

ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)

4 mai 2017 (*)

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Directive 2004/18/CE – Principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence – Capacités techniques et/ou professionnelles des opérateurs économiques – Article 48, paragraphe 3 – Possibilité de faire valoir les capacités d'autres entités – Article 51 – Possibilité de compléter l'offre – Article 45, paragraphe 2, sous g) – Exclusion de la participation à un marché public pour faute grave »

Dans l'affaire C-387/14,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par la Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours, Pologne), par décision du 25 juillet 2014, parvenue à la Cour le 14 août 2014, dans la procédure

Esaprojekt sp. z o.o.

contre

Województwo Łódzkie,

en présence de :

Konsultant Komputer sp. z o.o.,

LA COUR (cinquième chambre),

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

avocat général : M. M. Bobek,

greffier : M^{me} X. Lopez Bancalari, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 21 septembre 2016,

considérant les observations présentées :

- pour Województwo Łódzkie, par M^{mes} M. Popielarczyk et A. Faliszek-Rosiak, radcy prawni, ainsi que par MM. P. Krystynowicz et M. Kaczmarczyk, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement polonais, par M. B. Majczyna et M^{me} D. Lutostańska, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement italien, par M^{me} G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M^{me} C. Colelli, avvocato dello Stato,
- pour la Commission européenne, par M^{me} J. Hottiaux et M. A. Tokár, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 24 novembre 2016,

rend le présent

Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation 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 2004, L 134, p. 114).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Esaprojekt sp. z o.o. à la Województwo Łódzkie (Voïvodie de Łódź, Pologne) (ci-après le « pouvoir adjudicateur ») au sujet des conditions de sélection d'une offre déposée par l'opérateur économique, Konsultant Komputer sp. z o.o., dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché public pour la fourniture de systèmes informatiques d'établissements hospitaliers en Pologne.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

- 3 Le considérant 46 de la directive 2004/18 énonce :
- « L'attribution du marché devrait être effectuée sur la base de critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective. Par conséquent, il convient de n'admettre que l'application de deux critères d'attribution, à savoir celui du "prix le plus bas" et celui de "l'offre économiquement la plus avantageuse".
- Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés, il convient de prévoir l'obligation – consacrée par la jurisprudence – d'assurer la transparence nécessaire pour permettre à tout soumissionnaire d'être raisonnablement informé des critères et des modalités qui seront appliqués pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. [...] »
- 4 L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de cette directive est rédigé comme suit :
- « Les "marchés publics" sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive. »
- 5 L'article 2 de ladite directive, intitulé « Principes de passation des marchés », prévoit :
- « Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. »
- 6 L'article 44 de la directive 2004/18, intitulé « Vérification de l'aptitude et choix des participants, attribution des marchés », dispose :
- « 1. L'attribution des marchés se fait sur la base des critères prévus aux articles 53 et 55, compte tenu de l'article 24, après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 45 et 46, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 47 à 52 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3.
2. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des niveaux minimaux de capacités, conformément aux articles 47 et 48, auxquels les candidats et les soumissionnaires doivent satisfaire.
- L'étendue des informations visées aux articles 47 et 48 ainsi que les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché.
- Ces niveaux minimaux sont indiqués dans l'avis de marché.
- [...] »

7 L'article 45 de cette directive, intitulé « Situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire », énonce, à son paragraphe 2 :

« Peut être exclu de la participation au marché, tout opérateur économique :

[...]

g) qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n'a pas fourni ces renseignements.

Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe. »

8 L'article 48 de ladite directive, intitulé « Capacités techniques et/ou professionnelles », prévoit :

« 1. Les capacités techniques et/ou professionnelles des opérateurs économiques sont évaluées et vérifiées conformément aux paragraphes 2 et 3.

2. Les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent être justifiées d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services :

a) [...]

ii) la présentation d'une liste des principales livraisons ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. [...]

[...]

3. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur 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.

4. Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 4 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou à d'autres entités.

[...] »

9 L'article 51 de la directive 2004/18, intitulé « Documentation et renseignements complémentaires », est libellé comme suit :

« Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats et documents présentés en application des articles 45 à 50. »

Le droit polonais

10 La directive 2004/18 a été transposée dans l'ordre juridique polonais par l'Ustawa Prawo zamówień publicznych (loi sur le droit des marchés publics, texte codifié, Dz. U. de 2013, positions 907, 984, 1047, 1473, et Dz. U. de 2014, position 423, ci-après la « loi sur le DMP »).

11 L'article 24, paragraphe 2, points 3 et 4, de la loi sur le DMP est libellé comme suit :

« [E]st également exclu d'une procédure d'attribution de marché tout opérateur qui :

3) a communiqué de fausses informations ayant une incidence ou pouvant avoir une incidence sur le résultat de la procédure en cours ;

4) n'a pas démontré avoir rempli les conditions de participation à ladite procédure.»

12 L'article 26, paragraphes 2b et 4, de cette loi prévoit :

« 2b. Un opérateur économique peut faire valoir les connaissances, l'expérience, la capacité technique et les personnes aptes à exécuter le marché ou les capacités financières d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires à l'exécution du marché, notamment, par la production d'un engagement écrit de ces entités selon lequel il disposera des moyens nécessaires pour la durée d'utilisation équivalant à l'exécution du marché [...]

4. Dans un délai qu'il fixe, le pouvoir adjudicateur demande également des éclaircissements relatifs aux déclarations ou documents visés à l'article 25, paragraphe 1. »

13 L'article 93, paragraphe 1, point 7, de ladite loi énonce :

« Le pouvoir adjudicateur doit annuler la procédure d'attribution de marché lorsqu'elle [...] est irrémédiablement entachée d'une irrégularité rendant impossible la conclusion d'un contrat de marché public qui n'est pas entaché d'une cause d'annulation. »

14 L'article 1^{er}, paragraphe 6, du Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [règlement du président du Conseil des ministres, du 19 février 2013, sur le type de documents exigibles, par le pouvoir adjudicateur, d'un opérateur économique et sur la forme de production de ces documents (Dz. U. de 2013, position 231)] se lit comme suit :

« Si, pour démontrer qu'il remplit les conditions visées à l'article 22, paragraphe 1, de la loi [sur le DMP], un opérateur économique fait valoir les moyens d'autres entités en vertu des dispositions de l'articles 26, paragraphe 2b, de la loi [sur le DMP], le pouvoir adjudicateur, pour apprécier si l'opérateur économique disposera des moyens d'autres entités dans la mesure nécessaire à la bonne exécution du marché ou si le lien entre l'opérateur économique et ces entités garantit effectivement l'accès à ces moyens, peut exiger :

1) pour les conditions visées à l'article 22, paragraphe 1, point 4, de la loi [sur le DMP], les documents énumérés au paragraphe 1, points 9 à 11, de même que d'autres documents relatifs à la capacité économique et financière, tels que prévus dans l'avis de marché ou le cahier des charges ;

2) des documents relatifs notamment :

a) à l'étendue des moyens d'une autre entité auxquels peut accéder un opérateur économique,

b) aux modalités d'utilisation de moyens d'une autre entité par l'opérateur économique pour exécuter le marché,

c) à la nature du lien entre un opérateur et une autre entité, et

d) à l'étendue et la durée de participation d'une autre entité à l'exécution du marché ».

Le litige au principal et les questions préjudicielles

15 Il ressort de la décision de renvoi que le pouvoir adjudicateur a ouvert une procédure d'attribution de marché public portant sur la « modernisation de systèmes informatiques existants et la mise en œuvre de nouveaux systèmes dans des établissements de santé relevant de la collectivité de Voïvodie de Łódź (Pologne) au titre du projet de services du système d'informations médicales régional (services RSIM) ». L'appel d'offres a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* du 29 novembre 2013, sous le numéro 2013/S 232-402292.

- 16 Aux fins de la passation dudit marché, le pouvoir adjudicateur a opté pour le déroulement d'une procédure ouverte et a divisé l'objet du marché en plusieurs lots couvrant différents établissements. Il a ainsi permis aux opérateurs économiques intéressés de présenter des offres non seulement pour l'entièreté du marché, mais également pour une partie de celui-ci.
- 17 Le litige au principal concerne, en particulier, l'attribution du lot n° 3, relatif à l'achat et à la fourniture d'un système hospitalier intégré au service des départements administratifs (gris) et médicaux (blanc) dans l'établissement hospitalier régional Nicolas Copernic à Piotrków Tribunalski (Pologne). Le marché porte sur un logiciel standard que l'opérateur économique doit livrer, installer et configurer au titre de l'exécution du contrat.
- 18 Ainsi que le point 6.1 et le sous-point 6.1.2 du cahier des charges le prévoient, afin de justifier son expérience, chaque candidat soumissionnaire présentant une offre pour le lot n° 3 devait notamment démontrer avoir exécuté au moins deux marchés comprenant, pour chacun d'eux, une livraison, une installation, une configuration et une mise en œuvre d'un système hospitalier intégré (HIS) dans les départements blanc et gris pour un établissement de santé avec un nombre minimum de 200 lits, d'une valeur non inférieure à 450 000 zlotys polonais (PLN) (environ 101 676, 08 euros) taxe sur la valeur ajoutée (TVA) comprise.
- 19 À cette fin, il incombait à chaque opérateur économique de fournir, notamment, un inventaire des principales livraisons effectuées au cours des trois années précédant l'expiration du délai de présentation de l'offre ou, le cas échéant, pendant une durée d'activité inférieure, en précisant l'objet, la valeur, la date d'exécution et les entités pour le compte desquelles ces livraisons ont été réalisées et en joignant les pièces justificatives indiquant leur bonne exécution.
- 20 L'opérateur économique Konsultant Komputer a présenté, dans son offre, une liste de livraisons, comprenant deux rubriques, portant sur la livraison, l'installation, la configuration et la mise en œuvre de deux systèmes hospitaliers intégrés et exécutés pour le compte, respectivement, de l'hôpital régional spécialisé J. Korczak de Słupsk (Pologne) et de l'hôpital spécialisé J. Śniadecki à Nowy Sącz (Pologne), par le consortium composé de Konsultant IT sp. z o.o. et de Konsultant Komputer.
- 21 Le pouvoir adjudicateur a sélectionné l'offre de Konsultant Komputer, l'estimant comme étant économiquement la plus avantageuse pour le lot n° 3.
- 22 En tant que candidate exclue dans le cadre de ladite procédure, Esaprojekt a introduit un recours devant la Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours, Pologne) contre la décision du pouvoir adjudicateur ayant sélectionné l'offre de Konsultant Komputer. Esaprojekt reprochait, en substance, au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir constaté que l'offre en question se fondait sur des informations inexactes et ne remplissait pas les conditions prévues audit sous-point 6.1.2 du cahier des charges. Par conséquent, cette offre aurait dû être rejetée, conformément à l'article 24, paragraphe 2, point 3, de la loi sur le DMP.
- 23 Par décision du 7 avril 2014, la Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours) a ordonné au pouvoir adjudicateur d'annuler le choix de l'offre la plus avantageuse concernant le lot n° 3 et d'inviter Konsultant Komputer, en vertu de l'article 26, paragraphe 4, de la loi sur le DMP, à fournir des précisions sur l'étendue des marchés dont elle avait fait état dans son offre. Le pouvoir adjudicateur a dès lors annulé sa décision et a invité Konsultant Komputer à compléter les documents permettant d'établir que la condition de connaissance et d'expérience pour être candidat, prévue au sous-point 6.1.2 du cahier des charges, était remplie.
- 24 En réponse à cette demande, par courrier du 29 avril 2014, Konsultant Komputer a indiqué, d'une part, que le marché dont elle avait fait état portait sur des fonctionnalités que le pouvoir adjudicateur avait définies comme le département gris et, d'autre part, que la liste de livraisons annexée à son offre concernait l'exécution de deux marchés, à savoir le marché n° 51/2/2010 du 5 octobre 2010 et le marché n° 62/2010 du 6 décembre 2010.
- 25 Cependant, il ressortait des informations fournies par Konsultant Komputer que, en réalité, les prestations relatives à l'hôpital régional spécialisé J. Korczak de Słupsk avaient été exécutées dans le

cadre de deux contrats distincts, dont l'un ne comprenait pas de département blanc et l'autre ne contenait pas de département gris.

- 26 Eu égard à ces éclaircissements, le pouvoir adjudicateur a considéré que les prestations exécutées pour l'hôpital régional spécialisé J. Korczak de Słupsk ne remplissaient pas la condition prévue au sous-point 6.1.2 du cahier des charges, selon laquelle chaque marché devait présenter l'ensemble des éléments qui y sont énumérés, notamment une livraison, une installation, une configuration et une mise en œuvre d'un système hospitalier intégré (HIS) dans les départements blanc et gris. Le pouvoir adjudicateur a, dès lors, invité Konsultant Komputer à compléter son dossier à cet égard.
- 27 À cette fin, Konsultant Komputer a fourni une nouvelle liste de livraisons dans laquelle elle faisait valoir l'expérience d'une autre entité, Medinet Systemy Informatyczne sp. z o.o., concernant deux livraisons, à savoir, la première pour l'établissement public de santé de Janów Lubelski et, la seconde, pour l'hôpital de district du service de santé des chemins de fer de Lublin (Pologne). Elle a également transmis un engagement de Medinet Systemy Informatyczne de fournir, en tant que conseil et consultant, les moyens nécessaires à l'exécution du marché et a indiqué, à nouveau, la livraison réalisée pour l'hôpital spécialisé J. Śniadecki à Nowy Sącz.
- 28 Satisfait de cette réponse, le pouvoir adjudicateur a sélectionné de nouveau l'offre de Konsultant Komputer, celle-ci étant économiquement la plus avantageuse pour le lot n° 3.
- 29 Esaprojekt a introduit un recours devant la Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours) visant à obtenir l'annulation de la décision du pouvoir adjudicateur, ainsi qu'une nouvelle évaluation des offres et l'exclusion de Konsultant Komputer, au motif que celle-ci avait présenté des informations fausses et qu'elle n'a pas démontré avoir rempli les conditions de participation à la procédure, notamment celles prévues au sous-point 6.1.2 du cahier des charges.
- 30 Selon la Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours), l'affaire au principal soulève, en premier lieu, la question de savoir si les articles 2 et 51 de la directive 2004/18 s'opposent à ce qu'un opérateur économique fasse valoir, lorsqu'il complète des documents à la demande du pouvoir adjudicateur, d'autres prestations que celles qu'il avait indiquées dans son offre initiale et qu'il puisse se prévaloir, à cet égard, de prestations réalisées par une autre entité dont il n'avait pas fait valoir les moyens dans son offre initiale.
- 31 En second lieu, cette juridiction émet des doutes au sujet de la possibilité qu'a l'opérateur économique de se prévaloir, dans les circonstances de l'affaire au principal, du droit prévu à l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 de faire valoir les capacités d'entités tierces lorsqu'il ne remplit pas, à lui seul, les conditions minimales exigées pour participer à la procédure d'adjudication d'un marché de services.
- 32 Au demeurant, la Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours) s'interroge également sur la question de savoir dans quelles circonstances un opérateur économique peut être tenu pour responsable d'une faute grave et peut donc être exclu de la participation à un marché public au sens de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18.
- 33 Dans ces conditions, la Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :
- « 1) L'article 51 [de la directive 2004/18], lu en combinaison avec le[s] principe[s] d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques et le principe de transparence, figurant à l'article 2 de la directive 2004/18, autorise-t-il un opérateur économique, pour compléter ou expliciter des documents, à faire état d'autres exécutions de marchés (c'est-à-dire des livraisons effectuées) que celles figurant dans l'inventaire des livraisons joint à l'offre et, particulièrement, à faire état d'exécutions de marchés d'une autre entité dont il n'a pas mentionné l'utilisation des moyens dans l'offre ?
- 2) Au regard de l'arrêt du 10 octobre 2013, Manova [(C-336/12, EU:C:2013:647)], dont il résulte que "le principe d'égalité de traitement doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce

qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents dudit marché n'ont pas imposé explicitement leur communication sous peine d'exclusion de la candidature", faut-il interpréter l'article 51 de la directive 2004/18, en ce sens que ne peuvent être complétés que les documents dont l'existence, avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt de l'offre ou de la demande de participation à la procédure, est objectivement vérifiable ou encore que la Cour de justice n'a indiqué que l'une des possibilités et que les documents peuvent être complétés dans d'autres cas également, par exemple en joignant des documents qui n'existaient pas avant ledit délai, mais qui permettent objectivement de confirmer qu'une condition était remplie ?

- 3) S'il est répondu à la deuxième question en ce sens que peuvent également être complétés des documents autres que ceux mentionnés dans l'arrêt du 10 octobre 2013, Manova [(C-336/12, EU:C:2013:647)], peut-on compléter des documents établis par un opérateur économique, un sous-traitant ou d'autres entités dont un opérateur économique fait valoir les capacités si ces documents n'ont pas été joints à l'offre ?
- 4) L'article 44 [de la directive 2004/18], lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), [de cette directive] et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de [celle-ci], [permet-il] de faire valoir les moyens d'une autre entité tels que visés à l'article 48, paragraphe 3, [de ladite directive], en additionnant les connaissances et l'expérience de deux entités qui, individuellement, ne disposent pas des connaissances et de l'expérience demandées par le pouvoir adjudicateur dès lors qu'il y a indivisibilité de cette expérience (l'opérateur économique doit remplir l'intégralité de la condition pour être candidat) et de l'exécution du marché (il constitue un tout) ?
- 5) L'article 44 [de la directive 2004/18], lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), [de cette directive] et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2, de [celle-ci], [permet-il] à un opérateur économique, qui a exécuté un marché comme membre d'un groupement d'opérateurs économiques, de faire valoir l'expérience de ce groupement en invoquant une réalisation dudit groupement, indépendamment de la nature de sa participation à la réalisation du marché, ou uniquement d'invoquer l'expérience qu'il a réellement acquise en propre en réalisant un lot donné d'un marché qui lui a été attribué dans le groupement ?
- 6) L'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18, aux termes duquel peut être exclu de la participation au marché tout opérateur économique qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements [...] ou qui n'a pas fourni ces renseignements, peut-il être interprété en ce sens que peut être exclu de la participation à un marché tout opérateur économique ayant communiqué de fausses informations ayant ou pouvant avoir une incidence sur le résultat de la procédure en ce que cet opérateur s'est rendu coupable de fausses déclarations du seul fait d'avoir transmis au pouvoir adjudicateur des informations non conformes à l'état de fait et ayant une incidence sur la décision du pouvoir adjudicateur d'exclure un opérateur économique (et rejeter son offre), indépendamment du fait de savoir si l'opérateur économique a agi intentionnellement et à dessein ou non intentionnellement, par imprudence, négligence ou en violation d'un devoir de diligence ? Faut-il retenir que ne "s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements [...] ou [en ne fournissant pas] ces renseignements" que l'opérateur économique qui a présenté de fausses informations (non conformes à l'état de fait) ou également celui qui aurait présenté des informations certes sincères, mais de telle manière à convaincre le pouvoir adjudicateur qu'il remplissait les exigences que celui-ci avait fixées, alors qu'il ne les remplissait pas ?
- 7) L'article 44 [de la directive 2004/18], lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), [de celle-ci] et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2, de [cette directive], [permet-il] à un opérateur économique de faire valoir une expérience en invoquant simultanément deux ou plusieurs contrats comme un seul marché, bien

que, ni dans l'avis de marché ni dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué cette possibilité ? »

Sur les questions préjudicielles

Sur les première à troisième questions préjudicielles

- 34 Par ses première à troisième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 51 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 2 de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, un opérateur économique transmette au pouvoir adjudicateur, pour prouver qu'il remplit les conditions de participation à une procédure de marché public, des documents ne figurant pas dans son offre initiale, tels qu'un contrat exécuté par une entité tierce ainsi que l'engagement de cette dernière de mettre à la disposition de cet opérateur des capacités et des ressources nécessaires à l'exécution du marché en cause.
- 35 Afin de répondre à ces questions, il importe de rappeler que, conformément au considérant 46 et à l'article 2 de la directive 2004/18, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et transparente (arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, point 60).
- 36 Ainsi, d'une part, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination imposent que les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et impliquent donc que ces offres soient soumises aux mêmes conditions pour tous les soumissionnaires. D'autre part, l'obligation de transparence a pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Cette obligation implique que toutes les conditions et les 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, premièrement, 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, deuxièmement, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause (arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, point 61 et jurisprudence citée).
- 37 En outre, il ressort déjà de la jurisprudence que les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination de même que l'obligation de transparence s'opposent à toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire dans le cadre d'une procédure de passation de marché public, ce qui implique que, en principe, une offre ne peut pas être modifiée après son dépôt, que ce soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou du soumissionnaire. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander des éclaircissements à un soumissionnaire dont il estime l'offre imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges (arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, point 62 et jurisprudence citée).
- 38 La Cour a toutefois précisé que l'article 2 de la directive 2004/18 ne s'oppose pas à ce que les données relatives à l'offre puissent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes (arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, point 63 et jurisprudence citée).
- 39 À cette fin, il incombe au pouvoir adjudicateur de s'assurer, notamment, que la demande de clarification d'une offre n'aboutisse pas à la présentation, par le soumissionnaire concerné, de ce qui apparaîtrait en réalité comme une nouvelle offre (arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, point 64 et jurisprudence citée).
- 40 En outre, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont il dispose en ce qui concerne la faculté de demander aux candidats de clarifier leur offre, le pouvoir adjudicateur doit traiter les candidats de

manière égale et loyale, de sorte qu'une demande de clarification ne puisse pas apparaître, à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci, comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande (arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, point 65 et jurisprudence citée).

- 41 En l'occurrence, Konsultant Komputer a présenté au pouvoir adjudicateur, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures au marché public concerné, des documents qui ne figuraient pas dans son offre initiale. En particulier, ainsi qu'il a été indiqué au point 27 du présent arrêt, cet opérateur a fait état d'un contrat exécuté par une entité tierce ainsi que de l'engagement de cette dernière de mettre à la disposition dudit opérateur les moyens nécessaires à l'exécution du marché en cause au principal.
- 42 Or, de telles précisions, loin de représenter une simple clarification ponctuelle ou une correction d'erreurs matérielles manifestes, au sens de la jurisprudence rappelée au point 38 du présent arrêt, constituent, en réalité, une modification substantielle et significative de l'offre initiale qui s'apparente plutôt à la présentation d'une nouvelle offre.
- 43 En effet, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé, en substance, au point 30 de ses conclusions, une telle communication affecte directement des éléments essentiels de la procédure de passation de marché public, à savoir l'identité même de l'opérateur économique qui, éventuellement, emportera le marché public concerné, ainsi que la vérification des capacités de cet opérateur, et donc son aptitude à exécuter le marché concerné, au sens de l'article 44, paragraphe 1, de la directive 2004/18.
- 44 Dans ces conditions, en admettant la présentation par l'opérateur économique concerné des documents en question afin de compléter son offre initiale, le pouvoir adjudicateur parviendrait à favoriser indûment cet opérateur par rapport aux autres candidats et violerait ainsi les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, auxquels les pouvoirs adjudicateurs sont soumis en vertu de l'article 2 de la directive 2004/18.
- 45 Il résulte de ce qui précède qu'il convient de répondre aux première à troisième questions posées que l'article 51 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 2 de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, un opérateur économique transmette au pouvoir adjudicateur, pour prouver qu'il remplit les conditions de participation à une procédure de marché public, des documents ne figurant pas dans son offre initiale, tels qu'un contrat exécuté par une entité tierce ainsi que l'engagement de cette dernière de mettre à la disposition de cet opérateur des capacités et des ressources nécessaires à l'exécution du marché en cause.

Sur la quatrième question

- 46 Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 44 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), de cette directive et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il permet à un opérateur économique de faire valoir les capacités d'une autre entité, au sens de l'article 48, paragraphe 3, de ladite directive, en additionnant les connaissances et l'expérience de deux entités, qui, individuellement, ne disposent pas des capacités demandées pour l'exécution d'un marché déterminé, dans le cas où le pouvoir adjudicateur considérerait que le marché concerné est indivisible et doit donc être réalisé par un seul opérateur.
- 47 Afin de répondre à cette question, il importe, à titre liminaire, de rappeler que, conformément à une jurisprudence constante, l'article 47, paragraphe 2, et l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 reconnaissent le droit de tout opérateur économique de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature des liens existant entre lui-même et ces entités, pour autant qu'il est prouvé au pouvoir adjudicateur que le candidat ou le soumissionnaire disposera effectivement des moyens de ces entités qui sont nécessaires à l'exécution de ce marché (arrêt du 7 avril 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, point 33 et jurisprudence citée).

- 48 Cependant, comme la Cour l'a déjà jugé, les dispositions de la directive 2004/18 ne s'opposent pas à ce que l'exercice du droit consacré à l'article 47, paragraphe 2, et à l'article 48, paragraphe 3, de cette directive soit limité dans des circonstances exceptionnelles (arrêt du 7 avril 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, point 39 et jurisprudence citée).
- 49 En effet, il ne saurait être exclu que des travaux présentent des particularités nécessitant une certaine capacité qui n'est pas susceptible d'être obtenue en rassemblant les capacités inférieures de plusieurs opérateurs. Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur serait fondé à exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique ou, le cas échéant, par le recours à un nombre limité d'opérateurs économiques, en vertu de l'article 44, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/18, dès lors que cette exigence serait liée et proportionnée à l'objet du marché en cause (arrêt du 7 avril 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, point 40 et jurisprudence citée).
- 50 En l'occurrence, ainsi qu'il a été indiqué au point 18 du présent arrêt, les spécifications du marché public en cause au principal exigeaient des soumissionnaires la présentation d'au moins deux contrats exécutés dans un domaine spécifique.
- 51 À la suite de la demande du pouvoir adjudicateur, afin de prouver qu'elle dispose des compétences nécessaires à l'exécution du marché public en cause au principal, *Konsultant Komputer* a fait valoir l'expérience d'une autre entité consistant en deux livraisons, telles qu'évoquées au point 27 du présent arrêt, effectuées par *Medinet Systemy Informatyczne*.
- 52 Toutefois, comme M. l'avocat général l'a relevé au point 46 de ses conclusions, la question préjudicielle repose sur la prémisse, vérifiée par la juridiction de renvoi, selon laquelle le marché public en cause au principal est un marché indivisible, de telle sorte que le niveau minimal de la capacité concernée doit être atteint par un opérateur économique unique et non pas par le recours aux capacités de plusieurs opérateurs économiques. De plus, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, la *Krajowa Izba Odwoławcza* (chambre nationale de recours) considère que l'exclusion de la possibilité de faire valoir les expériences de plusieurs opérateurs économiques est liée et proportionnée à l'objet du marché en cause.
- 53 Dans ces conditions, et eu égard à la jurisprudence rappelée aux points 48 et 49 du présent arrêt, l'opérateur économique concerné ne saurait faire valoir les capacités d'une entité tierce afin de prouver qu'il dispose des capacités requises pour l'exécution du marché public en cause au principal.
- 54 Par conséquent, il convient de répondre à la quatrième question posée que l'article 44 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), de cette directive et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il ne permet pas à un opérateur économique de faire valoir les capacités d'une autre entité, au sens de l'article 48, paragraphe 3, de ladite directive, en additionnant les connaissances et l'expérience de deux entités, qui, individuellement, ne disposent pas des capacités demandées pour l'exécution d'un marché déterminé, dans le cas où le pouvoir adjudicateur considérerait que le marché concerné est indivisible, en ce sens qu'il doit être réalisé par un seul opérateur, et qu'une telle exclusion de la possibilité de faire valoir les expériences de plusieurs opérateurs économiques est liée et proportionnée à l'objet du marché en cause, lequel doit donc être réalisé par un seul opérateur.

Sur la cinquième question

- 55 Par sa cinquième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 44 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), de cette directive et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il permet à un opérateur économique, qui participe individuellement à une procédure d'attribution d'un marché public, de faire valoir l'expérience d'un groupement d'entreprises, auquel il a pris part dans le cadre d'un autre marché public, indépendamment de la nature de sa participation à la réalisation de ce dernier.

- 56 Cette question se rapporte au fait, relaté au point 20 du présent arrêt, que, dans l'affaire au principal, les fournitures des systèmes hospitaliers intégrés pour les hôpitaux concernés ont été livrées par un groupement constitué de deux entreprises, à savoir Konsultant Komputer et Konsultant IT.
- 57 Afin de répondre à cette question, il importe de rappeler que, conformément à l'article 44, paragraphe 1, de la directive 2004/18, il incombe au pouvoir adjudicateur de vérifier l'aptitude des candidats ou des soumissionnaires conformément aux critères visés aux articles 47 à 52 de cette directive.
- 58 En outre, en vertu de l'article 44, paragraphe 2, de ladite directive, le pouvoir adjudicateur peut exiger des opérateurs économiques qu'ils satisfassent à des niveaux minimaux de capacités économiques et financières ainsi que de capacités techniques et/ou professionnelles, conformément aux articles 47 et 48 de la même directive.
- 59 En particulier, l'article 48, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18 prévoit que les capacités techniques et/ou professionnelles des opérateurs économiques peuvent être justifiées, compte tenu notamment de la nature et de l'importance des prestations effectuées, par la présentation de la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années ainsi que par la présentation d'une liste des principales livraisons ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années.
- 60 En vertu de la jurisprudence rappelée au point 47 du présent arrêt, l'article 48, paragraphe 3, de ladite directive permet à un opérateur économique de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'une autre entité, telle qu'un groupement d'entreprises auquel il a pris part, pour autant qu'il est prouvé au pouvoir adjudicateur que ledit opérateur disposera effectivement des moyens de cette entité nécessaires à l'exécution de ce marché.
- 61 Dans ce contexte, l'expérience acquise par un opérateur économique constitue un critère particulièrement important de la sélection qualitative de cet opérateur en ce qu'elle permet au pouvoir adjudicateur de vérifier, conformément à l'article 44, paragraphe 1, de la directive 2004/18, l'aptitude des candidats ou des soumissionnaires à exécuter un marché public déterminé.
- 62 Ainsi, lorsqu'un opérateur économique fait valoir l'expérience d'un groupement d'entreprises auquel il a pris part, celle-ci doit être appréciée par rapport à la participation concrète de cet opérateur et donc à sa contribution effective à l'exercice d'une activité requise audit groupement dans le cadre d'un marché public déterminé.
- 63 En effet, comme l'a relevé à juste titre le gouvernement polonais dans ses observations écrites, un opérateur économique acquiert réellement de l'expérience non pas par le simple fait d'être membre d'un groupement d'entreprises et indépendamment de sa contribution à celui-ci, mais seulement en participant directement à la réalisation pour le moins d'un lot du marché, dont l'exécution globale incombe à ce groupement.
- 64 Il s'ensuit qu'un opérateur économique ne saurait invoquer, au titre de l'expérience requise par le pouvoir adjudicateur, les prestations effectuées par les autres membres d'un groupement d'entreprises à la réalisation desquelles il n'a pas effectivement et concrètement participé.
- 65 Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre à la cinquième question posée que l'article 44 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), de cette directive et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il ne permet pas à un opérateur économique, qui participe individuellement à une procédure d'attribution d'un marché public, de faire valoir l'expérience d'un groupement d'entreprises, auquel il a pris part dans le cadre d'un autre marché public, s'il n'a pas effectivement et concrètement participé à la réalisation de ce dernier.

Sur la sixième question

- 66 Par sa sixième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18, permettant l'exclusion d'un opérateur économique de la participation à un marché public, notamment s'il s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur, doit être interprété en ce sens

qu'il peut être appliqué lorsque ces informations sont de nature à influencer l'issue de l'appel d'offres, indépendamment du fait que cet opérateur économique ait agi intentionnellement.

- 67 Afin de répondre à cette question, il convient de rappeler que l'article 45 de la directive 2004/18 prévoit, à ses paragraphes 1 et 2, une série de motifs, respectivement obligatoires et facultatifs, d'exclusion de la participation à un marché public d'un soumissionnaire tenant à la situation personnelle de celui-ci.
- 68 En particulier, au sens de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de ladite directive, un opérateur économique peut être exclu de la participation à un marché public s'il s'est rendu « gravement coupable » de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigés par le pouvoir adjudicateur ou s'il n'a pas fourni ces renseignements.
- 69 Par sa question, la Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours) cherche à savoir si, aux fins de l'application de cette disposition, il est nécessaire que le candidat soumissionnaire ait agi intentionnellement et que les informations soumises au pouvoir adjudicateur ont influencé ou auraient pu influencer l'issue de l'appel d'offres.
- 70 À cet égard, il convient, en premier lieu, de relever que le libellé de l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18 ne contient aucune référence au comportement intentionnel de l'opérateur économique. De ce fait, la constatation d'une telle conduite ne saurait être considérée comme étant un élément nécessaire pour exclure un tel opérateur de la participation à un marché public.
- 71 Au contraire, afin de considérer le candidat soumissionnaire comme étant « gravement coupable », au sens de ladite disposition, et de l'exclure ainsi d'un marché public, il suffit que celui-ci se soit rendu responsable d'une négligence d'une certaine gravité, à savoir une négligence susceptible d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution d'un marché public.
- 72 Par conséquent, pour sanctionner un opérateur économique ayant présenté de fausses déclarations par l'exclusion de sa participation à un marché public, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu, contrairement à ce que suggèrent notamment le gouvernement polonais et la Commission européenne, d'apporter la preuve de l'existence d'une faute intentionnelle dans le chef de cet opérateur économique.
- 73 Il convient, en second lieu, d'observer que, aux termes de l'article 45, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2004/18, les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application de ce paragraphe.
- 74 Il s'ensuit que les notions figurant audit article 45, paragraphe 2, premier alinéa, dont celle de « gravement coupable », peuvent être précisées et explicitées en droit national, dans le respect, toutefois, du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt du 13 décembre 2012, Forposta et ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, point 26).
- 75 En l'occurrence, l'article 24, paragraphe 2, point 3, de la loi sur le DMP prévoit la possibilité d'exclure de l'attribution d'un marché tout opérateur économique qui a communiqué de fausses informations ayant une incidence, ou de nature à avoir une incidence, sur le résultat de la procédure en cours.
- 76 Or, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, les déclarations et les informations fournies par l'opérateur économique concerné ont effectivement eu une incidence sur l'issue de la procédure d'attribution de marché en cause au principal. En effet, selon la Krajowa Izba Odwoławcza (chambre nationale de recours), c'est précisément sur la base de ces déclarations et de ces informations que Konsultant Komputer a remporté l'appel d'offres.
- 77 Dans ces conditions, il y a lieu de constater que, en fournissant de telles déclarations et informations, l'opérateur économique concerné s'est rendu responsable d'une négligence ayant eu une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution du marché public visé de telle sorte que cet opérateur peut être considéré comme étant « gravement coupable », au sens de

l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18. Par conséquent, une telle attitude est susceptible de justifier la décision du pouvoir adjudicateur d'exclure ledit opérateur du marché public concerné.

78 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la sixième question posée que l'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18, permettant l'exclusion d'un opérateur économique de la participation à un marché public notamment s'il s'est rendu « gravement coupable » de fausses déclarations en fournissant les renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur, doit être interprété en ce sens qu'il peut être appliqué lorsque l'opérateur concerné s'est rendu responsable d'une négligence d'une certaine gravité, à savoir une négligence de nature à avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution d'un marché public, et cela indépendamment de la constatation d'une faute intentionnelle dans le chef de cet opérateur.

Sur la septième question

79 Par sa septième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 44 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, point a) de cette directive et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il permet à un opérateur économique de faire valoir une expérience en invoquant simultanément deux ou plusieurs contrats comme un seul marché, bien que le pouvoir adjudicateur n'ait expressément prévu une telle possibilité ni dans l'avis de marché ni dans le cahier des charges.

80 Afin de répondre à cette question, il importe, à titre liminaire, de relever que, ainsi qu'il a été rappelé au point 57 du présent arrêt, en vertu de l'article 44, paragraphe 1, de la directive 2004/18, le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier l'aptitude des candidats ou des soumissionnaires à exécuter le marché concerné conformément aux exigences posées aux articles 47 à 52 de cette directive.

81 Pour leur part, les candidats ou les soumissionnaires doivent prouver au pouvoir adjudicateur qu'ils disposent ou disposeront effectivement des capacités nécessaires pour assurer l'exécution correcte du marché public concerné.

82 À cet égard, le pouvoir adjudicateur est fondé à indiquer expressément, en principe dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, l'exigence de satisfaire à des capacités déterminées et des modalités concrètes selon lesquelles le candidat soumissionnaire doit démontrer son aptitude à remporter et à réaliser le marché concerné. De même, dans des circonstances exceptionnelles, eu égard à la nature des travaux concernés ainsi qu'à l'objet et aux finalités du marché, le pouvoir adjudicateur peut prévoir des limitations, notamment en ce qui concerne le recours à un nombre restreint d'opérateurs économiques, en vertu de l'article 44, paragraphe 2, de la directive 2004/18 (voir, en ce sens, arrêts du 7 avril 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, points 39 à 41, et du 5 avril 2017, *Borta*, C-298/15, EU:C:2017:266, point 90 ainsi que jurisprudence citée).

83 Toutefois, lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'avoir recours à une telle possibilité, il lui incombe de s'assurer que les règles précises qu'il fixe 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 40 et 56).

84 En l'occurrence, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, s'il est vrai que le pouvoir adjudicateur n'a pas explicitement prévu dans les documents du marché la possibilité pour le candidat soumissionnaire de faire valoir deux ou plusieurs contrats comme un seul marché, il n'en reste pas moins qu'une telle possibilité n'a pas non plus été expressément exclue ni dans l'avis de marché ni dans le cahier des charges.

85 Dans ces conditions, il ne saurait a priori être exclu que l'expérience nécessaire pour l'exécution du marché concerné, acquise par l'opérateur économique dans le cadre non pas d'un seul contrat, mais de deux ou de plusieurs contrats différents, ne puisse être considérée comme étant suffisante par le pouvoir adjudicateur et permette ainsi audit opérateur de remporter le marché public en question.

86 En effet, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 62 de ses conclusions, si les exigences d'un marché déterminé peuvent, en principe, être remplies en additionnant les capacités et les expériences de plusieurs opérateurs, il serait à plus forte raison illogique d'exclure, a priori, la possibilité de cumuler les capacités et les expériences qu'un même opérateur a effectivement acquises dans le cadre de différents contrats.

87 De ce fait, et dans la mesure où, comme dans l'affaire au principal, la possibilité de faire valoir plusieurs expériences acquises dans le cadre de plusieurs contrats n'a été exclue ni dans l'avis de marché ni dans le cahier des charges, il appartient au pouvoir adjudicateur, sous le contrôle des juridictions nationales compétentes, de vérifier si l'expérience combinée de deux ou de plusieurs contrats, eu égard à la nature des travaux concernés ainsi qu'à l'objet et aux finalités du marché concerné, permet d'assurer une correcte exécution de celui-ci.

88 Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de répondre à la septième question posée que l'article 44 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), de cette directive et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il permet à un opérateur économique de faire valoir une expérience en invoquant simultanément deux ou plusieurs contrats comme un seul marché, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait exclu une telle possibilité en vertu d'exigences liées et proportionnées à l'objet et aux finalités du marché public concerné.

Sur les dépens

89 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 51 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, lu en combinaison avec l'article 2 de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, un opérateur économique transmette au pouvoir adjudicateur, pour prouver qu'il remplit les conditions de participation à une procédure de marché public, des documents ne figurant pas dans son offre initiale, tels qu'un contrat exécuté par une entité tierce ainsi que l'engagement de cette dernière de mettre à la disposition de cet opérateur des capacités et des ressources nécessaires à l'exécution du marché en cause.**
- 2) **L'article 44 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), de cette directive et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il ne permet pas à un opérateur économique de faire valoir les capacités d'une autre entité, au sens de l'article 48, paragraphe 3, de ladite directive, en additionnant les connaissances et l'expérience de deux entités, qui, individuellement, ne disposent pas des capacités demandées pour l'exécution d'un marché déterminé, dans le cas où le pouvoir adjudicateur considérerait que le marché concerné est indivisible et qu'une telle exclusion de la possibilité de faire valoir les expériences de plusieurs opérateurs économiques est liée et proportionnée à l'objet du marché en cause, lequel doit donc être réalisé par un seul opérateur.**
- 3) **L'article 44 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), de cette directive et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il ne permet pas à un opérateur économique, qui participe individuellement à une procédure d'attribution d'un marché public, de faire valoir l'expérience d'un groupement d'entreprises, auquel il a pris**

part dans le cadre d'un autre marché public, s'il n'a pas effectivement et concrètement participé à la réalisation de ce dernier.

- 4) **L'article 45, paragraphe 2, sous g), de la directive 2004/18, permettant l'exclusion d'un opérateur économique de la participation à un marché public notamment s'il s'est rendu « gravement coupable » de fausses déclarations en fournissant les renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur, doit être interprété en ce sens qu'il peut être appliqué lorsque l'opérateur concerné s'est rendu responsable d'une négligence d'une certaine gravité, à savoir une négligence de nature à avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution d'un marché public, et cela indépendamment de la constatation d'une faute intentionnelle dans le chef de cet opérateur.**
- 5) **L'article 44 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2, sous a), de cette directive et le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques figurant à l'article 2 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il permet à un opérateur économique de faire valoir une expérience en invoquant simultanément deux ou plusieurs contrats comme un seul marché, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait exclu une telle possibilité en vertu d'exigences liées et proportionnées à l'objet et aux finalités du marché public concerné.**

Signatures