ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

15 octobre 2009 *

Dans l'affaire C-196/08,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Italie), par décision du 13 mars 2008, parvenue à la Cour le 14 mai 2008, dans la procédure

Acoset SpA

contre

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

* Langue de procédure: l'italien.

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

en présence de:

Saceccav Depurazioni Sacede SpA,

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), président de la deuxième chambre, faisant fonction de président de la troisième chambre, Mme P. Lindh, MM. A. Rosas, U. Lõhmus et A. Ó Caoimh, juges,

avocat général: M. D. Ruiz-Jarabo Colomer,
greffier: Mme M. Ferreira, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 2 avril 2009,

considérant les observations présentées:

— pour Acoset SpA, par Mes A. Scuderi et G. Bonaventura, avvocati,

— pour Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e.a., par Me N. Gentile, avvocato,

— pour Comune di Vittoria (RG), par Mes A. Bruno et C. Giurdanella, avvocati,

— pour le gouvernement italien, par M. R. Adam, en qualité d'agent, assisté de M. G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement polonais, par M. M. Dowgielewicz, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par MM. C. Zadra et D. Kukovec, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 2 juin 2009,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 43 CE, 49 CE et 86 CE.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Acoset SpA (ci-après «Acoset») à la Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (assemblée des maires et du président de la province régionale de Raguse, ci-après la «Conferenza») e.a., à propos de l'annulation par celle-ci de la procédure d'appel d'offres en vue de la sélection de l'associé privé minoritaire dans la société d'économie mixte directement attributaire du service intégré de l'eau («servizio idrico integrato») dans la province de Raguse.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

La directive 2004/18

3 L'article 1er de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114), dispose:

«[…]

2. a) Les 'marchés publics' sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive.

[…]

d) Les 'marchés publics de services' sont des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services visés à l'annexe II.

[…]

4. La ‘concession de services’ est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu’un marché public de services, à l’exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d’exploiter le service, soit dans ce droit assorti d’un prix.

[…]»

4 L’article 3 de la directive 2004/18 énonce:

«Lorsqu’un pouvoir adjudicateur octroie à une entité autre qu’un tel pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs d’exercer une activité de service public, l’acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que l’entité concernée doit, pour les marchés de fournitures qu’elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.»

5 Aux termes de l’article 7 de ladite directive:

«La présente directive s’applique aux marchés publics […] dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants:

[…]

b) 249 000 EUR:

— pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés à l'annexe IV ['Autorités gouvernementales centrales'],

[…]»

6 Le règlement (CE) nº 2083/2005 de la Commission, du 19 décembre 2005, modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application en matière de procédures de passation des marchés (JO L 333, p. 28), a modifié l'article 7, sous b), de la directive 2004/18, dans sa version résultant du règlement (CE) nº 1874/2004 de la Commission, du 28 octobre 2004 (JO L 326, p. 17), en remplaçant le montant de 236 000 euros par celui de 211 000 euros pour la période allant du 1er janvier 2006 au 1er janvier 2007.

7 Conformément à l'article 2 du règlement (CE) nº 1422/2007 de la Commission, du 4 décembre 2007, modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés (JO L 317, p. 34), ledit montant est passé à 206 000 euros à partir du 1er janvier 2008.

8 L'article 17 de la directive 2004/18 dispose:

«Sans préjudice de l'application des dispositions prévues à l'article 3, la présente directive ne s'applique pas aux concessions de services définies à l'article 1er, paragraphe 4.»

9 Aux termes de l'article 21 de la directive 2004/18:

«La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B est soumise seulement à l'article 23 et à l'article 35, paragraphe 4.»

10 Relèvent de l'annexe II B, catégorie 27, de cette directive les «autres services», à l'exception des contrats d'emploi, d'acquisition, de développement, de production ou de coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des contrats concernant les temps de diffusion.

La directive 2004/17

11 Aux termes de l'article 1er, paragraphes 2 et 3, de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de

passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, p. 1):

«2. […]

b) les 'marchés de travaux' sont des marchés ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe XII ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par l'entité adjudicatrice. Un 'ouvrage' est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique;

c) les 'marchés de fournitures' sont des marchés autres que ceux visés au point b) ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits.

Un marché ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation est considéré comme un 'marché de fourniture';

d) les 'marchés de services' sont des marchés autres que les marchés de travaux ou de fournitures ayant pour objet la prestation de services mentionnés à l'annexe XVII.

Un marché ayant pour objet à la fois des produits et des services visés à l'annexe XVII est considéré comme un 'marché de services' lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.

Un marché ayant pour objet des services visés à l'annexe XVII et ne comportant des activités visées à l'annexe XII qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché de services.

3. a) La 'concession de travaux' est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de travaux à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix;

b) la 'concession de services' est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de services à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.»

12 Conformément à l'article 4 de la directive 2004/17:

«1. La présente directive s'applique aux activités suivantes:

a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, ou

b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

[…]»

13 Aux termes de l'article 9, paragraphe 1, de la même directive:

«Un marché destiné à la poursuite de plusieurs activités suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné.

Toutefois, le choix entre la passation d'un seul marché et la passation de plusieurs marchés séparés ne peut être effectué avec l'objectif de l'exclure du champ d'application de la présente directive ou, le cas échéant, de la directive 2004/18/CE.»

14 L'article 18 de la directive 2004/17 dispose:

«La présente directive n'est pas applicable aux concessions de travaux ou de services qui sont octroyées par des entités adjudicatrices exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités.»

La réglementation nationale

15 Le décret législatif n° 267 portant texte unique des lois sur l'organisation des entités locales (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), du 18 août 2000

(supplément ordinaire à la GURI nº 227, du 28 septembre 2000), tel que modifié par le décret-loi nº 269 portant des dispositions urgentes pour favoriser le développement et pour la correction de la situation des finances publiques (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), du 30 septembre 2003 (supplément ordinaire à la GURI nº 229, du 2 octobre 2003), converti en loi, après modification, par la loi nº 326, du 24 novembre 2003 (supplément ordinaire à la GURI nº 274, du 25 novembre 2003, ci-après le «décret législatif nº 267/2000»), dispose à son article 113, paragraphe 5:

«La prestation du service [d'un service public local par une collectivité territoriale] s'opère selon la réglementation du secteur et dans le respect de la réglementation de l'Union européenne, en attribuant l'exploitation du service:

a) à des sociétés de capitaux sélectionnées au moyen d'une procédure d'appel d'offres;

b) à des sociétés à capital mixte public et privé, dans lesquelles l'associé privé a été choisi au moyen d'une procédure d'appel d'offres public garantissant le respect des dispositions internes et communautaires en matière de concurrence d'après les lignes directrices adoptées par les autorités compétentes dans des actes ou des circulaires spécifiques;

c) à des sociétés à capital entièrement public à condition que la ou les collectivités publiques titulaires du capital social exercent sur la société un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services et que la société réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la contrôlent.»

Le litige au principal et la question préjudicielle

16 Le 10 juillet 2002, la Provincia Regionale di Ragusa (province régionale de Raguse) et les municipalités hybléennes ont conclu une convention de coopération constituant l'Ambito Territoriale Ottimale (cadre territorial optimal, ci-après l'«ATO») idrico di Ragusa (pour l'eau de Raguse), l'autorité locale en charge du service intégré de l'eau de Raguse.

17 Le 26 mars 2004, la Conferenza, l'organe de gestion de l'ATO, a choisi comme forme de gestion du service en question la «société d'économie mixte à capital public majoritaire» visée à l'article 113, paragraphe 5, sous b), du décret législatif n° 267/2000.

18 Le 7 juin 2005, la Conferenza a approuvé les projets d'acte constitutif de la société anonyme à constituer et de ses statuts, ainsi que le projet relatif à la convention sur la gestion dudit service, dont l'article 1er prévoit que le service sera confié directement, à titre exclusif, à la société d'économie mixte à constituer (gestionnaire du service intégré de l'eau).

19 Par la suite, un avis de marché a été publié, notamment, au *Journal officiel des Communautés européennes* du 8 octobre 2005 (JO S 195) en vue de la sélection de l'entreprise, actionnaire privé minoritaire, à laquelle serait confiée l'activité opérationnelle du service intégré de l'eau et l'exécution des travaux connexes à la gestion exclusive de ce service, à savoir les travaux prévus notamment dans le plan opérationnel triennal, approuvé par l'assemblée des maires le 15 décembre 2003.

20 Aux termes de l'article 1er, point 8, du cahier des charges, les «travaux à réaliser sont ceux qui relèvent du plan opérationnel triennal, tel que modifié et/ou complété par l'offre, ainsi que du projet d'information ultérieur prévu dans le plan d'aménagement […]» et «pour l'attribution des travaux qui ne sont pas exécutés directement par

l'actionnaire privé, il faudra recourir aux procédures concurrentielles prévues par la loi.»

21 Trois groupements d'entreprises temporaires ayant pour chefs de file mandataires, respectivement, Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset et Aqualia SpA ont participé à la procédure d'appel d'offres. La commission d'adjudication a exclu Aqualia SpA et admis les deux autres. Le responsable de la procédure a ensuite invité ces dernières à déclarer si leur intérêt persistait. Seule Acoset a donné une réponse positive à ladite invitation.

22 Il ressort encore de la décision de renvoi que la Conferenza, au lieu de prendre acte de l'attribution et de procéder à la constitution de la société mixte de gestion afin de faire démarrer le service en question et de bénéficier des fonds communautaires, a, lors de la session du 26 février 2007, craignant l'illicéité de la procédure suivie au regard du droit communautaire, décidé d'engager des démarches aux fins de l'annulation de la procédure de sélection d'Acoset. En conséquence, le secrétariat technique opérationnel de l'ATO a informé Acoset, par note du 28 février 2007, de l'engagement de la procédure d'annulation et Acoset a présenté des observations à cet égard par note du 26 mars 2007.

23 Le 2 octobre 2007, la Conferenza s'est prononcée en faveur de l'annulation de la procédure d'appel d'offres en question et a adopté comme forme de gestion du service intégré de l'eau de Raguse la forme du consortium. Par note du 9 octobre suivant, l'annulation de la procédure d'appel d'offres a été communiquée à Acoset.

24 Dans le cadre de son recours au principal à l'encontre de la décision du 2 octobre 2007, ainsi que des actes auxquels cette décision se rattache, Acoset demande la reconnaissance d'un droit à indemnisation sous forme d'attribution du marché et d'une indemnisation par équivalent des dommages subis du fait des actes attaqués. Acoset demande également, en référé, la suspension provisoire de ces actes.

25 Selon Acoset, l'attribution directe de la gestion de services publics locaux à des sociétés d'économie mixte conformément à l'article 113, paragraphe 5, sous b), du décret législatif nº 267/2000, dans lesquelles l'associé privé a été choisi au moyen d'une procédure d'appel d'offres respectant les dispositions communautaires en matière de concurrence, est compatible avec le droit communautaire.

26 Les parties défenderesses au principal considèrent en revanche que le droit communautaire n'autorise une telle attribution directe et sans appel d'offres de travaux et de services qu'à des sociétés à participation publique totale, qui réalisent l'essentiel de leur activité avec la ou les collectivités publiques qui les contrôlent et sur lesquelles ces dernières exercent un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services. La participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclurait en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (voir, notamment, arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1).

27 Le Tribunale amministrativo regionale della Sicilia estime que la question de la compatibilité de l'attribution directe du marché en cause au regard du droit communautaire, qui a été soulevée par Acoset, est pertinente et que la réponse à cette question ne peut pas être clairement déduite de la jurisprudence de la Cour.

28 Dans ces conditions, le Tribunale amministrativo regionale della Sicilia a décidé de surseoir à statuer sur la demande de sursis à exécution formulée au principal et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Un modèle de société d'économie mixte constituée spécialement pour la fourniture d'un service public déterminé à caractère industriel et avec un objet social unique, qui est directement attributaire du service en question, dans laquelle l'associé privé de nature 'industrielle' et 'opérationnelle' est sélectionné au moyen d'une procédure concurrentielle, après vérification tant des conditions financières et techniques que des conditions véritablement opérationnelles et de gestion se rapportant au service à

assurer et aux prestations spécifiques à fournir, est-il conforme au droit communautaire, et en particulier aux obligations de transparence et de libre concurrence visées aux articles 43 CE, 49 CE et 86 CE?»

Sur la recevabilité

29 Le gouvernement autrichien observe que la demande de décision préjudicielle doit être déclarée irrecevable au motif que la décision de renvoi ne fournit pas suffisamment d'informations sur le cadre factuel et juridique dans lequel s'inscrit la procédure au principal pour permettre à la Cour de répondre de façon utile à la question préjudicielle. Manqueraient en particulier des informations sur la spécificité de la prestation ou des prestations en cause, sur le contenu de l'appel d'offres et de la procédure d'adjudication, ainsi que sur certaines notions utilisées dans la question posée.

30 S'agissant des informations qui doivent être fournies à la Cour dans le cadre d'une décision de renvoi, il convient de rappeler que ces informations ne servent pas seulement à permettre à la Cour de donner des réponses utiles, mais qu'elles doivent également donner aux gouvernements des États membres ainsi qu'aux autres parties intéressées la possibilité de présenter des observations conformément à l'article 23 du statut de la Cour de justice. Il résulte d'une jurisprudence constante que, à ces fins, il est, d'une part, nécessaire que le juge national définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou que, à tout le moins, il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées. D'autre part, la décision de renvoi doit indiquer les raisons précises qui ont conduit le juge national à s'interroger sur l'interprétation du droit communautaire et à estimer nécessaire de poser des questions préjudicielles à la Cour. Dans ce contexte, il est indispensable que le juge national donne un minimum d'explications sur les raisons du choix des dispositions communautaires dont il demande l'interprétation et sur le lien qu'il établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal (voir, notamment, arrêt du 6 mars 2007, Placanica e.a., C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Rec. p. I-1891, point 34).

31 La décision de renvoi du Tribunale amministrativo regionale della Sicilia satisfait à ces exigences.

32 En effet, la juridiction nationale mentionne les dispositions nationales applicables et la décision de renvoi comporte une description des faits qui, quoique succincte, est suffisante pour permettre à la Cour de statuer. En outre, ladite juridiction indique les raisons qui l'ont amenée à estimer nécessaire de poser une question préjudicielle à la Cour, dans la mesure où elle contient une description détaillée des points de vue opposés défendus par les parties au principal en ce qui concerne l'interprétation des dispositions communautaires qui font l'objet de la question préjudicielle et où, selon la juridiction de renvoi, la réponse à ladite question ne pourrait être clairement déduite de la jurisprudence de la Cour.

33 Par ailleurs, la Conferenza observe que, dans la mesure où la procédure de sélection de l'associé privé en cause au principal a été annulée, Acoset n'a aucun intérêt à agir afin d'obtenir une réponse à la question posée.

34 À cet égard, il suffit de relever que l'article 234 CE a institué une coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales par une procédure étrangère à toute initiative des parties et au cours de laquelle celles-ci sont seulement invitées à se faire entendre par rapport à des questions dont l'initiative revient à la seule juridiction nationale (voir en ce sens, notamment, arrêt du 9 décembre 1965, Singer, 44/65, Rec. p. 1191).

35 Dans ces conditions, il y a lieu d'examiner la question posée par la juridiction de renvoi.

Sur la question préjudicielle

36 Par sa question, la juridiction de renvoi cherche en substance à savoir si les articles 43 CE, 49 CE et 86 CE s'opposent à l'attribution directe d'un service public impliquant la réalisation préalable de certains travaux, tel que celui en cause au principal, à une société à capital mixte, public et privé, spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dans laquelle l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir.

37 À titre liminaire, il y a lieu de relever que l'attribution d'un service public local de gestion intégré de l'eau, tel que celui en cause au principal, pourrait relever, selon les spécificités de la contrepartie de ce service, de la définition des «marchés publics de services» ou de celle d'une «concession de services» au sens, respectivement, de l'article 1er, paragraphes 2, sous d), et 4, de la directive 2004/18, voire, le cas échéant, respectivement, de l'article 1er, paragraphes 2, sous d), et 3, sous b), de la directive 2004/17, dont l'article 4, paragraphe 1, sous a), prévoit que celle-ci s'applique à la mise à disposition ou à l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

38 La question de savoir si une opération doit ou non être qualifiée de «concession de services» ou de «marché public de services» doit s'apprécier exclusivement à l'aune du droit communautaire (voir, notamment, arrêt du 18 juillet 2007, Commission/Italie, C-382/05, Rec. p. I-6657, point 31).

39 La différence entre un marché de services et une concession de services réside dans la contrepartie de la prestation de services (voir, notamment, arrêt du 10 septembre 2009, Eurawasser, C-206/08, Rec. p. I-8377, point 51). «Un marché public de services» au sens des directives 2004/18 et 2004/17 comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services (voir, notamment, arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, point 39). L'on est en

présence d'une concession de services lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit d'exploiter le service et que le prestataire prend en charge le risque lié à l'exploitation des services en question (voir, notamment, arrêt du 13 novembre 2008, Commission/Italie, C-437/07, points 29 et 31, ainsi que Eurawasser, précité, points 59 et 68).

40 La juridiction de renvoi se réfère à la société d'économie mixte à constituer en tant que «concessionnaire» de la gestion du service intégré de l'eau. Il ressort du dossier que la durée de l'opération est fixée à trente ans.

41 De même, le gouvernement italien observe qu'il s'agit de toute évidence de l'attribution d'un service public au moyen de la concession trentenaire dont la principale contrepartie est la possibilité de réclamer aux usagers le tarif de l'eau que la procédure d'appel d'offres mentionne à titre de compensation du service rendu.

42 La Cour part donc de l'hypothèse qu'il s'agit d'une concession.

43 La Cour a reconnu l'existence d'une concession de services, notamment, dans des cas où la rémunération du prestataire provenait de paiements effectués par les usagers d'un parking public, d'un service de transport public et d'un réseau de télédistribution (voir arrêts Parking Brixen, précité, point 40; du 6 avril 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, point 16, et du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Rec. p. I-8457, point 24).

44 L'article 17 de la directive 2004/18 prévoit que, sans préjudice de l'application des dispositions prévues à l'article 3 de celle-ci, cette dernière n'est pas applicable aux concessions de services. De même, l'article 18 de la directive 2004/17 exclut l'application de celle-ci aux concessions de services octroyées par des entités

adjudicatrices exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 de ladite directive, lorsque ces concessions sont accordées pour l'exercice de ces activités.

45 Il est par ailleurs constant que l'exécution des travaux connexes à la gestion exclusive du service intégré de l'eau en cause au principal revêt un caractère accessoire par rapport à l'objet principal de la concession en question consistant dans la fourniture de ce service, en sorte que celle-ci ne saurait être qualifiée de «concession de travaux publics» (voir en ce sens, notamment, arrêt du 19 avril 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Rec. p. I-1329, points 26 à 28, et article 9, paragraphe 1, de la directive 2004/17).

46 Nonobstant le fait que les contrats de concession de services publics sont exclus du champ d'application des directives 2004/18 et 2004/17, les autorités publiques les concluant sont néanmoins tenues de respecter les règles fondamentales du traité CE en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier (voir, notamment, arrêt ANAV, précité, point 18).

47 Les dispositions du traité spécifiquement applicables aux concessions de services publics comprennent notamment les articles 43 CE et 49 CE (voir, notamment, arrêt ANAV, précité, point 19).

48 Outre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires trouve également à s'appliquer aux concessions de services publics, et ce même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité (voir, notamment, arrêt ANAV, précité, point 20).

49 Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de

tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (voir, notamment, arrêt ANAV, précité, point 21).

50 Il résulte en outre de l'article 86, paragraphe 1, CE que les États membres ne doivent pas maintenir en vigueur une législation nationale qui permet l'attribution de concessions de services publics sans mise en concurrence dès lors qu'une telle attribution viole les articles 43 CE ou 49 CE ou encore les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence (voir, notamment, arrêt ANAV, précité, point 23).

51 L'application des règles énoncées aux articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que des principes généraux dont elles constituent l'expression spécifique, serait toutefois exclue si, tout à la fois, le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par l'autorité publique concédante est analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité qui la détient (voir, notamment, arrêt ANAV, précité, point 24). Dans un tel cas, la mise en concurrence n'est pas obligatoire, même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur (voir, notamment, arrêt du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, Rec. p. I-8127, point 36).

52 Cette jurisprudence est pertinente tant pour l'interprétation des directives 2004/18 et 2004/17 que pour celle des articles 43 CE et 49 CE ainsi que des principes généraux dont ils constituent l'expression spécifique (voir, notamment, arrêt Sea, précité, point 37).

53 La participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur concerné exclut que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (voir, notamment, arrêt Sea, précité, point 46).

54 Tel est le cas de la concession en cause au principal, alors que l'associé privé doit souscrire 49 % du capital social de la société à capital mixte attributaire de la concession en question.

55 Dans ces conditions, il importe de déterminer plus précisément si l'attribution du service public en question à la société d'économie mixte sans mise en concurrence spécifique est compatible avec le droit communautaire, dès lors que l'appel d'offres en vue de sélectionner l'associé privé assumant la gestion intégrale du service de l'eau s'est fait dans le respect des articles 43 CE et 49 CE ainsi que des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité de même que de l'obligation de transparence qui en découle.

56 Il ressort de la jurisprudence que l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans mise en concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement, dans la mesure où une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents (arrêts Stadt Halle et RPL Lochau, précité, point 51, ainsi que du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, Rec. p. I-9705, point 48).

57 Par ailleurs, ainsi qu'il est relevé au point 2.1 de la Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) (JO 2008, C 91, p. 4), le fait qu'une entité privée et une entité adjudicatrice coopèrent dans le cadre d'une entité à capital mixte ne peut justifier le non-respect des dispositions relatives aux concessions lors de l'attribution de concessions à cette entité privée ou à l'entité à capital mixte.

58 Toutefois, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 85 de ses conclusions, le recours à une double procédure de mise en concurrence serait difficilement compatible avec l'économie procédurale qui inspire les partenariats public-privé institutionnalisés, tels que celui en cause au principal, dont la mise en place réunit en une seule démarche

le choix d'un partenaire économique privé et l'attribution de la concession à l'entité à capital mixte à créer à cette seule fin.

59 Si l'absence de mise en concurrence dans le cadre de l'attribution de services apparaît inconciliable avec les articles 43 CE et 49 CE et avec les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, la sélection de l'associé privé dans le respect des exigences rappelées aux points 46 à 49 du présent arrêt et le choix des critères de sélection de l'associé privé permettent de remédier à cette situation, dès lors que les candidats doivent établir, outre leur capacité à devenir actionnaire, avant tout leur capacité technique à fournir le service et les avantages économiques et autres découlant de leur offre.

60 Dans la mesure où les critères de sélection de l'associé privé sont fondés non seulement sur les capitaux apportés, mais également sur la capacité technique de cet associé et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations spécifiques à fournir, et que cet associé se voit, comme en l'espèce au principal, confier l'activité opérationnelle du service en question et donc la gestion de celui-ci, l'on peut considérer que la sélection du concessionnaire résulte indirectement de celle dudit associé qui a eu lieu au terme d'une procédure respectant les principes du droit communautaire, en sorte qu'une seconde procédure de mise en concurrence en vue de la sélection du concessionnaire ne se justifierait pas.

61 Le recours, dans une telle situation, à une double procédure de sélection du partenaire privé de la société à capital mixte, d'abord, et d'attribution de la concession à ladite société, ensuite, serait de nature à décourager les entités privées et les autorités publiques de constituer des partenariats public-privé institutionnalisés, tels que celui en cause au principal, en raison de la durée inhérente à la mise en œuvre de telles procédures et de l'incertitude juridique en ce qui concerne l'attribution de la concession au partenaire privé préalablement sélectionné.

62 Il convient de préciser qu'une société à capital mixte, public et privé, comme celle en cause au principal, doit garder le même objet social pendant toute la durée de la

concession et que toute modification substantielle du contrat entraînerait une obligation de mise en concurrence (voir, en ce sens, arrêt du 19 juin 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, point 34).

63 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que les articles 43 CE, 49 CE et 86 CE ne s'opposent pas à l'attribution directe d'un service public impliquant la réalisation préalable de certains travaux, tel que celui en cause au principal, à une société à capital mixte, public et privé, spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dans laquelle l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir, pourvu que la procédure d'appel d'offres en question soit conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement imposés par le traité pour les concessions.

Sur les dépens

64 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (troisième chambre) dit pour droit:

Les articles 43 CE, 49 CE et 86 CE ne s'opposent pas à l'attribution directe d'un service public impliquant la réalisation préalable de certains travaux, tel que celui en cause au principal, à une société à capital mixte, public et privé, spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dans laquelle l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public, après vérification

des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir, pourvu que la procédure d'appel d'offres en question soit conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement imposés par le traité CE pour les concessions.

Signatures