CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PHILIPPE LÉGER

présentées le 23 septembre 1999 *

1. La présente demande de décision préjudicielle porte sur le droit pour une société qui participe à une procédure d'appel d'offres, en application de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services [1], d'invoquer à son profit les qualifications techniques et financières d'une autre société, à laquelle elle est liée par un rapport de filiale à société mère.

I — La réglementation communautaire

2. Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 92/50, les pouvoirs adjudicateurs, pour passer leurs marchés publics de services, appliquent des procédures adaptées aux dispositions qu'elle contient.

3. L'article 26 de la directive 92/50 dispose ce qui suit:

«1. Les groupements de prestataires de services sont autorisés à soumissionner. La transformation de tels groupements dans une forme juridique déterminée ne peut être exigée pour la présentation de l'offre, mais le groupement retenu peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué.

2. Les candidats ou soumissionnaires qui, en vertu de la législation de l'État membre où ils sont établis, sont habilités à prester le service en question ne peuvent être rejetés seulement du fait qu'ils auraient été tenus, en vertu de la législation de l'État membre où le marché est attribué, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

3. Toutefois, les personnes morales peuvent être obligées d'indiquer, dans leurs offres ou leurs demandes de participation, les noms et les qualifications professionnelles des personnes qui sont chargées de l'exécution du service en question.»

4. Aux termes de l'article 31 de la directive 92/50:

«1. La justification de la capacité financière et économique du prestataire peut, en

* Langue originale: le français.

1 — JO L 209, p. 1.

règle générale, être constituée par une ou plusieurs des références suivantes:

a) des déclarations appropriées de banques ou la preuve d'une assurance des risques professionnels;

b) la présentation des bilans ou d'extraits des bilans, dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation sur les sociétés du pays où le prestataire de services est établi;

c) une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les services auxquels se réfère le marché, réalisés au cours des trois derniers exercices.

2. Les pouvoirs adjudicateurs précisent, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner, celle ou celles des références visées au paragraphe 1 qu'ils ont choisies ainsi que les autres références qui doivent être produites.

3. Si, pour une raison justifiée, le prestataire de services n'est pas en mesure de produire les références demandées par le pouvoir adjudicateur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur.»

5. Selon l'article 32 de la directive 92/50:

«1. La capacité des prestataires de fournir les services peut être évaluée en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité.

2. La capacité technique du prestataire de services peut être justifiée d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité et l'utilisation des services à fournir:

a) l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services et/ou des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de la prestation;

b) la présentation d'une liste des principaux services fournis au cours des trois dernières années, indiquant le montant,

la date et le destinataire public ou privé des services fournis:

— lorsqu'il s'agit de pouvoirs adjudicateurs, la justification doit être fournie sous la forme de certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente,

— lorsqu'il s'agit d'acheteurs privés, la prestation doit être certifiée par l'acheteur ou, à défaut, simplement déclarée avoir été effectuée par le prestataire de services;

c) l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise du prestataire de services, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité;

d) une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années;

e) une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire dispose pour l'exécution des services;

f) une description des mesures prises par le prestataire de services pour s'assurer de la qualité ainsi que des moyens d'étude et de recherche de son entreprise;

g) lorsque les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme; ce contrôle porte sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prend pour contrôler la qualité;

h) l'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter.

3. Le pouvoir adjudicateur précise, dans l'avis ou dans l'invitation à soumissionner, celles de ces références qu'il entend obtenir.

4. L'étendue des informations visées à l'article 31 et aux paragraphes 1, 2 et 3 du présent article ne peut aller au-delà de l'objet du marché, et le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération les intérêts justifiés des prestataires de services en ce qui concerne la protection des secrets techniques ou commerciaux de leur entreprise.»

II — Faits et procédure au principal

6. En vue de l'adjudication, pour une période de trois ans, du service de la gestion de la station d'épuration des eaux usées d'«Is Arenas» et des stations de collecte situées à «Is Arenas», «San Bartolomeo» et «Borgo Sant'Elia», la commune de Cagliari a lancé un appel d'offres dont l'avis a été publié au *Journal officiel des Communautés européennes* du 3 janvier 1997. Pour pouvoir soumissionner, les entreprises intéressées devaient notamment justifier d'un chiffre d'affaires annuel moyen, dans le domaine de la gestion des stations d'épuration et de la collecte des eaux, qui ne soit pas inférieur à 5 milliards de lires italiennes, ainsi que de deux années consécutives, au cours des trois années précédentes, de gestion effective d'au moins une station d'épuration d'eaux usées domestiques.

7. Les sociétés Holst Italia SpA (ci-après «Holst Italia») et Ruhrwasser AG International Water Management SpA (ci-après «Ruhrwasser») ont été admises à participer à l'appel d'offres. Le marché a été attribué à Ruhrwasser, auteur de l'offre la plus avantageuse pour l'autorité adjudicatrice, par une décision du 13 juin 1997 de la commission d'adjudication, approuvée par délibération du 17 août 1997 du conseil municipal.

8. Ruhrwasser est une société par actions de droit allemand, dont le capital est détenu par un consortium de six sociétés allemandes, à hauteur d'un sixième des parts sociales pour chaque société. Elle a pour objet de permettre au consortium d'acquérir des marchés, notamment à l'étranger, dans le domaine de l'approvisionnement en eau et de l'épuration des eaux usées. L'une des sociétés membres du consortium, RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft mbH (ci-après «RWG»), a pour unique actionnaire Ruhrverband, un organisme de droit public chargé, sur le territoire allemand, de missions de service public dans le domaine de la gestion des eaux usées. Il est constant que cet organisme dispose de références qui auraient suffi à le qualifier à l'appel d'offres de la commune de Cagliari.

9. Il est également constant que, en revanche, Ruhrwasser ne disposait pas elle-même directement des qualifications requises pour soumissionner utilement, étant une société nouvellement constituée dont l'inscription au registre des entreprises ne remonte qu'au 9 juillet 1996. C'est pourquoi elle s'était prévalue des qualifications techniques et financières de Ruhrverband qui, par l'intermédiaire de sa filiale RWG, participait à la «joint venture» à l'origine de la création de Ruhrwasser. Le pouvoir

adjudicateur a admis la validité de ces références indirectes.

10. Holst Italia a introduit devant le Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Italie) un recours en annulation de l'adjudication du marché à sa concurrente, en se fondant principalement sur le fait que la décision attaquée méconnaissait la règle, figurant dans l'avis d'appel d'offres, selon laquelle seules les qualifications des entreprises intéressées par le marché pouvaient être prises en compte pour apprécier leur aptitude à participer à la procédure. De son côté, Ruhrwasser a formé une demande incidente contestant le contenu de l'avis d'appel d'offres, au motif qu'il ne permet pas à un prestataire de services de faire valoir, par tout document approprié, des qualifications qu'il ne possède pas directement mais dont il peut cependant avoir la disposition.

III — La question préjudicielle

11. Jugeant que pour se prononcer sur ce point il était nécessaire de vérifier si la directive 92/50 autorise un candidat à une procédure d'adjudication à invoquer les qualifications techniques et financières d'un autre sujet de droit qui lui est lié, la juridiction de renvoi a sursis à statuer sur le litige au principal et a posé à votre Cour la question suivante:

«La directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, permet-elle à une société de prouver qu'elle possède les qualifications techniques et financières requises pour être admise à participer à une procédure d'appel d'offres organisée en vue de concéder un service public, en invoquant les références d'une autre société qui est l'actionnaire unique d'une des sociétés ayant une participation dans la première société citée?»

IV — Sur la réponse à la question préjudicielle

12. Le juge de renvoi demande, en substance, si une entreprise qui présente une offre en vue de l'attribution d'un marché public de services doit personnellement remplir les conditions techniques et financières exigées par le pouvoir adjudicateur ou si elle est en droit de se prévaloir du respect de ces conditions par une autre entreprise à laquelle elle appartient en partie et de manière indirecte.

13. Il y a lieu, pour répondre à la question posée, d'examiner les données du droit communautaire telles qu'elles résultent de la directive 92/50 et telles qu'elles sont

complétées par la jurisprudence de votre Cour.

Objectifs et dispositions applicables de la directive 92/50

14. La directive 92/50 poursuit deux objectifs principaux, la libre circulation des services [2] et l'exercice, dans ce secteur, d'une concurrence effective [3]. Les opérateurs économiques doivent pouvoir se déplacer et fournir des services sans restriction tenant à leur origine nationale ou au lieu de leur résidence, contribuant ainsi, par la multiplication et la confrontation des offres de services, à l'amélioration de la qualité des prestations offertes et des conditions économiques de leur réalisation sur le territoire communautaire.

15. Pour permettre l'établissement d'un marché intérieur comportant un espace sans frontières intérieures dans lequel est assurée la libre circulation des services [4], la directive 92/50 édicte des règles destinées à écarter les entraves à cette liberté [5].

16. Aux termes de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 92/50: «Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents prestataires de services». Il y a lieu de déterminer si le fait d'écarter un soumissionnaire au motif qu'il ne répond pas personnellement aux conditions de capacités technique et financière posées par le pouvoir adjudicateur constitue une telle discrimination.

17. La directive 92/50 cite un certain nombre de critères susceptibles de caractériser des comportements discriminatoires. Elle précise ainsi que «... les prestataires de services peuvent être soit des personnes physiques, soit des personnes morales» [6], ce qui laisse entendre que la forme juridique des entreprises ne doit pas constituer un obstacle à leur liberté de soumissionner. Cet élément est repris à l'article 26, paragraphe 2, qui prohibe le rejet d'une offre au seul motif qu'elle est présentée par une personne physique ou par une personne morale.

18. Il en résulte que l'exigence, préalable à l'attribution d'un marché, d'une structure juridique déterminée est susceptible d'être perçue comme une restriction injustifiée au droit des opérateurs économiques à concourir dans des conditions égales pour tous.

19. L'article 26, paragraphe 1, de la directive 92/50 confirme ce point en le précisant

2 — Sixième considérant.
3 — Vingtième considérant.
4 — Deuxième considérant.
5 — Sixième considérant.
6 — Ibidem.

dans l'hypothèse où plusieurs entreprises entendent répondre conjointement à l'appel d'offres. En vertu de ce texte, les groupements de prestataires de services sont expressément autorisés à soumissionner et il est interdit au pouvoir adjudicateur d'exiger «La transformation de tels groupements dans une forme juridique déterminée... pour la présentation de l'offre».

20. Ces différentes dispositions font clairement apparaître que le législateur communautaire se soucie moins de l'habit légal dont sont revêtus les prestataires de services que de leur aptitude à accomplir les missions qui leur sont confiées lors de l'attribution des marchés publics, voire à réunir les moyens utiles à une telle exécution, indépendamment de leur organisation propre. L'élimination des entraves liées au statut juridique des opérateurs constitue un moyen de multiplier les offres, notamment celles émanant d'entreprises d'autres États membres de la Communauté que celui où a lieu la procédure d'attribution, sans compromettre les exigences matérielles tenant à la bonne exécution des prestations de services.

21. L'approche à retenir pour l'interprétation de la directive 92/50 doit donc être plus fonctionnelle que formelle. Ainsi, bien qu'elles semblent répondre à un certain formalisme, certaines obligations prescrites par la directive 92/50 sont précisément destinées à favoriser la bonne exécution des marchés, limitant les risques auxquels sont exposés les pouvoirs adjudicateurs.

22. Un exemple significatif de ce type d'exigences nous est donné par l'article 26, paragraphe 3, qui autorise le pouvoir adjudicateur à obliger les personnes morales à «... indiquer... les noms et les qualifications professionnelles des personnes qui sont chargées de l'exécution du service en question». S'il ne peut être interdit de confier un marché à une personne morale sous le seul prétexte de sa forme juridique, encore convient-il de ne pas priver le pouvoir adjudicateur des informations qui lui permettent d'apprécier la capacité du prestataire à exécuter l'offre dans les conditions posées.

23. Le législateur communautaire a donc veillé à ce que le plein exercice de la liberté de circulation ne compromette pas la bonne exécution des prestations de services, élément sans lequel la réglementation communautaire perdrait tout son sens. La directive 92/50, comme l'interprétation qui doit en être faite, se situe au point d'équilibre entre les deux exigences essentielles que sont la recherche d'une libéralisation suffisante des marchés et la fixation de normes assurant au pouvoir adjudicateur des prestations de services de qualité.

24. Celui-ci doit être en mesure d'évaluer l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché de la manière souhaitée.

25. Les articles 31 et 32 de la directive 92/50 poursuivent cet objectif. Le premier énumère les justifications de la capacité financière et économique qui peuvent être réclamées au prestataire de services, les modalités permettant d'y recourir ainsi que la solution alternative dans le cas où le prestataire de services serait dans l'impossibilité de produire les références demandées. Le second de ces textes énonce un certain nombre de critères caractérisant la capacité des prestataires de services à fournir les services demandés, dresse une liste des justifications reflétant leur capacité technique et précise les modalités selon lesquelles le pouvoir adjudicateur peut les exiger.

26. Il n'est nullement besoin de s'arrêter longuement sur la justification de ces dispositions, ces articles ayant à l'évidence pour objet de protéger l'intérêt du pouvoir adjudicateur contre la candidature d'opérateurs économiques plus soucieux d'obtenir l'attribution de marchés rémunérateurs que d'en assurer la charge principale, c'est-à-dire leur exécution consciencieuse.

27. On peut toutefois tirer de leur contenu deux indications également utiles à l'examen de la présente question préjudicielle.

28. En premier lieu, bien que l'abondance des offres contribue, en soi, aux intérêts du pouvoir adjudicateur, elle ne saurait être réalisée au prix de prestations médiocres. Une telle exigence légitime ces garde-fous et justifie que l'interprétation donnée aux textes qui les instituent tienne compte des risques de fraude susceptibles d'en étouffer les effets protecteurs. Les conséquences d'une solution consistant à admettre que les conditions légales fixées par la directive 92/50 sont remplies par d'autres personnes que l'entreprise soumissionnaire doivent, dès lors, être soigneusement évaluées.

29. En second lieu, si la référence faite par ces deux articles au prestataire de services peut inciter à une interprétation favorable à la production de justifications limitées au prestataire lui-même [7], d'autres passages plaident en faveur d'une lecture moins stricte.

30. Ainsi l'article 31, paragraphe 3, autorise-t-il le prestataire de services à prouver, à certaines conditions, sa capacité économique et financière «... par tout autre

7 — Les articles 31 et 32 font état de la capacité financière, économique et technique du prestataire de services, ne se référant ainsi qu'au soumissionnaire lui-même. De la même manière, l'article 32 indique que «La capacité des prestataires de fournir les services peut être évaluée en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité». Il évoque «l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services et/ou des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de la prestation» et «... les effectifs moyens annuels du prestataire de services et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années». Le texte ne paraît désigner que des éléments propres à l'entreprise.

document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur», ce qui, en laissant à ce dernier une certaine marge d'appréciation, lui permet d'admettre que des justifications soient produites par d'autres que par le prestataire de services dès lors que celles-ci offrent les mêmes garanties. De même, l'article 32, paragraphe 2, sous c), vise expressément le cas où les techniciens ou les organismes techniques auquel le prestataire de services a recours ne sont pas intégrés à son entreprise. D'autres dispositions encore vont dans ce sens, telles que l'article 32, paragraphe 2, sous h), qui admet l'éventualité du recours par le prestataire de services à un sous-traitant, ou l'article 32, paragraphe 2, sous e), qui prévoit «une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire *dispose* pour l'exécution des services» [8], excluant ainsi de limiter la déclaration prescrite aux seuls équipements propres à l'entreprise.

31. L'hypothèse d'une «personnalisation» des capacités requises par le pouvoir adjudicateur dans le chef du soumissionnaire est donc remise en cause par le libellé même de la directive 92/50, puisqu'il y est plusieurs fois fait référence à une mise à disposition de moyens extérieurs à l'entreprise. Confirmant ce que les objectifs poursuivis par la directive laissaient paraître, cette situation incite à une interprétation souple des dispositions relatives aux conditions de justification des capacités des soumissionnaires.

8 — Souligné par nous.

La jurisprudence Ballast Nedam Groep

32. La jurisprudence de votre Cour intervenue aux termes des arrêts Ballast Nedam Groep du 14 avril 1994 [9] et du 18 décembre 1997 [10] confirme cette orientation.

33. Dans l'arrêt Ballast Nedam I, la question était de savoir si une société holding peut, parce qu'elle n'exécute pas elle-même des travaux, être écartée des procédures de participation aux marchés publics de travaux — en l'espèce par le refus de renouvellement de l'agréation qui jusqu'alors lui avait été accordée — et, dans la négative, dans quelles conditions elle peut justifier des capacités nécessaires à cette participation [11].

9 — C-389/92, Rec. p. I-1289, ci-après l'«arrêt Ballast Nedam I».

10 — C-5/97, Rec. p. I-7549, ci-après l'«arrêt Ballast Nedam II».

11 — L'arrêt Ballast Nedam II, quant à lui, interprète l'arrêt Ballast Nedam I sur le caractère obligatoire ou facultatif de la prise en compte, par l'autorité chargée de se prononcer sur la demande d'agréation, des références des sociétés tierces. Votre Cour a précisé «... que l'autorité compétente pour statuer sur une demande d'agréation présentée par une personne morale dominante d'un groupe est *dans l'obligation*, lorsqu'il est établi que cette personne a effectivement la disposition des moyens des sociétés appartenant au groupe qui sont nécessaires à l'exécution des marchés, de tenir compte des références desdites sociétés pour apprécier l'aptitude de la personne morale concernée...» (point 14, souligné par nous). Cet arrêt intéresse moins directement la présente procédure que l'arrêt Ballast Nedam I dès lors que, dans l'affaire au principal à l'origine de la présente question préjudicielle, ce qui est en cause est l'existence même du droit — et non son caractère impératif ou facultatif — de prendre en considération des références extérieures au soumissionnaire que s'est reconnu le pouvoir adjudicateur.

34. Votre Cour a dit pour droit que les directives applicables en l'espèce [12] «... doivent être interprétées en ce sens qu'elles permettent, pour l'appréciation des critères auxquels doit satisfaire un entrepreneur lors de l'examen d'une demande d'agréation présentée par une personne morale dominante d'un groupe, de tenir compte des sociétés qui appartiennent à ce groupe, pour autant que la personne morale en cause établit *qu'elle a effectivement la disposition des moyens* de ces sociétés qui sont nécessaires à l'exécution des marchés» et qu'«Il appartient au juge national d'apprécier si une telle justification est apportée en l'espèce au principal» [13].

35. Vous avez donc admis qu'un opérateur économique qui n'est pas en mesure d'exécuter lui-même un marché, parce qu'il ne répond pas aux critères de sélection qualitatifs exigés par les textes, peut invoquer les moyens d'autres sociétés, sous réserve d'une mise à disposition effective de ces moyens à son profit.

36. Deux points permettant de préciser la portée exacte de cette décision et donc son caractère transposable à la présente affaire doivent être examinés.

37. D'une part, votre Cour s'est prononcée, dans l'arrêt Ballast Nedam I, sur l'interprétation de la réglementation communautaire des marchés publics de travaux, alors que la présente question préjudicielle porte sur le droit communautaire des marchés publics de services. Il est donc légitime d'examiner si ce qui vaut pour un secteur est aussi valable pour l'autre.

38. Les différences entre les deux législations se traduisent, dans la réglementation des marchés publics de travaux, par des références plus explicites au droit pour les entrepreneurs de confier l'exécution des marchés à d'autres opérateurs [14]. Si elles ajoutent aux arguments en faveur de ce droit dans le secteur des travaux, ces différences ne retirent pas leur force, selon nous, aux éléments exposés ci-dessus [15] à l'appui de la reconnaissance de la même faculté au profit des soumissionnaires dans le domaine des services.

39. Pour refuser de transposer la solution de l'arrêt Ballast Nedam I à l'hypothèse d'un marché public de services, au motif que l'objet du marché n'est pas le même, il faudrait démontrer que, par leur nature, les

12 — Directive 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales (JO L 185, p. 1), et directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5).

13 — Point 18, souligné par nous.

14 — Selon le libellé de la directive 71/304, «... l'attribution de marchés publics de travaux peut intervenir en faveur de bénéficiaires qui font exécuter les travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales» (arrêt Ballast Nedam I, point 10). La directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305 (JO L 210, p. 1), prévoit, en outre, que les marchés publics de travaux «... ont pour objet soit d'exécuter, soit conjointement d'exécuter et de concevoir des travaux ou un ouvrage, soit 'de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur'» (arrêt Ballast Nedam I, point 14).

15 — Points 14 à 31 des présentes conclusions.

opérations de services se prêtent moins que les opérations de travaux au recours par le soumissionnaire à des moyens extérieurs à son entreprise.

40. Or, cette preuve n'est pas rapportée. Nous percevons mal, au demeurant, les raisons qui imposeraient que les conditions techniques ou financières exigées des soumissionnaires soient remplies par l'opérateur lui-même en matière de services alors qu'elles peuvent ne pas l'être dans le domaine des travaux. Ces raisons sont d'autant moins évidentes, s'agissant des justifications de la capacité financière et économique d'une entreprise, que la garantie strictement pécuniaire et quantitative qu'elles visent à établir est sans rapport avec l'objet même du marché. Quant aux justifications de la capacité technique du prestataire de services, il suffit de rappeler les termes de l'article 32, paragraphe 2, sous c), de la directive 92/50 qui permet au pouvoir adjudicateur d'être informé de l'intervention de techniciens ou d'organismes techniques extérieurs à l'entreprise du prestataire de services. Cette disposition confirme explicitement que, en matière de marchés publics de services, des apports extérieurs de compétence peuvent être invoqués pour servir à l'argumentation développée par les soumissionnaires au soutien de leur offre.

41. L'arrêt Ballast Nedam I est donc, selon nous, pleinement transposable de ce point de vue.

42. Le second élément concerne la position de la société soumissionnaire à l'égard des sociétés dont elle invoque les capacités. Ainsi que le gouvernement italien et Holst Italia l'ont fait observer, le soumissionnaire, Ruhrwasser, n'exerce pas d'influence dominante sur l'entreprise titulaire des qualifications requises dans la présente affaire, Ruhrverband. Au contraire, dans l'arrêt Ballast Nedam I, votre Cour n'avait pas manqué de relever que la société holding revendiquant le droit de soumissionner était la personne morale dominante d'un groupe.

43. On pourrait en conclure que la situation dominante d'une entreprise est une condition nécessaire à la reconnaissance du droit d'une société à invoquer d'autres capacités que les siennes. Il est clair, en effet, que plus il est étendu, plus le pouvoir de décision conféré à un soumissionnaire à l'égard d'autres sociétés garantit à l'entité adjudicatrice l'assurance que les moyens de celles-ci seront à la disposition de l'entrepreneur pour les besoins du marché.

44. Nous ne pensons pas, cependant, que la mise à disposition des moyens utiles à la bonne réalisation du marché, mais extérieurs au prestataire de services lui-même, suppose nécessairement un rapport de subordination, à l'égard du soumissionnaire, des entreprises détentrices des capacités ou d'une partie des capacités revendiquées par celui-ci. La finalité de la directive 92/50, on l'a vu, commande une interprétation favorable à l'accès généralisé des

entreprises aux marchés publics, sous réserve que leur sélection se fasse sur la base d'une justification des compétences dont elles disposent effectivement et de la solidité des garanties qu'elles offrent.

45. C'est en ce sens qu'il convient de lire et d'appliquer à la présente affaire les principes contenus dans l'arrêt Ballast Nedam I.

46. Votre Cour a précisé que l'exécution des travaux par des personnes morales distinctes de la société holding à qui ils sont confiés ne justifie pas que celle-ci soit écartée des procédures de participation aux marchés publics. Vous avez ajouté que «... la nature du lien juridique qui... unit [une société] à [ses] filiales...» n'entrait pas en ligne de compte [16] et qu'il appartenait au juge national d'apprécier, au vu des éléments de fait et de droit qui lui sont soumis, si la justification, par la société, de la disposition effective des moyens de ses filiales est apportée dans l'espèce au principal [17].

47. Il est frappant qu'il ne soit pas fait état de l'intérêt que peut présenter, pour obtenir l'assurance d'une mise à disposition effective des moyens demandés par l'autorité compétente, le pouvoir de décision détenu, du fait de sa position de société mère, par la société holding. Au contraire, l'accent est mis sur le défaut de pertinence, aux fins poursuivies, de son organisation juridique et sur le véritable enjeu que constitue le contrôle direct par le juge de l'effectivité de cette mise à disposition.

48. Cette constatation ainsi que les éléments exposés ci-dessus, tirés tant des objectifs poursuivis par la directive 92/50 que de son contenu, plaident en faveur de l'extension de la solution retenue dans l'arrêt Ballast Nedam I, aux rapports qu'entretient Ruhrwasser avec Ruhrverband, alors même que ces rapports de propriété sont inversés par rapport à l'espèce qui vous a été soumise dans l'arrêt précité et que, au lieu d'être «dominante», la société en cause est dans une position de subordination.

49. Il ne s'agit pas, naturellement, de tirer de deux situations juridiques aussi différentes la conclusion que le pouvoir adjudicateur bénéficiera, dans un cas comme dans l'autre, de la même garantie d'une mise à disposition effective des moyens extérieurs à l'entreprise soumissionnaire.

50. Nous indiquons seulement que la nature du lien juridique unissant deux entreprises ne saurait préjuger la réalité de la mise à disposition des moyens dont la directive 92/50 permet aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger la justification. En d'autres termes, si le juge national est libre de considérer que, en raison des caractéristiques de ce lien ou d'autres circonstances

16 — Arrêt Ballast Nedam I, point 17.
17 — Ibidem.

factuelles et juridiques propres à l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'est pas assuré de bénéficier des compétences nécessaires à l'exécution du marché, il nous apparaît excessif de juger que, par principe, le fait qu'une entreprise invoque, en vue de répondre à un appel d'offres, les moyens techniques, financiers et économiques d'une société à laquelle elle appartient en tout ou partie lui interdise de soumissionner. Peu importe, en somme, la méthode employée pour assurer une mise à disposition effective du soumissionnaire des moyens et garanties exigés par le pouvoir adjudicateur, dès lors que cette mise à disposition peut être vérifiée.

51. Rien, en effet, ne permet de prétendre que la nature des relations juridiques entre Ruhrwasser et Ruhrverband exclue obligatoirement et a priori l'existence d'obligations à la charge de cette dernière, de nature statutaire ou contractuelle, dont la force obligatoire apporterait à la commune de Cagliari l'assurance d'une mise à disposition effective des moyens nécessaires à l'exécution du marché. La réponse à cette question dépend en effet de l'examen des données de fait figurant au dossier et des éléments du droit national applicable, sur lesquels seul le juge national peut porter une appréciation.

Sur l'appréciation par le juge national de certains éléments de fait et de droit

52. Pour s'assurer de la mise à disposition effective du soumissionnaire des capacités extérieures qu'il invoque, la juridiction de renvoi est invitée à procéder à un examen des éléments de fait et de droit qui concernent le contenu des accords éventuellement conclus entre Ruhrwasser, RWG et Ruhrverband — ou entre les deux sociétés concernées par le marché public litigieux — ou des relations statutairement établies entre elles, ainsi que le caractère contraignant du lien juridique qui unit ces sociétés.

53. La vérification du *contenu de l'obligation* engageant la société mère à l'égard de sa filiale doit permettre de s'assurer que les compétences techniques et les garanties financières invoquées par celle-ci contribueront de manière appropriée à la réalisation des opérations prévues pour l'exécution du marché public.

54. Dans l'affaire au principal, la justification demandée par le pouvoir adjudicateur en matière économique et financière porte sur le niveau du chiffre d'affaires annuel moyen dans le domaine de la gestion des stations d'épuration et de la collecte des eaux. Cette exigence, qui relève de l'article 31, paragraphe 1, sous c), de la directive 92/50, ne peut selon nous être satisfaite que s'il est établi que le soumissionnaire est en mesure de recourir de façon significative aux services de la société à laquelle il se réfère.

55. En effet, cette référence garantit, en l'espèce, au pouvoir adjudicateur le béné-

fice d'une expérience professionnelle minimale, laquelle, pour être réellement utile, doit être directement affectée à l'exécution du marché. Il est donc essentiel de s'assurer que la société dont l'expérience est invoquée sera celle qui, à défaut de réaliser l'ensemble des opérations décrites par le pouvoir adjudicateur, en assurera au moins la direction, mettant ainsi à profit sa compétence technique [18].

56. Ce raisonnement est transposable à la seconde garantie demandée par le pouvoir adjudicateur, qui a trait à l'exercice d'une gestion effective d'une station d'épuration d'eaux usées domestiques pendant deux années consécutives au cours des trois années précédentes. De même, le recours à un tel critère n'a de sens que si le soumissionnaire qui a obtenu l'attribution du marché en se prévalant de l'expérience d'une autre société est en mesure de prouver que celle-ci en assurera l'exécution pour une part significative.

57. Pour apprécier la réalité de la mise à disposition des moyens invoqués, il convient, en second lieu, de vérifier si l'instrument juridique utilisé à cette fin non seulement est régulier, mais garantit les effets voulus en les dotant d'une *force contraignante* [19].

58. Il serait légitime que le juge national recherche, par exemple, si un accord a été conclu, en vertu duquel la société mère se reconnaît débitrice d'une obligation de mettre à la disposition de sa filiale un certain nombre de moyens techniques et de garanties financières, si cet accord engage réellement le débiteur et si, en cas d'inexécution, celui-ci serait susceptible d'être attrait devant les juridictions compétentes.

59. Soulignons, à cet égard, que le rapport entre les deux sociétés peut être plus ou moins étroit et l'autonomie économique de la filiale par rapport à sa société mère plus ou moins grande, selon le niveau de la participation de l'une au capital de l'autre, ce qui n'est pas sans incidence sur les

18 — Pour être complet, il convient de faire observer que le juge de renvoi ne peut pas toujours conférer la même portée aux justifications prescrites par la directive 92/50, lorsqu'elles concernent un opérateur extérieur. Ainsi les données intéressant la solidité financière d'une société, lorsqu'elles sont invoquées par l'entreprise soumissionnaire auprès du pouvoir adjudicateur, peuvent-elles difficilement être considérées comme une garantie réelle lorsque la société qui a obtenu le marché n'est elle-même pas viable. En l'absence de relation contractuelle directe entre le pouvoir adjudicateur et la société tierce, les références financières de cette dernière peuvent se révéler insuffisantes à préserver les intérêts de l'entité qui passe le marché. L'idée de «mise à disposition effective» ne possède donc pas les mêmes vertus, s'agissant de capacité financière et économique, et il n'est pas sûr que, dans cette circonstance, le pouvoir adjudicateur ait intérêt à se contenter de justifications extérieures au soumissionnaire. Une telle nuance ne peut pas être sans incidence sur la liberté des pouvoirs adjudicateurs de recourir à ce type de garantie comme sur l'interprétation qui peut être faite du droit communautaire applicable. Par ailleurs, il est important de connaître le contenu des engagements qui lient l'entreprise soumissionnaire à l'entreprise tierce et qui sont susceptibles d'engager cette dernière à l'égard du pouvoir adjudicateur.

19 — Il résulte des éléments du dossier que Ruhrverband exerce une mission de service public en Allemagne et ne dispose pas du droit d'exercer sa mission en dehors du territoire national. La délimitation de sa compétence, dont dépend sa liberté d'action, peut ainsi servir à l'appréciation par le juge national de sa capacité à mettre les moyens dont Ruhrwasser se prévaut à la disposition effective du pouvoir adjudicateur.

garanties et moyens dont bénéficie le pouvoir adjudicateur.

60. Certes, lorsque la société mère est à l'origine de la décision de répondre à l'appel d'offres — quoique celle-ci soit formellement attribuée à la filiale —, il est peu probable qu'elle se refuse à mettre à sa disposition les moyens dont elle dispose.

61. Toutefois, on ne peut totalement exclure que la filiale soumissionnaire, alors qu'elle est seule juridiquement engagée à l'égard du pouvoir adjudicateur, se heurte à un changement d'orientation de la part de la société mère détentrice du pouvoir décisionnel.

62. Il est à craindre que le pouvoir adjudicateur, principale victime des effets imprévus d'un marché mal ou non exécuté et confronté à l'impossibilité d'obtenir de son cocontractant l'exécution diligente et satisfaisante du marché ou la compensation financière de la défaillance de ce dernier, ne puisse pas davantage bénéficier du droit de diriger son action contre la société mère.

63. Sans préjuger les données du droit national en la matière, il est vraisemblable que l'inexécution contractuelle ne pourra être constatée ni compensée si la société mère, débitrice fautive de l'obligation de mise à disposition, est détentrice de la plénitude du pouvoir décisionnel au sein de sa filiale. Disposant seule du pouvoir d'obtenir par voie de justice l'exécution des obligations litigieuses, elle détient ainsi celui de réduire à néant ses propres engagements. Les garanties offertes au pouvoir adjudicateur risquent alors de n'être qu'une apparence masquant l'impuissance du soumissionnaire à remplir les obligations du marché.

64. L'inconvénient pour le pouvoir adjudicateur vient ainsi de ce que la société qui détient le pouvoir de décider de la mise à disposition des moyens et garanties nécessaires au marché et celle qui engage sa responsabilité de cocontractant sont deux personnes juridiques distinctes. Encore convient-il de ne pas négliger le fait que tout contentieux engagé à l'encontre de la filiale n'est pas sans conséquences à l'égard de la société mère.

65. Dans l'affaire au principal, au contraire, Ruhrwasser paraît disposer d'une relative autonomie par rapport à Ruhrverband puisque, rappelons-le, son capital est réparti par parts égales entre six sociétés dont l'une seulement, RWG, est la propriété intégrale de Ruhrverband.

66. Avant de vérifier que Ruhrwasser dispose du pouvoir effectif de faire valoir ses droits à l'égard de la société mère, le juge national devra s'assurer de l'existence de moyens juridiques sur le fondement desquels le soumissionnaire peut légitimement prétendre disposer des capacités invoquées.

67. Ce qui importe donc, en l'occurrence, est que les instruments juridiques qui lient Ruhrwasser à Ruhrverband aient une force juridique contraignante permettant au soumissionnaire d'être assuré de bénéficier du concours de la société mère.

Conclusion

68. Au regard de ces considérations, nous vous proposons de répondre de la façon suivante à la question préjudicielle posée par le Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna:

«La directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur tienne compte, pour l'appréciation des critères de sélection des capacités financière et technique auxquels doit satisfaire une société lors de l'examen d'une offre présentée au cours d'une procédure d'appel d'offres organisée en vue de concéder un service public, des références d'une autre société qui est l'actionnaire unique d'une des sociétés ayant une participation dans la première société citée, sous réserve que celle-ci établisse qu'elle a effectivement la disposition des moyens de la société dont elle se prévaut.

Il appartient au juge national d'apprécier si une telle justification est apportée en l'espèce au principal.

A cet effet, le juge national doit notamment s'assurer que la société dont les références sont prises en considération est tenue de prendre une part appropriée, compte tenu de l'objet des références invoquées, à l'exécution du marché public.»