Recueil de la jurisprudence

ORDONNANCE DE LA COUR (neuvième chambre)

6 février 2020 *

« Renvoi préjudiciel – Article 99 du règlement de procédure de la Cour – Marchés publics – Directive 2014/24/UE – Article 12, paragraphe 3 – Législation nationale favorisant la passation de marchés publics au détriment des contrats *in house* – Liberté des États membres quant au choix du mode de prestation de services – Limites – Législation nationale excluant la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de prendre, dans le capital d'un organisme détenu par des pouvoirs adjudicateurs, des participations qui sont insusceptibles de garantir le contrôle de cet organisme ou un pouvoir de blocage »

Dans les affaires jointes C-89/19 à C-91/19,

ayant pour objet trois demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduites par le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie), par décisions du 8 novembre 2018, parvenues à la Cour le 5 février 2019, dans les procédures

Rieco SpA

contre

Comune di Lanciano,

Ecolan SpA (C-89/19),

Comune di Ortona,

Ecolan SpA (C-90/19),

Comune di San Vito Chietino,

Ecolan SpA (C-91/19),

en présence de :

Comune di Ortona (C-89/19),

Comune di Treglio (C-89/19),

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),

LA COUR (neuvième chambre),

composée de M. S. Rodin, président de chambre, MM. D. Šváby (rapporteur) et N. Piçarra, juges,

* Langue de procédure : l'italien.

avocat général : M. M. Campos Sánchez-Bordona,

greffier : M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées :

– pour Rieco SpA, par M^es^ T. Marchese, S. Colombari et A. Ranieri, avvocati,

– pour Ecolan SpA, par M^e^ M. Zoppolato, avvocato,

– pour le Comune di Lanciano, par M^e^ V. Antonucci, avvocato,

– pour le gouvernement estonien, par M^me^ N. Grünberg, en qualité d'agent,

– pour le gouvernement espagnol, par M. S. Jiménez García et M^me^ M. J. García-Valdecasas Dorrego, en qualité d'agents,

– pour le gouvernement lituanien, par M. K. Dieninis et M^me^ R. Butvydytė, en qualité d'agents,

– pour la Commission européenne, par MM. G. Gattinara et P. Ondrůšek ainsi que par M^me^ L. Haasbeek, en qualité d'agents,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de statuer par voie d'ordonnance motivée, conformément à l'article 99 du règlement de procédure de la Cour,

rend la présente

Ordonnance

1 Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation de l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

2 Ces demandes ont été présentées dans le cadre de trois litiges opposant respectivement, premièrement, Rieco SpA au Comune di Lanciano (commune de Lanciano, Italie) et à Ecolan SpA, deuxièmement, Rieco SpA au Comune di Ortona (commune d'Ortona, Italie) et à Ecolan et, troisièmement, Rieco SpA au Comune di San Vito Chietino (commune de San Vito Chietino, Italie) et à Ecolan, au sujet de l'attribution directe à Ecolan du marché portant sur le service de propreté urbaine de ces communes.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

La directive 2014/24

3 Les considérants 1, 5, 31 et 32 de la directive 2014/24 énoncent :

« (1) La passation de marchés publics par les autorités des États membres ou en leur nom doit être conforme aux principes du traité [FUE], notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, des dispositions devraient être élaborées pour coordonner les procédures nationales de passation de marchés afin de garantir que ces principes soient respectés en pratique et que la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence.

[...]

(5) Il convient de rappeler que rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public au sens de la présente directive. La prestation de services fondés sur la législation, la réglementation ou des contrats d'emploi ne devrait pas être concernée. Dans certains États membres, cela pourrait par exemple être le cas pour certains services administratifs et publics, tels que les services exécutifs et législatifs, ou la fourniture de certains services à la population, tels que des services en matière d'affaires étrangères ou de justice ou des services de sécurité sociale obligatoire.

[...]

(31) Il existe une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant au secteur public. La jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne fait l'objet d'interprétations divergentes entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs. Il est dès lors nécessaire de préciser dans quels cas les marchés conclus au sein du secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles relatives à la passation des marchés publics.

Ces précisions devraient s'appuyer sur les principes énoncés dans la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne. La seule circonstance que les deux parties à un accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas en soi l'application des règles relatives à la passation des marchés publics. L'application de ces règles ne devrait toutefois pas interférer avec la liberté des pouvoirs publics d'exercer les missions de service public qui leur sont confiées en utilisant leurs propres ressources, ce qui inclut la possibilité de coopérer avec d'autres pouvoirs publics.

Il convient de veiller à ce qu'aucune coopération public-public ainsi exclue n'entraîne de distorsion de concurrence à l'égard des opérateurs économiques privés dans la mesure où cela place un prestataire de services privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

(32) Les marchés publics attribués à des personnes morales contrôlées ne devraient pas être soumis à l'application des procédures prévues par la présente directive si le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, à condition que la personne morale contrôlée consacre plus de 80 % de ses activités à l'exécution de missions qui lui ont été confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ledit pouvoir adjudicateur, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du marché.

Cette exemption ne devrait pas être étendue aux situations où un opérateur économique privé détient une participation directe dans le capital de la personne morale contrôlée dès lors que, dans de telles circonstances, l'attribution d'un marché public sans recourir à une procédure concurrentielle conférerait à l'opérateur économique privé détenant une participation dans le capital de la personne morale contrôlée un avantage indu par rapport à ses concurrents. Toutefois, eu égard aux caractéristiques particulières des organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics, cette règle ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par une disposition législative nationale en conformité avec les traités, à condition que cette participation ne donne pas une capacité de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée. Il convient en outre de préciser que la participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée constitue le seul élément déterminant. Par conséquent, le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de marchés publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la présente directive étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés.

Il convient également de préciser que les pouvoirs adjudicateurs tels que les organismes de droit public, qui peuvent comporter une participation de capitaux privés, devraient être en mesure de se prévaloir de l'exemption concernant la coopération horizontale. Par conséquent, lorsque toutes les autres conditions relatives à la coopération horizontale sont remplies, l'exemption en la matière devrait également s'appliquer à ces pouvoirs adjudicateurs, dans le cas où le marché est conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs. »

4 Intitulé « Marchés publics passés entre entités appartenant au secteur public », l'article 12 de cette directive dispose :

« 1. Un marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

b) plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ; et

c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

[...]

3. Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public au sens du paragraphe 1 peut néanmoins attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

a) le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;

b) plus de 80 % des activités de cette personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ; et

c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Aux fins du premier alinéa, point a), les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

i) les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;

ii) ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ; et

iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ;

[...] »

Le droit italien

5 La legge n. 221 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese (loi nº 221, portant conversion en loi, avec modifications, du décret-loi du 18 octobre 2012, nº 179, portant d'autres mesures urgentes pour la croissance du pays), du 17 décembre 2012 (supplément ordinaire à la GURI nº 294, du 18 décembre 2012, p. 1), dispose, à son article 34, paragraphe 20 :

« Pour les services publics locaux d'intérêt économique, afin d'assurer le respect du droit européen, l'égalité entre les opérateurs et l'économie de la gestion et afin de garantir une information appropriée aux entités concernées, le contrat de service est attribué sur la base d'un rapport établi à cette fin, publié sur le site Internet de l'entité qui procède à l'attribution ; ce rapport expose les motifs et expose que les conditions prévues par le droit européen pour la forme de l'attribution choisie sont remplies et il définit le contenu précis des obligations de service public et de service universel en indiquant les compensations économiques le cas échéant. »

6 Intitulé « Principes communs en matière d'exclusion pour les concessions, les marchés publics et les accords entre organismes publics et pouvoirs adjudicateurs dans le cadre du secteur public », l'article 5 du decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (décret législatif nº 50, portant code des contrats publics), du 18 avril 2016 (supplément ordinaire à la GURI nº 91, du 19 avril 2016, ci-après le « code des contrats publics »), prévoit, à ses paragraphes 4 et 5 :

« 4. Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut attribuer un marché public ou une concession sans appliquer le présent code si les conditions prévues au paragraphe 1 [qui définit le cadre général des attributions *in house*] sont remplies, y compris en cas de contrôle conjoint.

5. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices exercent sur une personne morale un contrôle conjoint lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies :

a) les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices participants. Des représentants individuels peuvent représenter tous les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices ou plusieurs d'entre eux ;

b) ces pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices sont en mesure d'exercer conjointement une influence déterminante sur les objectifs stratégiques et sur les décisions significatives de cette personne morale ;

c) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui la contrôlent. »

7 Intitulé « Régime spécial des attributions *in house*», l'article 192, paragraphe 2, de ce code dispose :

« Aux fins de l'attribution *in house* d'un contrat ayant pour objet des services disponibles sur le marché dans un contexte de concurrence, les pouvoirs adjudicateurs procèdent préalablement à une évaluation de l'opportunité économique de l'offre des entités *in house,* eu égard à l'objet et à la valeur de la prestation, et rendent compte dans la motivation de la décision d'attribution des raisons pour lesquelles il n'est pas recouru au marché, ainsi que des avantages pour la collectivité du mode de gestion retenu, y compris par référence aux objectifs d'universalité et de socialité, d'efficience, d'économie et de qualité du service, ainsi que d'emploi optimal des ressources publiques. »

8 Le decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (décret législatif nº 175, portant texte unique en matière de sociétés à participation publique), du 19 août 2016 (GURI nº 210, du 8 septembre 2016, ci-après le « décret législatif nº 175/2016 »), dispose à son article 4, qui s'intitule « Objectifs pouvant être poursuivis à travers l'acquisition et la gestion de participations publiques » :

« 1. Les administrations ne peuvent pas, directement ou indirectement, constituer des sociétés ayant pour objet des activités de production de biens et de services qui ne sont pas strictement nécessaires à la poursuite de leurs finalités institutionnelles, ni acquérir ou conserver des participations, même minoritaires, dans de telles sociétés.

2. Dans les limites mentionnées au paragraphe 1, les administrations peuvent, directement ou indirectement, constituer des sociétés ou acquérir ou conserver des participations dans des sociétés, aux seules fins de la réalisation des activités ci-après indiquées :

a) production d'un service d'intérêt général, y compris la réalisation et la gestion des réseaux et des équipements servant auxdits services ;

[...]

4. Les sociétés *in house* ont pour objet social exclusif une ou plusieurs des activités visées au point a) [...] du paragraphe 2. Sous réserve de ce qui est prévu à l'article 16, ces sociétés travaillent de façon prépondérante avec les entités qui les constituent, participent à leur capital ou décident [des attributions]. »

9 Intitulé « Sociétés *in house*», l'article 16 de ce décret législatif dispose :

« 1. Les sociétés *in house* ne reçoivent des attributions directes de marchés publics de la part des administrations exerçant sur elles le contrôle analogue, ou de chacune des administrations exerçant sur elles le contrôle analogue conjoint, que s'il n'y a pas de participation de capitaux privés, à l'exception de celle prescrite par des règles légales et prenant une forme qui n'implique pas de contrôle ou pouvoir de blocage, ni l'exercice d'une influence déterminante sur la société contrôlée.

[...]

7. Les sociétés visées au présent article sont tenues d'acquérir les travaux, biens et services conformément aux règles prescrites dans le [code des contrats publics] – sans préjudice de ce que prévoient les articles 5 et 192 [de ce code]. »

Les litiges au principal et les questions préjudicielles

L'affaire C-89/19

10 Ecolan, qui a pour activité l'élimination des déchets urbains, est une société *in house* dont le capital est entièrement détenu par 53 collectivités publiques de la province de Chieti (Italie), au nombre desquelles la commune de Lanciano qui participe à ce capital à hauteur de 21,69 %.

11 En sa qualité d'opérateur économique intéressé par l'obtention du marché de la gestion du service de propreté urbaine de la commune de Lanciano, Rieco a saisi le Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (tribunal administratif régional des Abruzzes, Italie) d'un recours tendant à l'annulation de divers actes, dont la délibération du conseil municipal de Lanciano du 29 mai 2017 (ci-après la « délibération litigieuse ») attribuant directement à Ecolan le marché portant sur le service d'hygiène, y compris sur la gestion des centres de collecte et de réutilisation des déchets.

12 Rieco a soutenu que l'attribution directe à Ecolan du marché portant sur le service de propreté urbaine de la commune de Lanciano méconnaissait les conditions d'attribution *in house* ou en régime de contrôle analogue conjoint.

13 Par un jugement du 12 janvier 2018, le Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (tribunal administratif régional des Abruzzes) a rejeté le recours de Rieco, laquelle a interjeté appel de ce jugement devant le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie).

14 En premier lieu, Rieco reproche au Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (tribunal administratif régional des Abruzzes) d'avoir violé l'article 192, paragraphe 2, du code des contrats publics en ne sanctionnant pas l'absence, dans la délibération litigieuse, d'évaluation effective de l'opportunité de recourir à une attribution *in house* et non pas à une passation de marché public avec appel d'offres, avant de procéder à l'attribution directe du marché en cause au principal.

15 Le Consiglio di Stato (Conseil d'État) estime, de prime abord, que la délibération litigieuse méconnaît l'article 192, paragraphe 2, du code des contrats publics, qui est également applicable à Ecolan en vertu de l'article 16, paragraphe 7, du décret législatif nº 175/2016, en ce qu'elle n'expose pas correctement les motifs justifiant le recours à l'attribution *in house*. En effet, l'article 192,

paragraphe 2, du code des contrats publics imposerait de subordonner l'attribution *in house* de services disponibles sur le marché à une double condition qui n'est pas requise dans le cas des autres modes d'attribution des mêmes services, notamment l'appel d'offres et les autres formes de coopération horizontale entre administrations. Premièrement, le pouvoir adjudicateur serait tenu de justifier les circonstances qui ont conduit à l'exclusion du recours à la passation d'un marché public. Cette condition découlerait du caractère désormais secondaire et résiduel de l'attribution *in house,* à laquelle il ne pourrait être recouru qu'à condition de démontrer, d'une part, une « défaillance du marché » pertinent tenant à des manquements prévisibles aux « objectifs d'universalité et de socialité, d'économie et de qualité du service, ainsi que d'emploi optimal des ressources publiques » et, d'autre part, que l'entité *in house* remédierait à cette défaillance. Deuxièmement, le pouvoir adjudicateur devrait indiquer les avantages qu'il retirerait de l'attribution *in house* alors qu'une telle démonstration ne serait pas nécessaire en cas de recours à la passation d'un marché public.

16 En outre, afin de restreindre encore davantage les exceptions à la règle de l'adjudication publique, un arrêt rendu le 17 novembre 2010 par la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle, Italie) permettrait au législateur italien de prévoir des « limitations à l'attribution directe plus étendues que celles prévues par le droit [de l'Union] ». Dans un arrêt du 20 mars 2013, cette même juridiction aurait également jugé que l'attribution par la voie de la délégation interorganique constitue « une exception par rapport à la règle générale de l'attribution à des tiers au moyen de la passation de marchés publics ».

17 Le Consiglio di Stato (Conseil d'État) doute que cette orientation restrictive, qui a cours depuis plus de dix ans en Italie à l'égard des attributions *in house,* soit compatible avec le droit de l'Union, en particulier avec le principe de liberté d'organisation des administrations énoncé à l'article 2 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession (JO 2014, L 94, p. 1). À cet égard, les principes de liberté et d'autodétermination des personnes publiques, d'une part, et le principe de la pleine ouverture des procédures d'appel d'offres publiques et des concessions à la concurrence du marché, d'autre part, pourraient entrer en conflit.

18 Si l'on admettait que l'attribution *in house* est par nature une des formes caractéristiques d'internalisation et d'autoproduction, cette attribution représenterait non pas une exception résiduelle, mais une option de base au même titre que l'attribution à des tiers au moyen de la passation de marchés publics avec appels d'offres. Il s'ensuivrait que l'attribution d'un marché par voie d'appel d'offres ne devrait dès lors bénéficier d'aucune préférence a priori.

19 La juridiction de renvoi estime que, en droit de l'Union, les attributions *in house* n'occupent pas une position subalterne par rapport aux attributions par la passation de marchés publics. Au contraire, elles représenteraient une sorte d'antécédent logique dans tout choix de l'administration quant à l'autoproduction ou à l'externalisation des services qui sont de son ressort, une administration ne pouvant procéder à l'externalisation de l'approvisionnement en biens, en services ou en fournitures qu'une fois que la voie interne de l'autoproduction ou de l'internalisation s'est avérée ne pas être viable ou ne pas pouvoir être utilement employée.

20 Le principe de libre administration par les pouvoirs publics devrait, par conséquent, revêtir une valeur générale, ce qui exclurait l'introduction de dispositions visant à reconnaître à l'un des modes d'attribution des services d'intérêt général des administrations, tel que l'attribution *in house,* un rôle juridiquement subordonné par rapport aux autres.

21 En second lieu, Rieco fait grief au Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (tribunal administratif régional des Abruzzes) de ne pas avoir pris en considération les conditions édictées par le droit italien en ce qui concerne la participation au capital social d'Ecolan de personnes publiques n'exerçant pas sur Ecolan un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services.

22 À cet égard, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) indique que les statuts d'Ecolan prévoient deux catégories d'actionnaires, à savoir, d'une part, les « actionnaires décideurs » qui exercent le contrôle analogue conjoint sur Ecolan et peuvent, par conséquent, réaliser des attributions directes en sa faveur et, d'autre part, les « actionnaires non décideurs » qui participent au capital d'Ecolan dans la perspective de procéder à des attributions directes en sa faveur à l'avenir, sans pouvoir le faire dans l'immédiat, et qui, jusqu'à ce moment, sont dépourvus de pouvoirs de gestion ou de veto affectant le fonctionnement interne d'Ecolan et n'exercent donc pas de contrôle analogue conjoint.

23 Or, le fait qu'Ecolan n'a la qualité d'entité *in house* qu'à l'égard des actionnaires décideurs ne serait pas contraire au droit de l'Union. En effet, le contrôle analogue conjoint, au sens de l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24, ne devrait pas être écarté du seul fait que des pouvoirs adjudicateurs qui n'exercent pas de contrôle ou de pouvoir de blocage et ne procèdent pas à des attributions directes participent au capital d'une société à participations multiples.

24 La juridiction de renvoi estime qu'un pouvoir adjudicateur non décideur devrait pouvoir décider ultérieurement d'acquérir le contrôle analogue conjoint et de procéder à l'attribution directe de marchés de services en faveur d'Ecolan.

25 Or, cette hypothèse serait exclue par l'article 4, paragraphe 1, du décret législatif nº 175/2016, lorsque l'acquisition du contrôle analogue conjoint et l'attribution directe n'interviennent pas immédiatement mais sont seulement envisagées.

26 C'est dans ce contexte que le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Le droit de l'Union [...] (et plus particulièrement le principe de libre administration des autorités publiques et le principe d'équivalence substantielle des divers modes d'attribution et de gestion des services relevant des administrations) fait-il obstacle à une réglementation nationale (telle que celle de l'article 192, paragraphe 2, du code des [contrats] publics [...]) qui place les attributions *in house* sur un plan subordonné et exceptionnel par rapport aux attributions par la passation de marchés publics : i) en n'autorisant ces attributions que dans le cas où la défaillance du marché pertinent est démontrée, et ii) en imposant en tout état de cause à l'administration qui entend réaliser une attribution sous le régime de la délégation interorganique de fournir une motivation spécifique quant aux avantages qui sont, pour la collectivité, liés à ce mode d'attribution ?

2) Le droit de l'Union [...] (et en particulier l'article 12, paragraphe 3, de la directive [2014/24] en matière d'attribution *in house* en régime de contrôle analogue conjoint entre plusieurs administrations) fait-il obstacle à une réglementation nationale (telle que celle de l'article 4, paragraphe 1, du [...] décret législatif nº [175/2016]) qui empêche une administration d'acheter dans un organisme dont les actionnaires sont d'autres administrations des participations au capital (en tout état de cause insusceptibles de garantir le contrôle ou un pouvoir de blocage) lorsque ladite administration entend néanmoins acquérir plus tard une position de contrôle conjoint et donc la possibilité de procéder à des attributions directes en faveur de l'organisme dont le capital est détenu par plusieurs administrations ? »

Les affaires C-90/19 et C-91/19

27 Il ressort des décisions de renvoi dans les affaires C-89/19 à C-91/19 que les contextes factuels et juridiques des affaires au principal dans les affaires C-90/19 et C-91/19 sont analogues à ceux de l'affaire au principal dans l'affaire C-89/19 et que les questions posées par la juridiction de renvoi dans les affaires C-90/19 et C-91/19 sont identiques à celles posées dans l'affaire C-89/19.

Sur les questions préjudicielles

28 En vertu de l'article 99 du règlement de procédure de la Cour, lorsque la réponse à une question posée à titre préjudiciel peut être clairement déduite de la jurisprudence ou lorsque la réponse à une telle question ne laisse place à aucun doute raisonnable, la Cour peut, à tout moment, sur proposition du juge rapporteur, l'avocat général entendu, décider de statuer par voie d'ordonnance motivée.

29 Il y a lieu de faire application de cette disposition dans le cadre des présentes affaires.

Sur la première question

30 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui subordonne la conclusion d'une opération interne, également dénommée « contrat *in house* », à l'impossibilité de passer un marché public et, en tout état de cause, à la démonstration par le pouvoir adjudicateur des avantages spécifiquement liés, pour la collectivité, au recours à l'opération interne.

31 Ainsi que la Cour l'a relevé dans l'arrêt du 3 octobre 2019, Irgita (C-285/18, ci-après l'« arrêt Irgita », EU:C:2019:829, point 41), la directive 2014/24 a pour objet, comme l'énonce son considérant 1, de coordonner les procédures nationales de passation de marchés dépassant un certain montant.

32 Il ressort du point 43 de l'arrêt Irgita que l'article 12, paragraphe 1, de cette directive, relatif aux opérations internes, qui se limite ainsi à préciser les conditions qu'un pouvoir adjudicateur doit respecter lorsqu'il souhaite conclure une opération interne, a seulement pour effet d'habiliter les États membres à exclure une telle opération du champ d'application de la directive 2014/24.

33 Cette disposition ne saurait, par conséquent, priver les États membres de la liberté de privilégier un mode de prestation de services, d'exécution de travaux ou d'approvisionnement en fournitures au détriment des autres. En effet, cette liberté implique un choix qui s'effectue à un stade antérieur à celui de la passation d'un marché et qui ne saurait, dès lors, relever du champ d'application de la directive 2014/24 (arrêt Irgita, point 44).

34 La liberté des États membres quant au choix du mode de prestation de services par lequel les pouvoirs adjudicateurs pourvoiront à leurs propres besoins découle également du considérant 5 de la directive 2014/24, qui énonce que « rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public au sens de la présente directive », consacrant, en cela, la jurisprudence de la Cour antérieure à ladite directive (arrêt Irgita, point 45).

35 Ainsi, de même que la directive 2014/24 n'oblige pas les États membres à recourir à une procédure de passation de marché public, elle ne saurait les contraindre à recourir à une opération interne lorsque les conditions prévues à l'article 12, paragraphe 1, sont remplies (arrêt Irgita, point 46).

36 D'ailleurs, ainsi que la Cour l'a relevé au point 47 de l'arrêt Irgita, la liberté ainsi laissée aux États membres est plus nettement mise en lumière à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2014/23, aux termes duquel :

« La présente directive reconnaît le principe de libre administration par les autorités nationales, régionales et locales, conformément au droit national et de l'Union. Ces autorités sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la

prestation de services, pour assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics.

Les autorités peuvent choisir d'exécuter leurs missions d'intérêt public en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités, ou de déléguer ces missions à des opérateurs économiques. »

37 La liberté dont disposent les États membres quant au choix du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services ne saurait toutefois être illimitée. Elle doit, au contraire, s'exercer dans le respect des règles fondamentales du traité FUE, notamment de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que des principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence (arrêt Irgita, point 48).

38 En conséquence, la Cour a relevé, au point 50 de l'arrêt Irgita, que l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle nationale par laquelle un État membre subordonne la conclusion d'une opération interne, notamment, à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité, tant que le choix exprimé en faveur d'un mode de prestation de services en particulier, et effectué à un stade antérieur à celui de la passation de marché public, respecte les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence.

39 Certes, dans l'arrêt Irgita, la Cour a interprété les dispositions de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 et non pas celles de l'article 12, paragraphe 3, de cette directive.

40 Néanmoins, il ressort du libellé de ces dispositions que la seule différence entre l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 et l'article 12, paragraphe 3, de cette directive réside dans le fait que, dans le cadre de la première de ces dispositions, le pouvoir adjudicateur contrôle, à lui seul, l'entité *in house* alors que, dans le cadre de la seconde de ces dispositions, cette entité est contrôlée conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

41 Dans ces conditions, la liberté des États membres quant au choix du mode de prestation de services par lequel les pouvoirs adjudicateurs pourvoiront à leurs propres besoins les autorise à subordonner la conclusion d'une opération interne à l'impossibilité de passer un marché public et, en tout état de cause, à la démonstration par le pouvoir adjudicateur des avantages spécifiquement liés, pour la collectivité, au recours à l'opération interne.

42 Il convient donc de répondre à la première question que l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui subordonne la conclusion d'une opération interne, également désignée « contrat *in house* », à l'impossibilité de passer un marché public et, en tout état de cause, à la démonstration par le pouvoir adjudicateur des avantages spécifiquement liés, pour la collectivité, au recours à l'opération interne.

Sur la seconde question

43 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui empêche un pouvoir adjudicateur d'acquérir des participations au capital d'une entité dont les actionnaires sont d'autres pouvoirs adjudicateurs lorsque ces participations sont insusceptibles de garantir le contrôle ou un pouvoir de blocage et lorsque ledit pouvoir adjudicateur entend acquérir

ultérieurement une position de contrôle conjoint et, par conséquent, la possibilité de procéder à des attributions directes de marchés en faveur de cette entité dont le capital est détenu par plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

44 Ainsi que cela ressort de son libellé, l'article 12, paragraphe 3, sous a) à c), de la directive 2014/24 a pour objet de préciser les conditions auxquelles un pouvoir adjudicateur qui exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public au sens de l'article 12, paragraphe 1, de cette directive peut attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer la présente directive.

45 L'exclusion des règles de passation des marchés publics prévue à l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24 est ainsi, conformément au point a) de cette disposition, subordonnée à la condition qu'un pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services.

46 Il s'ensuit que l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24 ne prévoit aucune exigence relative aux conditions dans lesquelles une administration acquiert dans une société, dont les actionnaires sont d'autres administrations, des participations au capital.

47 Il y a donc lieu de répondre à la seconde question que l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui empêche un pouvoir adjudicateur d'acquérir des participations au capital d'une entité dont les actionnaires sont d'autres pouvoirs adjudicateurs lorsque ces participations sont insusceptibles de garantir le contrôle ou un pouvoir de blocage et lorsque ledit pouvoir adjudicateur entend acquérir ultérieurement une position de contrôle conjoint et, par conséquent, la possibilité de procéder à des attributions directes de marchés en faveur de cette entité dont le capital est détenu par plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

Sur les dépens

48 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 (neuvième chambre) dit pour droit :

1) **L'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui subordonne la conclusion d'une opération interne, également désignée « contrat in house », à l'impossibilité de passer un marché public et, en tout état de cause, à la démonstration par le pouvoir adjudicateur des avantages spécifiquement liés, pour la collectivité, au recours à l'opération interne.**

2) **L'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui empêche un pouvoir adjudicateur d'acquérir des participations au capital d'une entité dont les actionnaires sont d'autres pouvoirs adjudicateurs lorsque ces participations sont insusceptibles de garantir le contrôle ou un pouvoir de blocage et lorsque ledit pouvoir adjudicateur entend acquérir ultérieurement une position de contrôle conjoint et, par conséquent, la possibilité de procéder à des attributions directes de marchés en faveur de cette entité dont le capital est détenu par plusieurs pouvoirs adjudicateurs.**

Signatures