

FIDE 2014

Thème général 3

Le droit des marchés publics : restrictions, possibilités et paradoxes

Rapport italien

(Prof. Roberto Mastroianni)*

Le contexte

Question 1

Pour ce qui concerne l'adoption, en Italie, des règles européennes sur les marchés publics, elle a été caractérisé par une succession, dans les années, de différentes sources normatives, jusqu'à l'adoption, en 2006, d'un véritable code des marchés publics (d.lgs. 12 avril 2006, n. 163, « Codice degli appalti pubblici » et successives modifications).

Cette normative présente, dans son complexe, une forte origine communautaire, même dans les domaines qui seraient exclus des prévisions du droit européen (comme, par exemple, les marchés publics en dessous des seuils d'application de la directive n. 2004/18/CE) et est influencé non seulement des règles spécifiques de la matière mais aussi par les valeurs et les principes des Traités. C'est pour cette raison que le chemin d'adaptation du système national au système de l'Union, y compris pour ce qui concerne le respect de la jurisprudence européenne, a demandé un travail continu dans le temps, qui n'a pas toujours suivi un parcours et une évolution linéaires. S'il est vrai, d'une part, que la majorité des défis a été surmonté à partir du moment de la reconnaissance du principe de la primauté du droit communautaire, de l'autre part des contrastes sont nés à partir de ce moment. En premier lieu, il est force de noter que le principe de la primauté, avec son corollaire de la disapplication de la normative nationale en contraste avec le droit de l'Union, a fait que les juges administratifs soient confrontés à un pouvoir qui était traditionnellement attribué aux juges ordinaires. Pour ce qu'il concerne les différents objectifs des deux systèmes, le droit administratif national a dû s'adapter à une nouvelle notion de « organisme de droit public » (qui

* Professeur de droit de l'Union européenne à l'Université de Naples « Federico II ». L'auteur remercie M.me Vittoria Bocchetti, doctorante en droit de l'Union européenne à l'Université « Parthenope » de Naples pour la précieuse collaboration.

finalement implique un nombre plus grand de sujets) et à des objectifs plus amples, c'est-à-dire dans le sens d'une perspective ouverte à la sauvegarde de la concurrence entre entreprise communautaires et non seulement des intérêts particuliers des administrations concernées. Dans ce contexte, à côté d'un processus de révision interprétative de plusieurs aspects de la discipline normative nationale, on a, au même temps, assisté à l'introduction de nouveaux outils juridiques, auparavant inconnus dans le droit administratif italien, c'est le cas, par exemple, de l' « avvalimento »¹.

Les plus grandes défis face auxquelles le système national a été confronté concernent la capacité des administrations publiques d'agir en tant que sujets privés dans le cadre de l'engagement aux règles du droit privé, en particulier des contrats. La solution a été trouvée dans la reconnaissance, aux administrations concernées, d'une « capacité générale » de droit privé, dans la mesure où elles peuvent appliquer et peuvent être destinataires des règles de droit commun, sauf dérogations spécifiques². Néanmoins, cette solution continue à poser des problèmes applicatifs pour ce qui concerne la résiliation du contrat, même si la dite approche a la tendance à garantir que il soit établi un raisonnable équilibre entre les sujets publiques et privés³.

Une autre question concerne les spécificités de notre système constitutionnel, c'est-à-dire la séparation des pouvoirs entre État central et Régions, s'agissant de vérifier quelles administrations sont compétentes lorsque les contrats de marché public relèvent de l'intérêt régional. La question a été résolue dans le sens de vérifier, concrètement, la portée du contrat, de manière qu'il n'y existe pas, à priori, une distinction de compétences spécifique et générale, mais a laissé au législateur national la fixation des principes fondamentaux dans les matières de compétence concurrente entre États et Régions⁴.

Actuellement plusieurs questions concernant l'implémentation en Italie de la discipline européenne sur les marchés publics font l'objet de l'activité de la Cour de Justice de l'Union Européenne. On y retrouve, par exemple, la question de l'interprétation du

¹ C'est-à-dire, le groupement, qui est prévu aux les articles 4 et 48 de la directive n. 2004/18 CE et, au niveau interne, aux articles 49 et 50 du Codice degli appalti pubblici.

² À ce sujet, le d.lgs. n.163/2006, art. 2, alinéa 4, prévoit que pour ce que n'est pas expressément prévu dans le code des marchés public, l'activité contractuelle des administrations publiques est soumise aux règles du code civil.

³ Voir l. 241/1990, art. 1 et 11, ainsi que successives modifications (loi n. 15/2005).

⁴ Voir arrêts Corte Costituzionale, n. 401, du 28 novembre 2007; n. 320 du 30 juillet 2008; n. 411, du 17 décembre 2008; n. 160, du 22 mai 2009 et n.283, du 6 novembre 2009.

contrat de location d'une chose future fait l'objet d'une procédure préjudicielle devant la Cour de Justice (saisie par le Consiglio di Stato⁵), il étant question de vérifier s'il peut être assimilé à un contrat de marché public de travaux (auquel s'applique la directive 2004/18/CE, car il ne fait pas partie des exclusions spécifiques visées à l'article 16, sous a))⁶. De plus, une question préjudicielle s'intéresse à l'interprétation de la réglementation nationale relative à la possibilité de réadmission à une procédure d'appel d'offres par un soumissionnaire qui en aie été exclu en raison d'une erreur figurant dans son dossier de réponse à l'appel d'offres et, par conséquent, sa conformité à l'article 45 de la directive 2004/18/CE⁷. En conclusion, on ne peut pas dire que le processus d'adaptation du droit national au droit de l'Union européenne en matière de marchés publics soit définitivement complet⁸, comme on relève du fait que la Commission Européenne ait mise en demeure l'État italien pour la violation, notamment, des directives 17 et 18 du 2004⁹.

⁵ Voir Ordonnance de renvoi du Consiglio di Stato, sect. V, n. 1962, du 11 janvier 2013.

⁶ Voir CJUE, affaire pendante C-213/13, *Impresa Pizzarotti*. La question relève aussi au sujet d'une possible violation et/ou contournement, de la part de l'Italie, de la réglementation européenne en matière d'attribution de marchés de travaux pour des montants supérieurs à 4 845 000 euros (la procédure est au cours de la phase de pré-instruction EU-pilot 232 1/11 MARKT devant la Commission Européenne).

⁷ Voir CJUE, affaire pendante C-42/13, *Cartiera dell'Adda*. Voir P. PROVENZANO, *La teoria del "falso innocuo" in materia di dichiarazioni ex art. 38 D.Lgs. n. 136/2006 al vaglio della Corte di giustizia*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2013, pag. 234 ss..

⁸ Voir aussi, CJUE, affaire C-564/11, ordonnance du 16 mai 2013, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e a. c. Comune di Pavia*, juridiction de renvoi Consiglio di Stato; affaire C-159/11, arrêt (grande chambre) du 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento/Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, e.a.*, juridiction de renvoi Consiglio di Stato; affaire C-352/12, ordonnance du 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Comune di Castelvecchio Subequo et Comune di Barisciano*, juridiction de renvoi TAR Abruzzo; affaire C-94/12, arrêt du 10 octobre 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA et Mannocchi Luigino DI c. Provincia di Fermo*, juridiction de renvoi TAR Marche. Toutes ces affaires concernent l'interprétation de la directive n. 2004/18/CE. Concernant les procédures de recours (directive 89/665/CEE), voir affaire C-100/12, arrêt du 4 juillet 2013, *Fastweb SpA c. Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, juridiction de renvoi TAR Piemonte.

⁹ Voir EU-pilot 232 1/11 MARKT cité à la note n. 6 ci-dessus.

Les limites du droit européen des marchés publics

Question 2

En droit italien, les contrats publics sont définis comme « contrats de marché public ou de concession, qui ont pour objet l'acquisition de services, ou de fournitures, ou l'exécution de œuvres ou travaux » et qui sont conclus par les pouvoirs adjudicateurs (art. 3, alinéa 3, *Codice dei contratti pubblici*). Cette catégorie comprend donc les marchés publics et les concessions. Pour ce qui concerne les premiers, il s'agit de « contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services » (art. 3, alinéa 6). L'aspect de la nature de la prestation ou de son destinataire présente, donc, une relevance publique. Concernant les concessions, qu'elles soient concessions de services ou concessions de travaux publics, il s'agit toujours de contrats, conclus par écrit, qui ont les mêmes objets des marchés public; toutefois, la contreprestation consiste dans le droit de gérer les services ou les travaux fournis, parfois accompagné par le paiement d'un prix. La seule différence substantielle par rapport aux marchés publics se retrouve dans le (soi-disant) « risque de gestion », qui découle sur le concessionnaire, en considération du fait que il est rémunéré par les usagers et non pas par les pouvoirs publics.

Au sujet de la participation à la fourniture des services exclusivement par des personnes morales de droit public, la doctrine italienne majoritaire est de l'avis de permettre cette participation, en advenant à une vérification, cas par cas, de la compatibilité des tâches liées à la concession avec les buts propres des personnes publiques concernées¹⁰.

À ce propos, la jurisprudence italienne a correctement suivi l'interprétation de la Cour de Justice dans l'arrêt *Asemfo* (C-295/05), dans les sens de admettre l'exception *in house* seulement lorsque elle a été déjà prévue par une prévision normative nationale¹¹.

Dans ce contexte, il est intéressant de relever – comme la Cour de Justice l'a déjà souligné - qu'il n'est pas incompatible avec les exigences publiques (par exemple en matière de planification urbaine) l'utilisation des instruments contractuels et/ou

¹⁰ Voir Consiglio di Stato, V section, arrêt n. 4327, du 29 juillet 2003, ainsi que TAR Campania, I section, arrêt n. 3411, du 12 juin 2002.

¹¹ Voir Consiglio di Stato, VI section, arrêt n. 1514, du 3 avril 2007.

consensuels; malgré cela, on ne doit pas forcément qualifier ces outils en tant que contrats de marchés publics¹².

Question 3

Dans le cadre des pouvoirs d'auto-organisation des administrations publiques, il est possible qu'une administration se serve d'une autre administration publique pour l'approvisionnement de biens et services ou pour la prestation de services à sa communauté. Dans ce contexte, le lien entre les administrations peut relever d'une façon interne, lorsqu'il n'y a pas de distinction et autonomie entre les deux, ou bien de façon intersubjective, lorsqu'il s'agit de deux entités formellement et subjectivement distinctes. Dans ce dernier cas, la passation directe est interdite, au moins qu'il ait une unité substantielle des deux entités, et alors il y aura les conditions pour une exception *in house*.

Dans le système italien il a été posé¹³ la question de la compatibilité de cette règle avec le principe de légalité, selon lequel les pouvoirs et les tâches administratifs ne peuvent être transférés que sur la base de précises règles de droit¹⁴. Dans le domaine des marchés publics, le principe de légalité a pu être surmonté en considération du fait que le recours au système de l'*in house* n'implique pas le transfert de pouvoirs administratifs, mais plutôt l'attribution de tâches exécutives, sans l'exercice d'aucun pouvoir propre de l'administration. Cela n'empêche pas que le législateur ainsi que les jurisprudences nationales ont l'aptitude à appliquer les principes communautaires en la matière de façon encore plus stricte. Il en dérive, néanmoins, que, en présence des conditions nécessaires, ces liens sont règlementés sous la forme des contrats publiques, étant suffisant que il y ait au moins deux centres d'intérêts qui constituent les parties essentielles du contrat.

À cet état des choses, il a été nécessaire d'intervenir au niveau législatif pour garantir la sauvegarde de la concurrence et des libertés fondamentales des entreprises européennes ainsi que l'implémentation des principes communautaires dans la matière. Le d. l. n.

¹² Voir G. Carullo, *Rapporti tra potestà pubbliche ed opere di urbanizzazione*, sur *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010.

¹³ Voir. R. Garofoli – G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011, pag. 540 et suivantes ; L. Torchia, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, pag. 19. En général, sur l'application du principe de légalité, voir Corte Costituzionale, arrêt n. 115, du 7 avril 2011.

¹⁴ Voir TAR Lazio, sect. III, arrêt du 25 janvier 2007, n. 563.

112 du 25 juin 2008, à l'art. 23 bis (et successives modifications), discipline les services publics locaux et leurs modalités de concession et gestion, en garantissant l'application, dans ce domaine, de tous principes communautaires de concurrence, liberté d'établissement et libre prestations des services à tous les opérateurs économiques intéressés, ainsi que l'accessibilité aux services publics locaux à tous les usagers.

Successivement, le d.l. n. 135/2009, et la conséquent loi n. 166/2009, ont expressément prévu l'admissibilité de l'*in house* en tant que possible dérogation au système des marchés publics, à condition que ça soit motivé d'une situation exceptionnelle qui, à cause de caractéristiques économique, sociaux, environnementales particulières du territoire concerné, ne permette pas un recours utile et efficace au marché.

Il en demeure, dans tous cas, le respect, par toutes les administrations concernées, du droit de l'Union Européenne et des règles de droit interne, ainsi que l'obligation de motiver les raisons pour lesquelles il a fallu recourir à l'instrument de l'*in house*.

Question 4

Les contrats de partenariat public-privé sont disciplinés, en droit italien, par le *Codice dei contratti pubblici*, à l'article 3, alinéa 15 ter. Il s'agit, selon cette disposition, de contrats ayant pour objet une ou plusieurs prestations, toute comme la projection, la construction, la gestion ou le maintien d'œuvres publiques ou le fournissement de services, où le financement des risques des prestations est – totalement ou partiellement – à la charge des privés. Pour ce qui concerne le choix du partenaire, la règle générale est celle de l'appel d'offres public, dans le respect du droit de la concurrence national et communautaire et selon les orientations des autorités compétentes. Au sujet, le Conseil d'État italien a souligné que l'appel d'offres concerne, en même temps, l'attribution des pouvoir ainsi que l'attribution de la qualité de partenaire (Consiglio di Stato, VI section, arrêt n. 4603, du 23 septembre 2008, ainsi que d. l. n. 135/2009). La jurisprudence est discordante dans l'établir si, une fois choisi le partenaire par le biais d'un appel d'offre, est-il possible de conférer l'attribution des pouvoir par voie directe¹⁵.

Au même sujet, il faut souligner que le problème des partenariats public-privés est très actuel dans le système national. Concernant la dite question du contrat de location de choses futures, lorsque il s'agit de louer, de la part des administrations publiques, bâtiments qui ne sont pas encore venu en existence et dont la réalisation est faite sur la

¹⁵ Voir, dans le sens de l'exclusion et d'une interprétation restrictive, C.g.a., arrêt n. 589, du 27 octobre 2006; pour une interprétation extensive, Consiglio di Stato, II section, n. 456, du 18 avril 2007.

base d'un projet de la même administration¹⁶. Dans l'attente de connaître l'avis de la Cour de Justice sur la possibilité d'inclure un tel contrat dans le cadre des marchés publics (art. 16 dir. 2004/18/CE et art. 19 *Codice dei contratti pubblici*), il est l'opinion de la jurisprudence administrative italienne que ce type contractuel sort du champ d'application de ladite normative. Il s'agirait d'ailleurs, selon le Conseil d'État, d'un véritable contrat de location de droit privé (soumis aux dispositions du *Codice civile* italien) et non pas d'un marché public de travaux dissimulé¹⁷.

Question 5

Les problèmes majeurs en matière de contrats mixtes concernent l'individuation du régime juridique à appliquer à ces contrats, en considération des spécificités de chacun des secteurs impliqués (travaux, services et fournitures), malgré l'origine « publique » commune à tous.

Dans le système judiciaire italien les accords mixtes sont prévus par l'art.14 du cité d.lgs. n.163/2006, c'est-à-dire le *Codice dei contratti pubblici*. Ils sont définis comme ceux contrats « qui ont pour objet travaux et fournitures; travaux et services; travaux, services et fournitures; services et fournitures ». Le critère à respecter dans la détermination de la discipline à appliquer est celui de l'« accessoriété », qui repose sur la prévalence « quantitative et fonctionnel » des prestations, en tenant compte, au même temps, de l'importance économique mais aussi du lien d'accessoriété entre les prestations. Par contre, ce critère de l'accessoriété ne joue pas un rôle exclusif. En effet, dans l'ordre juridique italien, il est intégré par celui de la prévalence économique, comme il ressort du troisième alinéa du dit art. 14¹⁸. Par conséquent, la normative en matière de travaux publics doit être appliquée quand l'objet d'un contrat a une fonction publique, dans le sens que le résultat utile est exactement celui auquel vise l'administration publique et donc il s'agit de réaliser une œuvre publique ou d'utilité publique. Dans ce cas-là, lorsque le contrat prévoit aussi le déroulement d'activités de services ou fournitures, éventuellement de valeur économique prédominant, ceux-ci jouent une fonction instrumentale. Le même résultat se produit toutes fois où, dans les

¹⁶ Voir CJUE, affaire pendante C-213/13, *Pizzarotti*.

¹⁷ Voir Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 2765, du 30 mai 2007.

¹⁸ Voir, à ce propos, Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 2765, du 30 mai 2007.

contrats mixtes, la prestation de travaux a une valeur économique supérieure au 50% du contrat global¹⁹.

Les principes généraux du droit européen : le droit des marchés publics et au-delà

Question 6

L'art. 2, alinéa 1, du *Codice dei contratti pubblici* identifie, en tant que principes à respecter dans la passation et dans l'exécution des contrats des marchés publics, entre autres, ceux de l'économicité, de l'efficacité, de la libre concurrence, de l'égalité de traitement, de non-discrimination, de la transparence, de la proportionnalité. En outre, en considération du fait que cet article ait été inséré dans la partie du code relative aux dispositions communes à tous les contrats, il en dérive sa valence généralisée dans le secteur des contrats publics²⁰. Dans l'exercice concret de leurs pouvoirs les juridictions italiennes vérifient la correcte application de ces principes, en ayant été souligné²¹ que la nature publique de l'activité administrative ne cesse pas lorsque les administrations agissent selon les règles du droit privé et, pour autant, elles sont obligées de respecter les dits principes dans la passation et dans l'exécution des contrats publics.

Concernant les marchés publics inférieurs au seuil, la Cour de Justice avait clairement exprimé la nécessité d'appliquer ces principes également dans ces cas²². En termes général, dans l'attribution des marchés publics sous seuil il n'est pas obligatoire d'appliquer la discipline communautaire de droit dérivé, mais les administrations sont néanmoins liées aux principes généraux prévus par les Traités²³.

Pour ce qui est des contrats explicitement exclus, l'article 27 du *Codice* prévoit expressément le respect des principes de l'économicité, de l'efficace, de l'impartialité,

¹⁹ Voir Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 2765, du 30 mai 2007.

²⁰ Voir aussi TAR Milano, Ière section, arrêt n. 11, du 11 janvier 2010.

²¹ Voir Consiglio di Stato, sect. IV, arrêt n. 649, du 17 juin 1997.

²² Voir, par exemple, CJUE, affaire C-59/00, arrêt du 3 décembre 2001, *Vestergaard*.

²³ Voir Consiglio di Stato, VI section, arrêt n. 362, du 30 janvier 2007.

de l'égalité de traitement, de la transparence et de la proportionnalité, mais il limite le cadre opérationnel de ces principes à la seule phase de la passation²⁴.

Cependant l'application des principes d'économicité, efficacité, impartialité, égalité de traitement, transparence et proportionnalité n'est pas exclue.

Les concessions de travaux publics, disciplinés à l'art. 142 et suivants, sont objet d'application de la discipline de l'Union, y compris les principes, en étant soumises à la même normative relative aux marchés publics (c'est-à-dire aux règles prévues par le législateur national), sauf dérogation expresse. Font exception à cette règle les concessions de services, qui sont exclues du champ d'application de la discipline des marchés publics, qui restent sujettes aux principes des Traités pour ce qui concerne le choix du concessionnaire.

Question 7

Comme l'on a déjà eu l'occasion de préciser, l'activité des administrations publiques se fonde sur le respect des principes du droit de l'Union²⁵. Les administrations publiques, lorsqu'elles exercent leur activité contractuelle, sont soumises aux règles et aux principes généraux de droit public, surtout pour ce qui concerne la phase du choix de l'autre contractant. Il en dérive, de ce fait, la nécessité d'appliquer les règles de transparence et d'égalité de traitement, et leurs corollaires, au moment de la sélection du concessionnaire, du destinataire de l'adjudication ou de tous bénéficiaires de mesures administratives unilatérales. En général, dans l'ordre juridique national, ces principes doivent en effet trouver application au cours de toute la série d'actes que les pouvoirs adjudicateurs et les administrations publiques accomplissent dans l'exercice de leurs pouvoirs impérieux. Une sorte de dérogation à ces principes peut se retrouver dans la phase proprement de négociation, qui est normalement discipliné par les règles du droit privé. Il est clair, alors, que l'application ou pas des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence est requise en fonction de la phase du processus de négociation et non pas en fonction de la nature de l'activité publique, autorisatrice plutôt que contractuelle.

²⁴ Plus précisément, le premier alinéa dudit article prévoit: « *La passation des contrats publics qui ont pour objet travaux, services, fournitures, et qui sont exclus – en tout ou en partie – de l'application du présent Codice, se déroule dans le respect des principes de l'économicité, de l'efficacité, de l'impartialité, de l'égalité de traitement, de la transparence, de la proportionnalité. ...* »

²⁵ V. art. 1, alinéa, l. n. 241/1990, comme modifié par la l. n. 15/2005.

Pour ce qui concerne les autorisations, il est vrai qu'elles sont considérées, dans l'ordre juridique italien, en tant que mesures administratives unilatérales²⁶, et en considération de leur statut juridique elles sont soumises à l'application de l'art. 1 de la cité loi n. 241/1990 et, par conséquent, aux principes du droit de l'Union²⁷. Cette circonstance est confirmée aussi en matière d'autorisation à l'accès et à l'exercice d'une activité de service. En effet, la mesure de transposition de la directive 2003/126/CE sur les services dans le marché intérieur, c'est-à-dire le d. lgs. n. 59/2010, comprend explicitement ces principes dans le cadre des règles à suivre lorsqu'il s'agit non seulement de régler l'accès et l'exercice du service, mais aussi lorsqu'il s'agit d'en limiter la portée (par exemple temporelle ou territoriale). Il est donc clair que même dans ce domaine l'application des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement résulte obligatoire toute fois où l'activité exercée par l'administration publique est de nature autoritaire-publique et non pas contractuelle-privée.

Les marchés publics et le droit européen, notamment le droit de la concurrence et le droit relatif aux aides d'État

Question 8

De la jurisprudence de la Cour de Justice il ressort de façon plutôt claire son orientation à « *appréhender l'ensemble des procédures nationales de passation des marchés publics, quel que soit le montant financier en jeu, à la une des libertés fondamentales reconnues et garanties par le Traité, spécialement en matière d'établissement et de prestation des services* »²⁸. Il n'y a aucun doute, en effet, que les comportements des

²⁶ Il s'agit, précisément, d'une mesure avec laquelle l'administration permet au sujet autorisé le déroulement d'une activité privée dont la compatibilité avec les intérêts publics impliqués a été déjà vérifiée (entre autres, R. Garofoli – G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, pag. 925).

²⁷ La loi du 7 août 1990, n. 241, discipline les Nouvelles normes en matière de procédure administrative et de droit d'accès aux documents administratifs, à son article 1, concernant les Principes généraux de l'activité administrative, prévoit que « L'activité administrative poursuit des buts déterminés par la loi et est régie par critères d'économicité, d'efficace, d'impartialité, de publicité et de transparence, selon les modalités prévues par la présente loi et par les autres dispositions qui disciplinent les procédures, ainsi que par les principes de l'ordre juridique communautaire ».

²⁸ Voir E. Meisse, *Procédure de passation*, sur Europe 2005, n° 412 Comm. p.19, commentaire à l'arrêt CJE C-234/03.

pouvoirs adjudicateurs peuvent avoir des conséquences sur le marché intérieur - qu'il soit du côté de la concurrence ou bien sur celui de la libre prestation de service -, imposant parfois des restrictions au même marché. C'est pour cette raison que, comme l'on a déjà souligné, dans l'exercice de leurs pouvoirs publics, les administrations sont sujettes au respect des principes de la concurrence, ainsi qu'aux principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement²⁹. À ce sujet, le département des politiques européennes de la *Presidenza del Consiglio dei Ministri* (Présidence du Conseil des Ministres) a clarifié que les principes de l'évidence publique doivent être appliqués de façon proportionnée à l'importance de la situation, en considération ainsi du fait que, à la lumière des règles du droit de l'Union, l'activité de choix du contractant (c'est-à-dire le sujet adjudicateur) ne peut être déterminée en raison du seul intérêt public³⁰. Il est vrai, en fait, que l'objectif primaire est celui de la sauvegarde des intérêts des entreprises qui opèrent et qui sont en concurrence sur le marché. Par conséquent, les pouvoirs adjudicateurs, dans l'adoption de leurs choix et décisions d'achat, doivent toujours préférer la solution que, bien qu'en ligne avec les objectifs poursuivis, engendre la moindre restriction possible³¹. Afin d'accomplir cette évaluation, les administrations publiques, à chaque fois, adoptent comme paramètre de leur action tous les intérêts qui sont concrètement impliqués³². Lorsqu'il serait le cas, par exemple, d'annuler la procédure de passation ou le contrat à cause de la violation d'une règle sur les marchés publics, le juge compétent (dans l'ordre juridique italien c'est le juge administratif) peut vérifier s'ils subsistent des raisons impératives d'intérêt général qui, dans la situation particulière, justifient la dérogation³³. En outre, concernant les marchés publics sous seuil – qui d'ailleurs, dans le système italien, sont soumis aux mêmes règles des marchés au-dessus du seuil –, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas obligés à respecter les règles de transparence lorsque la valeur du marché est « économiquement très limitée », dans le sens qu'on peut raisonnablement imaginer

²⁹ Ces principes, en tant que principes généraux du droit de l'Union, font ainsi partie intégrante de l'ordre juridique interne, Voir arrêt TAR Bologna, section II, n. 153, du 16 février 2009.

³⁰ Circulaire P.C.M. – Dipartimento per le politiche comunitarie n. 945, du 1er mars 2002.

³¹ Voir, entre autres, Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 2087, du 14 avril 2006.

³² Voir TAR Bari, sect. III, arrêt n. 2908, du 17 décembre 2008.

³³ Voir, par exemple, le cas d'un contrat de marché public qui est passé de façon définitive sans l'appel d'offre ou sa publicité. G. Urbano, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*, Nel Diritto - Rivista telematica di diritto coordinata da Roberto Garofoli, 2012.

qu'aucune entreprise ayant siège dans un autre État serait intéressée à la passation du contrat. Dans un tel cas, les effets sur le marché intérieur seraient très aléatoires et indirects³⁴.

Question 9

Dans le système italien il a été souligné que les seules prévisions normatives ne représentent pas, en eux, un moyen suffisant pour éloigner les risques de collusion et de manipulation dans les marchés publics, en étant nécessaire l'individuation d'instruments internes aux administrations qui garantissent d'obtenir le résultat³⁵. De toute façon, le *Codice dei contratti pubblici* prévoit des règles fondamentales, qui poursuivent, en même temps, les buts de la prévention des risques de collusion³⁶ et de la tutelle de la concurrence entre entreprises. Dans ce contexte, il est donc important de surveiller tant le niveau de transparence utilisé par les administrations que la manière dont elles exercent leur pouvoir discrétionnaire. En effet, la modification du niveau de transparence (dans le sens de demander aux soumissionnaires un nombre « excessif » et détaillé de requises), si d'une part pourrait représenter une garantie pour le bon fonctionnement du marché, de l'autre part risque de restreindre ultérieurement la concurrence, jusqu'au cas – limite – de représenter un moyen pour proposer des appels d'offres faites « sur mesure », c'est-à-dire pensées sur une entreprise particulière. Dans ces cas, en effet, les appels d'offres sont conçues sur la base des caractéristiques spécifiques de certains concurrents et normalement cachent un accord entre le pouvoir adjudicateur et l'entreprise. C'est pour cela que la jurisprudence italienne a établi que les administrations, lorsqu'il s'agit de exiger des requises ultérieurs ou plus stricts par rapport à ceux demandés par la loi, doivent en démontrer la proportionnalité en considération de l'objet du contrat³⁷. Pareillement, les administrations ne peuvent pas non plus, en principe, prévoir des clauses d'exclusion de l'appel ultérieures à celles prévues par la loi, qui sont typiques et impératives³⁸. Un autre moyen qui risque de

³⁴ Voir CJUE, affaire C-231/03, arrêt du 21 juillet 2005, *Coname*.

³⁵ Relation du Président de la *Corte dei Conti* lors de l'ouverture de l'année judiciaire 2010.

³⁶ Voir art. 247 Codice dei contratti pubblici au sujet de la *Normativa antimafia*.

³⁷ Voir, entre autres, Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 3083, du 8 septembre 2008 ; TAR Lecce, sect. III, arrêt n. 677, du 3 mars 2010, ainsi que Consiglio di Stato, sect. VI, arrêt n. 14, du 11 janvier 2010.

³⁸ Voir Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 4268, du 21 août 2002.

détourner les règles sur les marchés publics de leurs objectifs est celui de l'existence de conditions d'urgences, prévu à l'art. 57 du *Codice* (art. 31 dir. 2004/18/CE), qui autoriseraient la passation en absence d'appel d'offres. Cette procédure est autorisée lorsque l'urgence dépende de conditions imprévues et indépendantes des administrations, et cela afin d'éviter qu'elle représente un instrument pour contourner le système des appels d'offres³⁹. Plus en général, on peut dire que les pouvoirs discrétionnaires des administrations adjudicateurs s'arrêtent lorsqu'il n'y a plus de lien entre la dérogation (à la procédure ou aux critères établis par la loi) et les exigences de la situation concrète, dans le sens que pour raisons de durée ou proportion les seules règles ordinaires seraient à appliquer⁴⁰.

Question 10

L'exercice des services publics demande nécessairement, pour les opérateurs privés qui en sont impliqués, la soumission à contrats onéreux avec les administrations qui externalisent les services, normalement en recourant au type de la concession. En considération du fait que le déroulement du dit service public est apte à donner à un tel opérateur, sur un certain marché, une position de privilège par rapport aux autres opérateurs, il est obligatoire de soumettre ces formes d'accords (ou bien de conventions) à des règles d'autorisations spécifiques. Les administrations publiques, en effet, ne sont pas autorisées à attribuer à un opérateur, de façon tout à fait discrétionnaire, droits spéciaux ou exclusifs pour le déroulement d'activités destinées à la réalisation d'intérêts collectifs. Comme dans la sélection de l'associé privé,

³⁹ Voir Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 6392, du 16 novembre 2005 et, à ce propos, TAR Lazio, sect. I, arrêt n. 1656, du 28 janvier 2009.

⁴⁰ Par exemple, pour ce qui est des ordonnances de la *Protezione civile* – qui d'ailleurs se fondent sur l'art. 5 de la loi sur le service national de protection civile (legge 24 febbraio 1992, n. 225) –, il a été souligné que l'application de mesures extraordinaires dans la passation des marchés publics sont justifiées exclusivement au long de la durée de l'urgence, au-delà de laquelle les exigences de concurrence et de transparence doivent trouver pleine application. Autrement, les pouvoirs publics abuseraient de ces instruments et produiraient des restrictions de la concurrence. Voir V. Salamone, *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, sur Foro amm. C.d.S., n. 3, 2008, pag. 952 ss.. Sur la réitération des contrats et les limites temporaires voir Consiglio di Stato, sect. IV, arrêt n. 6458, du 31 octobre 2006.

éventuellement de minorité, de l'*Ente locale* (c'est-à-dire le pouvoir public local), il est obligatoire de effectuer la sélection par le biais d'un appel d'offres ou bien d'une procédure similaire/équivalente. Le respect de cette règle est nécessaire afin d'éviter la consolidation de positions de monopole et la soustraction aux règles d'égalité de traitement, de transparence et de concurrence pour les entreprises intéressées⁴¹. À cet égard il a été souligné par la jurisprudence italienne qu'il n'y a pas de discrimination lorsque les pouvoirs adjudicataires admettent à participer à l'appel d'offres organismes/opérateurs qui sont au même temps destinataires de leurs subventions ou de subventions d'autres administrations publiques⁴². Au contraire, selon la jurisprudence communautaire, une telle exclusion constituerait une violation du principe de l'égalité de traitement⁴³. Étant donc nécessaire, pour toute forme d'externalisation, le recours aux règles communautaires en matière de SIEG, il en dérive aussi l'application, le cas échéant, des règles relatives aux aides d'État.

Utilisation stratégique des marchés publics

Question 11

Dans le cadre du droit interne il est prévu, comme critère générale, au cité art. 2 du *Codice degli appalti pubblici*, le respect des principes de l'économicité et de l'efficacité lorsque il s'agit de la passation ou de l'exécution des marchés publics. Par contre, ce même article prévoit une possibilité de dérogation au principe de l'économicité, étant possible qu'il soit subordonné, dans les limites de la loi, à des critères, énoncés dans l'appel d'offres, qui sont inspirés aux exigences sociales et environnementales. Il est bien possible, dès lors, que les pouvoirs adjudicateurs imposent des conditions afin de promouvoir des objectifs sociaux, à condition que ces clauses soient compatibles avec l'ordre juridique communautaire et national. Précisément, cette condition de compatibilité résulte respectée lorsque les conditions ou les critères ultérieurs pour la passation sont clairement identifiés dans l'appel d'offres ou dans le cahier des charges.

⁴¹ Voir Corte di Cassazione, SS. UU., arrêt n. 16856, du 2 aout 2011.

⁴² Voir, par exemple, Corte di Cassazione, SS. UU., arrêt n. 28338, du 22 décembre 2011.

⁴³ Voir CJUE, affaire C-213/07, arrêt du 16 décembre 2008, *Michaniki*.

En outre, ils ne doivent pas engendrer une limitation au marché et/ou une mesure discriminatoire (par rapport à une ou plusieurs entreprises), finalisé à détourner les règles de concurrence. Il en sort que la véritable raison de cette possibilité de dérogation réside, pour ce qui concerne l'aspect social, dans le but de poursuivre un parcours de politique sociale ainsi que de développement soutenable, toujours dans une optique de balancement entre les intérêts économiques et industriels, d'une part, et les intérêts sociaux et environnementaux, de l'autre part. Il est intéressant de souligner que l'apparition, dans le secteur des marchés publics, des interactions entre les exigences des prestations économiques et les questions sociales et environnementales s'est présentée, en premier lieu, au niveau de l'Union. Il est bien à partir de cela que les administrations et les législations nationales ont ouvert leurs portes à ces préoccupations, surtout dans le cadre de l'implémentation, dans l'ordre interne, de la discipline européenne. Dans ce contexte, le système italien demande parfois, même si de façon non absolue, que certaines valeurs prévalent sur le critère générale de l'économicité. Il est vrai, d'autre part, que la sauvegarde de certaines valeurs primaires, comme la santé ou l'environnement, joue un rôle centrale non seulement selon un point de vue éthique, mais aussi d'un point de vue économique. Le mauvais état de l'environnement ou de la santé des citoyens, en effet, représente souvent la cause d'une aggravation des dépenses et des pertes économiques pour les administrations publiques, centrales ou locales. C'est pour cette raison que même dans des périodes de crise économique l'attention publique reste toujours élevée face aux objectifs sociaux et environnementaux. Pour cela, le critère appliqué afin d'évaluer les offres dans le cadre d'un marché public est celui du rapport entre qualité et prix, qui tient en compte, en même temps, des aspects économiques et des aspects socio-environnementaux. Dans cette perspective, l'État italien poursuit, par exemple, une politique qui vise à économiser les dépenses énergétiques et l'utilisation de matières brutes. Les soi-disant « *green public procurements* » représentent, en effet, une véritable réalité dans l'ordre juridique national, grâce aussi aux développements de la normative interne, qui favorisent certainement la réalisation des dits objectifs. Il en ressort de manière claire que l'État italien a correctement transposé la législation communautaire⁴⁴ et respecte les obligations qui en dérivent.

⁴⁴ Pour ce qui concerne le respect du règlement n. 106/2008 CE, la loi n. 296/2006 (Legge finanziaria) a prévu un plan d'action national pour la soutenabilité des consommations dans les administrations publiques (articles 1126, 1127 et 1128). Pour ce qui concerne la directive 2009/33/CE, elle a été transposée avec le d. lgs. n. 24 du 3 mars 2011. En outre, le 6 juin 2012 il a été approuvé un décret ministériel concernant l'intégration des aspects sociaux dans les marchés publics.

Question 12

Comme l'on vient de souligner, la politique de la demande publique résulte plus orientée à la réduction des dépenses (donc aussi des frais d'approvisionnement) que au développement du système productif vers des objectifs d'innovation. Cependant l'Italie, dans les dernières années, a eu tendance à suivre une approche qui mire à développer l'innovation. Dans cet esprit, le Ministère du développement économique a lancé, en 2006, un plan qui établit les lignes stratégiques pour le développement et la compétitivité du futur système productif italien⁴⁵. Dans ce cadre, les *Progetti d'innovazione industriale* (Projets d'innovation industrielle) représentent donc le principal instrument pour la relance de la politique industrielle: à partir des objectifs de technologie et de productivité individués par le gouvernement (comme l'efficacité énergétique, la mobilité soutenable, les nouvelles technologies), ils mirent à favoriser le développement de certaines typologies de produits et de services à haut contenu innovateur, dans des domaines stratégiques pour le Pays. Comme l'on a déjà dit, des résultats intéressants ont été obtenus pour ce qui concerne la diffusion et l'utilisation des *green public procurements*, où les administrations publiques poursuivent le but de la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement. D'ailleurs, le domaine dans lequel l'innovation a produit le plus de résultats est celui de la gestion des achats publics, surtout pour ce qui est des procédures d'*e-procurement* (c'est-à-dire, les achats en ligne, pour l'effectuation électronique des appels d'offres pour les marchés publics). De plus, il faut souligner que, dans ce domaine, l'Italie a devancé la législation de l'Union, en ayant été le premier Pays qui a adopté un acte normatif à ce sujet⁴⁶. La caractéristique particulière de l'*e-procurement* c'est celle d'avoir déplacé sur un support informatique toutes les phases liées à la passation du marché public (la présentation des offres, la comparaison compétitive, la passation et même les paiements). Dans ce contexte, l'ultérieur aspect d'intérêt est représenté du fait que les systèmes d'achat électronique constituent aussi un moyen pour la diffusion de l'innovation, dans le sens qu'ils favorisent la circulation des informations et permettent aux entreprises de

⁴⁵ Le plan s'appelle *Industria 2015* et prévoit que, dans une perspective de moyen-longue période, le futur système italien de production se base sur: 1. une série de mécanismes généralisés pour la requalification et le renforcement des PME, le soutien de la recherche, la réduction des coûts, la promotion des investissements et la croissance dimensionnelle; 2. les nouveaux systèmes d'incitation « sur mesure ».

⁴⁶ Il s'agit du d.P.R. n. 101 du 4 avril 2002, alors que les principes se retrouvent dans la *Legge finanziaria* (loi financière) du 2000.

développer les technologies innovatrices dans les domaines de l'information et de la communication. Par contre, l'utilisation des marchés publics n'a pas produit beaucoup de résultat concernant l'introduction de biens et services innovateurs. Il est vrai aussi que, à ce fin, les administrations publiques, lorsque elles veulent acheter des biens ou services hautement innovateurs, récurrent à l'instrument du dialogue compétitif ou bien à celui du partenariat public-privé. Le dialogue compétitif pose des problèmes concernant l'absence de vraies motivations, pour les entreprises, à participer à la procédure et à investir pour le réalisation d'une offres qui soit hautement technologique (en étant pourtant apte à satisfaire les conditions requises par les pouvoirs adjudicateurs) lorsque il y a le risque de ne pas obtenir le contrat de marché public. Afin de surmonter cet obstacle, les administrations prévoient parfois un système qui récompense tous les participants et qui augmente de phase en phase, jusqu'à la passation finale du marché public.

En outre, il se pose au même temps un problème délicat pour ce qui concerne la protection des droits de la propriété intellectuelle des entreprises qui participent à ces procédures d'innovation. Dans le cadre de la forte interaction qui s'instaure entre les entreprises et les administrations publiques, en raison de la dite circulation des informations qui caractérise le système technicisé, il arrive que les pouvoirs adjudicateurs publicisent les résultats produits par les participants aux appels d'offres afin de partager le bénéfice potentiel. Il est clair, par contre, que cet aspect est en contraste avec les normales exigences des entrepreneurs, qui doivent protéger la confidentialité industrielle et donc limiter la circulation des données et des informations, en sauvegardant la propriété intellectuelle des innovations ainsi que l'exploitation économique dans le cadre des formes légaux habituelles (brevets, registration, ...). Afin de faire face aux opposantes exigences, il est alors - peut-être - le cas de privilégier la transparence et la publicité plutôt que la confidentialité, sans pour autant exclure, lors il est le cas, la reconnaissance d'un avantage économique, comme une licence d'utilisation ou une royauté en faveur des innovateurs.

Solutions

Question 13

La directive 2007/66/CE représente, dans le système italien, la base juridique de la reconnaissance de certains outils fondamentaux, comme la tutelle provisoire *ante causam* et l'indemnisation en cas d'atteinte à un « intérêt légitime », ainsi que la source,

concrète, de la tutelle du principe de l'effectivité. La directive a été transposée par le biais du d. lgs. n. 53 du 20 mars 2010⁴⁷, lequel a établi une discipline commune pour tous les marchés publics, indépendamment de leur valeur économique. Dans ce cadre, les mesures provisoires jouent un rôle fondamental car elles permettent aux juridictions compétentes d'adopter, sans délai, toutes les mesures aptes à éviter que, au cours de la procédure de recours, le requérant puisse subir des dommages ultérieurs. De plus, l'efficacité des dites mesures se retrouve dans le fait que, selon le droit administratif, la plupart des dispositions des pouvoirs adjudicateurs et des administrations est efficace et a une valeur contraignante, sur les positions juridiques des destinataires, dès le moment de son adoption. Pour cela, les moyens les plus efficaces afin de faire face à la possible illégitimité des dispositions des administrations sont les mesures provisoires, vu qu'une prononciation successive d'une juridiction risquerait d'être inapte afin de satisfaire complètement les intérêts des entreprises requérantes. Il en ressort, alors, que la tutelle des dommages ne joue qu'un rôle secondaire dans la sauvegarde de la position des inspirants contractants.

À ce propos, le système italien, déjà avant de l'adoption de la directive du 2007, avait soutenu la prééminence des mesures provisoires par rapport aux dommages⁴⁸, en reconnaissant aux juridictions compétentes la possibilité, en cas de recours, de annuler les dispositions illégitimes ainsi que celle de passer le contrat et de reconnaître le droit à la relative conclusion⁴⁹. La question de l'efficacité du système concerne aussi l'aspect des termes d'expiration pour l'exercice du droit au recours. En effet, la prévision d'un tel terme ne représente pas, en soi, une limitation à l'exercice de ce pouvoir, il étant vrai, par contre, que dans certaines situations spécifiques cela peut engendrer la violation du principe de l'efficacité. Dans l'exercice de ses pouvoirs, il est alors demandé à la juridiction compétente de vérifier que l'administration n'ait pas agi d'une façon telle que le recours soit concrètement impossible ou excessivement onéreux pour les soumissionnaires. Dans cette perspective, le législateur italien a respecté les termes

⁴⁷ Voir en propos R. De Nictolis, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, www.giustizia-amministrativa.it, n. 5/2010.

⁴⁸ Voir, entre autres, Consiglio di Stato, sect. IV, arrêt n. 950, du 2 mars 2004.

⁴⁹ Voir Consiglio di Stato, assemblée plénière, arrêt n. 9, du 30 juillet 2008. Dans le cas de l'annulation d'une procédure de passation, la solution normalement poursuivie est celle du renouvellement de l'appel, lorsque la possibilité reconnue à l'entreprise d'y participer représenterait une véritable indemnisation (Consiglio di Stato, sect. VI, arrêt n. 5693, du 2 novembre 2007).

individué par la directive⁵⁰. De plus, il est intervenu avec une discipline spécifique concernant l'illégitimité des passations en cas de manquement ou d'inexacte publication de l'appel d'offres (dans ce cas, selon l'art. 245, deuxième alinéa, le terme de recours est entre 30 jours et 6 mois à partir de la conclusion du contrat). Concernant la clause de « *stand still* », c'est-à-dire le terme de suspension de la procédure entre la passation et la rédaction du contrat, l'alinéa 10 *ter*, art. 11 du *Codice dei contratti pubblici* prévoit que, dans le cas de proposition d'un recours contre la passation, avec contextuelle demande de mesures provisoires, il est interdit de conclure le contrat dans le délai des 20 jours successifs à la propositions de la demande, à condition que dans ce délai il y ait l'adoption de la mesure provisoire ou la publication du dispositif de l'arrêt. Il faut alors souligner que l'évolution de cette prévision est allée dans le sens de l'inefficacité du contrat qui ait éventuellement été conclu en violation de ces règles, alors que dans les versions précédentes de l'article les termes n'avaient pas de caractère contraignant et que, le cas échéant, le juge aurait successivement du l'annuler. Il ressort clairement que la prévision actuelle représente un moyen de tutelle concrète de l'efficacité du système pour ce qui est, au même temps, de l'intérêt public (c'est à dire la résolution des controverses avant la conclusion du contrat) et des intérêts des entreprises impliquées. Il est de même prévu la possibilité de déroger à cette clause de « *stand still* » et cela, plus spécifiquement, lorsque l'exécution du contrat est requise de façon urgente, en laissant aux administrations le pouvoir de déterminer, à chaque fois, l'étendue du concept d' « urgence ».

Plus en général, pour ce qui est de la question de la privation des effets du contrat, le système italien fait une différenciation entre les cas de violations graves et « les autres » violations⁵¹. Dans la deuxième catégorie sont comprises des hypothèses qui demandent une analyse plutôt approfondie des intérêts en jeux et, pour que le juge puisse déclarer

⁵⁰ Ces termes varient entre 10 et 15 jours du moment de la connaissance de la décision de la part du pouvoir adjudicateur (voir art. 245 Codice dei contratti pubblici).

⁵¹ Comme la Corte di Cassazione l'a souligné, ces hypothèses concernent exclusivement les vices relatifs à la phase de la formation de la volonté contractuelle et du consensus, exception faite pour les vices de forme. La phase de l'offre publique, en effet, vise à la correcte formation du consensus, telle qu'elle sera successivement manifestée et définie lors de la conclusion du contrat. Il est vrai, en fait, que le consensus, bien qu'existant, serait vicié à cause de l'annulation de l'offre publique, alors que les vices de forme, qui invalident souvent le déroulement de l'offre, ne sont pas capables de influencer le contenu de la volonté (Voir Corte di Cassazione, SS. UU., arrêt n. 27169, du 28 décembre 2007).

l'inefficacité du contrat, il faut que le recourant en fasse une demande expresse⁵². Dans la première catégorie sont normalement comprises les hypothèses d'illégitimité en relation aux conditions de publicité ou à la clause de *stand still*⁵³, alors que la juridiction compétente est libre de ne pas déclarer le contrat inefficace si elle considère qu'il y ait des raisons impérieuses d'intérêt général⁵⁴ qui imposent la conservation du contrat, bien qu'il se configure une présomption d'inefficacité. La possible configuration des dites exigences impérieuses, par contre, représente un moyen qui risque de restreindre l'application des règles de concurrence entre les opérateurs. En outre, dans certaines circonstances, le juge est libre d'opter pour la conservation des effets du contrat, en tout ou en partie, de façon définitive ou temporaire, à condition d'appliquer des sanctions accessoires, qui soient, en plus, effectives, dissuasives et proportionnées à la valeur du contrat et à la gravité de la violation, ainsi que indépendantes de l'indemnisation. En conclusion, comme l'on vient de l'expliquer, le système introduit par le d. lgs. n. 53 du 2010 se présente efficace par rapport à la tutelle de la position des entreprises, surtout pour ce qui concerne la possibilité de obtenir le résultat du remplacement du soumissionnaire illégitime, certainement plus préférable à l'outil des dommages⁵⁵. Au même temps, ce système apparait efficace à la réalisation des intérêts publics, en garantissant l'instauration du lien contractuel dans le seul cas où il est destiné à durer

⁵² Voir art. 122 c.p.a. (*Codice del processo amministrativo*). Il s'agit, en général, des intérêts des parties, de l'effective possibilité que le requérant parvienne à la passation en considération des vices, de l'état de l'exécution du contrat et de la possibilité de prendre la place du soumissionnaire illégitime.

⁵³ Il s'agit des cas où: a) la passation n'a pas été précédée de la publication de l'appel d'offre, lorsque elle est prévue obligatoirement; b) la passation s'est déroulée selon l'instrument de la négociation en dehors des cas où cette méthode est permise et cela ait déterminé l'omission de la publicité prescrite; c) les termes de suspension entre la passation et la conclusion du contrat ou les termes procéduraux de suspension n'aient pas été respectés, empêchant l'exercice du droit de recours (art. 121 c.p.a.).

⁵⁴ Il s'agit, par exemple, d'exigences impérieuses de caractère technique. Par contre, il ne peut pas s'agir de motivations de caractère économique, directement liées au contrat (comme les coûts relatifs au retard dans l'exécution et la nécessité de lancer un nouvel appel d'offres). Voir art. 245 *bis* Codice dei contratti pubblici.

⁵⁵ Selon le Consiglio di Stato, l'indemnisation représente un "succédané résiduel" lorsque il n'est possible obtenir la passation, qui représenterai le vrai intérêt du requérant (sect. IV, arrêt n. 482, du 31 janvier 2012). Dans tous cas, les juges administratif ont souligné que "afin de l'indemnisation, il n'est pas nécessaire de prendre en considération l'élément subjectif de la violation – c'est à dire la faute – du pouvoir adjudicateur". Cette orientation, qui d'ailleurs est propre aussi des juges communautaires, représente un outil efficace dans la protection concrète de l'intérêt de la partie.

dans le temps et en garantissant le correct fonctionnement du marché et de la concurrence.

Conclusion et réforme

Question 14

Comme l'on a déjà eu occasion de souligner, l'intervention, dans l'ordre juridique italien, des directives en matière de marchés publics a contribué à un véritable renouvellement du système. S'il est vrai, d'une part, que le système italien suivait déjà les orientations du droit – à l'époque – communautaire et, dans des hypothèses limitées, il a même anticipé les pas du législateur européen (comme l'on a vu par rapport, par exemple, à l'*e-procurement*), de l'autre part la transposition des directives a aussi représenté l'occasion pour une intervention plus ample, comme l'on voit par rapport au régime des marchés sous seuil. Dans ce contexte certains instruments jouent parfois un rôle plus intensif dans le fonctionnement quotidien du marché national. Pour ce qui est, par exemple, des financements privés, la situation de crise économique encourage le recours à ce genre de rapport entre les administrations publiques et les sujets privés (on y réfère, normalement, comme au « *project financing* »). C'est pourquoi, en 2011, le législateur italien est intervenu en la matière, en identifiant – même si toujours dans l'unité de cet instrument – une nouvelle forme, qui se fonde sur l'initiative exclusivement privée⁵⁶. Dans ce contexte, par contre, il faut toujours faire attention à éviter que le recours à la stipulation avec les privés puisse engendrer une compartimentation des marchés (ou de certains secteurs), lorsque il y ait tendance à fixer des rapports de longue durée. Cette attitude, d'ailleurs, pourrait représenter une forme de détournement des objectifs visés par les directives et de restriction de la concurrence.

Par contre, bien que, pour plusieurs raisons, le procès de modernisation du secteur des marchés publics soit toujours en avancement, il y a des aspects qui ne peuvent pas faire objet de renouvellement. C'est le cas, par exemple, de la discipline concernant les négociations et le dialogue entre les pouvoirs adjudicateurs et les soumissionnaires. À ce sujet, on ne peut certainement pas envisager un rapprochement à l'encontre des règles plus similaires à celle du système américain sans qu'il en dérive la violation des aspects fondamentaux de notre système. Le recours, par exemple, de la négociation

⁵⁶ Voir d. l. n. 70 du 13 mai 2011.

précédée de la publicité préalable ne serait pas suffisant à surmonter les disparités qui en découleraient ni le contournement des règles de la concurrence. En conclusion, bien que l'État italien, pour certains aspects, ait été un précurseur (comme dans l'application des technologies à ce secteur), en cet état des choses, et surtout en considération de l'actuelle phase de stagnation économique, il paraissait que après la période de changement et évolution qui a caractérisé les années passés, on s'apprête à traverser une phase de maintien des objectifs et des instruments qui ont déjà été fixés. Néanmoins, des nouveautés sont à envisager en relation avec l'implémentation de la (future) directive sur les contrats de concession. Il s'agira, en principe, d'adapter le système interne concernant la nouvelle définition de « risque opérationnel substantiel »⁵⁷, la durée des concessions⁵⁸ et les modifications des concessions en cours d'exécution⁵⁹.

⁵⁷ Ceci concerne le transfert du risque du concessionnaire, qui devrait inclure aussi l'absence de récupération des investissements et des coûts liés à la réalisation des travaux et des services.

⁵⁸ Qui devra être limitée à la période de temps nécessaire à la récupération des investissements effectués par le concessionnaire.

⁵⁹ Il faudra préciser les conditions sur la base desquelles une nouvelle passation sera requise en raison des modifications. Voir *Camera dei deputati - XVI Legislatura - Dossier di documentazione sulla Proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (COM(2011)897)*, du 21 mai 2012.

Bibliographie

Caranta R., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Napoli, 1992

Caranta R., *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, *Giurisprudenza italiana*, n. 5/2010

Caranta R., *Le contentieux des contrats publics en Europe: Italie*, *Revue française de droit administratif*, no. 1/2011

Caranta R., *Diritto Ue e diritto nazionale: il caso dell'elemento soggettivo della responsabilità: il commento*, *Giornale di diritto amministrativo - Anno XVIII*, n. 10/2012

Carbone S. M. - Taramasso A., *La definizione delle controversie in tema di appalti pubblici comunitari: una breve sintesi*, *Diritto del commercio internazionale*, n. 3/1997

Carullo G., *Rapporti tra potestà pubbliche ed opere di urbanizzazione*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010.

Chieppa R. – Giovagnoli R., *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano, 2009

Cintioli F., *Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust. Il caso dei servizi di interesse economico generale*, www.giustamm.it, 2009

Clarich M., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010

De Luca P., *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2013

De Nictolis R., *Il recepimento della direttiva ricorsi*, www.giustizia-amministrativa.it, n. 5/2010

Fiengo G., *Le regole europee in materia di appalti pubblici: nulla di nuovo dalla Corte con la sentenza 19 dicembre 2012, C-159/11 (...?)*, *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n.4/2012

Franco I., *Diritto comunitario e diritto nazionale. La legge quadro sui lavori pubblici (un caso emblematico)*, *Foro Amministrativo*, n.5/1995

Garofoli R. – Sandulli M. A., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005

Garofoli R. – Ferrari G., *Codice degli appalti pubblici annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Roma – Molfetta, 2011

Garofoli R.– Ferrari G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012

Gisondi R., Convenzioni urbanistiche e disciplina degli appalti pubblici alla luce del terzo correttivo al decreto legislativo 163 del 2006, www.giustamm.it, 2009

Meisse E., *Procédure de passation*, Europe 2005, n° 412 Comm.

Pellingra Contino M., Uno sguardo di insieme alla liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale tra disciplina nazionale e normativa comunitaria, www.giustamm.it, 2009

Pistorio G., Trasparenza e non discriminazione in materia di appalti pubblici, www.giustamm.it, 2013

Provenzano P., *La teoria del "falso innocuo" in materia di dichiarazioni ex art. 38 D.Lgs. n. 136/2006 al vaglio della Corte di giustizia*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2013

Ramajoli M., *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici*, www.giustamm.it, 2011

Rosato D., *La nuova direttiva comunitaria per l'efficacia dei ricorsi in materia di appalti pubblici ed il suo recepimento nel codice dei contratti pubblici*, Federalismi.it, 2010

Salamone V., *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, sur Foro amm. C.d.S., n. 3, 2008

Scoca S. S., La Cassazione "mette le mani" sugli appalti pubblici. Nota a Cass. SS. UU. Civ., sentenza 28 dicembre 2007 n. 27169, www.giustamm.it, 2008

Torchia L., *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010

Urbano G., *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*, Nel Diritto - Rivista telematica di diritto coordinata da Roberto Garofoli, 2012

Décisions

Corte Costituzionale, arrêt n. 401, du 28 novembre 2007

Corte Costituzionale, arrêt n. 320 du 30 juillet 2008

Corte Costituzionale, arrêt n. 411, du 17 décembre 2008

Corte Costituzionale, arrêt n. 160, du 22 mai 2009

Corte Costituzionale, arrêt n.283, du 6 novembre 2009

Corte Costituzionale, arrêt n. 115, du 7 avril 2011

Consiglio di stato, sect. IV, arrêt n. 649, du 17 juin 1997

Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 4268, du 21 août 2002

Consiglio di Stato, V section, arrêt n. 4327, du 29 juillet 2003

Consiglio di Stato, sect. IV, arrêt n. 950, du 2 mars 2004

Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 6392, du 16 novembre 2005

Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 2087, du 14 avril 2006

Consiglio di Stato, sect. IV, arrêt n. 6458, du 31 octobre 2006

Consiglio di Stato, VI section, arrêt n. 362, du 30 janvier 2007

Consiglio di Stato, VI section, arrêt n. 1514, du 3 avril 2007

Consiglio di Stato, II section, n. 456, du 18 avril 2007

Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 2765, du 30 mai 2007

Consiglio di Stato, sect. VI, arrêt n. 5693, du 2 novembre 2007

Consiglio di Stato, assemblée plénière, arrêt n. 9, du 30 juillet 2008

Consiglio di Stato, sect. V, arrêt n. 3083, du 8 septembre 2008

Consiglio di Stato, VI section, arrêt n. 4603, du 23 septembre 2008

Consiglio di Stato, sect. VI, arrêt n. 14, du 11 janvier 2010

Consiglio di Stato, sect. IV, arrêt n. 482, du 31 janvier 2012

TAR Campania, I section, arrêt n. 3411, du 12 juin 2002

TAR Lazio, sect. III, arrêt n. 563, du 25 janvier 2007

TAR Bari, sect. III, arrêt n. 2908, du 17 décembre 2008

TAR Lazio, sect. I, arrêt n. 1656, du 28 janvier 2009

TAR Bologna, section II, n. 153, du 16 février 2009

TAR Milano, Ière section, arrêt n. 11, du 11 janvier 2010

TAR Lecce, sect. III, arrêt n. 677, du 3 mars 2010

C.g.a., arrêt n. 589, du 27 octobre 2006

Corte di Cassazione, SS. UU., arrêt n. 27169, du 28 décembre 2007

Corte di Cassazione, SS. UU., arrêt n. 16856, du 2 août 2011

Corte di Cassazione, SS. UU., arrêt n. 28338, du 22 décembre 2011

CJUE, affaire C-59/00, arrêt du 3 décembre 2001, *Vestergaard*

CJUE, affaire C-231/03, arrêt du 21 juillet 2005, *Coname*

CJUE, affaire C-213/07, arrêt du 16 décembre 2008, *Michaniki*

CJUE, affaire C-159/11, arrêt (grande chambre) du 19 décembre 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*

CJUE, affaire pendante C-42/13, *Cartiera dell'Adda*

CJUE, affaire pendante C-213/13, *Pizzarotti*