

Affaire C-332/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

22 juillet 2020

Juridiction de renvoi :

Consiglio di Stato (Italia)

Date de la décision de renvoi :

13 février 2020

Parties requérantes :

Roma Multiservizi spa

Rekeep spa

Parties défenderesses :

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

[OMISSIS]



RÉPUBLIQUE ITALIENNE

Le Consiglio di Stato (Conseil d'État)

siégeant au contentieux (cinquième chambre)

a rendu la présente

ORDONNANCE

sur l'appel [OMISSIS] n° 5663 de 2019, interjeté par

Roma Multiservizi s.p.a., en son nom propre et en qualité de chef de file mandataire du groupement temporaire d'entreprises en cours de constitution avec Rekeep s.p.a., [omissis]

contre

Roma Capitale, en la personne de son maire [omissis]

Autorità garante della concorrenza e del mercato, [omissis]

en présence de

[Or. 2]

Autorità Nazionale Anticorruzione, Corte dei Conti - Procura Regionale per il Lazio, [omissis]

partie intervenante :

au soutien de la partie défenderesse :

C.N. S. - Consorzio Nazionale Servizi soc. coop., [omissis]

Sur l'appel [omissis] n° 6020 del 2019, interjeté par

Rekeep s.p.a., [omissis]

contre

Roma Capitale, en la personne de son maire [omissis]

en présence de

Autorità Nazionale Anticorruzione, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Corte dei Conti - Procura Regionale per il Lazio, [omissis]

partie intervenante :

au soutien de la partie défenderesse :

C.N. S. - Consorzio Nazionale Servizi soc. coop., [omissis]

[Or. 3]

tendant à la réformation

en ce qui concerne l'appel n° 5663 de 2019 :

du jugement n° 7893/2019 [omissis] rendu entre les parties par le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Lazio) (deuxième chambre) ;

en ce qui concerne l'appel n° 6020 de 2019 :

tendant à la réformation du jugement n° 7891/2019 [omissis] rendu entre les parties par le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Lazio) (deuxième chambre) ;

[omissis] [Procédure]

I. LES FAITS

I.1. Par décision n° 99, du 31 juillet 2018, portant « *nouvelles orientations relatives à l'appel d'offres à double objet en vue de la sélection d'un associé privé et de l'attribution du service scolaire intégré relevant de la compétence de Roma Capitale à une société par actions mixte publique-privée* », le conseil municipal de Roma Capitale a estimé que le meilleur modèle opérationnel pour la gestion dudit service était la société mixte publique-privée visée à l'article 17 du décret législatif n° 175, du 19 août 2006, tel que modifié, et a fixé à 51 % la participation de Roma Capitale et à 49 % celle de l'associé privé, en décidant que celui-ci supporterait intégralement le risque opérationnel.

I.2. À la procédure ouverte organisée par la suite (d'un montant total de 277 479 616,21 euros, dont le montant de 553.851,53 euros [omissis] [Or. 4] [omissis], à attribuer selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse) a participé, notamment, le groupement en cours de constitution par Roma Multiservizi s.p.a. et Rekeep s.p.a., cette dernière étant une société par actions unipersonnelle.

Pour ce qui importe en l'espèce, la lex specialis de l'appel d'offres fixait de manière précise les limites de la participation de l'actionnaire public (51 %) et de l'actionnaire privé (49 %) dans la société mixte publique-privée en voie de constitution [omissis].

Le groupement devant être constitué par Roma Multiservizi s.p.a. et Rekeep s.p.a. a été exclu par décision n° 435 du 1^{er} mars 2019, au motif que Roma Multiservizi s.p.a. était détenue à 51 % par AMA s.p.a., dont le capital est entièrement détenu par Roma Capitale, de sorte que cette dernière aurait fini par détenir dans la société publique-privée une participation effective de 73,5 %, excédant ainsi la limite de 51 % fixée dans le dossier de l'appel d'offres (et notamment dans la décision n° 99 susmentionnée du 31 juillet 2018).

II. LA PROCÉDURE EN PREMIÈRE INSTANCE

II.1. Par deux recours distincts Roma Multiservizi s.p.a. et Rekeep s.p.a. ont demandé l'annulation de la décision d'exclusion susmentionnée devant le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Lazio).

II.2. Roma Multiservizi s.p.a. a soutenu que la décision litigieuse était entachée d'illégalité en soulevant les moyens suivants : 1) *violation et application erronée de l'article 17 du décret législatif n° 175/2016 – violation et application erronée des articles 5, paragraphe 9, 3 et 180 du décret législatif n° 50/2016 – dénaturation des conditions de droit et défaut grave d'instruction* ; 2) *violation et application erronée de l'ensemble des actes de la lex specialis et de la décision n° 99/2018 de conseil municipal de Rome – violation du principe d'exhaustivité des causes d'exclusion prévu à l'article 83 du code des marchés publics et de l'obligation de clare loqui* ; violation et application erronée de l'article 41 de la constitution italienne ; 3) *excès de pouvoir par détournement de pouvoir – défaut de logique, caractère contradictoire manifeste, dénaturation des conditions et défaut d'instruction* ; 4) *violation et application erronée de l'article 80, paragraphe 5, sous [Or. 5] c) du décret législatif n° 50/2016 – défaut absolu de motivation.*

À titre subsidiaire, Roma Multiservizi s.p.a. a en outre conclu à la nécessité de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande de décision préjudicielle portant sur l'interprétation correcte de la réglementation nationale régissant la procédure de sélection de l'associé privé d'une société mixte publique-privée en cours de constitution [omissis]. [question interne de droit constitutionnel]

II.3. Rekeep s.p.a. a soulevé les moyens suivants : [omissis] [moyens similaires]

Rekeep s.p.a. a également conclu, à titre subsidiaire, au renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne de la question soulevée dans la requête, en substance identique à celle soulevée par Roma Multiservizi.

II.4. Ayant entendu Roma Capitale en sa qualité de partie défenderesse, qui a conclu au rejet des recours, le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Lazio) a, par jugements n° 7891 (rendu dans le cadre du recours de Rekeep) et n° 7893 (rendue dans le cadre du recours de Roma Multiservizi) du 18 juin 2019, identiques dans leur contenu, rejeté lesdits recours en estimant qu'ils étaient dénués de fondement.

Le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Lazio) s'est fondé sur les considérations suivantes :

- en ce qui concernait les limites de participation dans la nouvelle société mixte (détenue à 51 % par Roma Capitale et à 49 % par [Or. 6] l'associé privé), seule devait être prise en compte la relation directe entre l'associé privé et la

- commune en question, sans tenir compte de la participation indirecte détenue par Roma Capitale dans Roma Multiservizi s.p.a. par l'intermédiaire d'AMA ;
- la légalité du choix de Roma Capitale de limiter à 51 % sa propre participation dans la nouvelle société mixte publique-privée ne faisait aucun doute ;
 - l'on ne pouvait contester la légalité de l'exclusion de l'appel d'offres prononcée en conséquence, d'un soumissionnaire qui, en tant qu'éventuel futur associé et exploitant, comptait déjà dans son actionnariat, ainsi qu'il ressort de sa structure sociale, le pouvoir adjudicateur lui-même qui en détenait une participation significative de sorte que, de fait, le plafond de 51 % de la participation publique (de Roma Capitale) dans la nouvelle société mixte en voie de constitution serait effectivement dépassé ;
 - une telle exclusion ne constituait pas non plus une violation des principes d'exhaustivité des clauses d'exclusion, d'égalité de traitement et de transparence, pas plus qu'elle n'était symptomatique d'un excès de pouvoir au regard des modalités concrètes de déroulement de la procédure d'appel d'offres et des décisions prises dans le cadre de celle-ci.

III. L'INSTANCE D'APPEL

III.1. Par deux appels distincts Roma Multiservizi s.p.a. et Rekeep s.p.a. ont demandé la réformation des décisions les concernant respectivement, en invoquant le caractère erroné et injuste de celles-ci.

III.1.1. En particulier, Roma Multiservizi a invoqué : 1) *l'erreur dont est entaché le jugement attaqué en raison d'une application erronée du principe d'exhaustivité des causes d'exclusion prévu à l'article 83, paragraphe 8, du code des marchés publics – application erronée des articles 5, paragraphe 9, 3 et 180 du décret législatif n° 50/2016 ainsi que de l'article 17 du décret législatif n° 175/2016 – absence de prise en compte de l'obligation de clare loqui – caractère contradictoire manifeste des motifs – violation des principes de transparence, d'égalité de traitement et de pleine concurrence ; 2) en particulier : l'erreur dont est entaché le jugement en raison de l'application erronée des articles 1338, 1343, 1362, 1366, 1369 et 1370 du code civil italien ; 3) l'erreur dont est entaché le jugement, en tant que le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Lazio) n'a pas statué sur un point décisif du litige et, en tout [Or. 7] état de cause, qu'il a omis d'apprécier le moyen tiré de l'excès de pouvoir par détournement de pouvoir et par défaut de logique manifeste invoqué en première instance ou, à tout le moins, qu'il a commis une erreur d'appréciation à cet égard ; 4) l'erreur dont est entaché le jugement en raison de la dénaturation des éléments de preuve et de l'absence d'examen plus approfondi d'un aspect considéré comme essentiel dans la motivation même.*

En résumé, la partie appelante a fait valoir que :

a) en prévoyant la constitution d'une nouvelle société mixte publique-privée, détenue à 51 % par Roma Capitale et à 49 % par des personnes privées, l'appel d'offres n'aurait opéré, en ce qui concerne ces derniers, aucune discrimination entre associé exploitant et associé financier et n'aurait pas énoncé également l'interdiction expresse d'une participation publique indirecte (en l'occurrence par l'intermédiaire d'AMA s.p.a.) aux fins du plafond de 49 %;

b) la décision d'exclusion aurait, en tout état de cause, été entachée d'une violation du principe de l'exhaustivité des clauses d'exclusion et de l'obligation de *clare loqui* ;

c) les motifs pour lesquels le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Lazio) a rejeté les griefs soulevés en première instance seraient le résultat d'une interprétation finaliste inadmissible des actes de l'appel d'offres (la *lex specialis* et la décision d'exclusion) en contradiction parfaite avec le principe fondamental de l'interprétation littérale ;

d) la préoccupation liée au dépassement du plafond de 51 % de la participation de Roma Capitale dans la nouvelle société et du risque accru qui en résulte (en raison de la part plus importante du capital public concerné) serait dénuée de fondement quant au risque dit de demande insuffisante (eu égard à la particularité du service que la nouvelle société devait fournir, à savoir le service scolaire intégré) et ne serait pas étayée par un examen et une évaluation nécessaires du risque éventuel découlant de l'augmentation des dépenses de personnel.

La partie appelante a également réitéré sa demande que le litige fasse l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne [omissis] **[Or. 8]**[omissis]. [question en substance semblable à la question préjudicielle posée par la juridiction de renvoi]

III.1.2. Rekeep s.p.a. a, pour sa part, fait valoir les moyens suivants : [omissis] [moyens similaires]

Elle a également conclu à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne [omissis] **[Or. 9]** [omissis] [question en substance semblable à la question préjudicielle posée par la juridiction de renvoi]

[omissis] [procédure et jonction des affaires internes]

IV. LA QUESTION LITIGIEUSE

IV.1. Comme exposé précédemment, Roma Capitale a organisé un appel d'offres à double objet à des fins de sélection d'un associé privé et d'attribution du service scolaire intégré relevant de la compétence de Roma Capitale à une société par actions mixte publique-privée **[Or. 10]**, en fixant à 51 % la participation de Roma Capitale et à 49 % celle de l'associé privé et en prévoyant que ce dernier supporterait l'intégralité du risque opérationnel.

IV.2. Étant donné que la légalité des limites susmentionnées de participation publique (51 %) et de participation privée (49 %) n'a pas été contestée (par les parties requérantes/appelantes), le litige porte sur la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur qui, aux fins du respect du plafond de 51 % de sa participation dans la nouvelle société qui devait être constituée, a estimé qu'il y avait lieu de tenir compte de sa propre participation à 100 % dans AMA s.p.a., cette dernière détenant elle-même 51 % de Roma Multiservizi s.p.a., laquelle a participé, sous la forme d'une association temporaire d'entreprises constituée avec Rekeep s.p.a., à la procédure d'appel d'offres en cause et qui, pour cette raison, a exclu ladite association de l'appel d'offres, puisque de la sorte (autrement dit compte tenu de cette participation directe et indirecte) la participation de Roma Capitale dans la nouvelle société mixte publique-privée en voie de constitution aurait dépassé la limite fixée à 51 % (puisqu'elle aurait atteint les 73,5 %).

V. LA RÉGLEMENTATION NATIONALE PERTINENTE

V.1. La réglementation en matière de sociétés mixtes publiques-privées est régie par le décret législatif n° 175, du 19 août 2016 (« *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* », « *texte unique en matière de sociétés à participation publique* »).

V.1. L'article 4 de ce décret législatif prévoit que les objectifs poursuivis par les administrations publiques lorsqu'elles ont recours à la constitution de sociétés dans lesquelles elles détiennent une participation sont soumis à une « double contrainte d'objet » : d'une part, il doit s'agir de sociétés ayant pour objet des activités strictement nécessaires à la poursuite des objectifs institutionnels de l'administration concernée ; d'autre part, les activités à accomplir doivent relever de celles expressément visées au paragraphe 2 dudit article, à savoir : a) la production d'un service d'intérêt général, y compris la réalisation et la gestion des réseaux et des installations servant auxdits services ; b) la conception et réalisation d'un ouvrage public sur la base d'un accord de programme entre administrations publiques, au sens de l'article 193 du décret législatif n° 50 de 2016 ; c) la réalisation et la gestion d'un ouvrage public ou l'organisation et la gestion [Or. 11] d'un service d'intérêt général par la voie d'un contrat de partenariat visé à l'article 180 du décret législatif n° 50 de 2016, avec un entrepreneur sélectionné selon les modalités prévues à l'article 17, paragraphes 1 et 2 ; [omissis] [autres hypothèses non pertinentes en l'espèce]

V.2. L'article 7, paragraphe 5, exige que les associés privés soient préalablement sélectionnés par une procédure de passation de marché public, conformément à l'article 5, paragraphe 9, du décret législatif n° 50, du 18 avril 2016 (*code des marchés publics*), tandis que l'article 17, paragraphe 2, dispose que « [l]'associé privé doit satisfaire aux conditions de qualification prévues par des dispositions légales ou réglementaires en rapport avec la prestation pour laquelle la société a

été constituée », conditions de qualification (générales et spéciales, à caractère technique et économique-financier) qui doivent être précisées dans l'appel d'offres.

V.3. L'article 17, paragraphe 1, prévoit que « *[d]ans les sociétés à participation mixte publique-privée, le pourcentage de participation de la personne privée ne peut être inférieur à trente pour cent et la sélection de celle-ci se fait par voie de procédure de passation de marché public conformément à l'article 5, paragraphe 9, du décret législatif n° 50 de 2016 et a pour objet à la fois la souscription ou l'acquisition de la participation par l'associé privé et l'attribution du contrat de marché ou de concession constituant l'objet exclusif des activités de la société mixte* ».

V.4. Cette législation, dont l'objectif déclaré (énoncé à l'article 1^{er}) est d'assurer une gestion efficace des participations publiques, de protéger et de promouvoir la concurrence et le marché, ainsi que de rationaliser et de réduire les dépenses publiques, prévoit que l'administration publique peut, pour la gestion des activités concernées (visées à l'article 4), choisir entre la gestion en interne (*in house*), par l'intermédiaire d'une société dont elle détient entièrement [Or. 12] le capital, et la constitution d'une société mixte et régit en détail cette dernière méthode afin qu'elle soit compatible avec le droit [de l'Union].

Cette législation entendait de la sorte également remédier aux constatations formulées dans la jurisprudence de l'Union à l'égard de l'ancienne réglementation nationale qui réservait aux sociétés à participation publique majoritaire ou totale, directe ou indirecte, la faculté de conclure avec l'administration publique – sans procédure de passation de marché public – des conventions relatives à des activités ou des services.

Ces constatations reposaient sur l'observation que l'attribution directe du service à la société mixte est susceptible de donner lieu au contournement du principe de la libre concurrence : celle-ci, qui constitue la règle générale et la pierre angulaire du droit de l'Union, ne peut faire l'objet d'exceptions que si elles sont dûment justifiées par la nécessité d'accomplir une mission d'intérêt économique général, autrement dit en vue d'un partenariat public-privé fructueux, comme il est indiqué dans le Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions COM/2004/0327 final de la Commission européenne du 30 avril 2004.

À cet égard, dans le Livre vert susmentionné (partie 3, points 53 et suivants), en ce qui concerne l'hypothèse de la « *mise en place d'un partenariat impliquant la création d'une entité ad hoc détenue conjointement par le secteur public et le secteur privé* », il est précisé que « *[l]a coopération directe entre le partenaire public et le partenaire privé dans une enceinte ayant une personnalité juridique* », est légitime si elle « *permet au partenaire public de garder un niveau de contrôle relativement élevé sur le déroulement des opérations, qu'elle peut adapter dans le temps en fonction des circonstances, à travers sa présence dans l'actionnariat et les organes de décision de l'entité commune* », qu'une telle présence « *permet*

également au partenaire public de développer son expérience propre de l'exploitation du service en cause » et que la création d'une société mixte « ne pose généralement pas de problème au regard du droit communautaire applicable, lorsque celle-ci constitue une modalité d'exécution de la mission confiée dans le cadre d'un contrat à un partenaire privé. Il faut néanmoins que les conditions de la création de l'entité soient clairement [Or. 13] établies lors de la mise en concurrence des missions que l'on souhaite confier au partenaire privé ».

Dans ce cadre, bien que les différentes hypothèses de partenariat ne soient pas directement régies par le droit de l'Union en matière de marchés publics, il n'en demeure pas moins qu'elles devraient être soumises au respect des règles et principes en la matière, la participation du pouvoir adjudicateur à l'entreprise mixte ne pouvant justifier la non-application du droit des marchés publics et des concessions lors de la sélection du partenaire privé, et que « [l]e choix d'un partenaire privé appelé à effectuer de telles missions dans le cadre du fonctionnement d'une entité mixte ne saurait [...] être fondé exclusivement sur la qualité de son apport en capital ou de son expérience, mais devrait prendre en compte les caractéristiques de son offre - économiquement la plus avantageuse - quant aux prestations spécifiques à fournir » (point 58).

V.5. Il convient enfin d'ajouter que la société mixte publique-privée constituée avec un associé privé sélectionné par la voie d'une procédure de passation de marché public à double objet résulte de l'élaboration jurisprudentielle de la juridiction de céans (avis n° 456 du 18 avril 2007, II^e chambre), dont la pertinence a été reconnue par la Cour de justice de l'Union européenne (par arrêt du 15 octobre 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628).

Lorsque ces sociétés ont pour objet [article 4, paragraphe 2, sous c), du décret législatif n° 175 de 2016] « la réalisation d'un ouvrage public ou l'organisation et la gestion d'un service d'intérêt général par la voie d'un contrat de partenariat visé à l'article 180 du décret législatif n° 50 de 2016, avec un entrepreneur sélectionné selon les modalités prévues à l'article 17, paragraphes 1 et 2 », le pourcentage de participation de la personne privée (article 17, paragraphe [1], du décret législatif n° 175 de 2016) ne peut être inférieur à trente pour cent et la sélection de cet associé privé se fait par voie de procédure de passation de marché public, conformément à l'article 5, paragraphe 9, du décret législatif n° 50 de 2016 [ce dernier constituant l'instrument de transposition des directives 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), 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) et 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243)].

Il ressort de ces dispositions que l'attribution directe d'un service à une société mixte [Or. 14] n'est pas en soi incompatible avec le droit de l'Union, à condition que l'appel d'offres organisé aux fins de la sélection de l'associé privé de la société attributaire se déroule dans le respect des articles 43 CE et 49 CE, ainsi que des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, et que les critères de sélection de l'associé privé ne soient pas liés uniquement à l'apport en capital par ce dernier, mais également aux capacités techniques de cet associé et aux caractéristiques de son offre au regard des prestations spécifiques à fournir, de sorte à pouvoir considérer que la sélection du concessionnaire résulte indirectement de celle de l'associé lui-même [voir notamment, en ce sens, arrêt n° 4527 du Consiglio di Stato (Conseil d'État), cinquième chambre, du 28 juillet 2011].

VI. LA RÉGLEMENTATION DE L'UNION PERTINENTE

VI.1. Bien qu'il n'existe pas de réglementation spécifique [de l'Union] en matière de sociétés publiques, il s'agit néanmoins d'un domaine qui touche également à celui des marchés publics, en particulier au regard du respect du principe de concurrence.

VI.2. Le considérant 14 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) précise que « *la notion d'“opérateur économique” devrait s'interpréter au sens large, de manière à inclure toute personne ou entité qui offre la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché, quelle que soit la forme juridique sous laquelle elle a choisi d'opérer. Dès lors, les sociétés, les succursales, les filiales, les associations, les sociétés coopératives, les sociétés anonymes, les universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de “personnes morales” en toutes circonstances* ».

VI.3. En outre, il ressort du considérant 32 de ladite directive que « *[l]es 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 [Or. 15] 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* ». Ce considérant précise par ailleurs que « *[c]ette 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 ».

VI.4. L'article 12 de la directive 2014/24 dispose qu'« [u]n marché public [Or. 16] 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 ».

VI.5. L'article 18 de cette directive prévoit également que « [l]es pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée. Un marché ne peut être conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques ».

Une disposition analogue en substance est inscrite à l'article 3 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).

VI.6. Il ressort de la jurisprudence de l'Union (arrêts du 15 octobre 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628 ; et du 22 décembre 2010, Mehiläinen et Terveystalo Healthcare, C-215/09, EU:C:2010:807) que, ce qui légitime une société mixte publique-privée est, entre autres, précisément la mission opérationnelle de l'associé privé, en raison du rôle prépondérant qu'il est appelé à assurer aux fins de la réalisation de l'objet social.

Il convient à cet égard de rappeler les considérations figurant dans la [Or. 17] 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), selon laquelle « [l]a Commission entend comme [partenariat public-privé institutionnalisé] une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions [...]. L'apport privé aux travaux du [partenariat public-privé institutionnalisé] consiste, hormis la contribution aux capitaux ou aux autres actifs, en la participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte et/ou la gestion de l'entité à capital mixte ».

VI.7. En ce qui concerne les aspects relatifs à la concurrence, il convient également de tenir compte des dispositions spécifiques en matière de concurrence.

Plus précisément, l'article 106 TFUE dispose :

« 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. »

VII. LA PERTINENCE DES PRINCIPES [DU DROIT DE L'UNION] AUX FINS DE LA RÉPONSE À LA QUESTION LITIGIEUSE ET LA NÉCESSITÉ DU RENVOI PRÉJUDICIEL

VII.1. Eu égard aux observations qui précèdent, il peut être soutenu que :

a) le choix d'une administration publique de constituer une société mixte publique-privée est une manifestation caractéristique de la marge d'appréciation que la loi lui confère pour atteindre les objectifs d'intérêt public dont elle a la charge ;

[Or. 18]

b) la légitimité d'un tel choix présuppose la poursuite d'objectifs d'intérêt public ou général et une procédure de passation de marché public à double objet [en vue de] sélectionner l'associé privé par une mise en concurrence publique ;

c) l'associé privé doit être un partenaire opérationnel et non un simple actionnaire, compte tenu de la spécificité du rôle qu'il doit assurer dans la réalisation de l'objet social : la participation de l'associé privé à la poursuite des objectifs d'intérêt général se justifie du reste précisément par la carence, au sein de l'administration publique, des compétences nécessaires en ce sens et dont l'associé privé dispose ;

d) il résulte du point c) susmentionné que la participation de l'associé partenaire privé opérationnel doit être adéquate, c'est-à-dire de nature à rendre possible la mise en œuvre de l'objet social ; c'est précisément aux fins du respect des principes [du droit de l'Union] que, pour assurer cette adéquation, le législateur national a fixé le seuil minimal de participation à 30 % ; il s'ensuit que, selon l'appréciation souveraine et non déraisonnable du législateur, une participation inférieure à ce seuil est en soi impropre à permettre la réalisation effective de l'objet social poursuivi, à savoir l'objectif même qui justifie la constitution de la société mixte publique-privée ;

e) il découle des considérations exposées sous d) que la participation publique dans la société mixte publique-privée ne saurait dépasser 70 %.

VII.2. Par ailleurs, il convient de relever que la société mixte publique-privée est destinée à fournir des services d'intérêt général (ancien article 2, paragraphe 1, du décret législatif n° 175 de 2016), ce qui représente en réalité une activité d'entreprise exercée contre rémunération et capable de produire des bénéfices.

Toutefois, il convient à cet égard (de préciser) que le but (lucratif) de la société mixte publique-privée doit être distingué de celui de l'administration publique, qui a incontestablement un caractère public, de sorte que l'activité de la société mixte publique-privée et les services qu'elle offre sont soumis à des conditions d'accessibilité qu'une personne de nature exclusivement privée considérerait comme non avantageuses.

Le plafonnement à 70 % de la participation publique dans la société mixte publique-privée **[Or. 19]** correspond en définitive au point au-delà duquel l'activité d'une telle société altérerait la concurrence sur le marché, étant donné que non seulement il priverait le marché concerné de son attractivité, mais il permettrait en outre à l'associé privé de la société mixte publique-privée de limiter excessivement (en-deçà de 30 %) le risque économique de sa participation à une telle entreprise.

VII.3. Les données du litige ainsi précisées, il y a lieu, pour trancher l'affaire au principal, de déterminer si, aux fins du respect des limites légitimes de participation dans la société mixte publique-privée (pas plus de 70 % en ce qui

concerne la participation publique, pas moins de 30 % en ce qui concerne la participation de l'associé privé), il convient de tenir compte de la seule nature juridique de l'associé privé ou si, lorsqu'un actionnaire public participe à son capital, il doit également être tenu compte de cette participation publique.

Il s'agit là d'une question qui, à l'évidence, ne revêt pas un caractère purement formel.

En effet, si l'on tient compte de la seule forme juridique de l'associé privé en tant que tel, en privilégiant, ainsi que le soutiennent en définitive les parties appelantes en l'espèce, l'égalité de traitement des concurrents (dans le cadre de la procédure de sélection de l'associé privé de la société mixte publique-privée) et le principe de non-discrimination, ainsi que le principe plus général de liberté de l'initiative économique privée, il conviendrait de considérer en l'espèce que seul serait pertinent et décisif le fait que, en tant que société par actions, Roma Multiservizi s.p.a. est une personne privée, indépendamment de sa composition sociale effective et de la nature de son actionnariat.

Si, en revanche, l'on tient compte de l'aspect substantiel, à savoir de l'articulation sociale de Roma Multiservizi s.p.a. et en particulier du fait qu'elle est détenue à 51 % par AMA s.p.a., qui est elle-même entièrement détenue par Roma Capitale, il y a lieu de considérer que bien que, formellement, de 51 %, la participation publique dans la société mixte publique-privée serait en réalité de 73,5 %, et, en conséquence, la participation de l'associé privé, qui est formellement de 49 %, [Or. 20] serait de 26,5 %, autrement dit inférieure au seuil légal de 30 %: non seulement il s'agirait là d'un contournement de la réglementation nationale en cause (outre celui des dispositions effectives en ce sens de la *lex specialis*), [mais aussi] – et surtout – cela donnerait lieu ou pourrait donner lieu à une situation d'inefficacité du marché et constituerait une violation du principe de concurrence, dans la mesure où il permettrait à un associé privé (de la société mixte publique-privée en voie de constitution) de tirer indûment profit des avantages de la participation publique et de s'assurer ainsi une rente de situation substantielle permettant d'empêcher l'accès profitable d'autres entités pour exercer la même activité économique sur le segment de marché concerné.

VII.4. À cet égard, il convient par ailleurs de considérer que, est conforme aux principes de légalité (au fond), d'impartialité et de bonne administration, consacrés à l'article 97 de la Constitution, et aux principes d'effectivité, d'efficacité, d'adéquation et de proportionnalité, dans le cadre des principes de concurrence, d'égalité de traitement et de non-discrimination garantis par le [droit de l'Union], la décision d'une administration publique (telle que, en l'espèce, Roma Capitale) qui, pour appliquer et mettre en œuvre fidèlement les orientations fondamentales arrêtées par son organe de direction politico-administratif (le conseil municipal de Rome), évalue concrètement la composition des partenaires qui entendent participer à la procédure de sélection de l'associé d'une société mixte publique-privée en cours de constitution et décide, de manière motivée, d'exclure un candidat dont le capital est détenu par cette même

administration pour une part significative telle qu'elle dépasse la limite de participation publique autorisée dans la nouvelle société mixte publique-privée en cours de constitution, ce qui a nécessairement pour conséquence de réduire la participation effective de l'actionnaire privé à un taux inférieur à 30 %, à savoir le seuil qui a été jugé adéquat par le législateur national aux fins du respect des principes susmentionnés [du droit de l'Union].

VII.5. Le choix de l'une ou de l'autre interprétation déterminera l'issue du litige, si bien qu'il est pertinent de renvoyer devant la Cour, à titre préjudiciel, les questions d'interprétation suivantes.

VIII. LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

[Or. 21]

Il y a par conséquent lieu, aux fins de la solution du litige, de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes pour statuer sur le litige :

1) Le droit [de l'Union européenne], les considérants 14 et 32 et les articles 12 et 18 de la directive 2014/24, ainsi que l'article 30 de la directive 2014/23, tels qu'interprétés correctement, y compris au regard de l'article 107 TFUE, s'opposent-ils à ce que, aux fins de déterminer le seuil minimal de participation de 30 % exigé de l'associé privé pour entrer au capital d'une société mixte publique – privée en cours de constitution, limite jugée appropriée par le législateur national en application des principes [du droit de l'Union] dégagés en la matière par la jurisprudence de l'Union, il soit exclusivement tenu compte de la composition formelle ou documentaire du capital social d'un tel associé privé, ou l'administration publique qui organise l'appel d'offres a-t-elle la faculté, voire l'obligation, de tenir compte de sa propre participation indirecte dans le capital social de l'associé privé soumissionnaire ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, le fait pour l'administration qui organise l'appel d'offres de pouvoir exclure de l'appel d'offres un associé privé soumissionnaire dont la participation effective dans la société mixte publique-privée en cours de constitution est en réalité inférieure à 30 % par l'effet d'une participation publique constatée, directe ou indirecte, est-il conforme aux principes [du droit de l'Union européenne], et en particulier aux principes de concurrence, de proportionnalité et d'adéquation ?

PAR CES MOTIFS

[omissis] ORDONNE le renvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles énoncées dans les motifs ;

[omissis]

[Or. 22]

[omissis] [sursis à statuer et instructions au greffe]

[omissis] Rome, [omissis] le 13 février 2020 [omissis]

DOCUMENT DE TRAVAIL