



Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)

5 avril 2017¹

«Renvoi préjudiciel — Marchés publics — Directive 2004/17/CE — Marché n’atteignant pas le seuil prévu par cette directive — Articles 49 et 56 TFUE — Limitation du recours à la sous-traitance — Présentation d’une offre conjointe — Capacités professionnelles des soumissionnaires — Modifications du cahier des charges»

Dans l’affaire C-298/15,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie), par décision du 12 juin 2015, parvenue à la Cour le 18 juin 2015, dans la procédure

« **Borta** » UAB

contre

Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ,

LA COUR (cinquième chambre),

composée de M. J. L. da Cruz Vilaça, président de chambre, M. A. Tizzano (rapporteur), vice-président de la Cour, MM. A. Borg Barthet, E. Levits et F. Biltgen, juges,

avocat général : M^{me} E. Sharpston,

greffier : M. M. Aleksejev, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 1^{er} juin 2016, considérant les observations présentées :

- pour « Borta » UAB, par M^{me} V. Kilišauskaitė, avocatė,
- pour Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, par M. N. Šilaika, advokatas, ainsi que par MM. A. Vaitkus, A. Kamarauskas, I. Vaičiulis et L. Rudys,
- pour le gouvernement lituanien, par M. D. Kriaučiūnas ainsi que par M^{mes} A. Svinkūnaitė et R. Butvydytė, en qualité d’agents,
- pour la Commission européenne, par M^{me} J. Jokubauskaitė et M. A. Tokár, en qualité d’agents,

ayant entendu l’avocat général en ses conclusions à l’audience du 1^{er} décembre 2016,

¹ — Langue de procédure : le lituanien.

rend le présent

Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO 2004, L 134, p. 1), telle que modifiée par le règlement (UE) n° 1336/2013 de la Commission, du 13 décembre 2013 (JO 2013, L 335, p. 17) (ci-après la « directive 2004/17 »).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant « Borta » UAB (ci-après « Borta ») à Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ (direction du port maritime national de Klaipėda, Lituanie) (ci-après l'« autorité portuaire ») au sujet de la légalité du cahier des charges du marché public de travaux portant sur le renouvellement des quais de ce port.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

- 3 Le considérant 9 de la directive 2004/17 énonce :

« (9) En vue de garantir l'ouverture à la concurrence des marchés publics attribués par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, il est souhaitable que soient élaborées des dispositions instaurant une coordination communautaire des marchés dépassant une certaine valeur. [...] »

En ce qui concerne les marchés publics dont la valeur est inférieure au montant déclenchant l'application des dispositions sur la coordination communautaire, il convient de rappeler la jurisprudence élaborée par la Cour de justice selon laquelle les règles et principes des traités [...] sont applicables. »

- 4 L'article 16 de cette directive dispose :

« [...] [L]a présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants :

[...]

b) 5 186 000 [euros] en ce qui concerne les marchés de travaux. »

- 5 L'article 37 de ladite directive est libellé comme suit :

« Dans le cahier des charges, l'entité adjudicatrice peut demander ou peut être obligée par un État membre de demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés. Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'opérateur économique principal. »

6 Aux termes de l'article 38 de la directive 2004/17 :

« Les entités adjudicatrices peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant que ces conditions soient compatibles avec le droit communautaire et soient indiquées dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence ou dans le cahier des charges. [...] »

7 L'article 54 de cette directive prévoit :

« 1. Les entités adjudicatrices qui fixent des critères de sélection dans une procédure ouverte doivent le faire selon des règles et des critères objectifs qui sont à la disposition des opérateurs économiques intéressés.

[...]

6. Lorsque les critères visés [au paragraphe] 1 [...] comportent des exigences relatives aux capacités techniques et/ou professionnelles de l'opérateur économique, il 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. Il doit, dans ce cas, prouver à l'entité adjudicatrice 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.

Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 11 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités. »

8 L'annexe XVI de ladite directive, intitulée « Informations qui doivent paraître dans les avis concernant les marchés passés », dispose, dans sa partie I :

« I. Informations pour la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* :

[...]

10. Indiquer, le cas échéant, si le marché a été ou est susceptible d'être sous-traité.

[...]

13. Informations facultatives :

— valeur et part du marché qui a été ou qui est susceptible d'être sous-traitée à des tiers,

[...] »

Le droit lituanien

La loi lituanienne relative aux marchés publics

9 L'article 24, paragraphe 5, du Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (loi lituanienne relative aux marchés publics, ci-après la « loi relative aux marchés publics ») dispose :

« Les documents d'appel d'offres doivent exiger que le candidat ou le soumissionnaire indique, dans son offre, à quels sous-traitants [...] il envisage d'avoir recours, et peuvent exiger que le candidat ou le soumissionnaire indique, dans son offre, la partie du marché pour laquelle il envisage de recourir à des

sous-traitants [...]. En cas de recours à des sous-traitants pour exécuter un marché public de travaux, l'adjudicataire est tenu de réaliser les travaux principaux, tels que définis par le pouvoir adjudicateur. [...] »

10 Aux termes de l'article 27, paragraphe 4, de la loi relative aux marchés publics :

« Le pouvoir adjudicateur peut, avant la fin de la période de présentation des offres, expliquer (préciser) les documents d'appel d'offres. »

11 L'article 32, paragraphe 3, de la loi relative aux marchés publics prévoit que, le cas échéant, dans le cadre d'un appel d'offres spécifique, un soumissionnaire peut s'appuyer sur les capacités d'autres opérateurs économiques, indépendamment de la nature juridique de ses liens avec eux. Dans cette hypothèse, le soumissionnaire est tenu de démontrer au pouvoir adjudicateur qu'il pourra disposer de ces ressources afin d'exécuter le contrat. Dans ces mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques peut s'appuyer sur les capacités de ses membres ou d'autres opérateurs économiques.

Le cahier des charges en cause au principal

12 Aux termes de la clause 3.2.1 du cahier des charges en cause au principal, concernant les exigences relatives aux capacités professionnelles des soumissionnaires :

« Les volumes annuels moyens des soumissionnaires pour les travaux de construction ou d'installation essentiels (construction ou renouvellement des quais du port maritime) lors des cinq dernières années ou lors de la période à compter de la date d'enregistrement du soumissionnaire (si le soumissionnaire a exercé son activité moins de cinq ans) doivent être d'au moins 5 000 000 [litas lituaniens] LTL (1 448 100,09 euros) hors TVA. »

13 La clause 4.2.3 de ce cahier des charges, encadrant la présentation par plusieurs soumissionnaires d'une offre conjointe dans le cadre d'un contrat d'association, dispose :

« Les engagements des partenaires agissant en vue d'exécuter le marché et la part en pourcentage de ces engagements doivent être prévus en vertu d'un contrat d'association [...]. [Cette] répartition du volume des services ne s'applique qu'aux partenaires et n'engage en rien le client ([l'autorité portuaire]). »

14 La clause 4.3 dudit cahier des charges, dans sa version issue de ses révisions successives, prévoit :

« Si les soumissionnaires présentent une offre dans le cadre d'un contrat d'association, au moins une partie [à ce contrat] ou tous les partenaires opérant en vertu dudit contrat [...], considérés dans leur ensemble, doivent satisfaire à [la clause] 3.2.1 [...] du cahier des charges. L'apport d'un partenaire (le volume des travaux réalisés) dans le cadre du [contrat d'association] doit être proportionnel à son apport [...] pour satisfaire à l'exigence [de la clause] 3.2.1 du cahier des charges, ainsi qu'au volume des travaux réalisés après une attribution effective du marché (dans le cadre de l'exécution du marché). [...] L'autorité portuaire détermine, conformément à l'article 24, paragraphe 5, de la loi [...] relative aux marchés publics, que les travaux principaux constituent le point 1.2.8 de la partie "construction" de la liste quantitative des travaux, par conséquent, l'adjudicataire est tenu de réaliser ces travaux lui-même. »

15 La clause 4.4 du même cahier des charges précise que, en cas de recours à des sous-traitants, le soumissionnaire doit indiquer le volume des travaux que ces derniers réaliseront, dans la limite des travaux qualifiés de « non principaux », et ajoute que l'expérience desdits sous-traitants n'est pas prise en compte pour la vérification des exigences prévues à la clause 3.2.1.

- 16 La clause 7.2 de ce cahier des charges permet à l'autorité portuaire de préciser, à son initiative, les documents de l'appel d'offres avant l'expiration du délai de présentation des offres.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

- 17 Le 2 avril 2014, l'autorité portuaire a publié un appel d'offres pour la passation, selon une procédure ouverte, d'un marché public de travaux ayant pour objet le renouvellement des quais du port maritime national de Klaipėda (Lituanie). Cet appel d'offres a également été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* le 5 avril 2014. Borta a participé à la procédure d'adjudication de ce marché.
- 18 Dans sa version initiale, le cahier des charges en cause au principal reprenait, à sa clause 4.3, les dispositions de l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics en matière de sous-traitance et prévoyait, par ailleurs, que, en cas de présentation par plusieurs soumissionnaires d'une offre conjointe dans le cadre d'un contrat d'association conformément à la clause 4.2.3 de ce cahier des charges (ci-après l'« offre conjointe »), les exigences applicables en termes de capacités professionnelles fixées à la clause 3.2.1 de celui-ci devaient être satisfaites soit par tous les soumissionnaires pris ensemble, soit par l'un d'entre eux.
- 19 À l'issue de deux révisions successives, l'une étant intervenue à l'initiative de l'autorité portuaire et l'autre à la suite des griefs formulés par Borta, ladite clause 4.3 ajoute à ces prescriptions que, en cas de présentation d'une telle offre conjointe, l'apport de chaque soumissionnaire pour satisfaire aux exigences précitées doit correspondre, proportionnellement, à la part des travaux que celui-ci s'engage à réaliser conformément au contrat d'association et qu'il exécutera réellement en cas d'attribution du marché.
- 20 En raison de ces révisions, annoncées par une publication au *Journal officiel de l'Union européenne*, l'autorité portuaire a prolongé le délai de présentation des offres.
- 21 Cette autorité ayant rejeté les nouveaux griefs présentés par Borta contre la dernière desdites révisions, cette société a saisi le Klaipėdos apygardos teismas (tribunal régional de Klaipėda, Lituanie) d'un recours tendant à l'annulation de la clause 4.3 susmentionnée, en contestant tant la légalité du contenu de celle-ci, que la possibilité même pour ladite autorité de procéder à sa modification. Ce recours ayant été rejeté par une décision de ce tribunal du 18 août 2014, confirmée en appel par une ordonnance du Lietuvos apeliacinis teismas (Cour d'appel de Lituanie) du 13 novembre 2014, Borta s'est pourvue en cassation devant le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie).
- 22 Afin de trancher le litige dont elle est saisie, cette dernière juridiction s'interroge sur la compatibilité avec le droit de l'Union, en particulier avec la directive 2004/17, de l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics, auquel la clause 4.3 du cahier des charges en cause au principal fait référence, dans la mesure où cet article proscrit le recours à la sous-traitance pour les travaux qualifiés de « principaux » par le pouvoir adjudicateur. Elle émet également des doutes quant à la légalité, au regard de cette directive, de ladite clause 4.3, telle que révisée, en ce que cette clause requiert, en cas de présentation d'une offre conjointe par plusieurs soumissionnaires, que l'apport de chacun d'entre eux afin de satisfaire aux exigences applicables en matière de capacités professionnelles corresponde, proportionnellement, à la part des travaux qu'il exécutera réellement en cas d'attribution du marché. Dans ce cadre, la juridiction de renvoi se demande encore si l'autorité portuaire pouvait modifier la première version de cette même clause après la publication de l'avis de marché, sans méconnaître ladite directive, et, en particulier, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence découlant de celle-ci.
- 23 Cette juridiction estime que la Cour est compétente pour se prononcer, à titre préjudiciel, sur ces interrogations. Certes, la valeur du marché en cause au principal serait inférieure au seuil de 5 186 000 euros prévu à l'article 16, sous b), de la directive 2004/17, en dessous duquel cette dernière

n'est pas applicable. Toutefois, d'une part, ce marché présenterait un intérêt transfrontalier certain, comme en attesteraient la participation à la procédure d'adjudication de deux entreprises étrangères, au nombre desquelles figure le soumissionnaire retenu, et la publication de l'appel d'offres au *Journal officiel de l'Union européenne*. D'autre part, l'autorité portuaire aurait, en tout état de cause, entendu soumettre cet appel d'offres aux règles applicables aux marchés publics visés par la directive 2004/17 et le législateur lituanien aurait choisi d'étendre certaines des règles établies par cette directive aux marchés d'une valeur inférieure au seuil susmentionné.

24 Dans ces conditions, le Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Cour suprême de Lituanie) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) Les dispositions des articles 37, 38, 53 et 54 de la directive 2004/17, lues en combinaison ou séparément (mais sans s'y limiter), doivent-elles être comprises et interprétées en ce sens que :
- a) celles-ci s'opposent à une réglementation nationale selon laquelle, en cas de recours à des sous-traitants en vue d'exécuter un marché de travaux, les travaux principaux, tels que définis par le pouvoir adjudicateur, doivent être réalisés par l'adjudicataire ?
 - b) celles-ci s'opposent à des modalités, définies dans les documents d'appel d'offres, permettant de grouper les capacités professionnelles des fournisseurs, telles que celles définies par le pouvoir adjudicateur dans [le cahier des charges] litigieux, qui exigent que la part afférente aux capacités professionnelles de l'opérateur économique concerné (d'une partie [au contrat] d'association) doit correspondre proportionnellement à la part des travaux qu'il réalise réellement dans le cadre du marché public ?
- 2) Les dispositions des articles 10, 46 [et] 47 de la directive 2004/17, lues en combinaison ou séparément (mais sans s'y limiter), doivent-elles être comprises et interprétées en ce sens que :
- a) les principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence ne sont pas violés lorsque le pouvoir adjudicateur :
 - définit au préalable dans les documents d'appel d'offres une possibilité générale de groupement des capacités professionnelles des fournisseurs, mais pas ses modalités concrètes de mise en œuvre ;
 - définit plus précisément par la suite, au cours de la procédure d'appel d'offres, les conditions d'appréciation des qualifications des fournisseurs en prévoyant certaines limitations au groupement des capacités professionnelles des fournisseurs, ou
 - prolonge, en raison de cette définition plus précise du contenu des exigences de qualification, le délai [...] de présentation des offres et annonce cette prolongation au Journal officiel ?
 - b) une limitation du groupement des capacités des fournisseurs ne doit pas être clairement annoncée au préalable si, en raison de la spécificité de l'activité du pouvoir adjudicateur et des caractéristiques du marché public, celle-ci peut être prévisible et justifiable ? »

Sur les questions préjudicielles

Observations liminaires

25 Le gouvernement lituanien a soutenu, dans ses observations écrites ainsi que lors de l'audience devant la Cour, qu'il convenait, afin de répondre aux questions posées, de tenir compte non seulement de la directive 2004/17, mais aussi de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO 2014,

L 94, p. 243), dans la mesure où le législateur lituanien a choisi d'intégrer dans son droit interne certaines dispositions de la directive 2014/25, avant même l'adoption de celle-ci, notamment son article 79, paragraphe 3, relatif à la sous-traitance.

- 26 D'avis opposé, la Commission européenne a fait valoir qu'il n'y avait lieu d'interpréter ni la directive 2004/17 ni la directive 2014/25, mais qu'il convenait de répondre aux questions posées au regard des règles fondamentales et des principes généraux du traité FUE.
- 27 S'agissant, en premier lieu, de la directive 2014/25, il importe de rappeler d'emblée que, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, la directive applicable est, en principe, celle en vigueur au moment où l'entité adjudicatrice choisit le type de procédure qu'elle va suivre et tranche définitivement la question de savoir si elle doit procéder à une mise en concurrence préalable pour l'adjudication d'un marché public. Sont, en revanche, inapplicables les dispositions d'une directive dont le délai de transposition a expiré après ce moment (voir, en ce sens, arrêt du 7 avril 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, point 83 et jurisprudence citée).
- 28 Or, en l'occurrence, l'appel d'offres en cause au principal a été publié le 2 avril 2014, alors que la directive 2014/25 est entrée en vigueur le 17 avril 2014 et a abrogé la directive 2004/17 avec effet au 18 avril 2016, date à laquelle a expiré son délai de transposition. En outre, si le gouvernement lituanien prétend avoir intégré dans son droit interne certaines dispositions de la directive 2014/25 avant même l'adoption de celle-ci, ce gouvernement a également admis, dans ses observations écrites, que cette directive n'avait pas encore été transposée à la date des faits pertinents en cause au principal.
- 29 Dans ces conditions, il ne saurait être tenu compte de la directive 2014/25 afin de répondre aux questions posées.
- 30 S'agissant, en second lieu, de la directive 2004/17, il ressort de la décision de renvoi que le marché en cause au principal est d'une valeur inférieure au seuil de 5 186 000 euros prévu à l'article 16, sous b), de la directive 2004/17. Partant, cette directive n'est pas applicable à ce marché (voir, par analogie, arrêt du 16 avril 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, point 15 et jurisprudence citée).
- 31 La juridiction de renvoi estime néanmoins que la Cour est compétente pour statuer sur les questions posées et que l'interprétation des dispositions de ladite directive se justifie pour les raisons exposées au point 23 du présent arrêt.
- 32 Lors de l'audience devant la Cour, le gouvernement lituanien, qui partage l'analyse de la juridiction de renvoi, a précisé que, en vertu de la législation lituanienne, l'entité adjudicatrice peut choisir de soumettre la procédure de passation d'un marché dont la valeur est inférieure au seuil susmentionné, soit aux règles fixées par la directive 2004/17, soit à la procédure simplifiée prévue par le droit national pour ce type de marchés. Si, comme en l'occurrence, ladite entité choisit la première option, elle est tenue, selon ce gouvernement, d'appliquer l'intégralité des dispositions de cette directive.
- 33 À cet égard, il convient de rappeler que, lorsqu'une législation nationale se conforme, pour les solutions qu'elle apporte à des situations non couvertes par l'acte de l'Union concerné, à celles retenues par cet acte, il existe un intérêt certain de l'Union à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions reprises dudit acte reçoivent une interprétation uniforme (voir, en ce sens, arrêts du 18 octobre 2012, *Nolan*, C-583/10, EU:C:2012:638, point 46, et du 7 novembre 2013, *Romeo*, C-313/12, EU:C:2013:718, point 22).
- 34 Ainsi, l'interprétation des dispositions d'un acte de l'Union dans des situations ne relevant pas du champ d'application de celui-ci se justifie lorsque ces dispositions ont été rendues applicables à de telles situations par le droit national de manière directe et inconditionnelle, afin d'assurer un

traitement identique à ces situations et à celles qui relèvent de ce champ d'application (voir, en ce sens, arrêts du 18 octobre 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, point 47 ; du 7 novembre 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, points 22 et 23, ainsi que du 14 janvier 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, point 20).

- 35 Cela étant, il résulte également d'une jurisprudence constante que, lorsque les conditions exposées aux deux points précédents du présent arrêt ne sont pas réunies, la Cour peut, en vue de fournir une réponse utile à la juridiction qui lui a adressé une question préjudicielle, être amenée à prendre en considération des normes du droit de l'Union auxquelles cette juridiction n'a pas fait référence dans sa demande de décision préjudicielle (arrêt du 16 avril 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, point 17 et jurisprudence citée).
- 36 S'agissant plus particulièrement de la passation d'un marché qui, eu égard à sa valeur, ne relève pas du champ d'application de la directive 2004/17, la Cour peut tenir compte des règles fondamentales et des principes généraux du traité FUE, notamment des articles 49 et 56 de celui-ci et des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que de l'obligation de transparence qui en découlent, pour autant que le marché en cause présente un intérêt transfrontalier certain. En effet, bien que n'étant pas couverts par la directive 2004/17, de tels marchés restent soumis au respect de ces règles et principes (voir, en ce sens, arrêts du 23 décembre 2009, Serrantoni et Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, points 22 à 24 ; du 18 décembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, point 27, et du 6 octobre 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, point 19).
- 37 C'est à la lumière de ce qui précède qu'il convient d'examiner, pour chacune des questions posées, si l'interprétation des dispositions de la directive 2004/17 se justifie en l'occurrence, eu égard aux considérations exposées aux points 33 et 34 du présent arrêt, ou s'il convient de répondre à ces questions à la lumière des règles fondamentales et des principes généraux du traité FUE susmentionnés, compte tenu des considérations figurant aux points 35 et 36 de cet arrêt.

Sur la première question, sous a)

- 38 Par sa première question, sous a), la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2004/17 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition d'une réglementation nationale, telle que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics, qui prévoit que, en cas de recours à des sous-traitants pour l'exécution d'un marché de travaux, l'adjudicataire est tenu de réaliser lui-même les travaux principaux, définis comme tels par l'entité adjudicatrice.
- 39 À titre liminaire, il y a lieu de souligner que, s'agissant du recours à la sous-traitance, la directive 2004/17 se limite à prévoir, à son article 37 et à son annexe XVI, certaines obligations en matière d'information et de responsabilité du soumissionnaire. Elle ajoute, à son article 38, que les entités adjudicatrices peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant notamment que ces conditions soient compatibles avec le droit de l'Union.
- 40 En revanche, comme la juridiction de renvoi l'a relevé, cette directive ne comporte aucune disposition dont le contenu serait analogue à celui de l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics. En outre, selon cette juridiction, le législateur lituanien n'a pas indiqué avoir tenu compte de ladite directive lorsqu'il a adopté cette dernière disposition.

- 41 Dans ces conditions, il ne saurait être considéré que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics, lorsqu'il s'applique à des marchés ne relevant pas du champ d'application de la directive 2004/17, opère un renvoi direct et inconditionnel à celle-ci, au sens de la jurisprudence exposée au point 34 du présent arrêt (voir, par analogie, arrêt du 7 juillet 2011, *Agafitei e.a.*, C-310/10, EU:C:2011:467, point 45).
- 42 Il s'ensuit que l'interprétation de cette directive ne se justifie pas afin de répondre à la première question, sous a).
- 43 Cela étant, ainsi qu'il a été exposé aux points 35 et 36 du présent arrêt, la Cour peut, afin de fournir une réponse utile à la juridiction de renvoi, être amenée à tenir compte des règles fondamentales et des principes généraux du traité FUE, notamment des articles 49 et 56 de celui-ci et des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que de l'obligation de transparence qui en découlent, pour autant que le marché en cause présente un intérêt transfrontalier certain.
- 44 Un marché peut présenter un tel intérêt eu égard notamment à son montant d'une certaine importance, en combinaison avec ses caractéristiques spécifiques ou encore le lieu d'exécution des travaux. Peut également être pris en compte l'intérêt d'opérateurs situés dans d'autres États membres à participer à la procédure de passation de ce marché, à condition que cet intérêt soit réel et non fictif (voir, en ce sens, arrêt du 16 avril 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, point 20 et jurisprudence citée).
- 45 Or, en l'occurrence, la juridiction de renvoi a établi que le marché en cause au principal présentait un intérêt transfrontalier certain. Ainsi que M^{me} l'avocat général l'a relevé au point 37 de ses conclusions, la valeur de ce marché, bien qu'inférieure aux seuils fixés à l'article 16, sous b), de la directive 2004/17, est relativement élevée. En outre, comme le gouvernement lituanien l'a souligné, ledit marché concerne la construction des quais d'un port maritime d'une importance stratégique pour la sécurité nationale. Par ailleurs, il ressort de la décision de renvoi que deux entreprises étrangères, au nombre desquelles figure le soumissionnaire retenu, ont participé à la procédure d'appel d'offres.
- 46 Il s'ensuit qu'il y a lieu de répondre à la première question, sous a), à la lumière des règles fondamentales et des principes généraux du traité FUE, notamment des articles 49 et 56 de celui-ci. En particulier, il convient, afin d'apporter une réponse utile à la juridiction de renvoi, de vérifier si une réglementation nationale, telle que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics, n'est pas susceptible de constituer une entrave injustifiée à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services.
- 47 À cette fin, il importe de rappeler que les articles 49 et 56 TFUE s'opposent à toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services (arrêts du 27 octobre 2005, *Contse e.a.*, C-234/03, EU:C:2005:644, point 25 ; du 23 décembre 2009, *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, point 41, et du 8 septembre 2016, *Politano*, C-225/15, EU:C:2016:645, point 37).
- 48 En ce qui concerne les marchés publics, il est de l'intérêt de l'Union que l'ouverture d'un appel d'offres à la concurrence soit la plus large possible, y compris pour les marchés ne relevant pas de la directive 2004/17 (voir, en ce sens, arrêts du 10 juillet 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, point 29, ainsi que du 28 janvier 2016, *CASTA e.a.*, C-50/14, EU:C:2016:56, point 55). Le recours à la sous-traitance, qui est susceptible de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics, contribue à la poursuite de cet objectif.
- 49 Or, une disposition nationale, telle que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics, est susceptible d'empêcher, de gêner ou de rendre moins attrayant la participation d'opérateurs économiques établis dans d'autres États membres à la procédure de passation ou à l'exécution d'un

marché public tel que celui en cause au principal, puisqu'elle empêche ces opérateurs soit de sous-traiter à des tiers tout ou partie des travaux qualifiés de « principaux » par l'entité adjudicatrice, soit de proposer leurs services en tant que sous-traitants pour cette partie des travaux.

- 50 Partant, ladite disposition constitue une restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services.
- 51 Cela étant, une telle restriction peut être justifiée dans la mesure où elle poursuit un objectif légitime d'intérêt général et pour autant qu'elle respecte le principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elle soit propre à garantir la réalisation de cet objectif et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire à cette fin (voir, en ce sens, arrêts du 27 octobre 2005, *Contse e.a.*, C-234/03, EU:C:2005:644, point 25, ainsi que du 23 décembre 2009, *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, point 44).
- 52 Dans l'affaire au principal, il ressort du dossier dont dispose la Cour, d'une part, que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics vise à garantir une exécution correcte des travaux. Ainsi, cette disposition aurait été adoptée notamment dans le but de faire obstacle à une pratique existante consistant, pour un soumissionnaire, à faire valoir des capacités professionnelles aux seules fins d'emporter le marché en cause, avec l'intention non pas d'exécuter lui-même les travaux, mais d'en confier la majorité ou la quasi-totalité à des sous-traitants, pratique qui affectait la qualité des travaux et leur bonne réalisation. D'autre part, en limitant le recours à la sous-traitance aux travaux qualifiés de « non principaux », l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics viserait à encourager la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics en qualité de cosoumissionnaires au sein d'un groupement d'opérateurs économiques plutôt qu'en tant que sous-traitants.
- 53 S'agissant, en premier lieu, de l'objectif tenant à l'exécution correcte des travaux, il convient de considérer qu'il est légitime.
- 54 Toutefois, s'il n'est pas exclu qu'un tel objectif puisse justifier certaines limitations du recours à la sous-traitance (voir, en ce sens, arrêts du 18 mars 2004, *Siemens et ARGE Telekom*, C-314/01, EU:C:2004:159, point 45, et du 14 juillet 2016, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2016:562, point 34), il y a lieu de considérer qu'une disposition d'une réglementation nationale, telle que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics, va au-delà de ce qui est nécessaire afin d'atteindre cet objectif, en ce qu'elle proscriit de manière générale un tel recours pour les travaux qualifiés de « principaux » par l'entité adjudicatrice.
- 55 En effet, cette interdiction s'applique quels que soient le secteur économique concerné par le marché en cause, la nature des travaux ainsi que les qualifications des sous-traitants. En outre, une telle interdiction générale ne laisse pas de place à une appréciation au cas par cas par ladite entité.
- 56 Certes, l'entité adjudicatrice reste libre de définir les travaux devant être qualifiés de « principaux ». Toutefois, elle n'en demeure pas moins tenue de prévoir, pour tous les marchés, que l'ensemble de ces travaux sera réalisé par le soumissionnaire lui-même. Ainsi, l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics interdit le recours à la sous-traitance pour lesdits travaux, y compris dans les cas où l'entité adjudicatrice serait en mesure de vérifier les capacités des sous-traitants concernés et estimerait, après cette vérification, qu'une telle interdiction n'est pas nécessaire à la bonne exécution des travaux eu égard, notamment, à la nature des tâches que le soumissionnaire entend déléguer auxdits sous-traitants.
- 57 Ainsi que M^{me} l'avocat général l'a relevé au point 51 de ses conclusions, une mesure alternative moins restrictive et garantissant la réalisation de l'objectif poursuivi aurait pu consister à exiger des soumissionnaires qu'ils indiquent, dans leur offre, la part du marché et les travaux qu'ils ont l'intention de sous-traiter, les sous-traitants proposés et les capacités de ceux-ci. Pourrait également

être envisagée notamment la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'interdire aux soumissionnaires de changer de sous-traitants si cette entité n'a pas pu, au préalable, vérifier l'identité et la capacité de ces derniers.

- 58 Au demeurant, dans la mesure où la juridiction de renvoi et le gouvernement lituanien soutiennent que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics a été adopté afin de faire obstacle à une pratique existante consistant pour les soumissionnaires à faire valoir des capacités professionnelles aux seules fins d'emporter le marché concerné avec l'intention de confier la majorité ou la quasi-totalité des travaux à des sous-traitants, il convient de relever que cette disposition ne vise pas spécifiquement une telle pratique. Ainsi, elle interdit au soumissionnaire de déléguer la réalisation de tous les travaux qualifiés de « principaux » par l'entité adjudicatrice, y compris des tâches ne représentant, proportionnellement, qu'une faible part de ces travaux. Partant, ladite disposition va au-delà de ce qui est nécessaire pour faire obstacle à la pratique susmentionnée.
- 59 S'agissant, en second lieu, de la justification tirée de l'encouragement des petites et moyennes entreprises à participer à un marché en tant que cosoumissionnaires plutôt qu'en qualité de sous-traitants, il n'est certes pas exclu qu'un tel objectif puisse, dans certaines circonstances et sous certaines conditions, constituer un objectif légitime (voir, par analogie, arrêt du 25 octobre 2007, Geurts et Vogten, C-464/05, EU:C:2007:631, point 26).
- 60 Toutefois, et en tout état de cause, rien parmi les éléments dont dispose la Cour n'indique en quoi une disposition d'une réglementation nationale, telle que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics, serait nécessaire afin de réaliser cet objectif.
- 61 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question, sous a), que, s'agissant d'un marché public qui ne relève pas du champ d'application de la directive 2004/17, mais qui présente un intérêt transfrontalier certain, les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition d'une réglementation nationale, telle que l'article 24, paragraphe 5, de la loi relative aux marchés publics, qui prévoit que, en cas de recours à des sous-traitants pour l'exécution d'un marché de travaux, l'adjudicataire est tenu de réaliser lui-même les travaux principaux, définis comme tels par l'entité adjudicatrice.

Sur la seconde question

- 62 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2004/17 et, en particulier, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que l'obligation de transparence découlant de cette directive doivent être interprétés en ce sens qu'ils permettent à l'entité adjudicatrice de modifier, après la publication de l'avis de marché, certaines clauses du cahier des charges, telles que la clause 4.3 en cause au principal, dès lors que cette entité a, en raison des modifications effectuées, lesquelles ont été annoncées par une publication au *Journal officiel de l'Union européenne*, prolongé le délai de présentation des offres.
- 63 À titre liminaire, il y a lieu de souligner qu'une telle possibilité de modifier les documents d'appel d'offres est prévue à l'article 27, paragraphe 4, de la loi relative aux marchés publics.
- 64 Or, ainsi que la juridiction de renvoi l'a souligné dans sa demande de décision préjudicielle, la directive 2004/17 ne comporte aucune disposition à cet égard.
- 65 Dans ces conditions, il ne saurait être considéré que l'article 27, paragraphe 4, de la loi relative aux marchés publics, lorsqu'il s'applique à des marchés ne relevant pas du champ d'application de cette directive, opère un renvoi direct et inconditionnel à celle-ci, au sens de la jurisprudence exposée au point 34 du présent arrêt (voir, par analogie, arrêt du 7 juillet 2011, Agafitei e.a., C-310/10, EU:C:2011:467, point 45).

- 66 Il s'ensuit que l'interprétation de ladite directive ne se justifie pas afin de répondre à la seconde question.
- 67 Cela étant, afin de fournir une réponse utile à la juridiction de renvoi, il y a lieu, pour les raisons exposées aux points 43 à 45 du présent arrêt, de répondre à cette question à la lumière des règles fondamentales et des principes généraux du traité FUE, au rang desquels figurent les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement ainsi que l'obligation de transparence, qui découlent notamment des articles 49 et 56 TFUE, et sur lesquels s'interroge en particulier cette juridiction.
- 68 À cet égard, il convient de relever que, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, ces principes et cette obligation exigent en particulier que les soumissionnaires se trouvent sur un pied d'égalité au moment où ils préparent leurs offres. L'obligation de transparence vise plus particulièrement à garantir l'absence de favoritisme et d'arbitraire de la part de l'entité adjudicatrice (voir, en ce sens, arrêts du 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, point 44, et du 14 juillet 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, point 22).
- 69 Lesdits principes et obligation impliquent notamment que l'objet et les critères d'attribution du marché concerné soient clairement déterminés dès le début de la procédure de passation de celui-ci et que les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre l'entité adjudicatrice en mesure de vérifier effectivement si les offres présentées correspondent aux critères régissant ledit marché (voir, en ce sens, arrêts du 10 mai 2012, *Commission/Pays-Bas*, C-368/10, EU:C:2012:284, points 56, 88 et 109 ; du 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, point 44, ainsi que du 14 juillet 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, point 23). L'obligation de transparence signifie également que l'objet et les critères d'attribution du marché doivent faire l'objet d'une publicité adéquate de la part de l'entité adjudicatrice (voir, en ce sens, arrêt du 24 janvier 2008, *Lianakis e.a.*, C-532/06, EU:C:2008:40, point 40).
- 70 Il résulte également de la jurisprudence de la Cour que l'entité adjudicatrice ne peut pas, en principe, modifier, au cours de la procédure d'adjudication, la portée des conditions essentielles du marché, au rang desquelles figurent les spécifications techniques ainsi que les critères d'attribution, et sur lesquelles les opérateurs économiques intéressés se sont légitimement fondés pour prendre la décision de préparer la présentation d'une offre ou, au contraire, de renoncer à participer à la procédure de passation du marché concerné (voir, en ce sens, arrêts du 10 mai 2012, *Commission/Pays-Bas*, C-368/10, EU:C:2012:284, point 55, et du 16 avril 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, points 27 à 29).
- 71 Cela étant, il ne s'ensuit pas que toute modification du cahier des charges après la publication de l'avis de marché serait, par principe et en toutes circonstances, proscrite.
- 72 Ainsi, l'entité adjudicatrice a exceptionnellement la possibilité de corriger ou de compléter les données du cahier des charges qui nécessitent une simple clarification ou dans le but de corriger des erreurs matérielles manifestes, sous réserve d'en informer l'ensemble des soumissionnaires (voir, par analogie, arrêt du 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, EU:C:2012:191, point 40).
- 73 Cette entité doit également être autorisée à apporter certaines modifications au cahier des charges, notamment en ce qui concerne les conditions et les modalités de cumul des capacités professionnelles, sous réserve que les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement ainsi que l'obligation de transparence soient respectés.

- 74 Cette exigence signifie, premièrement, que les modifications concernées, bien que pouvant être importantes, ne doivent pas être à ce point substantielles qu'elles auraient attiré des soumissionnaires potentiels qui, en l'absence de ces modifications, ne seraient pas en mesure de présenter une offre. Tel pourrait être le cas, notamment, lorsque les modifications rendent le marché sensiblement différent par nature de celui qui avait été défini initialement.
- 75 Deuxièmement, ladite exigence implique que ces modifications fassent l'objet d'une publicité adéquate, de manière à permettre à tous les soumissionnaires potentiels raisonnablement informés et normalement diligents d'en prendre connaissance dans les mêmes conditions et au même moment.
- 76 Troisièmement, cette même exigence suppose encore, d'une part, que lesdites modifications interviennent avant la présentation des offres par les soumissionnaires, et, d'autre part, que le délai de présentation de ces offres soit prolongé lorsque ces modifications sont importantes, que la durée de cette prolongation soit fonction de l'importance desdites modifications et que cette durée soit suffisante afin de permettre aux opérateurs économiques intéressés d'adapter leur offre en conséquence.
- 77 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la seconde question que, s'agissant d'un marché public qui ne relève pas du champ d'application de la directive 2004/17, mais qui présente un intérêt transfrontalier certain, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que l'obligation de transparence qui découlent notamment des articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce que l'entité adjudicatrice modifie, après la publication de l'avis de marché, une clause du cahier des charges relative aux conditions et aux modalités de cumul des capacités professionnelles, telle que la clause 4.3 en cause au principal, sous réserve, premièrement, que les modifications effectuées ne soient pas à ce point substantielles qu'elles auraient attiré des soumissionnaires potentiels qui, en l'absence de ces modifications, ne seraient pas en mesure de présenter une offre, deuxièmement, que lesdites modifications fassent l'objet d'une publicité adéquate et, troisièmement, qu'elles interviennent avant la présentation des offres par les soumissionnaires, que le délai de présentation de ces offres soit prolongé lorsque les modifications concernées sont importantes, que la durée de cette prolongation soit fonction de l'importance de ces modifications et que cette durée soit suffisante afin de permettre aux opérateurs économiques intéressés d'adapter leur offre en conséquence, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

Sur la première question, sous b)

- 78 Par sa première question, sous b), la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2004/17 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une clause d'un cahier des charges, telle que la clause 4.3 en cause au principal, qui, en cas de présentation d'une offre conjointe par plusieurs soumissionnaires, requiert que l'apport de chacun d'entre eux pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacités professionnelles corresponde, proportionnellement, à la part des travaux qu'il exécutera réellement s'il se voit attribuer le marché concerné.
- 79 À titre liminaire, l'autorité portuaire a, en substance, précisé, lors de l'audience devant la Cour, que la clause 4.3 du cahier des charges en cause au principal devait être lue en combinaison avec la clause 4.2.3 de ce cahier des charges. Conformément à cette dernière clause, les soumissionnaires souhaitant présenter une offre conjointe doivent indiquer dans un contrat d'association la part des travaux que chacun d'entre eux s'engage à exécuter, étant précisé que ce partage est librement déterminé par ces soumissionnaires. Ladite clause 4.3 permettrait à ladite autorité de vérifier, lors de l'examen des offres, que chacun des soumissionnaires concernés dispose des capacités professionnelles correspondant proportionnellement à la part des travaux qu'il s'engage à réaliser conformément à ce contrat et qu'il exécutera réellement en cas d'attribution du marché.

- 80 Ainsi, comme M^{me} l’avocat général l’a relevé au point 56 de ses conclusions, la clause 4.3 du cahier des charges en cause au principal a trait à la passation du marché et, plus particulièrement, à la possibilité pour les soumissionnaires présentant une offre conjointe de cumuler leurs capacités professionnelles afin de répondre aux exigences de ce cahier des charges.
- 81 Une telle possibilité est prévue à l’article 32, paragraphe 3, de la loi relative aux marchés publics.
- 82 Or, il ressort de la décision de renvoi que cette disposition, qui s’applique à tous les marchés de travaux, quelle que soit leur valeur, reproduit de manière fidèle le contenu de l’article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/17. En outre, la juridiction de renvoi a indiqué que, lors de la transposition de cette directive dans le droit lituanien, le législateur national avait choisi d’étendre certaines dispositions de celle-ci aux marchés d’une valeur inférieure aux seuils fixés à l’article 16, sous b), de ladite directive, notamment en prévoyant des dispositions analogues expressis verbis à celles de cette même directive.
- 83 Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que l’article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/17 a été rendu applicable, de manière directe et inconditionnelle, aux marchés exclus du champ d’application de cette directive par l’article 32, paragraphe 3, de la loi relative aux marchés publics.
- 84 Partant, eu égard à la jurisprudence rappelée aux points 33 et 34 du présent arrêt, il convient d’examiner la première question, sous b), à la lumière de l’article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/17.
- 85 Cette disposition reconnaît le droit de tout opérateur économique, lorsque l’entité adjudicatrice fixe un critère de sélection qualitatif comportant des exigences relatives aux capacités techniques ou professionnelles, de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d’autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités, pour autant qu’il soit prouvé à l’entité adjudicatrice que le soumissionnaire disposera effectivement des moyens desdites entités qui sont nécessaires à l’exécution du marché (voir, par analogie, arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, point 33 et jurisprudence citée). Conformément à cette même disposition, ce droit s’étend aux groupements d’opérateurs économiques présentant une offre conjointe, lesquels peuvent, dans les mêmes conditions, faire valoir les capacités de leurs participants ou d’autres entités.
- 86 Cela étant, la directive 2004/17 ne s’oppose pas à ce que l’exercice du droit consacré à son article 54, paragraphe 6, soit limité dans des circonstances exceptionnelles (voir, par analogie, arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, point 39).
- 87 En particulier, il ne saurait être exclu que, dans des circonstances particulières, eu égard à la nature et aux objectifs d’un marché déterminé ainsi qu’aux travaux concernés, les capacités dont dispose une entité tierce, et qui sont nécessaires à l’exécution de ce marché, ne soient pas susceptibles d’être transmises au soumissionnaire concerné, de sorte que ce dernier ne saurait se prévaloir de ces capacités que si ladite entité participe directement et personnellement à l’exécution dudit marché (voir, en ce sens, arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, point 41).
- 88 Dans de telles circonstances, l’entité adjudicatrice peut, aux fins de la correcte exécution de ce marché, indiquer expressément, dans les documents de marché, des règles précises selon lesquelles un opérateur économique peut faire valoir les capacités d’autres entités, pour autant que ces règles soient liées et proportionnées à l’objet et aux finalités dudit marché (voir, en ce sens, arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, points 54 à 56).
- 89 De même, il ne saurait être d’emblée exclu que, dans des circonstances particulières, eu égard à la nature des travaux concernés ainsi qu’à l’objet et aux finalités du marché, les capacités des différents participants à un groupement d’opérateurs économiques présentant une offre conjointe qui sont

nécessaires à la bonne exécution dudit marché ne soient pas susceptibles d'être transmises entre ces participants. Dans une telle hypothèse, l'entité adjudicatrice serait ainsi fondée à exiger que chacun desdits participants exécute les travaux correspondant à ses propres capacités.

- 90 En l'occurrence, l'autorité portuaire et le gouvernement lituanien soutiennent, en substance, que la clause 4.3 du cahier des charges en cause au principal vise à éviter qu'un soumissionnaire fasse, afin d'emporter l'appel d'offres, valoir des capacités qu'il n'a pas l'intention d'utiliser, et, inversement, qu'un soumissionnaire puisse accéder au marché et effectuer une partie des travaux, sans toutefois disposer des capacités et moyens nécessaires à la bonne exécution de ces travaux.
- 91 À cet égard, il ne saurait certes être exclu que, compte tenu de la technicité et de l'importance des travaux en cause au principal, l'exécution correcte de ceux-ci exige que, en cas de présentation d'une offre conjointe par plusieurs soumissionnaires, chacun d'entre eux exécute les tâches spécifiques correspondant, eu égard à l'objet ou à la nature de ces travaux ou tâches, à ses propres capacités professionnelles.
- 92 Toutefois, telle ne paraît pas être la portée de la clause 4.3 du cahier des charges en cause au principal. En effet, ainsi que M^{me} l'avocat général l'a en substance relevé aux points 63 et 64 de ses conclusions, cette clause exige qu'il existe une correspondance purement arithmétique entre l'apport de chacun des soumissionnaires concernés pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacités professionnelles et la part des travaux que ce soumissionnaire s'engage à réaliser et qu'il exécutera réellement en cas d'attribution du marché. En revanche, cette clause ne tient pas compte de la nature des tâches à réaliser par chaque soumissionnaire ni des compétences techniques propres de chacun d'eux. Dans ces conditions, ladite clause 4.3 ne fait pas obstacle à ce que l'un des soumissionnaires concernés accomplisse des tâches spécifiques pour lesquelles il ne possède pas, en réalité, l'expérience ou les capacités requises.
- 93 Par ailleurs, l'autorité portuaire et le gouvernement lituanien ont souligné que la clause 4.3 du cahier des charges en cause au principal n'empêchait pas les soumissionnaires concernés de recourir à la sous-traitance pour l'exécution des travaux qualifiés de « non principaux » et que, conformément à la clause 4.4 de ce cahier des charges, les capacités professionnelles des sous-traitants n'étaient pas vérifiées. Si tel est le cas, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, il y aurait lieu de considérer que ladite clause 4.3, d'une part, ne garantit pas que les soumissionnaires utiliseront effectivement les capacités qu'ils ont déclarées lors de la passation du marché et qui ont été prises en compte par l'autorité portuaire aux fins de l'examen des offres. D'autre part, elle n'exclut pas que les travaux qualifiés de « non principaux » soient réalisés par des sous-traitants ne disposant pas des capacités professionnelles requises.
- 94 Il s'ensuit que la clause 4.3 du cahier des charges en cause au principal n'est pas propre à garantir la réalisation des objectifs poursuivis.
- 95 Partant, il y a lieu de considérer que la limitation du droit prévu à l'article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/17 résultant de cette clause n'est pas justifiée eu égard à l'objet et aux finalités du marché en cause au principal.
- 96 Dans ces conditions, il convient de répondre à la première question, sous b), que l'article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/17 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une clause d'un cahier des charges, telle que la clause 4.3 en cause au principal, qui, en cas de présentation d'une offre conjointe par plusieurs soumissionnaires, requiert que l'apport de chacun d'entre eux pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacités professionnelles corresponde, proportionnellement, à la part des travaux qu'il exécutera réellement s'il se voit attribuer le marché concerné.

Sur les dépens

⁹⁷ 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) **S'agissant d'un marché public qui ne relève pas du champ d'application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, telle que modifiée par le règlement (UE) n° 1336/2013 de la Commission, du 13 décembre 2013, mais qui présente un intérêt transfrontalier certain, les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition d'une réglementation nationale, telle que l'article 24, paragraphe 5, du Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (loi lituanienne relative aux marchés publics), qui prévoit que, en cas de recours à des sous-traitants pour l'exécution d'un marché de travaux, l'adjudicataire est tenu de réaliser lui-même les travaux principaux, définis comme tels par l'entité adjudicatrice.**
- 2) **S'agissant d'un tel marché public, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que l'obligation de transparence qui découlent notamment des articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce que l'entité adjudicatrice modifie, après la publication de l'avis de marché, une clause du cahier des charges relative aux conditions et aux modalités de cumul des capacités professionnelles, telle que la clause 4.3 en cause au principal, sous réserve, premièrement, que les modifications effectuées ne soient pas à ce point substantielles qu'elles auraient attiré des soumissionnaires potentiels qui, en l'absence de ces modifications, ne seraient pas en mesure de présenter une offre, deuxièmement, que lesdites modifications fassent l'objet d'une publicité adéquate et, troisièmement, qu'elles interviennent avant la présentation des offres par les soumissionnaires, que le délai de présentation de ces offres soit prolongé lorsque les modifications concernées sont importantes, que la durée de cette prolongation soit fonction de l'importance de ces modifications et que cette durée soit suffisante afin de permettre aux opérateurs économiques intéressés d'adapter leur offre en conséquence, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.**
- 3) **L'article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/17, telle que modifiée par le règlement n° 1336/2013, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une clause d'un cahier des charges, telle que la clause 4.3 en cause au principal, qui, en cas de présentation d'une offre conjointe par plusieurs soumissionnaires, requiert que l'apport de chacun d'entre eux pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacités professionnelles corresponde, proportionnellement, à la part des travaux qu'il exécutera réellement s'il se voit attribuer le marché concerné.**

Signatures