



## Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)

18 décembre 2014\*

«Renvoi préjudiciel — Marchés publics de services — Directive 92/50/CEE — Articles 1<sup>er</sup>, sous c), et 37 — Directive 2004/18/CE — Articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 8, premier alinéa, et 55 — Notions de ‘prestataire de services’ et d’‘opérateur économique’ — Établissement hospitalier universitaire public — Établissement doté de la personnalité juridique ainsi que de l’autonomie entrepreneuriale et d’organisation — Activité principalement non lucrative — Finalité institutionnelle d’offrir des prestations de santé — Possibilité d’offrir des services analogues sur le marché — Admission à participer à une procédure de passation d’un marché public»

Dans l’affaire C-568/13,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par le Consiglio di Stato (Italie), par décision du 28 juin 2013, parvenue à la Cour le 6 novembre 2013, dans la procédure

**Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze**

contre

**Data Medical Service Srl,**

en présence de:

**Regione Lombardia,**

**Bio-Development Srl,**

LA COUR (cinquième chambre),

composée de M. T. von Danwitz, président de chambre, MM. C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász (rapporteur) et D. Šváby, juges,

avocat général: M<sup>me</sup> J. Kokott,

greffier: M. V. Tourrès, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 15 octobre 2014,

considérant les observations présentées:

— pour l’Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, par M<sup>e</sup> P. Stolzi, avvocato,

\* Langue de procédure: l’italien.

- pour Data Medical Service Srl, par M<sup>e</sup> T. Ugoccioni, avvocato,
  - pour Bio-Development Srl, par M<sup>es</sup> E. D’Amico et T. Ugoccioni, avvocati,
  - pour le gouvernement italien, par M<sup>me</sup> G. Palmieri, en qualité d’agent, assistée de M. S. Varone, avvocato dello Stato,
  - pour la Commission européenne, par MM. G. Conte et A. Tokár, en qualité d’agents,
- vu la décision prise, l’avocat général entendu, de juger l’affaire sans conclusions,
- rend le présent

### Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l’interprétation des articles 1<sup>er</sup>, sous c), et 37 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), et des articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 8, premier alinéa, et 55 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 l’Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze (établissement hospitalier universitaire de Careggi, ci-après l’«Azienda») à Data Medical Service Srl (ci-après «Data Medical Service»), au sujet de la régularité de l’exclusion de la participation de la première entité à une procédure de passation d’un marché public de services.

### Le cadre juridique

#### *Le droit de l’Union*

- 3 L’article 1<sup>er</sup>, sous c), de la directive 92/50 disposait:  
«[L]e *prestataire de services* est toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public, qui offre des services [...]».
- 4 Aux termes de l’article 37 de cette directive:  
«Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, des précisions sur la composition de l’offre qu’il juge opportunes et vérifie cette composition en tenant compte des justifications fournies.  
  
Le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des justifications tenant à l’économie de la prestation de services, ou aux solutions techniques adoptées, ou aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour prester le service, ou à l’originalité du projet du soumissionnaire.  
  
Si les documents relatifs au marché prévoient l’attribution au prix le plus bas, le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer à la Commission le rejet des offres jugées trop basses.»

5 Le considérant 1 de la directive 2004/18 énonce que cette directive procède, dans un souci de clarté, à la refonte dans un seul texte des directives précédentes applicables en matière de marchés publics de services, de fournitures et de travaux, et est fondée sur la jurisprudence de la Cour.

6 Aux termes du considérant 4 de ladite directive:

«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.»

7 L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 8, premier et deuxième alinéas, de la même directive prévoit:

«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.»

8 L'article 55 de la directive 2004/18, intitulé «Offres anormalement basses», est ainsi libellé:

«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.»

*Le droit italien*

- 9 Il ressort de l'article 3 du décret législatif n° 502 relatif à la réforme dans le domaine de la santé (decreto legislativo n. 502 Riordino della disciplina in materia sanitaria), du 30 décembre 1992 (supplément ordinaire à la GURI n° 305, du 30 décembre 1992), tel qu'interprété par la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle), que les établissements de santé sont des organismes publics économiques qui «accomplissent leurs missions de nature essentiellement technique, sous la forme juridique d'établissements publics dotés de l'autonomie entrepreneuriale, sur la base des instructions générales contenues dans les plans sanitaires régionaux et des instructions d'application qui leur sont imparties par les Giunte regionali [(conseils régionaux)]».
- 10 Aux termes de l'article 3, paragraphe 1 bis, de ce décret:
- «En fonction de la poursuite de leurs finalités institutionnelles, les unités sanitaires locales se constituent en établissements dotés de la personnalité juridique de droit public et de l'autonomie entrepreneuriale; leur organisation et leur fonctionnement sont régis par un atto aziendale [acte par lequel sont définies les responsabilités dans la gestion de l'établissement, notamment sur le plan budgétaire] de droit privé, dans le respect des principes et critères prévus par les dispositions régionales. L'atto aziendale définit les structures opérationnelles dotées de l'autonomie de gestion et technico-professionnelle, qui sont tenues à une reddition de comptes détaillée.»
- 11 La directive 92/50 a été transposée dans l'ordre juridique italien par le décret législatif n° 157, du 17 mars 1995 (supplément ordinaire à la GURI n° 104, du 6 mai 1995).
- 12 Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, de ce décret:
- «Sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs les administrations de l'État, les régions, les provinces autonomes de Trente et de Bolzano, les entités publiques territoriales, les autres entités publiques sans but lucratif, les organismes de droit public de quelque dénomination que ce soit.»
- 13 L'article 5, paragraphe 2, sous h), dudit décret prévoit que ce dernier ne s'applique pas aux «marchés publics de services attribués à une entité publique qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à condition que ces mesures soient compatibles avec le traité».
- 14 La directive 2004/18 a été transposée dans l'ordre juridique italien par le décret législatif n° 163/2006, du 12 avril 2006 (supplément ordinaire à la GURI n° 100, du 2 mai 2006), qui porte codification des règles en matière de marchés publics.
- 15 L'article 19, paragraphe 2, de ce décret dispose:
- «Le présent code ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur ou une entité publique adjudicatrice à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité.»

16 L'article 34, paragraphe 1, dudit décret désigne les personnes habilitées à participer aux procédures d'attribution de marchés publics et est ainsi libellé:

«Sont admises à participer aux procédures de passation des marchés publics, sans préjudice des limites expressément indiquées, les personnes suivantes:

- a) les entrepreneurs individuels, y compris les artisans, les sociétés commerciales, les sociétés coopératives;
- b) les consortiums de sociétés coopératives de production et de travail [...] ainsi que les consortiums d'entreprises artisanales [...];
- c) les consortiums constitués, y compris sous la forme de sociétés consortiales au sens de l'article 2615 ter du code civil, entre entrepreneurs individuels, y compris les artisans, les sociétés commerciales, les sociétés coopératives de production et de travail, selon les dispositions de l'article 36;
- d) les groupements temporaires de concurrents, constitués des personnes visées sous a), b), et c) [...];
- e) les consortiums ordinaires de concurrents visés à l'article 2602 du code civil, constitués entre les personnes visées sous a), b), et c), du présent paragraphe, y compris en forme de société au sens de l'article 2615 ter du code civil [...];

e bis)

les regroupements d'entreprises qui adhèrent à un contrat de réseau au sens de l'article 3, paragraphe 4 ter, du décret-loi n° 5 du 10 février 2009 [...];

f) les personnes ayant conclu un contrat de groupement européen d'intérêt économique (GEIE) au sens du décret législatif n° 240 du 23 juillet 1991 [...];

f bis)

les opérateurs économiques, au sens de l'article 3, paragraphe 22, établis dans d'autres États membres, constitués conformément à la législation en vigueur dans leurs pays respectifs.»

17 Le point f bis a été inséré à l'article 34, paragraphe 1, du décret législatif n° 163/2006 par l'adoption du décret législatif n° 152, du 11 septembre 2008 (supplément ordinaire à la GURI n° 231, du 2 octobre 2008), à la suite d'une procédure d'infraction engagée contre la République italienne par la Commission, laquelle avait souligné que les directives en matière de marchés publics ne permettent pas de restreindre la possibilité de participer aux appels d'offres à certaines catégories d'opérateurs économiques.

18 Les articles 86 à 88 du décret législatif n° 163/2006 prévoient les mécanismes de vérification de l'anomalie de l'offre, sur la base desquels le pouvoir adjudicateur peut décider d'exclure un soumissionnaire de la procédure d'attribution du marché en cause.

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

19 Par un avis publié le 5 octobre 2005, la Regione Lombardia (région de Lombardie) a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution, selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, du service triennal de traitement de données pour l'évaluation externe de la qualité des médicaments. L'Azienda, qui est établie et exerce ses activités dans la région de Toscane, a participé à cet appel d'offres et a été classée première, compte tenu principalement du prix auquel elle proposait

ses services, de l'ordre de 59 % inférieur à celui du deuxième soumissionnaire le mieux classé, Data Medical Service. À la suite de la vérification du caractère éventuellement anormal de cette offre, le marché a été attribué à l'Azienda, par décision de la Regione Lombardia du 26 mai 2006.

- 20 Data Medical Service a attaqué la décision d'attribution du marché devant le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (tribunal administratif de la région de Lombardie), faisant valoir que l'adjudicataire aurait dû être exclu au motif que, conformément à la réglementation applicable, un établissement public ne pouvait pas participer à un appel d'offres et que, en tout état de cause, son offre économique était anormalement basse, étant donné l'ampleur du rabais proposé.
- 21 Par arrêt du 24 novembre 2006, le Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia a fait droit au premier moyen invoqué. Se fondant sur une lecture combinée de l'article 5, paragraphe 2, sous h), du décret législatif n° 157/1995 ainsi que des articles 19 et 34 du décret législatif n° 163/2006, cette juridiction a estimé que, même si ces deux dernières dispositions n'étaient pas applicables au cas d'espèce *ratione temporis*, une interdiction formelle pèse sur les établissements publics tels que l'Azienda de participer aux procédures d'attribution des marchés publics, ces établissements pouvant seulement, dans des conditions déterminées, bénéficier de l'attribution directe d'un marché. En effet, l'Azienda, en tant qu'organisme public exclusivement destiné à la gestion de l'hôpital public florentin, ne pourrait pas agir dans des conditions de libre concurrence avec des personnes privées.
- 22 L'Azienda a interjeté appel de cet arrêt devant le Consiglio di Stato (conseil d'État), juridiction administrative suprême en Italie.
- 23 Cette juridiction relève à titre liminaire que, nonobstant le fait que le marché en cause a été entre-temps entièrement exécuté, l'Azienda conserve un intérêt à ce que soit reconnu son droit de participer à des marchés publics.
- 24 Le Consiglio di Stato observe ensuite que la première question qui se pose en l'occurrence est celle de la définition exacte de la notion d'«opérateur économique», au sens du droit de l'Union, et la possibilité d'y inclure un établissement hospitalier universitaire public. Quant à la nature de ces établissements dans le cadre du processus d'«aziendalizzazione», à savoir le passage à un modèle entrepreneurial, le Consiglio di Stato souligne que ce processus a conduit à la transformation des «unités sanitaires locales» existantes, qui étaient à l'origine des administrations opérant au niveau communal, en établissements dotés de la personnalité juridique et de l'autonomie entrepreneuriale, à savoir l'autonomie d'organisation, patrimoniale, comptable et de gestion, ce qui a conduit une partie de la doctrine et de la jurisprudence nationales à qualifier les établissements publics de santé, y compris hospitaliers, d'«organismes publics économiques». Toutefois, la nature publique de ces établissements ne serait pas discutable. Leur activité ne serait pas principalement à but lucratif et ils disposeraient de pouvoirs administratifs au sens strict, notamment en matière d'inspections et de sanctions.
- 25 Le Consiglio di Stato doute qu'il soit, dans ces conditions, toujours permis d'affirmer, ainsi que le fait le Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, qu'il existe en droit italien une interdiction catégorique pour de tels établissements, en tant qu'organismes publics économiques, de participer aux appels d'offres en qualité de «simple concurrent». Il se réfère à cet égard à la jurisprudence de la Cour, notamment aux arrêts ARGE (C-94/99, EU:C:2000:677), CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807) et Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (C-159/11, EU:C:2012:817), dont il ressortirait que toute entité qui se considère apte à assurer l'exécution d'un marché public aurait le droit d'y prendre part, indépendamment de son statut, qu'elle soit de droit privé ou de droit public.
- 26 Cette jurisprudence serait suivie par une grande partie des juridictions italiennes, qui auraient en plus souligné que l'énumération figurant à l'article 34 du décret législatif n° 163/2006 ne saurait être considérée comme limitative. Le Consiglio di Stato considère que cette jurisprudence, communautaire et nationale, s'oppose à ce que l'article 5, paragraphe 2, sous b), du décret législatif n° 157/1995 et

l'article 34 du décret législatif n° 163/2006 soient interprétés en ce sens qu'ils excluent, a priori, un établissement hospitalier de la participation à un appel d'offres. En effet, une telle interdiction de principe n'aurait plus de raison d'être.

- 27 Toutefois, cela ne reviendrait pas à autoriser de manière inconditionnelle de tels établissements à participer aux procédures d'attribution de marchés publics. Selon le Consiglio di Stato, la même jurisprudence a dégagé à cet égard deux limites, la première étant que l'activité sur laquelle porte l'appel d'offres en cause doit servir à la réalisation des finalités institutionnelles de l'organisme public concerné, et la seconde qu'il n'y ait pas une disposition normative spécifique nationale qui interdise cette activité, en particulier en raison de l'éventuel effet de distorsion de la concurrence.
- 28 En ce qui concerne la première limite, le Consiglio di Stato considère que les établissements hospitaliers publics, a fortiori lorsqu'ils sont universitaires, développent aussi d'importantes activités d'enseignement et de recherche, finalités institutionnelles dont il est permis d'affirmer qu'elles correspondent au service concerné par l'appel d'offres en cause dans l'affaire dont il est saisi, à savoir le traitement de données. Quant à la seconde limite, le Consiglio di Stato considère que la faculté pour un organisme bénéficiant de financements publics de participer librement à un appel d'offres pose le problème de l'égalité de traitement entre concurrents hétérogènes, d'une part, ceux qui doivent agir sur le marché et, d'autre part, ceux qui peuvent aussi compter sur des financements publics et sont ainsi en mesure de présenter des offres qu'aucune personne de droit privé n'aurait jamais pu présenter. Par conséquent, il conviendrait de rechercher des mécanismes correcteurs destinés à rééquilibrer les conditions de départ entre les divers opérateurs économiques, mécanismes qui devraient aller au-delà des procédures de vérification du caractère éventuellement anormal des offres.
- 29 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) L'article 1<sup>er</sup> de la directive [92/50], lu en combinaison avec l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 8, de la directive [2004/18], qui lui a succédé, [s'oppose-t-il] à une législation nationale qui serait interprétée en ce sens qu'elle exclurait [l'Azienda], en sa qualité d'établissement hospitalier ayant la nature d'un organisme public économique, de la participation aux appels d'offres?
- 2) Le droit de l'Union en matière de marchés publics, en particulier les principes généraux de libre concurrence, de non-discrimination et de proportionnalité, s'opposent-ils à une législation nationale qui permet à une personne, du type de [l'Azienda], qui bénéficie de manière stable de ressources publiques et s'est vu confier de manière directe le service public de la santé, de tirer de cette situation un avantage concurrentiel déterminant dans la mise en concurrence avec d'autres opérateurs économiques, comme le démontre l'importance du rabais offert, sans que des mesures correctrices aient été prévues dans le même temps pour éviter un tel effet de distorsion de la concurrence?»

## Sur les questions préjudicielles

### *Sur la première question*

- 30 Cette question trouve son origine dans les doutes exprimés par la juridiction de renvoi sur le point de savoir si la réglementation italienne applicable, interprétée en ce sens qu'elle comporte une interdiction générale empêchant tous les établissements publics, y compris, par conséquent, les établissements hospitaliers universitaires publics tels que l'Azienda, de participer aux procédures d'attribution de marchés publics, peut être considérée comme conforme à la jurisprudence pertinente de la Cour en matière de marchés publics.

- 31 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de la directive 92/50 s'oppose à une législation nationale excluant la participation d'un établissement hospitalier public, tel que celui en cause au principal, aux procédures d'attribution de marchés publics, en raison de sa qualité d'organisme public économique.
- 32 Il y a lieu de signaler à titre liminaire que, si la question posée par la juridiction de renvoi se réfère tant à l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de la directive 92/50 qu'à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 8, premier alinéa, de la directive 2004/18, le marché en cause au principal est toutefois régi, *ratione temporis*, par la directive 92/50. En effet, il ressort du point 19 du présent arrêt que la Regione Lombardia a lancé la procédure d'appel d'offres en cause dans l'affaire au principal par un avis publié le 5 octobre 2005. Or, en vertu des articles 80 et 82 de la directive 2004/18, cette directive n'a abrogé la directive 92/50 qu'avec effet au 31 janvier 2006. Ainsi, la procédure de passation du marché public en cause au principal est régie par les règles de droit en vigueur à la date de publication de l'avis d'appel d'offres.
- 33 Il importe de relever ensuite que la possibilité de participation d'organismes publics à des marchés publics, parallèlement à la participation d'opérateurs économiques privés, ressort déjà clairement du libellé de l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de la directive 92/50, selon lequel le «prestataire de services» est toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public, qui offre des services. En outre, une telle possibilité de participation a été reconnue par la Cour dans l'arrêt Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, point 51), et a été répétée dans les arrêts ultérieurs ARGE (EU:C:2000:677, point 40), CoNISMa (EU:C:2009:807, point 38) et Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a. (EU:C:2012:817, point 26).
- 34 La Cour a également souligné à cet égard que l'un des objectifs des règles de l'Union en matière de marchés publics est l'ouverture à la concurrence la plus large possible (voir, en ce sens, arrêt Bayerischer Rundfunk e.a., C-337/06, EU:C:2007:786, point 39), ouverture qui est 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. 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» et pourraient ainsi être passés de gré à gré, en échappant à l'application des règles du droit de l'Union en matière d'égalité de traitement et de transparence, contrairement à la finalité de ces règles (voir, en ce sens, arrêt CoNISMa, EU:C:2009:807, points 37 et 43).
- 35 La Cour a ainsi conclu qu'il ressort tant des règles de l'Union que de la jurisprudence 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, 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 (voir, en ce sens, arrêt CoNISMa, EU:C:2009:807, point 42).
- 36 En outre, ainsi qu'il ressort du libellé de l'article 26, paragraphe 2, de la directive 92/50, les États membres ont, certes, la faculté d'habiliter ou non certaines catégories d'opérateurs économiques à fournir certaines prestations. Ils 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. Notamment, ils peuvent 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. Toutefois, si et dans la mesure où de telles entités sont habilitées à offrir certains services contre rémunération sur le marché, même à titre occasionnel, les États membres ne peuvent 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 l'article 1<sup>er</sup>, sous a) et c), de la directive 92/50



(voir, pour ce qui est des dispositions correspondantes de la directive 2004/18, arrêts CoNISMa, EU:C:2009:807, points 47 à 49, ainsi que Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., EU:C:2012:817, point 27).

- 37 Ainsi que l'a indiqué le représentant du gouvernement italien lors de l'audience tenue devant la Cour, les établissements hospitaliers universitaires publics tels que celui en cause au principal, en tant qu'«organismes publics économiques», selon leur qualification au niveau national, sont autorisés à opérer contre rémunération sur le marché, dans des secteurs compatibles avec leur mission institutionnelle et statutaire. Dans l'affaire au principal, il paraît, en outre, que les prestations sur lesquelles porte le marché public en cause ne sont pas incompatibles avec les objectifs institutionnels et statutaires de l'Azienda. Dans ces circonstances, qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, l'Azienda, conformément à la jurisprudence de la Cour visée au point 36 du présent arrêt, ne saurait être empêchée de participer à ce marché.
- 38 Par conséquent, il convient de répondre à la première question que l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de la directive 92/50 s'oppose à une législation nationale excluant la participation d'un établissement hospitalier public, tel que celui en cause au principal, aux procédures d'attribution de marchés publics, en raison de sa qualité d'organisme public économique, si et dans la mesure où cet établissement est autorisé à opérer sur le marché conformément à ses objectifs institutionnels et statutaires.

*Sur la seconde question*

- 39 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les dispositions de la directive 92/50, et en particulier les principes généraux de libre concurrence, de non-discrimination et de proportionnalité qui sous-tendent cette directive, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale permettant à un établissement hospitalier public, tel que celui en cause au principal, de participer à un appel d'offres et de soumettre une offre à laquelle aucune concurrence ne peut faire face, grâce aux financements publics dont il bénéficie, sans que des mesures correctrices aient été prévues pour prévenir les éventuelles distorsions de concurrence qui en résultent.
- 40 Dans le cadre des motifs de cette question, le Consiglio di Stato exprime des doutes sur le point de savoir si la procédure de vérification des offres anormalement basses, visée à l'article 37 de la directive 92/50, peut être considérée comme un moyen suffisant pour prévenir de telles distorsions de concurrence.
- 41 À cet égard, même si la juridiction de renvoi considère souhaitable de rechercher des mécanismes correcteurs destinés à rééquilibrer les conditions de départ entre opérateurs économiques hétérogènes et qui devraient aller au-delà des procédures de vérification du caractère éventuellement anormal des offres, il convient de constater que le législateur de l'Union, tout en étant conscient de la nature différente des concurrents participant à un marché public, n'a pas prévu d'autres mécanismes que celui de la vérification et du rejet éventuel des offres anormalement basses.
- 42 En outre, il y a lieu de rappeler que les pouvoirs adjudicateurs doivent traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire, et agir avec transparence.
- 43 Toutefois, les dispositions de la directive 92/50 et la jurisprudence de la Cour ne permettent pas d'exclure, a priori et sans autre examen, de la participation à une procédure de passation d'un marché public un soumissionnaire pour la seule raison que, grâce à des subventions publiques dont il bénéficie, il est en mesure de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux des soumissionnaires non subventionnés (voir, en ce sens, arrêts ARGE, EU:C:2000:677, points 25 à 27, ainsi que CoNISMa, EU:C:2009:807, points 34 et 40).

- 44 Cependant, 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, arrêts ARGE, EU:C:2000:677, point 29, ainsi que CoNISMa, EU:C:2009:807, point 33).
- 45 À cet égard, ainsi que l'a relevé la Commission lors de l'audience devant la Cour, la circonstance selon laquelle l'établissement public concerné dispose d'une comptabilité séparée entre ses activités exercées sur le marché et ses autres activités peut permettre de vérifier si une offre est anormalement basse par l'effet d'un élément d'aide d'État. Toutefois, le pouvoir adjudicateur ne saurait conclure de l'absence d'une telle séparation comptable qu'une telle offre a été rendue possible par l'obtention d'une subvention ou d'une aide d'État non conforme au traité.
- 46 Il convient de souligner encore qu'il ressort du libellé de l'article 37, paragraphes 1 et 3, de la directive 92/50 que la possibilité de rejeter une offre anormalement basse ne se limite pas au seul cas où la modicité du prix proposé dans cette offre est justifiée par l'obtention d'une aide d'État illégale ou incompatible avec le marché intérieur. En effet, cette possibilité revêt un caractère plus général.
- 47 D'une part, il découle du libellé de cette disposition que le pouvoir adjudicateur est soumis, lors de l'examen du caractère anormalement bas d'une offre, à l'obligation de demander au candidat de fournir les justifications nécessaires pour prouver que son offre est sérieuse (voir, en ce sens, arrêt SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, point 28).
- 48 Dès lors, l'existence d'un débat contradictoire effectif, situé à un moment utile dans la procédure d'examen des offres, entre le pouvoir adjudicateur et le candidat, afin que ce dernier puisse prouver que son offre est sérieuse, constitue une exigence de la directive 92/50, en vue d'éviter l'arbitraire de l'autorité adjudicatrice et de garantir une saine concurrence entre les entreprises (voir, en ce sens, arrêt SAG ELV Slovensko e.a., EU:C:2012:191, point 29).
- 49 D'autre part, il convient d'observer que l'article 37 de la directive 92/50 ne comporte pas de définition de la notion d'«offre anormalement basse». Il appartient ainsi aux États membres et, notamment, aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer le mode de calcul d'un seuil d'anomalie constitutif d'une «offre anormalement basse» au sens de cet article (voir, en ce sens, arrêt Lombardini et Mantovani, C-285/99 et C-286/99, EU:C:2001:640, point 67).
- 50 Cela étant, le législateur de l'Union a précisé dans cette disposition que le caractère anormalement bas d'une offre doit être apprécié «par rapport à la prestation». Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut, dans le cadre de son examen du caractère anormalement bas d'une offre, en vue d'assurer une saine concurrence, prendre en considération non seulement les circonstances énoncées à l'article 37, paragraphe 2, de la directive 92/50, mais également tous les éléments pertinents au regard de la prestation en cause (voir, en ce sens, arrêt SAG ELV Slovensko e.a., EU:C:2012:191, points 29 et 30).
- 51 Par conséquent, il y a lieu de répondre à la seconde question que les dispositions de la directive 92/50, et en particulier les principes généraux de libre concurrence, de non-discrimination et de proportionnalité qui sous-tendent cette directive, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une législation nationale permettant à un établissement hospitalier public, tel que celui en cause au principal, participant à un appel d'offres de soumettre une offre à laquelle aucune concurrence ne peut faire face, grâce aux financements publics dont il bénéficie. Toutefois, dans le cadre de l'examen du caractère anormalement bas d'une offre sur le fondement de l'article 37 de cette directive, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération l'existence d'un financement public dont bénéficie un tel établissement au regard de la faculté de rejeter cette offre.

## 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 (cinquième chambre) dit pour droit:

- 1) **L'article 1<sup>er</sup>, 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, s'oppose à une législation nationale excluant la participation d'un établissement hospitalier public, tel que celui en cause au principal, aux procédures d'attribution de marchés publics, en raison de sa qualité d'organisme public économique, si et dans la mesure où cet établissement est autorisé à opérer sur le marché conformément à ses objectifs institutionnels et statutaires.**
- 2) **Les dispositions de la directive 92/50, et en particulier les principes généraux de libre concurrence, de non-discrimination et de proportionnalité qui sous-tendent cette directive, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une législation nationale permettant à un établissement hospitalier public, tel que celui en cause au principal, participant à un appel d'offres de soumettre une offre à laquelle aucune concurrence ne peut faire face, grâce aux financements publics dont il bénéficie. Toutefois, dans le cadre de l'examen du caractère anormalement bas d'une offre sur le fondement de l'article 37 de cette directive, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération l'existence d'un financement public dont bénéficie un tel établissement au regard de la faculté de rejeter cette offre.**

Signatures