa soumission est modifiée de telle sorte qu'il remplit *effectivement* les exigences. C'est aussi dans ce seul scénario qu'il serait vraiment nécessaire de prendre en considération l'exclusion au titre de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive.

87. Ainsi qu'il a été exposé dans mon appréciation de la première question, il y a clairement des limites à ce qui peut être admis comme modifications des offres après le délai imparti pour leur remise. Ces limites risquent d'être franchies lorsque des modifications peuvent constituer une différence majeure, telle celle en cause (c'est-à-dire la différence entre le fait de ne pas satisfaire aux exigences du marché avant la modification et celui d'y satisfaire après la modification).

88. Toutefois, à supposer que de telles modifications soient possibles en théorie, l'opérateur concerné pourrait-il malgré tout être exclu pour avoir présenté des fausses déclarations dans son offre initiale ?

89. J'estime que la réponse à cette question est affirmative : un tel opérateur pourrait *éventuellement* être exclu. La raison en est, d'une part, qu'il n'a pas fourni initialement les informations requises en vertu de l'article 48, paragraphe 2, sous a), de la directive [ce qui constitue un cas de fausses déclarations auquel il est fait référence à l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive] et, d'autre part, que cette omission était importante en ce sens qu'elle pouvait avoir une incidence sur le résultat de la procédure de marché (la condition du résultat).

90. La question n'est donc pas tant le fait que l'opérateur se soit livré d'une certaine façon à un « marketing limite » de son expérience effective, mais bien plutôt le fait que, quelle que soit la façon dont l'image de son expérience s'est retrouvée embellie, il a omis initialement de fournir les informations « requises » au titre de l'article 48, paragraphe 2, sous a), de la directive et que la communication ultérieure de ces informations a modifié le résultat de la procédure.

35 — Arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a. (C-599/10, EU:C:2012:191, point 38).

91. Eu égard à ce qui précède, je propose de répondre à la sixième question de la juridiction de renvoi comme suit :

Un opérateur économique peut être considéré comme s'étant rendu gravement coupable de fausses déclarations, au sens de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18, dans les seuls cas où les fausses déclarations alléguées peuvent avoir une incidence sur la décision du pouvoir adjudicateur en lui permettant de rester en lice alors qu'il aurait autrement été écarté de la procédure. L'application de cette disposition dépend de la communication ou non-communication des informations requises au titre du chapitre VII, section 2, de la directive 2004/18. Elle ne dépend ni de la communication d'informations factuellement inexactes ni d'un état d'esprit spécifique de l'opérateur économique.

## V – Conclusion

92. Je propose que la Cour réponde aux questions préjudicielles posées par la Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours, Pologne) de la façon suivante :

Les première, deuxième et troisième questions : l'article 51 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, lu conjointement avec le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques et le principe de transparence qui sont inscrits à l'article 2 de cette directive, n'autorise un opérateur économique, lorsqu'il explicite ou complète des documents, ni à faire état de contrats exécutés par des tiers qu'il n'aura pas mentionnés dans la liste des fournitures jointe à l'offre ni à produire un engagement, pris par de tels tiers, de mettre les moyens nécessaires à sa disposition.

La quatrième question : l'article 44 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), de celle-ci et avec le principe d'égalité de traitement prévu à son article 2, n'autorise pas un opérateur économique à faire valoir, au sens de l'article 48, paragraphe 3, de cette directive, les connaissances et l'expérience d'une autre entité, lorsque le pouvoir adjudicateur en a expressément exclu la possibilité. Toutefois, toute exclusion de cet ordre doit être liée et proportionnée à l'objet du marché en cause.

La cinquième question : l'article 44 et l'article 48, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'un opérateur économique qui a exécuté un contrat en tant que membre d'un groupement d'opérateurs économiques peut uniquement faire valoir comme sienne l'expérience qu'il a acquise, lui-même, dans l'exécution de ce contrat. Cette conclusion ne préjuge pas de la possibilité pour un opérateur économique de faire valoir les capacités de tiers dans les conditions prévues par la directive.

La sixième question : un opérateur économique peut être considéré comme s'étant rendu gravement coupable de fausses déclarations, au sens de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18, dans les seuls cas où les fausses déclarations alléguées peuvent avoir une incidence sur la décision du pouvoir adjudicateur en lui permettant de rester en lice alors qu'il aurait autrement été écarté de la procédure. L'application de cette disposition dépend de la communication ou non-communication des informations requises au titre du chapitre VII, section 2, de la directive 2004/18. Elle ne dépend ni de la communication d'informations factuellement inexactes ni d'un état d'esprit spécifique de l'opérateur économique.

La septième question : l'article 44 et l'article 48, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18, lus en combinaison avec le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 2 de cette directive, autorisent un opérateur économique à faire valoir une expérience en invoquant conjointement deux ou plusieurs

contrats comme un seul marché public, à moins qu'une telle référence regroupée n'ait été expressément exclue par le pouvoir adjudicateur. Toute exclusion de cet ordre doit être liée et proportionnée à l'objet du marché en cause.