

wvp

ISSN 2239-7345

2016-1/21-ECLI

Istituto Universitario di Studi Europei
Working Papers Series

<http://workingpapers.iuse.it>

ECLI
European and
Comparative Law
Issues

Carol Cravero

Conventions de légalité en Italie : prévention de la corruption dans les marchés publics et compatibilité avec les principes de l'Union européenne





CONVENTIONS DE LÉGALITÉ EN ITALIE : PRÉVENTION DE LA CORRUPTION DANS LES MARCHÉS PUBLICS ET COMPATIBILITÉ AVEC LES PRINCIPES DE L'UNION EUROPÉENNE

*Cour de Justice Européenne, 22 octobre 2015, affaire C-425/14**

*Carol Cravero***

1. Introduction. 2. Présentation du litige et de la juridiction administrative en Italie. 3. Le rôle de l'Autorité Nationale Anti-Corruption (ANAC) dans les marchés publics en Italie. 4. Les conventions de légalité dans la loi n. 190 du 2012. 5. Les motifs d'exclusion dans le code des marchés publics italien et dans le droit européen. 6. La décision de la Cour de Justice européenne. Le principe de proportionnalité. 7. Conclusion.

1. Introduction

Le présent commentaire, relatif à l'arrêt de la Cour de Justice rendu le 22 octobre 2015, se propose comme fil directeur de mettre en exergue les conventions de légalité dans le panorama législatif italien concernant les marchés publics et la prévention de la corruption, en se référant spécifiquement aux motifs d'exclusion de la participation à un appel d'offres. La sanction de l'exclusion, comme c'est le cas dans l'arrêt commenté, est prononcée par l'entité adjudicatrice à la suite d'un défaut d'acceptation préalable – de la part des participants – des engagements et des déclarations qui font partie des conventions de légalité. Contre une telle décision, les soumissionnaires insatisfaits peuvent intenter un recours devant le juge. C'est à partir d'une concise exposition des faits qui ont été à l'origine du présent litige qu'il est important de donner, au premier paragraphe de la présente note de jurisprudence, un aperçu de la juridiction administrative en Italie. Ensuite, puisqu'il s'agit de conventions de légalité conçues dans l'objectif de prévenir la corruption et toute influence illicite dans les marchés publics, il convient de présenter l'Autorité italienne qui est chargée tant de la prévention et de la lutte contre la corruption que des compétences de vigilance en matière de marchés publics. À ce niveau, l'adoption des conventions de légalité s'insère dans le contexte d'une croissante prise de conscience se reflétant dans l'adoption à plusieurs niveaux de mesures qui visent à garantir une plus saine gestion des deniers publics et une effective transparence dans le secteur public. C'est en réponse à ces exigences qu'il a été adoptée, entre autres, la loi n. 190 du 6 novembre 2012, laquelle accorde aux pouvoirs adjudicateurs – dans son premier article, paragraphe 17 – la faculté d'insérer dans les avis, appels d'offres ou lettres d'invitation l'obligation d'acceptation des conventions de légalité sous peine d'exclusion. Ladite sanction doit s'interpréter dans le plus vaste cadre de la réglementation relative aux motifs d'exclusion des participants telle qu'établie dans le code des marchés publics italien ainsi que

*Arrêt de la Cour de Justice Européenne (dixième chambre) du 22 octobre 2015, *Impresa Edilux Srl et Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) contre Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana - Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani et autres*.

**Diplômée de l'Université de Turin, après un stage dans le Tribunal Pénal de Cuneo et un stage dans un cabinet d'avocats, elle obtient l'habilitation à l'exercice de la profession d'avocat en 2015. Depuis 2013, elle est tutrice du Master en Gouvernance et management des marchés publics en appui au développement durable organisé par le CIF-OIT - International Training Center of the ILO en collaboration avec l'Institut d'études politiques de Paris - Sciences Po, Expertise France - Agence d'expertise technique internationale et l'Université de Turin.



conformément aux principes de l'Union Européenne en matière de transparence, d'égalité d'accès à la commande publique, mais surtout de proportionnalité entre le contenu de chaque engagement ou déclaration et l'objectif visé d'une plus efficace prévention de la corruption dans les marchés publics.

2. Présentation du litige et de la juridiction administrative en Italie

Dans l'affaire en question, à la suite d'une réclamation formée par la société classée deuxième (« Icogen Srl »), le pouvoir adjudicateur¹ annule sa décision d'adjudication à Edilux et à SICEF du marché public de travaux portant sur la restauration de temples grecs en Sicile. Edilux et SICEF sont respectivement le chef de file mandataire et la mandante d'une association temporaire d'entreprises. Le pouvoir adjudicateur fonde ladite annulation sur l'absence de dépôt, avec l'offre de celles-ci, de la déclaration d'acceptation des clauses figurant dans la convention de légalité qu'il y avait lieu de rendre selon le schéma établi à l'« annexe 6 » du cahier des charges dudit marché. Dans la rubrique « Avertissement » de ce cahier des charges, il était énoncé que cette déclaration constituait un document essentiel à produire sous peine d'exclusion. Edilux et SICEF introduisent, donc, un recours contre cette décision.

En Italie, les recours contre les actes administratifs ainsi que les actes concernant la passation des marchés publics sont portés devant la juridiction administrative se structurant en deux degrés² : en première instance, les tribunaux administratifs régionaux (TAR) et en deuxième instance le Conseil d'État. Ce dernier a une compétence d'appel sur les décisions rendues par les TAR, à l'exception du TAR de la région de la Sicile. Dans ce dernier cas, est compétent le Conseil de justice administrative pour la région de la Sicile (CGA), représentant le plus haut organe de la juridiction administrative dans l'île. Le décret législatif n. 373 du 24 décembre 2003³ définit les deux sections du CGA comme étant des sections détachées du

¹Pour « pouvoir adjudicateur » on indique ici la direction du patrimoine culturel et de l'identité sicilienne, comité de la province de Trapani (Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani), la direction du patrimoine culturel et de l'identité sicilienne (l'Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana), l'UREGA section de la province de Trapani (UREGA, Sezione provinciale di Trapani), la direction des infrastructures et de la mobilité de la Région de Sicile (l'Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana).

²CSM, Le système judiciaire italien, <http://www.csm.it/documenti%20pdf/sistema%20giudiziario%20italiano/francese.pdf>, qui expose le système en vigueur. « La juridiction administrative est attribuée à un ensemble d'organes, séparés de la magistrature ordinaire : les tribunaux administratifs régionaux, comme juges du premier degré, et le Conseil d'État, comme juge du second degré ». Le juge administratif « exerce le contrôle de la légitimité (et non pas du fond, entendu comme contrôle de l'opportunité) des actes administratifs : le recours devant la juridiction administrative a pour but d'obtenir l'annulation juridictionnelle de l'acte administratif considéré comme vicié pour incompétence, violation de la loi ou excès de pouvoir. D'une manière générale, la compétence de la juridiction ordinaire et de la juridiction administrative est déterminée eu égard à la position subjective - droit subjectif et intérêt légitime - qui est faite valoir en justice : la juridiction administrative (à l'exception de matières particulières réservées à la juridiction exclusive du juge administratif, matières dont le nombre a été récemment augmenté par la loi n. 205 du 21 juillet 2000) est le juge de l'intérêt légitime ». Sur la distinction entre droit subjectif et intérêt légitime, voir R. Caranta, Le contentieux des contrats publics en Italie, dans *Rev. fr. dr. Adm.*, 2011, p. 54-61.

³Le décret législatif n. 373 du 24 décembre 2003 porte « Normes d'actuation du Statut spécial de la région sicilienne concernant l'exercice à l'intérieure de celle-ci des fonctions attribuées au Conseil d'État » (« Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato »).



Conseil d'État, ayant fonctions consultatives et juridictionnelles. Ce régime particulier, dérogeant à la compétence du Conseil d'État, s'explique par le fait que la Sicile est l'une des cinq régions à statut spécial, auxquelles l'article 116 de la Constitution italienne accorde des conditions particulières d'autonomie. Dans le cadre du présent litige, Edilux et SICEF saisissent donc le Tribunal administratif régional (TAR) territorialement compétent (Tribunal Administratif Régional pour la Sicile), en tant que juridiction de première instance de l'ordre administratif, et, après le rejet de leur recours, celles-ci interjettent appel devant le Conseil de justice administrative pour la Région de la Sicile (CGA).

Comme le relève ce dernier, l'introduction des conventions de légalité dans les avis, appels d'offres ou lettres d'invitation, au sens de l'article 1er paragraphe 17 de la loi 190/2012, vise premièrement à prévenir dans les marchés publics le phénomène néfaste des infiltrations de la criminalité organisée qui est bien ancrée dans certaines régions non seulement du sud de l'Italie. En outre, ces conventions jouent un rôle important au niveau des principes de la concurrence et de la transparence dans la commande publique. Aux termes de la disposition mentionnée, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger l'acceptation des clauses contenues dans les conventions de légalité en tant que condition de participation sous peine d'exclusion des candidats ou soumissionnaires défaillants. À cet égard, le CGA nourrit des doutes quant à la compatibilité d'une telle cause d'exclusion avec le droit de l'Union européenne, notamment par rapport à l'article 45 de la directive 2004/18. Ce dernier énonce une liste exhaustive de motifs d'exclusion parmi lesquelles le défaut d'acceptation des déclarations et des engagements contenus dans les conventions de légalité n'est pas mentionné. Toutefois, cette même disposition prévoit une dérogation au caractère exhaustif des motifs d'exclusion face aux exigences impératives d'intérêt général, telles que celles liées à l'ordre public et à la prévention du crime.

Dans ce cadre, le CGA sursoit à statuer et saisit la Cour de Justice européenne même si la valeur du marché public de travaux litigieux se situe en dessous du seuil d'application pertinent de la directive 2004/18. La juridiction de renvoi relève, en effet, que les principes du droit de l'Union sont néanmoins d'application en raison de l'intérêt transfrontalier que ce marché présente, étant donné que les dispositions de la réglementation spécifique de la procédure du marché portent sur la participation d'entreprises autres que celles établies en Italie.

Le CGA pose deux questions préjudicielles⁴ : la première en appréciation de la compatibilité – avec l'article 45 de la directive 2004/18 – de l'article 1er paragraphe 17 de la loi 190/2012 ; la deuxième concernant l'éventuelle qualification de la sanction d'exclusion, prononcée à la suite du défaut d'acceptation écrite des conventions de légalité de la part des candidats, comme étant une légitime dérogation au principe d'exhaustivité des motifs d'exclusion justifiée par la nécessité impérative de lutter contre toute tentative d'infiltration de la criminalité organisée dans les procédures de passation de marchés publics, conformément à la faculté de dérogation accordée par l'article 45 de ladite directive.

⁴ Demande de décision préjudicielle du 17 septembre 2014 présentée à la Cour de Justice européenne par le CGA en tant que juridiction de renvoi.



3. Le rôle de l'Autorité Nationale Anti-Corruption (ANAC) dans les marchés publics en Italie

En Italie, le défaut de transparence dans les institutions publiques est perçu comme étant un phénomène très répandu, alimentant la corruption, le détournement des ressources et la mauvaise gestion, ce qui nuit gravement à l'économie et à la société dans son ensemble. Selon les estimations européennes,⁵ le coût annuel total de la corruption est d'environ 120 billion d'euros, correspondant à 1% du PIB, ce qui altère la saine gestion des deniers publics⁶ ainsi que la bonne gouvernance et le jeu de la concurrence au niveau des marchés publics, sapant la confiance des citoyens dans les institutions et dans les processus démocratiques.⁷ Le sondage effectué dans le cadre de l'Eurobaromètre⁸ conduit par la Commission Européenne en 2013, a montré que 97% des italiens interviewés estiment que leur pays est touché par une corruption profondément enracinée⁹ et 74% pensent qu'elle a augmentée dans les dernières années.¹⁰ Les

⁵Commission européenne, Communication de la Commission 2011/38 ; F. Manganaro, Corruption and administration, dans *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Paris, Bruylant, « Droit administratif. Administrative law », 2014, p. 54.

⁶G. Racca, R. Cavallo Perin, Corruption as a violation of fundamental rights : reputation as a deterrent against the lack of loyalty, dans *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Paris, Bruylant, « Droit administratif. Administrative law », 2014, p. 34. Les deux piliers de la transparence et la responsabilité doivent être correctement adressées à encourager les incitations appropriées à l'égard de l'intégrité et éviter d'établir une procédure plus lourde que ce soit pour les autorités publiques ou les opérateurs de l'économie du marché.

⁷Commission européenne, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Rapport anticorruption de l'UE, Bruxelles, 2004, p. 1 ss. Ce rapport présente une analyse de la corruption dans les États membres de l'UE et les mesures prises pour la prévenir et la combattre. Selon la Commission, « [D]e nombreux pays dans le monde souffrent d'une corruption endémique qui entrave le développement économique, entame la démocratie, compromet la justice sociale et l'état de droit. Les États membres de l'UE ne sont pas à l'abri de cette réalité. Quoique de nature et d'étendue variables, la corruption les touche tous ». Les États membres de l'UE se sont dotés de la plupart des instruments juridiques et des institutions nécessaires pour prévenir et combattre la corruption. Toutefois, selon la Commission, « les résultats obtenus ne sont pas satisfaisants dans l'ensemble de l'UE. Les règles anticorruption ne sont pas toujours appliquées strictement, les problèmes systémiques ne sont pas traités de manière suffisamment efficace et les institutions n'ont pas toujours la capacité suffisante pour faire respecter ces règles. Il y a encore loin des intentions déclarées aux résultats concrets, et la véritable volonté politique d'éradiquer le fléau semble souvent faire défaut ». G. Racca, R. Cavallo Perin, Corruption as a violation of fundamental rights: reputation as a deterrent against the lack of loyalty, cit., p. 23. Selon une idée largement répandue, l'absence d'intégrité sape les principaux objectifs des activités publiques en les détournant de leurs principaux objectifs. C'est un phénomène encore plus inacceptable et grave si perpétrés par les autorités publiques.

⁸Commission Européenne, Spéciale Eurobaromètre n. 397 du 2013, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_special_399_380_en.htm

⁹Commission Européenne, Special Eurobarometer 397, Corruption Report, février 2014, p. 6. Les trois quarts des interviewés (76%) pensent que la corruption est très répandue dans leur propre Pays. Les Pays où les interviewés sont plus susceptibles de penser que la corruption est répandue sont Grèce (99%), Italie (97%), Lituanie, Espagne et la République Tchèque (ces derniers ensemble 95%), Croatie (94%), Roumanie (93%), Slovaquie (91%), Portugal et République Tchèque (les deux 90%). Les Pays nordiques sont les seuls États membres où la majorité des gens pensent que la corruption est rare : Danemark (75%), Finlande (64%) et Suède (54%).

¹⁰Les États où les interviewés sont plus susceptibles de penser que la corruption a augmenté sont : Espagne (77%), Slovaquie, République Tchèque (les deux 76%), Italie (74%) et Portugal (72%); et ceux où les interviewés sont plus susceptibles de penser que la corruption a diminué sont : Pologne et Estonie (les



secteurs jugés les plus affectés sont les marchés publics et, notamment, la phase de l'attribution : c'est un domaine qui a enregistré en Italie pour l'an 2014 un montant total d'environ 101,4 milliards d'euros concernant les marchés publics ayant une valeur égale ou supérieure à 40.000 euros dans tous les secteurs (ordinaires et spéciaux).¹¹ Le premier facteur qui influe sur la quantité et la qualité de corruption dans les marchés public concerne le grand nombre de pouvoirs adjudicateurs en Italie (estimés entre environ 30.000 et 60.000), ce qui a d'importantes conséquences au niveau des coûts et des compétences particulièrement dans les petites structures administratives.¹²

L'Autorité chargée de la supervision de ce secteur vulnérable et sensible est aujourd'hui l'Autorité Nationale Anti-Corruption italienne (ANAC). En effet, au sens du décret-loi n. 90/2014, l'ANAC s'est vue transférer les compétences en matière de vigilance sur les marchés publics qui étaient auparavant confiées à l'Autorité pour la Vigilance sur les Contrats Publics (AVCP),¹³ supprimée par l'article 19 du même texte législatif. Telle que redésigné par le décret-loi 90/2014, l'ANAC exerce donc les fonctions en matière non seulement d'anticorruption mais aussi de vigilance sur les contrats publics, constituant une véritable Autorité administrative indépendante qui n'est pas soumise à l'autorité hiérarchique d'un ministre. Cela représente une nouveauté dans le panorama italien de la prévention de la corruption dans le secteur public.

Avant cette réforme, la première institution compétente pour l'évaluation de la performance et de la transparence dans l'administration publique fut créée en 2009 sous le nom de Commission pour l'évaluation, l'intégrité et la transparence dans les administrations publiques (CIVIT).¹⁴ Très loin d'être une Autorité administrative indépendante, cette commission n'avait pas de budget propre et avait un nombre très limité de personnel (moins de trente personnes) qui était nécessairement coordonné par d'autres administrations.¹⁵ Elle était donc dans les faits dépendante du Département de la fonction publique (DFP) et fortement influencée par le gouvernement. Une première modification de ce système fut prévue par la loi n. 190 du 2012. Conformément aux accords et conventions internationaux de lutte contre la corruption¹⁶ face à la nécessité d'instituer une autorité nationale au centre de toutes les politiques et actions anticorruption, la susmentionnée loi définissait la CIVIT comme étant l'Autorité Nationale Anticorruption. Toutefois, à côté de cette nouvelle configuration de la CIVIT/ANAC, aucune disposition réduisait ou annulait sa dépendance avec le gouvernement (dépendance confirmée

deux 15%) et Croatie (17%).

¹¹ANAC, *Relazione annuale 2014*, Rome, 2 juillet 2015, p. 72. Les informations ont été tirées à partir de la Banque nationale des données des contrats publics (BDNCP) jusqu'à avril 2015.

¹²F. Manganaro, *Corruption and administration*, cit., p. 58.

¹³Créée en 1994 par la loi n. 109 (Loi Merloni) sous le nom d'Autorité pour la vigilance sur les travaux publics (AVLP) avec une fonction limitée au seul champ des travaux publics, elle vient entièrement reformée en 2006, prenant le nom d'AVCP et étant finalement titulaire des fonctions de vigilance dans tous les marchés publics, y compris les fournitures et les services.

¹⁴Art. 13 du d.lgs. n. 150 du 2009.

¹⁵R. Cantone, F. Merloni (ed), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015, p. 2.

¹⁶La Convention des Nations Unies contre la corruption, Merida, 2003 et la Conventions Pénale de Strasbourg du 27 janvier 1999.



par sa structure et sa composition)¹⁷ ; en outre, les fonctions en matière de transparence et anticorruption n'étaient pas clairement réparties entre la CIVIT/ANAC et le DFP.¹⁸

C'est seulement la récente réforme du 2014 (article 19 du décret-loi 90/2014) qui clarifie le critère de répartition des fonctions entre l'ANAC et le DFP : à ce dernier sont attribuées les fonctions d'évaluation et de mesure de la performance (paragraphe 9), tandis que à l'ANAC sont attribuées les compétences en matière de transparence et de prévention de la corruption (paragraphe 15). À cette modification s'ajoute la suppression de l'AVCP et le transfert de toutes ses compétences à l'ANAC. De cette façon, l'ANAC obtient un rôle central dans les marchés publics ainsi que dans la prévention et la lutte contre la corruption. Le choix de centraliser, sous une même autorité, toutes les compétences nécessaires afin de garantir la transparence dans les contrats publics est justifié par le fait que les marchés publics sont un domaine-clé dans l'économie des États outre que particulièrement vulnérable face aux phénomènes de mauvaise gestion des deniers publics, fraudes et corruption.¹⁹ Cette centralisation répond, donc, à l'exigence d'éviter une fragmentation de compétences entre plusieurs Autorités (ce qui comporterait un problème de coordination entre celles-ci), en renforçant les pouvoirs reconnus à l'ANAC en tant qu'Autorité indépendante au cœur de la politique d'anticorruption.

Dans ce cadre, l'ANAC conjointement avec l'Institut National des Statistiques Italien a réalisé en 2014 une enquête par questionnaire en interrogeant les entreprises représentant les petites et moyennes entreprises (PME) italiennes dans le secteur des marchés publics. L'enquête vise à repérer les problématiques et les irrégularités qui ont été perçues au niveau des appels d'offres, telle que la présence de mauvaises pratiques pouvant fausser le jeu de la concurrence, afin d'analyser la transparence et l'intégrité de l'administration publique. Parmi les instruments jugés les plus efficaces pour une meilleure et plus saine gestion des marchés publics, les entreprises ont indiqué l'application des obligations de transparence et l'utilisation des conventions de légalité.²⁰ Ces dernières s'insèrent dans le cadre d'une progressive expansion des instruments de prévention à côté de ceux de répression pénale face à la corruption et aux infiltrations criminelles dans le secteur des marchés publics. L'action de prévention de ces phénomènes néfastes vise à réduire les graves préjudices qui peuvent affecter plusieurs niveaux d'un État: de l'éthique à l'économie (étant favorisées les entreprises inefficaces aux frais des entreprises « saines »), du sérieux du Pays sur le plan international à la crédibilité des institutions par rapport aux citoyens.

4. Les conventions de légalité dans la loi n. 190 du 2012

La corruption et les illégalités dans les marchés publics et, en général, dans l'administration publique représentent un problème réel²¹ face auquel une stratégie multidisciplinaire s'impose

¹⁷R. Cantone, F. Merloni (ed), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p. 3.

¹⁸L'absence de clarté dans la répartition des fonctions reste inchangée même après le décret-loi n. 101 du 2013.

¹⁹R. Cantone, F. Merloni (ed), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p. 11.

²⁰ANAC, *Relazione annuale 2014*, cit., p. 266-270.

²¹Commission Européenne, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Rapport anticorruption de l'UE*, COM/2014/038 final, 3 Février 2014. Ledit rapport présente une analyse de la corruption dans les États membres de l'UE et les mesures prises pour la prévenir et la combattre. « La corruption nuit gravement à l'économie et à la société dans son ensemble. De nombreux pays dans le monde sont touchés par une corruption profondément enracinée qui entrave le développement économique, affaiblit



comme nécessaire.²² En effet, la prévention et la lutte contre le favoritisme, les conflits d'intérêts, la corruption et la collusion ne peuvent pas être laissées à la simple application mécanique des règles et procédures juridiques. Celles-ci doivent être conçues de manière à fournir des incitations appropriées à l'égard de l'intégrité et de la transparence.²³ Dans ce cadre, le gouvernement italien a essayé à y apporter, même après les rapports GRECO (Rapports élaborés par le Groupe d'Etats contre la corruption établi au sein du Conseil de l'Europe),²⁴ des remèdes différenciés,²⁵ allant de sanctions pénales et de codes de conduite pour les fonctionnaires jusqu'à l'annulation des contrats conclus à la suite de faits de corruption et aux mesures de transparence administrative. Comme il a été observé par la doctrine, selon un point de vue économique, la transparence rime avec concurrence, étant la première une des conditions pour une concurrence pure et parfaite dans le marché.²⁶ D'une façon similaire, dans les contrats publics, la transparence joue un rôle essentiel pour garantir une concurrence qui soit la plus large possible, même si non pure et parfaite. En effet, de la transparence bénéficient les entreprises ainsi que l'administration, les premières pouvant avoir, en principe, toute information sur un pied d'égalité entre elles, la deuxième réduisant ses coûts au moyen d'une concurrence qui puisse garantir le meilleur rapport entre qualité et prix.²⁷

la démocratie et sape la justice sociale et la primauté du droit. Les États membres de l'UE ne sont pas à l'abri de cette réalité. Bien que variant d'un pays à l'autre dans la nature et dans la portée, la corruption affecte tous les États membres et a un impact sur la bonne gouvernance, la bonne gestion de l'argent public et sur la compétitivité des marchés. Dans les cas extrêmes, elle sape la confiance des citoyens dans les institutions et dans les processus démocratiques ». Dans ce contexte, « des mesures anticorruptions ont été mises en avant pour un certain nombre d'États membres dans le cadre du semestre européen – cycle annuel de coordination des politiques économiques comportant une analyse détaillée des programmes des États membres en matière de réforme économique et structurelle ainsi que des recommandations spécifiques par pays. De façon plus générale, une meilleure efficacité de l'administration peut, surtout si elle s'accompagne d'une plus grande transparence, contribuer à atténuer les risques liés à la corruption » ; F. Manganaro, *Corruption and administration*, cit., p. 53. La corruption a été définie comme « le crime des infidèles » ; étant une véritable trahison par ceux qui devraient s'occuper des biens publics et de la gestion transparente et efficace de la chose publique.

²²G. Racca, R. Cavallo Perin, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation as a deterrent against the lack of loyalty*, cit., p. 36.

²³G. Racca, R. Cavallo Perin, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation as a deterrent against the lack of loyalty*, cit., p. 36; R. Cantone, F. Merloni (ed), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p. 72 ss.

²⁴Greco Evaluation I-II Report (2008) 2F, 43e réunion plénière, 29 juin- 22 juillet 2009 ; Greco Evaluation III Report (2011) 7F, 54e Réunion Plénière, Strasbourg, 20-23 mars 2012.

²⁵ANAC, *Relazione annuale 2014*, cit., p. 235-242, relevant que 90% des administrations ont adopté un Code de conduite, tandis que pour le restant 10% la procédure d'adoption était en cours. En outre, parmi les différentes mesures anticorruptions, 90% des administrations ont organisé des cours de formation dédiée à la prévention de la corruption et 50% ont mise en place un système de rotation du personnel exposés aux risques de corruption. Ces risques sont ainsi pris en compte lorsqu'on réglemente le système des incompatibilités et la protection des whistleblower (dénocateurs). Concernant ces derniers, on a relevé la difficulté à les inciter à procéder à une dénonciation auprès de la même administration au sein de laquelle on a eu le cas de « mauvaise gestion ». Ils préfèrent, en effet, contacter une autorité indépendante telle que l'ANAC.

²⁶R. Caranta, *Transparence et concurrence*, dans *Droit comparé des Contrats Publics. Comparative Law on Public Contracts*, Paris, Bruylant, 2010, p. 153.

²⁷R. Caranta, *Transparence et concurrence*, cit., p. 154-155. Le pouvoir adjudicateur est tenu au respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, ce qui a pour objectif le développement d'une concurrence saine et effective. Tout cela exige que les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans



Dans le contexte d'une majeure transparence, le 23 décembre 2011 le Ministre de la Fonction publique a instituée la *Commission pour l'étude et l'élaboration des propositions en matière de transparence et prévention de la corruption dans l'administration publique*,²⁸ laquelle a analysé les racines, les raisons et les mesures à adopter face au phénomène de la corruption dans l'administration publique. À la suite des travaux de la Commission, le texte définitif de la loi n. 190 du 2012 – sur la base du projet de loi du 1 mai 2010 – a été adopté.²⁹ La loi est entrée en vigueur le 28 novembre 2012. Constitué de deux seuls articles, dont le premier est composé par 83 paragraphes, ce texte rassemble plusieurs règles dans le cadre d'une plus efficace lutte contre la corruption et d'une plus effective transparence dans le secteur public. Un des domaines touchés par ladite réglementation est bien évidemment celui des marchés publics.³⁰

Dans ce cadre, l'article 1, paragraphe 17, introduit une disposition permettant aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir que le défaut d'acceptation ou le défaut de preuve écrite de l'acceptation, par les participants à un appel d'offres, des engagements contenus dans les conventions de légalité constituent une cause légale d'exclusion de tout candidat défaillant. À cet égard, il importe de remarquer la nouvelle approche caractérisant cette loi : face aux phénomènes néfastes d'infiltrations mafieuses ainsi que d'interférences illicites dans les marchés publics, on vise à prioriser de plus en plus les instruments de prévention au niveau administratif par rapport aux actions de répression pénale, même si ces dernières ne peuvent pas être, bien évidemment, substituées dans les cas où la loi pénale doit être appliquée. En effet, les sanctions pénales ont un effet dissuasif qui, toutefois, n'est pas suffisant : une stratégie de prévention est la *conditio sine qua non* pour s'opposer à la corruption.³¹ Dans ce contexte s'insèrent les conventions de légalité qui visent à assurer la légalité et la transparence dans les marchés publics, en particulier au niveau de la prévention et de la lutte contre toute tentative d'infiltration des organisations criminelles et contre toute interférence illicite ainsi que de la vérification des règles d'hygiène et de sécurité sur les lieux de travail. À cet égard, le Ministre de l'Intérieur a relevé, dans la Directive du 23 juin 2010 adressée aux Préfets (représentants au niveau territorial du gouvernement) portant *Contrôles antimafia préventifs dans les activités les plus exposées aux risques d'infiltration criminelle*, l'exclusion des marchés sous-seuils et des marchés concernant les secteurs en aval de l'adjudication (par exemple, le traitement des déchets) de contrôles et de vérification antimafia,³² bien qu'ils

la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs. R. Cantone, F. Merloni (ed), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p. 73. La transparence permet de connaître l'action de l'administration publique ainsi que de prévenir la violation des règles de la concurrence et les ententes illicites.

²⁸La Commission se compose d'un coordinateur et cinq membres : Roberto Garofoli (Magistrat du Conseil d'État - Consiglio di Stato); Raffaele Cantone (Magistrat de la Cour de la Cassation); Ermanno Granelli (Magistrat de la Cour des Comptes) ; Bernardo Giorgio Mattarella (Professeur ordinaire du droit administratif); Francesco Merloni (Professeur ordinaire du droit administratif); Giorgio Spangher (Professeur ordinaire de procédure pénale).

²⁹Cette loi porte sur les "Dispositions pour la prévention et répression de la corruption et de l'illégalité dans l'administration publique" ("Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione").

³⁰ANAC, *Relazione annuale 2014*, cit., p. 219 ss. Dans le contexte de la loi 190/2012, un des outils plus efficaces est identifié dans le PTPC (Plan Triennal de Prévention de la Corruption) que toute administration est tenue à adopter pour indiquer les domaines plus vulnérables face au risque de corruption.

³¹R. Cantone, F. Merloni (ed), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p. 13.

³²En matière d'antimafia, voir le D.Lgs. 159/2011.



soient les plus exposés et sensibles aux infiltrations criminelles et aux interférences illicites. C'est la raison qui a amené le Ministre de l'Intérieur à reconnaître la nécessité d'élargir les contrôles et les vérifications à tout type de marché au moyen de l'adoption de précises conventions de légalité, adoptées – sur la base de conventions types approuvées par le Ministre de l'Intérieur – par les administrations publiques et les Préfets territorialement compétents. Selon la Directive du Ministre, l'intérêt public à la transparence et à la légalité dans les marchés publics peut être satisfait en prévoyant une étroite collaboration entre eux et un efficace partage d'informations concernant toute anomalie et toute situation suspecte. Sur la base de ces conventions, les administrations s'engagent à insérer dans les avis, appels d'offres ou lettres d'invitation, en tant que condition de participation, l'acceptation préalable de la part des opérateurs économiques d'une série de clauses visant à une plus efficace prévention de la corruption et des mauvaises pratiques. Cette prévention se réalise en introduisant non seulement des clauses antimafias dans tous les marchés indépendamment de leur valeur, mais aussi en prévoyant une liste de clauses³³ (portant, par exemple, l'obligation de dénonciation immédiate de toute tentative de perturbation, d'irrégularité ou de distorsion observée durant la procédure d'appel d'offres ou l'exécution du contrat ; l'interdiction de sous-traiter de tâches à d'autres entreprises qui ont soumissionné pour le même marché ; la déclaration de conformité de l'offre aux principes de sérieux, d'intégrité, d'indépendance, de confidentialité, et de respect des principes de loyauté, de transparence et d'intégrité; l'engagement à ne pas conclure, avec d'autres participants à la procédure d'appel d'offres, aucun accord visant à restreindre ou à éviter la concurrence, *etc...*) qui doivent être acceptées par tous les opérateurs économiques sous peine d'exclusion. Une telle exclusion constitue une sanction nécessaire pour que ces clauses aient une force contraignante ; en outre, leur

³³Dans le litige au principal, la déclaration d'acceptation des clauses figurant dans la convention de légalité devait être rendue selon le schéma établi à l'annexe 6 du cahier des charges. Ladite déclaration énonçait ce qui suit: «[Le participant à l'appel d'offres] s'engage expressément, en cas d'adjudication: a) à informer [...] le pouvoir adjudicateur [...] de l'état d'avancement des travaux, de l'objet, du montant et des bénéficiaires des contrats de sous-traitance et dérivés, [...] ainsi que des modalités de sélection des contractants [...]; b) à communiquer au pouvoir adjudicateur toute tentative de perturbation, d'irrégularité ou de distorsion observée durant la procédure d'appel d'offres et/ou l'exécution du contrat par tout intéressé, tout agent ou toute personne susceptible d'influencer les décisions relatives à l'adjudication considérée; c) à coopérer avec les forces de police, en dénonçant toute tentative d'extorsion, d'intimidation ou d'influence de nature criminelle [...]; d) à inclure les mêmes clauses dans les contrats de sous-traitance [...] et est conscient du fait que, dans le cas contraire, les éventuelles autorisations ne seront pas accordées ». Le participant était également tenu à déclarer expressément et solennellement : « e) qu'il ne se trouve pas dans un rapport de contrôle ou d'association (de droit et/ou de fait) avec d'autres concurrents et qu'il n'a pas conclu et ne conclura pas d'accord avec d'autres participants à la procédure d'appel d'offres; f) qu'il ne sous-traitera aucun type de tâches à d'autres entreprises participant à l'appel d'offres [...] et qu'il est conscient du fait que, dans le cas contraire, ces contrats de sous-traitance ne seront pas autorisés; g) que l'offre est conforme aux principes de sérieux, d'intégrité, d'indépendance et de confidentialité, et qu'il s'engage à respecter les principes de loyauté, de transparence et d'intégrité; et qu'il n'a conclu et ne conclura, avec d'autres participants à la procédure d'appel d'offres, aucun accord visant à restreindre ou à éviter la concurrence; h) que, en cas d'attribution du marché, il s'engage à communiquer au pouvoir adjudicateur toute tentative de perturbation, d'irrégularité ou de distorsion observée durant la procédure d'appel d'offres et/ou l'exécution du contrat par tout intéressé, tout agent ou toute personne susceptible d'influencer les décisions relatives à l'adjudication considérée; i) qu'il s'engage à coopérer avec les forces de police, en dénonçant toute tentative d'extorsion, d'intimidation ou d'influence de nature criminelle [...]; j) qu'il s'engage à inclure les mêmes clauses dans les contrats de sous-traitance [...] et qu'il est conscient du fait que, dans le cas contraire, les éventuelles autorisations ne seront pas accordées; k) [...] être conscient du fait que les déclarations et les obligations susmentionnées sont des conditions requises pour la participation à l'appel d'offres, de sorte que, si le pouvoir adjudicateur établit, durant de la procédure d'adjudication et sur la base d'indices graves, précis et concordants, l'existence d'une association de fait, l'entreprise sera exclue».



acceptation doit intervenir préalablement afin de garantir une anticipation maximale du niveau de protection et de dissuasion des mauvaises pratiques. En effet, si le non-respect de ces clauses était passible de sanctions exclusivement lors de la phase d'exécution du marché, l'effet voulu serait certainement réduit à néant.

À cet égard, l'ANAC juge légitime³⁴ ladite sanction de l'exclusion compte tenu des finalités d'ordre supérieur aux intérêts individuels, telles que la prévention et la lutte de la criminalité organisée et de toute interférence illicite dans le domaine des marchés publics.³⁵ Dans la même perspective, les *Premières Lignes directrices pour le démarrage d'une étroite collaboration entre l'ANAC, les Préfets et les administrations locales pour la prévention de la corruption*,³⁶ désignent les conventions de légalité en tant qu'instrument stratégique dans la prévention de tout phénomène d'infiltration mafieuse et d'interférences illicites dans les marchés publics.

Une fois identifiés la fonction et l'objectif des conventions de légalité, il convient d'interpréter la sanction de l'exclusion par rapport premièrement aux articles 38 et 46 du code des marchés publics italien, et deuxièmement en conformité avec les principes généraux du traité FUE, en particulier les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que l'obligation de transparence qui en découle.

5. Les motifs d'exclusion dans le code des marchés publics italien et dans le droit européen

Dans le droit des contrats publics, des évolutions importantes ont été suscitées par le droit européen qui a étendu le champ des règles de publicité, de non-discrimination, de transparence et de mise en concurrence. Sous son influence, les procédures d'attribution des marchés publics en Italie ont été réglées par le décret législatif n. 163 du 12 avril 2006³⁷ – portant création du code des marchés publics de travaux, de services et de fournitures – en application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. Il convient de rappeler que ces deux directives – aujourd'hui abrogées par les directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE³⁸ – ne réglementent que l'adjudication des contrats dépassant un certain seuil. L'uniformité de la réglementation au niveau européen, dans ce domaine stratégique pour l'économie de chaque État membre ainsi que de l'Union européenne dans son ensemble,³⁹ est indispensable afin

³⁴ANAC, Determinazione n. 4 du 10 octobre 2012 portant Modèles d'avis de marché, Indications générales pour la rédaction des avis de marché aux termes de l'article 64, paragraphes 4-bis et 46, paragraphe 1-bis, du Code des contrats publics. ANAC, Avis n. 48 du 19 mars 2014 (Prec. 192/13/L), p. 2.

³⁵Consiglio di Stato, quatrième section, 8 mai 2012, n. 2657; Consiglio di Stato, 9 septembre 2011, n. 5066.

³⁶Lignes directrices adoptées par le Ministère de l'Intérieure et l'ANAC le 15 juillet 2014.

³⁷Publié au Journal Officiel n. 100 du 2 mai 2006 - Ord. Suppl. n. 107 (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE et 2004/18/CE).

³⁸Le 26 février 2014, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté de nouvelles directives régissant les marchés publics européens. Ces nouvelles directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE remplacent les directives précédentes 2004/18/CE, 2004/17/CE et 2009/81/CE. L'Italie a transposé ces directives en adoptant le nouveau code des marchés publics, le décret législatif n. 50 du 18 avril 2016.

³⁹Commission Européenne, Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs



d'assurer l'égalité de toutes les entreprises, qu'elles soient nationales ou étrangères, face à la commande publique pour que les marchés publics concernés soient ouverts à la concurrence sans aucune discrimination dans le « marché intérieur ». Le principe d'égalité d'accès à la commande publique n'est pas mis en danger par l'adoption des conventions de légalité, dont le défaut d'acceptation conduit à l'exclusion du participant défaillant.

Au niveau du droit italien, cette exclusion automatique et préalable est admise, comme déjà remarqué, par l'article 1, paragraphe 17 de la loi n. 190/2012, qui s'insère dans le cadre de la réglementation des motifs d'exclusion telle qu'énoncée dans le code des marchés publics italien, notamment par les articles 38 et 46.

L'article 38 du code des marchés publics indique une liste exhaustive d'exigences⁴⁰ dont le défaut amène, même en absence d'égales dispositions dans l'avis de marché,⁴¹ à l'exclusion des candidats ou soumissionnaires de la participation aux procédures d'adjudication. Cette liste doit être interprétée de façon stricte, ne pouvant pas être l'objet d'une interprétation par analogie. Cela se justifie pour deux raisons. Premièrement, cette interdiction se situe au sein du « principe d'exhaustivité » des motifs tel que récemment énoncé dans le code des marchés publics italien (article 46, 1-bis) ; deuxièmement elle est nécessaire pour éviter une limitation drastique de la capacité contractuelle des entreprises, de leur libre initiative économique et particulièrement de la concurrence dans les appels d'offres.⁴²

Le « principe d'exhaustivité » des motifs d'exclusion a été introduit par la réforme du 2011 (décret-loi 13 mai 2011 n. 70)⁴³ à l'article 46, 1-bis du code des marchés publics, aux termes duquel le pouvoir adjudicateur ne peut pas exclure les participants sauf dans les cas spécifiquement énoncés, notamment « en cas de manquement aux obligations prévues par le code, par le règlement et par d'autres dispositions légales en vigueur, ainsi que dans les cas

(« coopération public-public »), 2011, p. 3. La Commission relève que « [en] 2009, ces contrats représentaient 3,6 % du PIB de l'Union Européenne. Pour le surplus, les États membres sont tenus d'observer les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement des soumissionnaires etc. prévus par le droit UE, pour autant que le marché à attribuer présente un intérêt pour des entreprises établies dans un autre État membre ».

⁴⁰Parmi les motifs d'exclusions énoncées par l'article 38, ils figurent, entre autres, les situations où le candidat est en état ou fait l'objet d'une procédure de faillite, de liquidation, ou de concordat préventif ou est dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales ; fait l'objet d'une procédure pendante d'application de l'une des mesures de prévention prévues à l'article 3 de la loi n° 1423 du 27 décembre 1956 ou d'une des causes d'empêchement prévues à l'article 10 de la loi n° 575 du 31 mai 1965 ; a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant autorité de chose jugée pour tout délit affectant sa moralité professionnelle (par exemple, pour de délits de participation à une organisation criminelle, de corruption, de fraude, de blanchiment de capitaux) ; a, en matière professionnelle, commis une faute grave constatée par tout moyen que les pouvoirs adjudicateurs peuvent justifier ; n'a pas rempli ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale ou ses obligations relatives au paiement des impôts ; etc. La satisfaction de ces exigences est attestée par le candidat à travers une déclaration substitutive dans laquelle ils doivent être mentionnés tous les éléments requis comme, par exemple, toutes les condamnations pénales prononcées à son endroit.

⁴¹T.A.R. Sicile, Catania, première section, 30 mai 2013, n. 1606. L'article 38, ayant un clair contenu d'ordre public, s'applique indépendamment du fait qu'il soit évoqué ou inséré directement dans l'avis de marché.

⁴²T.A.R. Toscane, 1ère section, 22 décembre 2009 n. 3981.

⁴³Dans le cadre de la nécessité de promouvoir le développement économique et la compétitivité, le décret n. 70 du 2011 a modifié la réglementation en matière des contrats publics afin de simplifier les procédures d'adjudication et de réduire les temps de réalisation des travaux publics et du contentieux administratif. Parmi les nouveautés, de grand impact a été l'introduction du paragraphe 1-bis à l'article 46 du code des marchés publics italien.



d'incertitude absolue sur le contenu et la provenance de l'offre, les hypothèses de défaut de signature ou d'autres éléments essentiels, si le pli contenant l'offre et la demande de participation n'est pas intact ou bien si d'autres irrégularités relatives à la fermeture des plis portent à croire que le principe de confidentialité des offres a été violé ». En complément de cette disposition, il est ainsi prévu que les avis de marché et les lettres d'invitation à soumissionner ne puissent contenir d'autres exigences sous peine d'exclusion. Ces exigences seraient en tout état de cause nulles aux termes du dernier alinéa du paragraphe 1-bis de l'article 46 du code.⁴⁴ L'exclusion de la participation à la procédure d'adjudication est donc légitime dans la mesure où elle est prévue expressément comme sanction par la loi et dans les cas susmentionnés visant à protéger la confidentialité des offres. La *ratio legis* de cette disposition vise bien évidemment à garantir un respect effectif du principe de la concurrence, en évitant toutes les exclusions – auparavant⁴⁵ disposées dans plusieurs avis d'appels d'offres – pour de violations d'obligations purement formelles. En effet, depuis la réforme de 2011, les pouvoirs adjudicateurs italiens ne peuvent plus prescrire toute formalité sous peine d'exclusion :⁴⁶ l'approche radicalement formaliste⁴⁷ a été substituée par une majeure substantialiste.⁴⁸ Sur la base de cette dernière approche, les administrations publiques sont

⁴⁴ L'article 46, paragraphe 1 bis, du décret législatif n° 163 dispose que « [L]e pouvoir adjudicateur exclut les candidats ou les concurrents en cas de manquement aux obligations prévues par le présent code, par le règlement et par d'autres dispositions légales en vigueur, ainsi que dans les cas d'incertitude absolue sur le contenu et la provenance de l'offre, les hypothèses de défaut de signature ou d'autres éléments essentiels, si le pli contenant l'offre et la demande de participation n'est pas intact ou bien si d'autres irrégularités relatives à la fermeture des plis portent à croire que le principe de confidentialité des offres a été violé; les avis de marché et les lettres d'invitation à soumissionner ne peuvent contenir d'autres exigences sous peine d'exclusion. Ces exigences sont en tout état de cause nulles ».

⁴⁵ Avant 2011, c'était opinion très répandue celle de juger les dispositions législatives concernant les exigences d'ordre générale et spéciale comme étant des critères minimaux qui devaient être nécessairement intégrés par les administrations compte tenu de leurs propres besoins. Voir A. Leonardi, *La tassatività delle cause di esclusione da una pubblica gara: applicazioni operative in un piccolo comune*, I quaderni di www.paweb.it – Approfondimenti di contabilità e gestione degli enti locali, Août 2013, p. 5.

⁴⁶ P. Patrito, *La regolarizzazione documentale : dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia e Italia)*, *Urbanistica e appalti*, 2015, 2, p. 137 s. L'auteur relève que, dès 2011, l'administration n'a plus la faculté de prévoir sous peine d'exclusion le respect de toute formalité, vu qu'elle est tenue à se conformer au « principe de exhaustivité » des motifs d'exclusions aux termes de l'article 46, 1-bis du D.Lgs. n. 163/2006.

⁴⁷ G. B. Virga, *Il divieto di "caccia all'errore" nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, *Lexitalia.it*, vol. 9/2011 (n. 9/2011), 2011, p. 1-3. Des violations même minimales des obligations prévues dans les avis d'appels d'offres étaient sanctionnées avec l'exclusion, ce qui a été jugé comme une véritable « chasse à l'erreur » qui n'était pas conforme à l'intérêt public. Conformément à une approche strictement formaliste, l'exclusion était prévue comme sanction pour de violations telles que l'indication du prix en lettres et non en chiffres ; la caution provisoire d'un montant inférieur à ce indiqué dans l'avis de marché ; etc. Voir T.A.R. Puglia – Bari, première section, 19 septembre 2011 n. 1370 ; T.A.R. Sicilia – Palermo, troisième section, 12 avril 2010 n. 4935 ; Consiglio di Stato, cinquième section, 12 juin 2009, n. 3746.

⁴⁸ P. Patrito, *La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia e Italia)*, cit., p. 137 s. Selon l'auteur, en Italie, depuis 2011, on a parcouru la route de substantialisme, abandonnant celle de formalisme, en mesure même majeure par rapport au droit européen des contrats publics et à sa jurisprudence. Voir également A. Leonardi, *La tassatività delle cause di esclusione da una pubblica gara: applicazioni operative in un piccolo comune*, cit., p. 3; voir ainsi Conseil de l'État, 4 octobre 2012, n. 5203. L'article 46, 1-bis du code représente le résultat de l'évolution interprétative de la *lex specialis* (les avis de marché) au sein de la jurisprudence italienne qui avait déjà opté pour la substance au lieu de la forme, cela en action des principes de favor participationis et de simplification des procédures de passation des marchés publics.



appelées à se focaliser sur la vérification que tous les participants remplissent effectivement les conditions requises, en préférant la substance sur la forme. Dans cette même approche substantielle, il est ainsi possible de remédier aux irrégularités formelles et non décisives pour l'appréciation de l'offre. Celles-ci ne conduisent plus à l'exclusion automatique du candidat concerné. En ce sens, le premier paragraphe de l'article 46 dispose «[D]ans les limites prévues aux articles 38 à 45, les pouvoirs adjudicateurs invitent, si nécessaire, les soumissionnaires à compléter ou à expliciter le contenu des certificats, documents ou déclarations présentés». C'est ce que la jurisprudence et la doctrine appellent le *pouvoir de secours* (« potere di soccorso ») qui se fonde sur les principes de coopération loyale entre secteur public et secteur privé, de simplification et de *favor participationis*.⁴⁹ D'une part, il permet au pouvoir adjudicateur de demander, au cours de la procédure, les éclaircissements ou les compléments qu'il considère comme nécessaires ; d'autre part, il ne peut pas être interprété en ce sens qu'il permet aux pouvoirs adjudicateurs d'admettre des rectifications quelconques à des omissions qui, selon les dispositions expresses de la loi ou des documents du marché, doivent conduire à l'exclusion de celui-ci.⁵⁰ Par conséquent, le pouvoir adjudicateur a la faculté d'inviter tout candidat ou soumissionnaire à compléter ou régulariser un document incomplet ou en quelque manière défectueux, mais il ne peut pas instruire librement la procédure dans les cas où des déclarations auraient été omises. En effet, sur la base de la classification des irrégularités des offres en fonction de leur nature – formelles ou matérielles – et de leur gravité – substantielles ou non substantielles –, l'omission pure et simple de produire une déclaration obligatoire constitue un grave défaut, qui ne peut pas être tout simplement rectifié⁵¹ sans enfreindre le principe de la *par condicio*⁵² des participants à l'appel d'offres. Il est donc important pour le pouvoir adjudicateur d'observer strictement les critères qu'il a lui-même fixés dans l'avis de marché conformément au principe d'égalité de traitement et à l'obligation de transparence. Le principe d'égalité de traitement impose que les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres étant celles-ci soumises aux mêmes conditions pour tous ; tandis que l'obligation de transparence, ayant pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur, 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. Cette clarté permet à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière ; en outre, cela met le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères requis.⁵³

⁴⁹Consiglio di Stato, sixième section, 18 septembre 2013 n. 4663; P. Patrito, La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia e Italia), cit., p. 137 s.

⁵⁰En même sens, voir la CJCE, 6 novembre 2014 (aff. C-42/13), *Cartiera dell'Adda*, point. 46.

⁵¹CJCE, (aff. C-42/13) 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, point. 45. « [D]ans la mesure où le pouvoir adjudicateur considère que cette omission ne constitue pas une irrégularité purement formelle, il ne peut pas permettre à ce soumissionnaire de pallier ultérieurement cette omission, de quelque façon que ce soit, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des offres ».

⁵²CJCE, (aff. C-42/13) 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, point. 48. « [L]e principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle imposent au pouvoir adjudicateur, [...], le respect des critères qu'il a lui-même fixés, de sorte qu'il serait tenu d'exclure du marché un opérateur économique qui n'a pas communiqué une pièce ou une information dont la production était imposée dans les documents de ce marché sous peine d'exclusion ».

⁵³CJCE, (aff. C-42/13) 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, points. 42-43-44; CJCE, (aff. C-336/12) 10 octobre 2013, *Manova*, point. 40.



Il est important de noter que ce cadre a été récemment réformé par le décret-loi n. 90/2014 qui a introduit le paragraphe 2-bis de l'article 38 et le paragraphe 1-ter de l'article 46 du code des marchés publics. L'article 38, paragraphe 2-bis distingue les irrégularités substantielles de celles non substantielles, où les premières empêchent de reconnaître clairement la personne qui a rendu la déclaration ou son contenu (par exemple, l'omission de la pièce d'identité qui doit être déposée avec l'offre)⁵⁴ et correspondent généralement aux motifs d'exclusion exhaustives⁵⁵ prévues à l'article 46, paragraphe 1-bis. Pour ce type d'irrégularités, il est prévu de sanctionner le candidat défaillant par le paiement d'une amende,⁵⁶ garanti par la caution provisoire ; ensuite, le pouvoir adjudicateur lui attribue un délai, non supérieur à dix jours, sous peine d'exclusion, pour intégrer ou compléter les déclarations nécessaires de son offre. La sanction de l'exclusion est prononcée seulement si l'entreprise concernée n'a pas fourni les informations ou intégrations demandées par l'administration adjudicatrice. Par exemple, l'ANAC a jugé⁵⁷ que l'omission de la signature constitue une irrégularité substantielle qui peut être régularisée, dans le délai communiqué par l'administration, après paiement de la sanction pécuniaire prévue, dans la mesure où elle ne concerne pas l'intangibilité de l'offre, la certitude de la provenance de l'offre, la confidentialité ou la non-altérabilité des exigences requises après le délai prévu pour la présentation des offres. Ces dernières situations constituent de motifs d'exclusion automatique aux termes de l'article 46, 1-bis du code des marchés publics. Au contraire, pour les irrégularités non substantielles aucune sanction n'est prononcée et l'intégration n'est pas nécessaire. Par conséquent, d'une part les irrégularités substantielles deviennent régularisables (sous peine de paiement d'une sanction pécuniaire), d'autre part les irrégularités non substantielles ne le sont pas.⁵⁸ En outre, l'ANAC identifie une troisième catégorie d'irrégularités qui n'ont pas une nature substantielle mais qui concernent des éléments indispensables afin de vérifier de façon claire et rapide si les exigences sont effectivement requises par les participants (par exemple, l'omission de l'adresse dell'Agenzia delle Entrate territorialement compétente, nécessaire pour vérifier que les participants sont en règle avec leurs obligations relatives au paiement des impôts et des taxes). Dans ces cas, d'après l'avis de l'ANAC, le « pouvoir de secours » est toujours admis : les administrations ont donc la faculté de demander toute clarification ou intégration au participant concerné, sans que ce dernier soit obligé au paiement de sanctions pécuniaires.⁵⁹ Cette nouvelle perspective est renforcée par l'article 46, paragraphe 1-ter, introduit lui-même avec la réforme du 2014.

⁵⁴ANAC, Determinazione n. 1/2015, Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, p. 6.

⁵⁵ANAC, Determinazione n. 1/2015, *ibidem*, p. 13.

⁵⁶Aux termes du paragraphe 2-bis de l'article 38 du code des marchés publics italien, la sanction pécuniaire à verser au pouvoir adjudicateur doit être prévu dans l'avis de marché en mesure non supérieure à 50.000 euros et, spécifiquement, non inférieure à un pour mille et non supérieure à un pour cent de la valeur du marché. A.N.A.C., Determinazione n. 1/2015, *ibidem*, p. 8. La sanction pécuniaire, étant prévue dans l'avis de marchés, ne peut pas être proportionnée à la gravité de l'irrégularité. C'est la distinction entre les irrégularités substantielles et les irrégularités non substantielles à justifier l'application de la sanction pécuniaire, compte tenu que la sanction est prononcé pour les seuls irrégularités substantielles. Le paiement de la sanction légitime le candidat concerné à intégrer des documents manquants.

⁵⁷ANAC, Determinazione n. 1/2015, *ibidem*, p. 14.

⁵⁸T.A.R. Sicilia – Palermo, première section, 16 décembre 2014, n. 3331 ; T.A.R. Lombardia – Brescia, première section, 7 janvier 2015 n. 2. Le paiement de la sanction pécuniaire permet aux candidats concernés d'intégrer ou rectifier l'irrégularité substantielle affectant leur propre offre. Pour les irrégularités substantielles, il n'est pas demandé ni le paiement d'une sanction pécuniaire ni la rectification.

⁵⁹ANAC, Determinazione n. 1/2015, *cit.*, p. 11.



Cette disposition prévoit que l'article 38, paragraphe 2-bis s'applique à tous les cas, sans distinctions, de défaut ou d'irrégularité des documents et des déclarations qui doivent être présentés pour participer à un appel d'offres. De cette façon, il devient possible de régulariser toute omission ou élément incomplet dans le respect des limites énoncées par l'article 46, paragraphe 1-bis, notamment l'intangibilité de l'offre, la certitude de la provenance de l'offre, la confidentialité et la non-altérabilité des exigences requises après le délai prévue pour la présentation des offres.⁶⁰ Ces limites sont conformes aux principes de l'équité de traitement, de la concurrence et de l'impartialité et répondent au principe d'exhaustivité des motifs d'exclusion.

Ces deux nouvelles dispositions – l'article 38, paragraphe 2-bis et l'article 46, paragraphe 1-ter – complètent l'éloignement progressif de l'approche formaliste. Les pouvoirs adjudicateurs sont maintenant appelés, dans le cadre de la vérification des exigences requises, à une approche bien plus substantialiste. Il est essentiel pour eux de vérifier l'effective existence des exigences requises plutôt que la formelle exhaustivité du contenu des documents rendus pour démontrer lesdites exigences.⁶¹ Dans cette perspective, de simples défauts de documents, y compris l'omission de déclarations,⁶² ne comportent plus l'exclusion automatique, sauf les limites susmentionnées (dans les cas, par exemple, de fausses déclarations ou de compromissions de la confidentialité des offres).

Au niveau européen, l'article 45 de la directive 2004/18 – relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services – prévoit à ses paragraphes 1 et 2 un *numerus clausus* de motifs d'exclusion dans les procédures d'appel d'offres.⁶³ Cette liste exhaustive tient à la situation personnelle de ces derniers, comme dans les cas de condamnation prononcée par un jugement définitif pour participation à une organisation criminelle, corruption, fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne et blanchiment dont le pouvoir adjudicateur a connaissance (premier paragraphe), ou dans les cas de faillite, liquidation, concordat préventif, fautes graves en matière professionnelles, fausses déclarations, *etc.* (deuxième paragraphe). Il est ainsi prévu que les États membres puissent préciser, conformément à leur droit national et dans le respect du droit européen, les conditions d'application⁶⁴ desdits paragraphes ou établir une dérogation au caractère exhaustif des motifs d'exclusions pour des exigences impératives d'intérêt général, telles que celles liées à l'ordre public et à la prévention du crime. Toutefois, leurs réglementations ne peuvent pas s'opposer aux principes généraux visés par la même directive consistant à garantir un traitement des opérateurs économiques transparent, sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire.⁶⁵ D'autres conditions et mesures peuvent être prévues par les États membres à

⁶⁰ANAC, Determinazione n. 1/2015, *ibidem*, p. 12.

⁶¹ANAC, Determinazione n. 1/2015, *ibidem*, p. 6. Les irrégularités substantielles sont, par exemples, l'omission de la présentation de la pièce d'identité ou l'omission de la signature de l'offre.

⁶²N. Parisi, M. L. Chimenti, Il ruolo di A.N.A.C. e l'attuale assetto italiano in materia di prevenzione della corruzione, alla luce dell'esigenza di adempimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici, www.politicheeuropee.it/file_download/2519, p. 15

⁶³Le troisième paragraphe du même article indique quels documents les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'accepter en tant que preuve suffisante du fait que ce soumissionnaire ne se trouve pas dans les cas visés auxdits paragraphes 1 et 2.

⁶⁴T. Dal Farra, Les exclusions générales et automatiques des marchés publics sont-elles conformes au Traité sur l'Union européenne et à la Constitution?, dans *Bulletin juridique des contrats publics* n. 74, 2010, p. 2.

⁶⁵L'article 2 de la directive 2004/18 énonce que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus à traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et à agir avec transparence.



condition qu'elles n'excèdent pas ce qui est nécessaire au sein du principe de proportionnalité.⁶⁶ Par exemple, la sanction de l'exclusion ne serait pas proportionnée si elle était prononcée en conséquence d'irrégularités des offres purement formelles ou en conséquence de présomptions irréfragables de mauvaises pratiques sans que les participants concernés aient la possibilité de démontrer le contraire.

Il convient de rappeler que le présent panorama a été l'objet d'une récente révision avec l'adoption de trois nouvelles directives : la directive 2014/25/UE (secteurs spéciaux), la directive 2014/23/UE (contrats de concession), la directive 2014/24/UE (secteurs classiques).⁶⁷ La *nouvelle* réglementation des marchés publics s'insère dans le cadre de la « Stratégie Europe 2020 »,⁶⁸ dans laquelle on reconnaît le rôle essentiel joué par les marchés publics pour parvenir à une croissance intelligente, durable, inclusive et une économie fondée sur l'innovation, tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics. En matière de motifs d'exclusion des candidats, l'article 57 de la directive 2014/24/UE présente plusieurs différences par rapport à l'article 45 de la directive 2004/18/CE quant à l'introduction de nouveaux motifs d'exclusions (par exemple, l'exclusion pour infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes, ou pour travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains) et de nouveaux sujets à contrôler et vérifier. Il est prévu par exemple la sanction de l'exclusion lorsqu'il ne peut pas être remédié à un conflit d'intérêts ou à une distorsion de la concurrence par d'autres mesures moins intrusives. Une autre importante nouveauté est introduite au paragraphe 6 de l'article 57, aux termes duquel tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations légitimant l'exclusion peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché.⁶⁹ Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Concernant le « pouvoir de secours », cette faculté reconnue aux administrations publiques est prévue à l'article 56, paragraphe 3, lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par les opérateurs économiques sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants. Dans ces cas, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, sauf disposition contraire du droit national, demander aux opérateurs économiques concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et transparence. Il convient de rappeler que, dans la même perspective, le législateur italien a déjà réglé, avec le décret-loi 90/2014, le pouvoir de secours tel que précédemment décrit.

⁶⁶T.A.R. Toscane, 1ère section, 22 décembre 2009 n. 3981.

⁶⁷Les nouvelles directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, remplaçant les directives précédentes 2004/18/CE, 2004/17/CE et 2009/81/CE, ont été récemment transposées par l'Italie qui a adopté le nouveau code des marchés publics le 18 avril 2016 (décret législatif n. 50 du 2016).

⁶⁸Cette stratégie a été exposée dans la communication de la Commission du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020, une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive ».

⁶⁹Aux termes de l'article 57, paragraphe 6, troisième alinéa « [À] cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute ».



6. La décision de la Cour de Justice européenne. Le principe de proportionnalité

Comme déjà évoqué, l'omission d'acceptation des engagements contenus dans les conventions de légalité constitue un défaut expressément réglée par l'article 1er, paragraphe 17, de la loi n. 190, aux termes duquel « [L]es pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir, dans les avis, appels d'offres ou lettres d'invitation, que le non-respect des clauses contenues dans les conventions de légalité ou dans les pactes d'intégrité constitue une cause d'exclusion de la procédure d'appel d'offres ». C'est une disposition permettant au pouvoir adjudicateur de sanctionner ladite omission en excluant le candidat ou soumissionnaire concerné, sans lui accorder la possibilité de rectification ou intégration de l'offre incomplète. Même si cette omission ne concerne pas l'intangibilité de l'offre, la certitude de la provenance de l'offre, la confidentialité ou l'intangibilité des exigences requises après le délai prévu pour la présentation des offres, elle amène également à l'exclusion du participant défaillant. Cela en raison de l'article 46, 1-bis du code des marchés publics, qui indique l'exclusion de la participation à la procédure d'adjudication comme étant une sanction légitime si elle est expressément prévue par le code, le règlement ou par d'autres dispositions légales en vigueur (en dehors des cas susmentionnés visant à protéger la confidentialité des offres). L'art. 46, 1-bis du code des marchés publics vise à assurer, dans l'intérêt public, une plus grande transparence et la légalité dans les marchés publics. Sur cette base, d'après l'ANAC l'exclusion est pleinement légitime⁷⁰ car que ce type d'instruments est prévu pour protéger des intérêts d'ordre supérieur sur la base de dispositions d'ordre public.

Sur la compatibilité de cette disposition italienne avec le droit de l'Union européenne et, plus particulièrement, avec l'article 45 de la directive 2004/18/CE, la Cour de Justice Européenne n'a pas pu se prononcer, puisque le marché public de travaux en cause n'avait pas atteint le seuil financier d'application de la directive. Il convient de rappeler que les procédures particulières et rigoureuses prévues par les directives de l'Union, portant coordination des procédures de passation des marchés publics, s'appliquent uniquement aux contrats dont la valeur dépasse le seuil prévu expressément dans chacune de ces directives. Toutefois, d'après une jurisprudence constante de la Cour de Justice,⁷¹ le fait que la juridiction de renvoi a formulé une question préjudicielle en se référant à certaines dispositions seulement du droit de l'Union ne fait pas obstacle à ce que la Cour lui fournisse tous les éléments d'interprétation qui peuvent être utiles au jugement de l'affaire dont elle est saisie, qu'elle y ait fait ou non référence dans l'énoncé de ses questions. En outre, les marchés qui ne relèvent pas du champ d'application des directives de l'Union sont néanmoins soumis aux règles fondamentales et aux principes généraux du traité FUE,⁷² en particulier aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle, s'ils présentent un intérêt transfrontalier certain eu égard à certains critères objectifs. Dans ce cadre, la Cour de Justice de l'Union Européenne considère que le marché litigieux est soumis aux règles fondamentales et aux principes généraux du traité FUE, cela en raison de l'existence d'un intérêt transfrontalier certain, car les dispositions

⁷⁰ANAC, Avis n. 48 du 19 mars 2014, p. 2.

⁷¹Voir CJCE, 20 mars 1986, (aff. 35/85), Tissier, Rec. p. 1207, point 9. Plus récemment, CJCE, 9 avril 2014 (aff. C-225/13), Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve e.a., EU:C:2014:245, point 30 ; CJCE, 26 septembre 2013 (aff. C-418/11), Texdata Software, EC:C:2013:588, point 35 ; CJCE, 21 février 2006, (aff. C-152/03) Ritter-Coulais, Rec. p. I-1711, point 29; CJCE, 10 février 2011, (aff. C-307/09 à C-309/09), Vicoplus e.a., Rec. p. I-453, point 22 ; CJCE, 22 mars 2012, (aff. C-248/11), Nilas e.a., point 31.

⁷²CJCE, (C-278/14), Enterprise Focused Solutions, EU:C:2015:228, point 16.



de la réglementation spécifique de la procédure relative au marché portent sur la participation d'entreprises autres que celles établies en Italie.⁷³ Donc, une fois exclue l'application de l'article 45 de la directive 2004/18, la Cour de Justice interprète la question du litige comme portant sur la compatibilité avec les principes généraux du traité de l'article 1^{er} paragraphe 17 de la loi n. 190/2012.

À cet égard, parmi les principes du traité qui doivent être respectés lors de la passation de marchés publics figurent, notamment, ceux de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services ainsi que celui de proportionnalité. D'après une jurisprudence constante de la Cour, les articles 49 et 56 du Traité FUE 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, par les ressortissants de l'Union européenne, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services garanties par lesdites dispositions du traité.⁷⁴ En ce qui concerne les marchés publics, il est de l'intérêt de l'Union en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services que l'ouverture d'un appel d'offres à la concurrence soit la plus large possible.⁷⁵ Par conséquent, l'application d'une disposition nationale qui exclut de la participation au marché public le soumissionnaire n'ayant pas accepté toutes les clauses contenues dans la convention de légalité, pourrait être susceptible d'empêcher la participation la plus large possible de soumissionnaires aux procédures d'appels d'offres. Cela constituerait une restriction au sens des articles 49 et 56 du TFUE. Toutefois, une telle restriction est justifiée dans la mesure où elle poursuit un objectif légitime d'intérêt général étant propre à garantir la réalisation de l'objectif visé sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.⁷⁶

Au sens de l'article 1^{er} paragraphe 17 de la loi n. 190/2012, comme déjà évoqué, un pouvoir adjudicateur peut prévoir qu'un candidat ou un soumissionnaire soit exclu automatiquement d'une procédure d'appel d'offres pour ne pas avoir déposé, avec son offre, une acceptation écrite des engagements et des déclarations contenus dans une convention de légalité, telle que celle du litige commenté, dont l'objectif est de lutter contre les infiltrations de la criminalité organisée dans le secteur des marchés publics.⁷⁷ À cet égard, la Cour considère que la convention de légalité, en tant que moyen de lutte contre les infiltrations criminelles, rentre dans la marge d'appréciation reconnue aux États membres pour l'adoption des mesures nécessaires à lutter contre l'opacité, les inégalités de traitement et les mauvaises pratiques dans la passation des marchés publics.⁷⁸ En outre, l'obligation de déclarer

⁷³CJCE, arrêt commenté, p. 20.

⁷⁴CJCE, 10 juillet 2014, (aff. C-358/12), *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, point 28 ; CJCE, 23 décembre 2009, (aff. C-376/08) *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, point. 41.

⁷⁵CJCE, 10 juillet 2014, (aff. C-358/12), *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, point 29 ; CJCE, 23 décembre 2009, (aff. C-305/08), *CoNISMa*, point 37.

⁷⁶CJCE, 10 juillet 2014, (aff. C-358/12), *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, point 31 ; CJCE, 23 décembre 2009, (aff. C-376/08) *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, point. 44.

⁷⁷CJCE, arrêt commenté, point 25.

⁷⁸CJCE, 23 décembre 2009, (aff. C-376/08), *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, EU:C:2009:808, points 31 et 32. Chaque État membre est le mieux à même d'identifier, à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres, les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses au respect de ce principe et de cette obligation. Les États membres de maintenir ou d'édicter des règles matérielles destinées, notamment, à garantir, en matière de marchés publics, le respect du principe d'égalité de traitement, ainsi que le principe de transparence que ce dernier implique, lesquels s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs dans toute procédure de passation d'un tel marché.



l'acceptation de ce type de convention apparaît de nature à renforcer l'égalité de traitement et la transparence dans la passation de marchés publics et, compte tenu qu'elle incombe à tout candidat ou cessionnaire sans distinction, elle ne se heurte pas au principe de non-discrimination.⁷⁹ Par conséquent, les règles fondamentales et les principes généraux du traité FUE ne sont pas contraires à une telle disposition de droit national. Toutefois, conformément au principe de proportionnalité, la Cour de Justice remarque qu'une telle mesure ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé.

Dans le cadre du litige, la convention de légalité obligeait à l'acceptation de toutes ses clauses sous peine d'exclusion. La déclaration d'acceptation des engagements contenus dans la convention de légalité était prévue comme document essentiel, aux termes de la rubrique « Avertissement » du cahier des charges, ainsi que comme condition d'admission à la procédure de passation du marché. C'est ce dernier aspect qui, selon la Cour de Justice, permet une certaine efficacité de la convention de légalité : l'obligation de dépôt de ladite déclaration dès le début de la participation à l'appel d'offres constitue, en effet, une anticipation maximale du niveau de protection et de dissuasion, qui serait réduit à néant s'il était passible de sanctions le seul non-respect de ces clauses lors de la phase d'exécution. L'objectif poursuivi par la cause d'exclusion des marchés publics définie à l'article 1^{er}, paragraphe 17 de la loi 190/2012 est de s'assurer de la fiabilité, du sérieux et du comportement correct et loyale du soumissionnaire, afin de prévenir la corruption, la collusion et d'autres mauvaises pratiques, ce qui constitue un objectif légitime d'intérêt général. Cela permet de définir la convention de légalité dans son ensemble en tant qu'instrument conforme au principe de proportionnalité.

Toutefois, c'est au niveau du contenu de chaque déclaration ou engagement englobé dans la convention de légalité, que peut se poser le problème du respect dudit principe, dans la mesure où la clause concernée va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé. À cet égard, dans la convention de légalité litigieuse, les participants étaient premièrement appelés à indiquer l'état d'avancement des travaux, l'objet, le montant et les bénéficiaires des contrats de sous-traitance et dérivés ainsi que les modalités de sélection des contractants ; deuxièmement, ils s'engageaient à signaler toute tentative de perturbation, d'irrégularité ou de distorsion dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres et durant l'exécution du contrat ; en troisième lieu, ils s'engageaient à coopérer avec les forces de police, en dénonçant toute tentative d'extorsion, d'intimidation ou d'influence de nature criminelle ; enfin, ils s'engageaient à inclure les mêmes clauses dans les contrats de sous-traitance. Puis, d'autres déclarations suivaient à cette liste.

Dans ce cadre, la Cour de Justice reconnaît que trois des déclarations faisant parties de la convention de légalité enfreignent le principe de proportionnalité par rapport aux objectifs visés d'une plus efficace lutte contre les infiltrations criminelles et d'une plus large concurrence. Ces trois déclarations, incombant sur tout participant, consistent à déclarer, en premier lieu, l'absence de rapport de contrôle ou d'association avec d'autres concurrents ; en deuxième lieu, l'absence d'accord ou d'entente avec d'autres participants à la procédure d'appel d'offres et, enfin, la renonciation à sous-traiter de tâches à d'autres participants à l'appel d'offres. Ces obligations, prévues sous peine d'exclusion, limitent la libre concurrence dans les marchés publics, ce qui est contraire à l'intérêt de l'Union à ce que soit assurée la participation la plus large possible.⁸⁰ Par exemple, la sanction de l'exclusion automatique, liée à la présence d'un rapport de contrôle ou d'association avec d'autres concurrents, empêche

⁷⁹CJCE, arrêt commenté, p. 28.

⁸⁰CJCE, 19 mai (2009 C-538/07), Assitur, EU:C:2009:317, points 28 à 30, ainsi que CJCE, 23 décembre 2009, (aff. C-376/08), Serrantoni et Consorzio stabile edili, EU:C:2009:808, points 39 et 40.



aux candidats ou soumissionnaires concernés de démontrer l'indépendance de leurs offres. Cela comporte, selon la Cour, une injustifiée présomption d'interférence réciproque dans les offres respectives, pour un même marché, d'entreprises liées par un rapport de contrôle ou d'association. Cette présomption, qui n'admet pas la preuve contraire de la part des participants concernés, va certainement au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir des comportements collusoires. Dans la même perspective, la troisième de ces déclarations, obligeant les candidats à s'engager à ne pas sous-traiter de tâches à d'autres entreprises participant à l'appel d'offres, implique une présomption irréfutable qui ne laisse pas aux entreprises la possibilité de démontrer l'absence de collusion. En effet, d'après la Cour de Justice, l'éventuelle sous-traitance par l'adjudicataire, après l'attribution du marché, à un autre participant au même appel d'offres ne résulte pas forcément d'une collusion entre les deux entreprises concernées. Par conséquent, l'obligation d'une telle déclaration va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir les comportements collusoires. Concernant la deuxième déclaration, celle-ci oblige le participant à s'engager à ne pas conclure d'accord avec d'autres participants à la procédure d'appel d'offres sous peine d'exclusion. Toutefois, une telle sanction aurait pu être jugée proportionnée par la Cour si elle avait été liée exclusivement aux accords susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence, sans toucher tout type d'accords même ceux qui n'enfreignent pas les principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement. Cela va, bien évidemment, au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder le principe de la concurrence dans le domaine des marchés publics.

Au vu de ce qui précède, la convention de légalité – en tant qu'outil supplémentaire de dissuasion et prévention de la corruption et des infiltrations criminelles – est sans doute légitime et conforme aux principes du droit européen. Toutefois, une véritable limite à son contenu est représentée par le principe de proportionnalité. L'exclusion automatique des participants est une sanction légitime si elle est prononcée à la suite du défaut des déclarations qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder les objectifs de lutte contre les mauvaises pratiques et les infiltrations criminelles. Une conclusion différente serait bien évidemment contraire aux principes visant à assurer la concurrence, la transparence et la non-discrimination dans les marchés publics.

7. Conclusion

La Cour de Justice reconnaît le rôle et l'importance des conventions de légalité en tant qu'instruments prévus pour prévenir la corruption dans le secteur des marchés publics très exposé au phénomène d'interférences illicites et de mauvaises pratiques. L'efficacité d'un tel instrument n'est pas mise en discussion par la Cour de Justice,⁸¹ chaque État membre étant le mieux à même d'identifier, à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres, les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses au respect de principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence. Dans ce cadre, la convention de légalité constitue une mesure stratégique dans l'objectif de prévenir les opacités, les inégalités de traitement et les mauvaises pratiques dans la passation des marchés publics. Les infiltrations mafieuses et les interférences illicites altèrent la saine gestion des deniers publics, la bonne gouvernance ainsi que le jeu de la concurrence au niveau des marchés publics, ce qui sape la confiance des

⁸¹CJCE, arrêt commenté, p. 30. Selon la Cour, « [...] il convient, en premier lieu, de rejeter l'argument d'Edilux et de SICEF selon lequel une déclaration d'acceptation de certains engagements constitue un moyen inefficace de lutter contre l'infiltration de la criminalité organisée dès lors que le respect de ces engagements ne peut être vérifié que postérieurement à l'adjudication du marché concerné ».



citoyens dans les institutions et dans les processus démocratiques. Face à ces phénomènes néfastes, on vise à prioriser de plus en plus les instruments de prévention au niveau administratif par rapport aux actions de répression pénale, même si ces dernières ne peuvent pas être, bien évidemment, substituées dans les cas où la loi pénale doit être appliquée. Une stratégie multidisciplinaire s'impose donc comme nécessaire, n'étant pas suffisante la simple application mécanique des règles et des procédures juridiques. Celles-ci doivent être conçues de manière à fournir des incitations appropriées à l'égard de l'intégrité et de la transparence. La stratégie de prévention de la corruption dans les marchés publics est mise en place à l'aide, entre autres, des conventions de légalité. Comme exposé auparavant, l'article 1^{er}, paragraphe 17 de la loi 190/2012 introduit la faculté – reconnue aux pouvoirs adjudicateurs – d'insérer dans les avis, les appels d'offres ou les lettres d'invitation, l'obligation à la charge des participants d'accepter une liste de clauses sous peine d'exclusion. Compte tenu qu'elle incombe à tout candidat sans distinction, cette obligation ne se heurte pas au principe de non-discrimination. En outre, l'exclusion de tout candidat défaillant constitue une sanction nécessaire afin d'attribuer à cette convention une véritable force contraignante : si le non-respect de ces clauses était passible de sanctions exclusivement lors de la phase d'exécution du marché, l'effet voulu serait certainement réduit à néant. Toutefois, c'est sur le plan du contenu de la convention de légalité qu'il importe de vérifier la conformité avec le principe de proportionnalité tel qu'établi au niveau européen. Ce principe résulte du droit d'établissement et des principes de non-discrimination et de protection de la concurrence, visés aux articles 49, 56 et 101 du Traité FUE et représente une limite aux déclarations et engagements contenues dans les conventions de légalité. Ceux-ci ne peuvent pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour protéger des intérêts d'ordre supérieur tels que la prévention de la corruption et la lutte des mauvaises pratiques affectant la libre concurrence dans les marchés publics. Spécifiquement, d'après la Cour de Justice, la sanction de l'exclusion ne peut pas être admise, lorsqu'on n'accorde pas aux participants la faculté d'apporter la preuve contraire de façon à renverser la présomption de collusion et de mauvaises pratiques et de façon à démontrer leur intégrité et leur probité dans la soumission de l'offre. Cela ne répondrait pas à l'objectif de garantir une plus effective concurrence en évitant toute discrimination entre les participants. Dans la même perspective, s'insèrent les récentes réformes concernant les motifs d'exclusions dans le cadre législatif italien, au sens desquelles les pouvoirs adjudicateurs sont maintenant appelés, dans le cadre de la vérification des exigences requises, à une approche bien plus substantialiste. Sur la base de cette nouvelle approche, il est essentiel pour eux de vérifier l'effective existence des exigences requises plutôt que la formelle exhaustivité du contenu des documents rendus par les participants pour démontrer lesdites exigences, ce qui implique une plus vaste application du pouvoir de secours. À cet égard, le nouvel article 38, paragraphe 2-bis du code des marchés publics, après avoir distingué les irrégularités substantielles de celles non substantielles, rend possible la rectification des premières à condition que le participant concerné paie une sanction pécuniaire, sauf le respect des limites infranchissables énoncées par l'article 46, paragraphe 1-bis, notamment la non-altérabilité de l'offre, la certitude de la provenance de l'offre, la confidentialité et la non-altérabilité des exigences requises après le délai prévue pour la présentation des offres, ainsi que le respect des obligations prévues par le code, par le règlement et par d'autres dispositions légales en vigueur. C'est dans ces derniers cas que, conformément au « principe de exhaustivité », l'exclusion du participant concerné est légitimée et l'utilisation du *pouvoir de secours* limitée. Dans ce cadre, se situe l'article 1^{er}, paragraphe 17 de la loi n. 190/2012, aux termes duquel les pouvoirs adjudicateurs excluent tout candidat n'ayant pas déposé avec son offre l'acceptation des clauses visées par la convention de légalité. Une telle exclusion résulte, donc, compatible tant sur le plan législatif national – étant prévue par disposition de loi conformément au « principe d'exhaustivité »



énoncé par le susmentionné article 46, paragraphe 1-bis – que sur le plan européen. À ce dernier niveau, la sanction de l'exclusion ne constitue pas une violation des principes de l'Union Européenne, n'enfreignant ni le principe de la concurrence et de la non-discrimination ni le principe de proportionnalité. La convention de légalité résulte dans son ensemble pleinement compatible avec ce dernier principe, toutefois certaines déclarations ou engagements peuvent aller au-delà de ce qui est nécessaire afin d'assurer la protection des principes visés. Dans ces cas, on relève une violation du principe de proportionnalité, cela implique que l'exclusion du participant concerné ne pourra pas être efficacement prononcée, sauf la vérification de l'effective violation d'une des limites infranchissables strictement énoncées par l'article 46, paragraphe 1-bis du code des marchés publics italien.