

**Affaire C-419/19**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

29 mai 2019

**Juridiction de renvoi :**

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italie)

**Date de la décision de renvoi :**

6 mars 2019

**Partie requérante :**

Irideos SpA

**Partie défenderesse :**

Poste Italiane SpA

**En présence de :**

Fastweb SpA

Tim SpA

---

[OMISSIS]

***RÉPUBLIQUE ITALIENNE***

**Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (tribunal administratif de la région du Latium, Italie, ci-après le « TAR Lazio »)**

**(troisième chambre)**

a rendu la présente

**ORDONNANCE**

dans le cadre du recours [n° 13888/18] [OMISSIS] formé par

Irideos SpA, [OMISSIS]

*contre*

Poste Italiane SpA, [OMISSIS]

*en présence de*

Fastweb SpA, [OMISSIS] [Or. 2] [OMISSIS]

Tim SpA, [OMISSIS]

*en vue de l'annulation*

En ce qui concerne la requête introductive d'instance :

- de la décision par laquelle Poste Italiane SpA a communiqué à IRIDEOS SpA, le 22 octobre 2018, l'attribution du lot 1 de l'appel d'offres portant « Appalto ai sensi del D.Lgs. 50/2016 – Procedura aperta in modalità telematica per i Servizi di Telecomunicazione in ambito metropolitano ad alta velocità in fibra ottica in tecnologia DWDM (MAN) » [Marché au titre du décret législatif n° 50/2016 – Procédure ouverte par voie télématique pour les services de télécommunication de réseau métropolitain à grande vitesse en fibre optique de technologie DWDM \* (MAN) \*] à la société Fastweb SpA, ainsi que de la décision par laquelle Poste Italiane SpA a communiqué le 22 octobre 2018 à IRIDEOS SpA l'attribution du lot 2 de l'appel d'offres portant « Appalto ai sensi del D.lgs. 50/2016 – Procedura aperta in modalità telematica per i Servizi di Telecomunicazione in ambito metropolitano ad alta velocità in fibra ottica in tecnologia DWDM (MAN) » [Marché au titre du décret législatif n° 50/2016 – Procédure ouverte par voie télématique pour les services de télécommunication de réseau métropolitain à grande vitesse en fibre optique de technologie DWDM (MAN)] à la société TIM SpA ;
- [OMISSIS]
- [OMISSIS] [du cahier spécial des charges, en tant qu'il indique, à l'article 2, les modalités d'attribution du marché et les critères d'évaluation des offres [OMISSIS] ; [demandes supplémentaires d'annulation d'autres actes, sans pertinence en l'espèce] [Or. 3]

en vue de la constatation

[OMISSIS]

- du préjudice injuste subi par la requérante [OMISSIS] ;

\* Ndt : DWDM : Dense Wavelength Division Multiplexing (multiplexage en longueur d'ondes dense, ci-après « DWDM »)

\* Ndt : MAN : Metropolitan Area Network (réseau métropolitain, ci-après « MAN »).

et aux fins de la condamnation

[OMISSIS]

– de l’administration à la réparation [OMISSIS].

En ce qui concerne le recours incident formé par TIM SpA, le 17 décembre 2018 :

en vue de l’annulation

des règles qui constituent la *lex specialis* et des actes de la « *Procedura aperta in modalità telematica per i “Servizi di Telecomunicazioni in ambito metropolitano ad alta velocità in fibra ottica in tecnologia DWDM (MAN)”* » (Procédure ouverte par voie télématique pour les « services de télécommunication de réseau métropolitain à grande vitesse en fibre optique de technologie DWDM (MAN) ») lancée par Poste Italiane SpA par avis d’appel d’offres publié au JO 2018, S 70 (11 avril 2018) (annexe 1), et notamment :

- a) du point 2 du cahier spécial des charges – partie I (modalités de passation) ;
- b) du point 3.2 (exigences optionnelles entraînant l’attribution de points) et du point 4 (modalités de passation) des spécifications techniques ;

[OMISSIS].

Et, partant, de la condamnation de Poste Italiane SpA à réitérer l’appel d’offres [OMISSIS].

[OMISSIS] [Or. 4] [OMISSIS] [demandes supplémentaires d’annulation d’autres actes, sans pertinence en l’espèce]

[OMISSIS] [Or. 5] [OMISSIS] [formule d’usage]

La chambre de céans émet les considérations de fait et de droit suivantes :

EN FAIT

Par une requête [n° 13888/18], [OMISSIS] la société Irideos SpA a attaqué les actes de l’appel d’offres lancé par Poste Italiane SpA – « *au sens du d.lgs. n. 50 del 2016* »\* (décret législatif n° 50 de 2016, ci-après le “décret législatif n° 50/2016” ou le “code des marchés publics”) – pour des services de télécommunication de réseau métropolitain à grande vitesse en fibre optique de technologie DWDM (MAN). Ces services étaient structurés en deux composantes : la mise à disposition d’un réseau visant à permettre la transmission des données à grande vitesse entre les sites de Poste Italiane SpA de Rome et de

\* Ndt : Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici (décret législatif n° 50, du 18 avril 2016, portant code des marchés publics).

Pomezia, ainsi que la fourniture des appareils DWDM, nécessaires pour la mise en œuvre desdits services. À ces deux composantes correspondaient deux lots de valeur égale, pour le montant total de 10 220 000,00 euros, avec l'obligation de présenter une offre pour chaque lot, mais la formation d'un classement unique.

Dans son recours – formé en priorité contre l'attribution du lot 1 à la société Fastweb SpA et du lot 2 à la société Tim SpA – elle contestait, notamment, les critères d'évaluation de l'offre technique, sur la base d'une formule qui prévoyait l'attribution de points par tranches, en fonction du délai proposé à l'opérateur pour l'exécution du service. Les modalités d'application de cette formule auraient, toutefois, amené à attribuer la note maximale à quiconque offrirait la réalisation du projet en moins de 45 jours, annulant de fait le critère de choix fondé sur la rapidité de réalisation de l'intervention, de sorte que tous les opérateurs en concurrence ont obtenu le maximum de points, à savoir 70 – bien que la requérante ait offert des délais [Or. 6] d'exécution de 21 jours, contre 44 en ce qui concerne les sociétés intervenantes.

Dans ce contexte, le marché n'aurait été attribué, en pratique, que sur la base de l'offre économique, la réduction des délais de réalisation étant privée de sa pertinence (en contradiction avec l'article 2 du cahier spécial des charges qui attribuait, pour l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, un poids en pourcentage de 30 % à l'offre économique et de 70 % à l'offre technique). Dans ces conditions, ces modalités d'application auraient dû être considérées comme erronées, ou – si elles étaient conformes à la réglementation de l'appel d'offres – auraient révélé le caractère manifestement déraisonnable et contradictoire de celle-ci. L'ensemble de la procédure était donc contesté, par la voie du recours [OMISSIS], pour violation de la loi et excès de pouvoir à plusieurs égards.

Les sociétés intervenantes [OMISSIS] se sont opposées aux arguments de la requérante – en ce qui concerne Tim SpA, également par un recours incident visant, en cas d'accueil du premier groupe de griefs, à la réitération de l'appel d'offres – dans la mesure où le pouvoir adjudicateur aurait correctement établi des tranches se référant au délai d'exécution, pour lesquelles une note déterminée serait reconnue (la même, en ce qui concerne le cas d'espèce, pour quiconque indiquerait un délai inférieur à 45 jours, cette note ne variant que si les offres se trouvaient dans des tranches différentes).

L'autre intervenante – Fastweb SpA – [OMISSIS] a souligné que le cahier des charges visait à attribuer la fourniture au concurrent qui aurait proposé de réaliser le projet non pas dans les meilleurs délais, mais dans un délai jugé optimal, en exécutant de manière cohérente les différentes parties de la fourniture. En outre, les services en question auraient été acquis par l'Ente Poste SpA \* « dans le cadre

\* Ndt : « Ente Poste Italiana » est la dénomination de l'organisme public économique transformé le 28 février 1998 en société anonyme « Poste Italiana SpA ». Il semble toutefois que l'auteur utilise la dénomination « Ente » dans le présent texte pour désigner « Poste Italiana ».

*du processus de transformation numérique et de modernisation » en tant que « valeur ajoutée pour l'innovation et la transformation numérique du pays », sans rapport étroit avec les services postaux en soi et, partant, dans un cadre étranger aux « secteurs spéciaux » visés par l'article 120 du décret législatif n° 50/2016. [Or. 7]*

Le choix de soumettre l'appel d'offres au régime des marchés publics n'aurait donc pas répondu à une nécessité : l'infrastructure de télécommunication en cause, en effet, serait utile à l'ensemble des activités du groupe Poste, avec application du régime juridique des activités auxquelles l'infrastructure elle-même doit être considérée comme principalement destinée, conformément à l'article 5, paragraphe 5, à l'article 6, paragraphe 2, et au considérant 16 de la directive 2014/25/UE : par conséquent, certainement pas par référence prioritaire au service postal, dont l'incidence sur le chiffre d'affaire de Poste Italiane SpA n'est que de 30 %. Par ailleurs, le choix volontaire du pouvoir adjudicateur n'aurait pas suffi pour entraîner la compétence administrative, la jurisprudence ayant à plusieurs reprises affirmé que relevaient de la compétence des juridictions ordinaires les litiges ne relevant pas spécifiquement du secteur spécial et Poste Italiane SpA ne pouvant pas être qualifiée d'organisme de droit public, puisqu'elle opère dans des conditions normales de marché, en recherchant les bénéfices et en subissant des pertes.

Poste Italiane SpA [OMISSIS] a répondu abondamment en ce qui concerne le caractère raisonnable et légal de la division de la notation par tranches en fonction des délais d'exécution [OMISSIS] [autres aspects de procédure non pertinents]

[OMISSIS]

Ensuite (le 19 février 2019), TIM SpA a également soulevé une exception d'incompétence de la juridiction administratives, au motif que seules les procédures de passation de marchés concernant, au sens strict, les services postaux (ramassage, tri, transport et distribution d'envois postaux, ainsi que les services de gestion antérieurs et postérieurs à l'envoi) devaient être considérées comme relevant du régime [Or. 8] des marchés publics.

Le défaut de compétence serait confirmé par l'article 10 du décret n° 50/2016 qui, conformément à l'article 7 de la directive 2014/24/UE, exclut du champ d'application du code [des marchés publics] les marchés relevant d'un « *pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux* », en ce qui concerne des « *services à valeur ajoutée liés au courrier électronique et effectués entièrement par voie électronique, y inclus la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé* ».

L'article 15 du même décret législatif n° 50/2016, conformément à l'article 8 de la directive 2014/24/UE, exclut également de l'application du code [des marchés publics] les marchés « *qui ont principalement pour objet de permettre aux*

*pouvoirs adjudicateurs la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communication ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communication électronique ».*

Quant à l'article 8 du code des marchés [publics], il exclut de son champ d'application – conformément à l'article 13 de la directive 2014/25/UE – l'activité de service postal, « *si l'activité est directement exposée à la concurrence* ».

Au vu de son évolution, en outre, le gestionnaire du service postal ne pourrait plus être qualifié d'« *organisme de droit public* », dès lors que la condition téléologique de « *satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* » n'est plus imposée.

Ensuite, si cette nature juridique devait être reconnue, le respect obligatoire des procédures de passation des marchés publics serait exclu par les articles 8, 10 sous b), et 15 du décret législatif n° 50/2016 déjà cités ; enfin, pour les organismes de droit public, ces procédures ne s'imposeraient que pour des fournitures et des services étroitement liés aux secteurs spéciaux [ordonnance n° 4899/2018 de la Corte di Cassazione (Cour de cassation, Italie)]. [Or. 9]

Par ailleurs, il était demandé que, si la juridiction saisie ne partageait pas les thèses interprétatives résumées ci-dessus, elle saisisse la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE.

Par mémoire final, déposé le 18 février 2019, Poste Italiane SpA a réitéré ses conclusions quant à la légalité du critère de subdivision des délais de livraison par tranches et sur l'exactitude de la formule mathématique utilisée [OMISSIS]. Aucun de ses arguments en défense ne concerne en revanche la question préjudicielle de la compétence, soulevée en effet seulement par les sociétés intervenantes et, sur cette base, l'affaire a été mise en délibéré.

## EN DROIT

La chambre de céans est saisie de l'examen d'une procédure d'appel d'offres ouverte, à mener par voie télématique, lancée par avis publié au JO 2018, S 70 (11 avril 2018), pour des « *Services de télécommunication pour le Groupe Poste Italiane de réseau métropolitain à grande vitesse en fibre optique de technologie DWDM (MAN)* ».

Ces services sont destinés [OMISSIS] à la réalisation d'un réseau informatique pour la transmission sûre et rapide des données entre les divers sièges de l'Ente \*, au moyen d'une technologie particulière de télécommunication – Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM) – qui permet la transmission indépendante, sur cette fibre optique, de plusieurs signaux de différentes longueurs d'onde, avec une possibilité d'élargir la bande passante disponible sur

\* Ndt : Il s'agit, semble-t-il, de « Poste Italiane ».

le même canal de fibre optique et, par conséquent, la possibilité d'augmenter la quantité des données transmises.

Cette réalisation aurait un caractère « *d'extrême importance et urgence* », en particulier dans la mesure où elle relève du « *Plan de retour à la conformité et à la sécurité* », convenu par la société Poste Italiane SpA avec la Banque d'Italie, à la suite de vérifications menées par cette dernière sur la fonction Bancoposta.  
**[Or. 10]**

Compte tenu de ce qui précède, la chambre de céans estime ne pas pouvoir se dispenser de l'appréciation complète de la question de la compétence, soulevée par les sociétés intervenantes (Fastweb SpA et TIM SpA), compte tenu du caractère absolument prioritaire de la question, du fait qu'elle est relative au « *potestas iudicandi* » – à savoir, la détention du pouvoir de décision – de cette juridiction, en tant que condition procédurale de toute autre décision [OMISSIS].

Sur cette question, soulevée sous l'angle de la non-application, en général, du code des marchés [publics] à Poste Italiane SpA – pour des contrats ne relevant pas du service postal au sens strict –, des doutes relatifs à la conformité avec la réglementation communautaire, sur la base des directives en vigueur et des arrêts antérieurs de la Cour, ont déjà été soumis à la Cour de justice de l'Union européenne, par ordonnance de la chambre de céans n° 7778 du 12 juillet 2018.

Toutefois, en l'espèce, des problématiques plus larges entrent en cause, que la chambre de céans doit prendre en charge et qui justifient, dès lors, une nouvelle ordonnance, qui ne répète que partiellement celle citée ci-dessus.

Il convient en effet d'apprécier, en premier lieu, le rapport de l'objet contractuel en cause non pas tant avec les secteurs actuellement définis comme « *spéciaux* » et régis par les articles 114 et suivants du code des marchés publics (décret législatif n° 50/2016, partie II, titre VI, chapitre I), mais surtout avec les secteurs qui restent définis comme « *exclus [...] du champ d'application objectif* » du même code (décret législatif n° 50/2016, partie I, titre II, articles 4 et suivants), mais dont l'attribution doit en tout état de cause – au titre de l'article 4 précité, reproduisant en substance l'article 27 du précédent code des marchés publics, approuvés par d.lgs. n. 163 del 2006 (décret législatif n° 163 de 2006, ci-après le « *décret législatif n° 163/2006* ») – « *respecter les principes d'économie, d'efficacité, d'impartialité, d'égalité de traitement, de transparence, de proportionnalité, de publicité, de protection de l'environnement et d'efficacité énergétique* ».

Les raisons d'être de la dérogation partielle – susceptible de faire l'objet d'une nouvelle réglementation au fil du temps, comme cela a été le cas pour les secteurs spéciaux en cause en l'espèce (qui, quant à eux, étaient **[Or. 11]** précédemment définis comme « *exclus* ») – sont de différentes natures : d'une réglementation globale différente adoptée à cet égard, à une plus grande autonomie d'organisation reconnue à l'administration, jusqu'à des exigences particulières de marché, en

particulier concernant la concurrence : en l'espèce, le secteur en question est celui des communications électroniques, défini comme exclu de l'article 15 du décret législatif n° 50/2016, conformément aux articles 7 et 8 de la directive 2014/24/UE et faisant, en tant que tels, l'objet de la directive-cadre pour les réseaux et services de communications électroniques 2002/21/CE\*.

Le fait que la procédure d'appel d'offres en cause touche à un secteur formellement « exclu » du code des marchés [publics], mais non « étranger » à celui-ci ne préjuge toutefois pas de la compétence de la juridiction administrative, en ce que l'article 4 du décret législatif n° 50/2016 – comme déjà l'article 27 du décret législatif n° 163/2006 – implique une procédure négociée, de nature à assurer le respect des critères énoncés, à l'égard desquels il existe des intérêts légitimes, relevant de manière générale de la compétence de cette juridiction [OMISSIS] ; en revanche, il y a lieu de considérer que l'activité contractuelle exclusivement privée, exercée par des personnes qui ne sont en aucune manière tenues au respect des règles de passation des marchés publics, relève de la juridiction ordinaire [OMISSIS].

Ce n'est donc pas l'objet contractuel en soi (même s'il est exclu de l'application intégrale des règles du code) qui peut soustraire le litige en cause à la compétence de la juridiction administrative, mais [OMISSIS] il convient de s'assurer, à cet égard, que la procédure d'appel d'offres n'est pas lancée par un pouvoir adjudicateur (tenu en tout état de cause au respect des principes du traité protégeant la concurrence) ou – si le pouvoir adjudicateur [Or. 12] présente le caractère d'une entreprise publique (ou d'un acteur privé titulaire d'un droit d'exclusivité) et opère dans les secteurs spéciaux – que l'appel d'offres lui-même est « *instrumental* » pour ces secteurs.

En l'espèce, la chambre de céans estime, dès lors, que la question préjudicielle soulevée nécessite les vérifications suivantes (dont le résultat, en application de la jurisprudence nationale, suscite des doutes quant à la conformité à la réglementation communautaire, dans les termes précisés) :

I) la nature juridique de Poste Italiane SpA, compte tenu de l'évolution intervenue dans le secteur des services postaux, accomplis dans un régime de concurrence toujours plus large ;

II) la définition de la notion de « *caractère instrumental* », sur la base de laquelle le champ d'application des articles 114 et suivants du code des marchés publics doit être délimité, afin de définir le domaine de compétence de la juridiction administrative (au moins pour les entreprises qui, selon l'orientation principale, n'ont pas la nature d'un organisme de droit public) ;

\* Ndt : directive du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») (JO 2002, L 108, p. 33).

III) l'appréciation de la confiance légitime des participants à une procédure d'appel d'offres, lancée en toute autonomie (en l'absence d'une contrainte légale) dans des secteurs qui doivent être considérés comme étrangers aux règles de passation des marchés publics ou seulement exclus de l'application intégrale du code des marchés [publics], mais non de ses principes.

En ce qui concerne la question visée au point I ci-dessus, plusieurs aspects ont déjà été traités par la chambre de céans dans son ordonnance n° 7778, du 12 juillet 2018, dont les termes essentiels sont reproduits ci-après.

[OMISSIS]

La définition de l'organisme [de droit public] [OMISSIS] est soumise par l'article 3, paragraphe 1, sous c), du décret législatif n° 50/2016 aux critères suivants [OMISSIS] : **[Or. 13]**

- 1) constitution visant spécifiquement à satisfaire des besoins d'intérêt général, à caractère autre qu'industriel ou commercial ;
- 2) personnalité juridique (sans distinction entre nature publique ou privée de celle-ci) ;
- 3) activité financée majoritairement par l'État, les collectivités locales ou d'autres organismes de droit public, ou dont la gestion est soumise au contrôle de ces derniers, ou dont l'organe d'administration, de direction ou de contrôle est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, par les collectivités locales ou par d'autres organismes de droit public (sur le caractère cumulatif de ces exigences, sans préjudice du caractère expressément non cumulatif des exigences figurant au point 3, voir arrêt n° 8225 rendu le 7 avril 2010 par les chambres réunies de la Corte di Cassazione (Cour de cassation, Italie).

Quant aux « *entités adjudicatrices* » – dont il est question au même article 3, paragraphe 1, sous e), il peut s'agir des « *pouvoirs adjudicateurs* » visés ci-dessus ou des entreprises publiques qui exercent une des activités visées aux articles 115 à 121 du code [des marchés publics] ou bien qui, tout en n'appartenant pas à ces catégories, exercent donc marginalement les activités précisées dans les dispositions susmentionnées « *en vertu de droits spéciaux ou exclusifs que leur a conférés l'autorité compétente* » ; les services postaux relèvent de ces activités, conformément l'article 120 du même code.

Selon la chambre de céans, la qualification de Poste Italiane SpA comme organisme de droit public n'apparaît guère réfutable (à tout le moins s'il y a lieu de faire référence, comme le suggère le libellé de cette disposition, à son moment fondateur.

En effet, en vue d'améliorer l'efficacité du service, cette société a succédé à l'administration centrale préexistante, créée après l'unification italienne par la loi n° 604 du 5 mai 1862 (dite « réforme postale », qui prévoyait la fourniture de services à tarif unique sur l'ensemble du territoire national), en prenant tout d'abord la forme d'un établissement public économique, puis d'une société par actions [OMISSIS] **[Or. 14]** [OMISSIS]. Conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du décret législatif n° 487/1993 susmentionné, il appartient au Comitato interministeriale per la programmazione economica (comité interministériel de programmation économique, Italie, ci-après le « CIPE ») de décider « *de la propriété et de la répartition des actions, en favorisant la plus grande participation des épargnants* ». La société par actions actuelle est détenue à hauteur de 29,26 % par le Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministère de l'Économie et des Finances, Italie) de 35 % par la Cassa Depositi e Prestiti (Caisse des dépôts, Italie) et pour le reste par des investisseurs privés ; cette société, même si elle n'opère pas seulement dans le secteur des services postaux, mais également dans le domaine financier, des assurances et de la téléphonie mobile dans des conditions de concurrence, reste en toute hypothèse concessionnaire du service postal universel (qui implique la fourniture obligatoire de services essentiels de livraison de lettres et paquets à un prix contrôlé à toutes les communes italiennes, les charges étant partiellement couvertes par des dépenses corrélatives de l'État, ainsi que le démontre l'annonce préalable d'une procédure d'infraction par la Commission ayant fait suite à la décision de ne plus livrer le courrier dans 4 000 communes, en ce que ce service était considéré comme non rentable [OMISSIS]). Cela, en vertu de l'article 1<sup>er</sup> du d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58 (Attuazione della direttiva 97/67/CE, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio) (décret législatif n° 261 du 22 juillet 1999, tel que modifié par l'article 1<sup>er</sup> du décret législatif n° 58 du 31 mars 2011, de mise en œuvre de la directive 97/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, ci-après le « décret législatif n° 261/1999 »).

Force est donc de considérer que la société en question, qui est dotée de la personnalité juridique, a été constituée afin de satisfaire des intérêts généraux, à caractère autre qu'industriel ou commercial, relevant directement de la liberté de correspondance et de toute autre forme de communication, garantis par l'article 15 de la Constitution italienne et consacrés également au niveau de l'Union [exigences 1) et 2) relatives aux organismes de droit public].

Quant à la troisième exigence cumulative, il convient de rappeler que non seulement le capital de la société est **[Or. 15]** majoritairement détenu par le Ministero dell'Economia (ministère de l'Économie) [OMISSIS], qui nomme le conseil d'administration, mais que le Ministero dello Sviluppo Economico (ministère du Développement économique, Italie) [OMISSIS] et la Corte dei Conti (Cour des comptes, Italie) exercent également leur contrôle et leur

surveillance, et que le Collegio dei revisori (comité d'audit) comporte trois membres effectifs et trois suppléants, qui sont tous désignés par les administrations mentionnées (voir article 4 du décret législatif n° 487/1993, cité). L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (autorité garante en matière de communication, Italie, ci-après l'« AGCOM ») est en outre compétente pour adopter des mesures de régulation en matière de qualité et de caractéristiques du service universel, qui est d'ailleurs régi par un contrat de programmation conclu entre le prestataire du service postal et le Ministero dello Sviluppo Economico (ministère du Développement économique).

Sur le plan subjectif, il existe donc assez d'éléments pour qualifier la société Poste Italiane SpA d'organisme de droit public, tel que défini audit article 3, paragraphe 26, du décret législatif n° 163/2006 [à présent article 3, paragraphe 1, sous d), du décret législatif n° 50/2016]. Par ailleurs, la jurisprudence s'est substantiellement exprimée en ce sens à plusieurs reprises [OMISSIS].

D'autre part, il apparaît évident que l'élément qui fonde l'organisme de droit public est précisément l'importance des intérêts généraux poursuivis, en rapport avec lesquels, même si l'exploitation produisait des bénéfices, une fonction administrative de contrôle, comprise comme la possibilité d'orienter l'entreprise, notamment en choisissant la majorité des administrateurs appelés à poursuivre des objectifs déterminés de qualité du service, s'impose [OMISSIS].

En effet, il appartient à l'administration de veiller concrètement aux intérêts de la collectivité dont l'État considère qu'ils correspondent à des services qui doivent être fournis à la population et qui, même si leur exploitation est confiée à des acteurs externes à l'appareil administratif [Or. 16] au sens strict, doivent donc en toute hypothèse être administrés correctement, sous l'angle de l'impartialité, de la bonne administration et de la transparence. Dans cette optique, les organismes en question relèvent des « *pouvoirs adjudicateurs* » et sont, en tant que tels, mentionnés tant dans la partie I que dans la partie II du code [des marchés publics] comme étant soumis aux règles de passation des marchés publics pour leurs marchés, de sorte que, si ceux-ci, en raison de leur objet, ne font pas partie de ceux qui relèvent des secteurs spéciaux, il paraît raisonnable de considérer que seule la législation de référence spécifique change (de la partie II à la partie I du code [des marchés publics]), mais non l'applicabilité dudit code, qui s'étend également, comme rappelé ci-dessus, aux secteurs exclus [OMISSIS]. Dans la même ligne, l'article 133, paragraphe 1, sous e), point 1, du code de procédure administrative [d.lgs. n. 104 del 2010 (décret législatif n° 104 de 2010)] indique parmi les matières relevant de la compétence exclusive de la juridiction administrative, les « *litiges relatifs à des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, par des acteurs tenus en tout état de cause d'appliquer, dans le choix d'un contractant ou d'un associé, la réglementation communautaire ou de respecter les procédures de passation des marchés publics prévues par la réglementation nationale ou régionale (...)* ».

Une approche différente ressort toutefois de la récente ordonnance n° 4899 de la Corte di Cassazione (Cour de cassation), rendue le 1<sup>er</sup> mars 2018 et invoquée dans la présente procédure par les sociétés intervenantes, à l'appui de l'exception d'incompétence.

Dans cette ordonnance, en résumé, pour ce qui nous intéresse ici, les principes suivants sont énoncés :

a) la société Poste Italiane SpA, bien que chargée de l'exécution du « *service postal universel* », est actuellement aussi titulaire d'activités de type financier, ou [Or. 17] en toute hypothèse qui ne relèvent pas du service de livraison du courrier : ce service également s'effectue désormais dans des conditions de concurrence ;

b) 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 aurait « *expressément exclu* » Poste Italiane SpA de la catégorie des organismes de droit public, compte tenu de « *la prévalence désormais établie* », dans le cadre des activités exercées, « *des exigences à caractère industriel et commercial, que la jurisprudence avait par le passé considéré comme [...] non significatives aux fins de faire relever cette société de la catégorie desdits organismes. Poste Italiane, à présent, est expressément et plus correctement qualifiée comme entité adjudicatrice au sens de l'article 3, paragraphe 29, et de l'annexe VI F du décret législatif n° 163/2006* », étant donné que fait défaut la « *condition téléologique de la satisfaction de besoins d'intérêt général, dépourvus de caractère industriel et commercial, qui implique que l'acteur est chargé uniquement de satisfaire des besoins de ce genre et ne lui permet pas d'exercer d'autres activités* » ;

c) [OMISSIS]

d) « *l'éventuelle qualification de Poste Italiane SpA comme organisme de droit public* » serait néanmoins « *dépourvue de pertinence* », en ce qu'il convient de répondre à la question de la soumission aux règles de passation des marchés publics au regard des dispositions qui régissent les secteurs spéciaux, « *parce qu'il est établi qu'au sein de ce micro-système, Poste Italiane SpA est une entité adjudicatrice* ». Cela s'explique compte tenu du fait que les dispositions législatives en matière de marchés conclus dans le domaine des secteurs spéciaux se réfèrent à la fois aux pouvoirs adjudicateurs et aux entreprises [Or. 18] publiques, s'ils opèrent dans ces secteurs, en application du régime spécifique du code [des marchés publics] « *dans la présente partie* » et classent « *également les organismes de droit public sous la qualification de pouvoirs adjudicateurs, en toute cohérence avec le critère de l'interprétation systématique* ».

En sens contraire, toutefois, la chambre de céans se doit de relever que certains arguments de la Corte di Cassazione (Cour de cassation), plus précisément les arguments résumés aux points b) et d) ci-dessus, paraissent en contradiction avec

l'arrêt du 10 avril 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213) dans lequel, en résumé, la Cour parvient à des conclusions opposées que nous synthétisons ci-dessous, eu égard aux directives de l'Union 2004/17/CE et 2004/18/CE (à présent remplacées par les directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, mises en œuvre par le décret législatif n° 50/2016, mais sans que les points pertinents en l'espèce aient subi de modifications).

Tout d'abord, une directive spécifique (à l'origine, la directive 2004/17/CE et à présent la directive 2014/25/UE) régit les marchés conclus dans les secteurs dits « *spéciaux* » (relatifs à la gestion de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux : ces secteurs ayant été définis comme « *exclus* » [OMISSIS]. Dans ces secteurs, peuvent être des « *entités adjudicatrices* » non seulement les « *pouvoirs adjudicateurs* » [tels que définis actuellement à l'article 3, paragraphe 1, sous a), du décret législatif n° 50/2016, conformément à la réglementation de l'Union pertinente], mais également les « *entreprises publiques* » ou « *entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre* », dans la mesure où ces entités exercent une des activités relevant du secteur concerné : les dispositions de la directive pertinente doivent en effet être interprétées de manière restrictive (non moins que les dispositions législatives nationales d'exécution), et donc par référence aux seuls marchés relevant du secteur concerné, ce qui écarte la « *théorie de la contagion* » dégagée dans le fameux [Or. 19] arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, EU:C:1998:4) [voir également en ce sens arrêt du 16 juin 2005, Strabag et Kostmann (C-462/03 et C-463/03, EU:C:2005:389), et arrêt n° 16 rendu par l'assemblée plénière du Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie) en 2011, susmentionné].

En ce qui concerne, en revanche, les organismes de droit public [également définis conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE et, actuellement, aux directives semblables 2014/24/UE et 2014/25/UE, telles que transposées à l'article 3, paragraphe 1, sous d), du décret législatif n° 50/2016], l'interprétation ne doit en revanche pas être restrictive mais fonctionnelle, et se fonder ainsi sur l'appréciation du fait que l'Ente\* a ou non été constituée en vue de satisfaire des besoins d'intérêt général « *ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* ». À ce dernier égard, il est considéré comme « *indifférent que de tels besoins soient également satisfaits ou puissent l'être par des entreprises privées. Il importe qu'il s'agisse de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État ou une collectivité territoriale choisissent en général de satisfaire eux-mêmes, ou à l'égard desquels ils entendent conserver une influence déterminante [...]* Il y a lieu d'ajouter qu'il est à cet égard indifférent que, outre sa mission d'intérêt général, ladite entité accomplit également d'autres activités dans un but lucratif, dès lors qu'elle continue à se charger des besoins d'intérêt général qu'elle est spécifiquement obligée de satisfaire. La part qu'occupent les

\* Ndt : il s'agit, semble-t-il, de « Poste Italiane ».

*activités exercées\* dans le cadre des activités globales de cette entité est également sans pertinence aux fins de sa qualification d'organisme de droit public ».*

La directive 2004/18/CE, qui est sur ce point conforme aux directives précédentes, sur lesquelles la Cour avait déjà eu l'occasion de se prononcer et qui est actuellement remplacée, sans variations en la matière, par la directive 2014/24/UE, est applicable aux marchés des organismes de droit public qui se situent en dehors du champ des secteurs spéciaux, dans lequel ces organismes peuvent opérer (en restant soumis au régime spécifique prévu à cet égard, en ce qui concerne l'activité propre auxdits secteurs). En effet, la Cour est parvenue aux conclusions suivantes dans l'arrêt du 10 avril 2008, *Ing. Aigner* (C-393/06, EU:C:2008:213), cité : « *Les marchés passés par une entité [Or. 20] ayant la qualité d'organisme de droit public, au sens des directives 2004/17 et 2004/18, qui ont des liens avec l'exercice d'activités de cette entité dans un ou plusieurs des secteurs visés aux articles 3 à 7 de la directive 2004/17, doivent être soumis aux procédures prévues par cette directive. En revanche, tous les autres marchés passés par cette entité en rapport avec l'exercice d'autres activités relèvent des procédures prévues par la directive 2004/18. Chacune de ces deux directives s'applique, sans distinction entre les activités que ladite entité exerce pour accomplir sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et les activités qu'elle exerce dans des conditions de concurrence, et même en présence d'une comptabilité qui vise à la séparation des secteurs d'activités de cette entité, afin d'éviter les financements croisés entre ces secteurs ».*

La Cour réaffirme donc le caractère général, et donc l'applicabilité, de la directive 2004/18/CE (à présent 2014/24/UE) portant sur les secteurs ordinaires, à tous les organismes de droit public, y compris lorsqu'ils opèrent dans les secteurs spéciaux, lorsque les marchés portent sur un objet qui échappe à ces secteurs.

Par conséquent, en ce qui concerne les organismes en question, en matière de marchés, en aucun cas la compétence de la juridiction administrative, prévue pour les procédures de passation des marchés publics prescrites à la fois pour le secteur ordinaire et pour le secteur spécial, ne serait exclue.

Contrairement à ce qu'affirme la Corte di cassazione (Cour de cassation) au point de l'ordonnance n° 4899/2018, résumé au point d) ci-dessus, il y a lieu de considérer non pas comme dépourvue de pertinence mais bien comme fondamentale la qualification juridique de Poste Italiane SpA, précisément sur le fondement des paramètres énoncés à l'article 3, paragraphe 1, sous d), du décret législatif n° 50/2016 [OMISSIS].

\* Ndt : l'auteur omet, semble-t-il, de citer la partie de phrase « a scopo di lucro » (dans un but lucratif).

Il semble en outre utile de préciser que les arguments de la Corte di Cassazione (Cour de cassation) exposés au point b) ci-dessus ne sont pas infailliblement corroborés par les textes réglementaires mentionnés : en ce qui concerne la directive 2004/18/CE (à présent directive 2014/24/UE), en effet, il est [Or. 21] vrai que les pouvoirs adjudicateurs et, parmi eux, les organismes de droit public, font partie des entités adjudicatrices définies dans les termes précis de l'article 3, paragraphe 1, sous d), du décret législatif n° 50 cité, (auparavant article 3, paragraphe 26, du décret législatif n° 163/2006, dont le libellé est identique), mais cela implique uniquement que les entités adjudicatrices comprennent précisément aussi les organismes de droit public, sans que pour autant ceux-ci soient « *exclus* » de la catégorie des pouvoirs adjudicateurs, visée au même article 3, paragraphe 1, sous a), lesquels sont sans conteste soumis aux dispositions du code des marchés [publics] en matière de secteurs ordinaires. En outre, la qualification des entités adjudicatrices à l'article 3, paragraphe 29, du décret législatif n° 163/2016 [à présent article 3, paragraphe 1, sous e), du décret législatif n° 50/2016] n'est pas dérogatoire mais implique seulement un éventail d'acteurs plus large pour les secteurs spéciaux, alors que l'annexe VI du même décret législatif n° 163/2016 contient uniquement une simple énumération non exhaustive des entités auxquelles sont confiées des fonctions dans les secteurs spéciaux, de sorte que le fait que la société Poste Italiane SpA, dans ce cadre, soit désignée comme entité adjudicatrice ne revêt pas non plus une portée dérogatoire.

La chambre de céans n'ignore cependant pas la vaste libéralisation et la grande ouverture à la concurrence intervenues dans le secteur en cause, ouverture couronnée par la récente legge n. 124 del 4 agosto 2017 (*legge annuale per il mercato e la concorrenza*) (loi n° 124, du 4 août 2017, loi annuelle en faveur du marché et la concurrence), qui a éliminé le monopole antérieur détenu par Poste Italiane SpA sur les services de notification des actes judiciaires et des infractions au code de la route.

Déjà, par décision [2008/1642/CE] de la Commission, du 30 avril 2008, il avait été établi que Poste Italiane SpA était exemptée de procéder à des appels d'offres en matière de services nationaux et internationaux de courrier express, alors que par la décision 2010/12/UE du 5 janvier 2010, l'application de la directive 2004/17/CE relative aux secteurs spéciaux avait été écartée en ce qui concerne les services financiers gérés par Bancoposta (collecte de l'épargne, prêts pour le compte de banques et autres intermédiaires financiers habilités, activités d'investissement et de prévoyance complémentaire, services de paiement et de transfert d'argent).

Cependant, comme l'a en particulier souligné l'AGCOM, le fait que cette entité opère dans [Or. 22] des conditions de concurrence ne représente qu'un indice du défaut de la condition téléologique car, pour exclure tout à fait qu'elle soit remplie, il est nécessaire de constater que des finalités purement économiques sont poursuivies et que le risque économique est entièrement pris en charge : or, ces dernières circonstances ne sont pas observables dans le cas du service postal universel attribué à Poste Italiane SpA jusqu'au 30 avril 2026 en vertu de

l'article 23, paragraphe 2, du décret législatif n° 261/1999. La même réglementation, à l'article 3, paragraphe 12, dispose que la charge de fournir le service universel est financée au moyen de versements imputés au budget de l'État et au moyen du Fonds de compensation (qui n'a pas encore été activé) prévu à l'article 10 du même décret législatif n° 261/1999.

Lors de l'estimation du coût net du service universel, en effet, l'AGCOM ne s'en tient habituellement pas à ce qui est demandé et comptabilisé par l'organisme, mais calcule le montant sur la base des coûts estimés d'une entreprise « efficace » comme devrait l'être l'entreprise opérant dans le secteur concerné : même en cas de renvoi à des critères d'efficacité de l'entreprise, en toute hypothèse, il apparaît clairement que, s'il n'est pas exclu, le risque économique est fortement atténué.

On peut donc considérer, notamment en vertu de l'article 14, paragraphe 2, du code des marchés publics, que les secteurs dans lesquels Poste Italiane SpA peut opérer en dérogation aux règles générales en vigueur en matière d'appels d'offres sont définis : sur le fondement de ces règles, on a jusqu'à présent considéré que la théorie de la contagion était écartée pour les entreprises publiques, mais pas pour les organismes de droit public, étant donné que ces derniers ne sont tenus, lorsqu'ils opèrent dans les secteurs spéciaux, de respecter le régime pertinent que pour les activités instrumentales pour ces secteurs, sans toutefois échapper au régime des secteurs ordinaires pour toutes les autres activités, compte tenu des intérêts importants pour la collectivité qui leur sont confiés.

Malgré les principes exposés ci-dessus, la chambre de céans ne saurait en tout cas éviter d'aborder un double problème : le premier, lié à l'effet contraignant des arrêts rendus par les chambres réunies de la Corte di Cassazione (Cour de cassation) en matière de compétence dans le droit [Or. 23] procédural italien, le second, touchant à la possibilité que la jurisprudence de l'Union évolue, compte tenu de la transformation progressive en véritables entreprises de certaines personnes morales constituées en tant qu'organismes de droit public, lesquelles exercent leur activité de manière largement prépondérante dans des conditions de concurrence, comme l'explique précisément Poste Italiane SpA (voir, à cet égard, le considérant 21 et l'article 16 de la directive 2014/23/UE, concernant les organismes qui opèrent dans des conditions normales de marché, poursuivant des bénéfices et subissant des pertes d'activités directement exposées à la concurrence, qui sont à présent majoritaires en l'espèce).

En ce qui concerne la première question, la chambre de céans relève que la Corte di Cassazione (Cour de cassation) est en effet appelée à établir, à titre définitif et contraignant aux fins de la décision sur le fond, en vertu de l'article 382 du code de procédure civile, la compétence du juge saisi de l'affaire dans le système procédural italien (également par voie de règlement préalable) ; la Cour de justice a cependant exprimé le principe général en vertu duquel le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une juridiction nationale soit liée par une règle de procédure nationale, en vertu de laquelle les appréciations portées par une juridiction supérieure nationale s'imposent à elle, lorsqu'il apparaît que les appréciations

portées par la juridiction supérieure ne sont pas conformes au droit de l'Union, tel qu'interprété par la Cour [voir arrêt du 20 octobre 2011, Interedil (C-396/09, EU:C:2011:671)]

On peut donc affirmer que le juge a la faculté (ou l'obligation, dans le cas des juridictions de dernier ressort) de s'adresser à la Cour chaque fois qu'il existe un « *doute raisonnable* » quant à l'application correcte du droit de l'Union, indépendamment de toute décision contraire de la Corte di Cassazione (Cour de cassation), même rendue par les chambres réunies en matière de compétence, ou de l'assemblée plénière du Consiglio di Stato (Conseil d'État), dont les décisions sont contraignantes pour les chambres simples dudit Consiglio di Stato (Conseil d'État) [voir également arrêts du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), et du 6 octobre 1982, Cilfit e.a. (283/81, EU:C:1982:335)]. **[Or. 24]**

Cela étant, une autre question justifiant la présente ordonnance (comme c'était déjà le cas pour l'ordonnance n° 7778/2018, dont le contenu est partiellement reproduit ici) se pose avant que la décision tranchant le litige en l'espèce puisse être prise, à savoir la question de la conformité au droit de l'Union du régime national figurant à l'article 3, paragraphe 1, sous e), du décret législatif n° 50/2016 (le code des marchés [publics]) lorsque, conformément à l'interprétation donnée par les chambres réunies de la Corte di Cassazione (Cour de cassation) dans l'ordonnance n° 4899/2018 citée (contraignante en droit national pour les questions de compétence), cette disposition est entendue en ce sens que, pour les entreprises opérant dans les secteurs spéciaux visés à la partie II du code des marchés [publics], elle déroge aux principes généraux énoncés à l'article 1<sup>er</sup> et audit article 3, paragraphe 1, sous a), du code des marchés [publics], en ce qui concerne l'obligation d'organiser des procédures de passation lorsque le marché concerné ne porte pas sur les activités propres aux secteurs spéciaux. En d'autres termes, il s'agit de vérifier si les principes consacrés par l'arrêt du 10 avril 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213) précité sont ou non susceptibles d'être écartés, compte tenu d'une prévalence marquée des intérêts ayant un caractère industriel et commercial sur les intérêts de la collectivité qui ont justifié, à l'origine, la constitution de l'organisme de droit public, ou si la référence à cette constitution, formellement présente dans l'article 3, paragraphe 1, sous d), point 1, cité, du décret législatif n° 50/2016 doit être considérée comme impérative, même pour des entreprises qui opèrent dans des conditions largement concurrentielles.

Comme précisé ci-après, il y a donc lieu de poser à nouveau, eu égard aux considérations qui précèdent, la première question, déjà soumise à la Cour de justice par l'ordonnance de la chambre de céans n° 7778 de 2018, citée à plusieurs reprises, mais ce n'est pas tout.

La chambre de céans estime, en effet, qu'il convient de structurer différemment la question relative, dans l'ordonnance précédente (et dans celle-ci), à la notion de « *caractère instrumental* » – pour les matières propres aux secteurs spéciaux – en tant que limite à la compétence de la juridiction administrative, même lorsqu'il est possible de reconnaître que **[Or. 25]** la notion d'« *organisme de droit public* » est

susceptible d'évoluer vers celle d'« *entreprise publique* », en fonction de certaines particularités des secteurs « *exclus* », et spécialement de celui des « *activités directement exposées à la concurrence* » (article 8, décret législatif n° 50/2016). Les considérations qui précèdent s'expliquent par le fait que le caractère actuellement concurrentiel du service postal, même s'il n'est pas en soi déterminant par rapport à la question de la compétence (comme pour tous les secteurs exclus, visés aux articles 4 à 20 du code [des marchés publics]), pourrait toutefois être pertinent pour exclure la qualification de Poste Italiane SpA comme organisme de droit public, dès lors qu'il s'agit d'un organisme qui opère dans des conditions normales de marché, en poursuivant des bénéfices et en subissant des pertes d'activités directement exposées à la concurrence, qui sont à présent majoritaires en l'espèce (directive 2014/23/UE, considérant 21 et article 16).

À ce dernier égard, la chambre de céans doute de ce que la reconnaissance de Poste Italiane SpA comme « *entreprise publique* » (si elle était également jugée recevable par la Cour de justice) impose – conformément à ce qu'a jugé l'assemblée plénière du Consiglio di Stato (Conseil d'État) dans l'arrêt du n° 16/2011, cité à plusieurs reprises – de respecter une appréciation restrictive du rapport du marché avec la matière propre au secteur spécial de référence. Par ailleurs, les limites de cette appréciation sont, en tout état de cause, pertinentes aux fins de définir le régime juridique spécifique du marché concerné, y compris lorsqu'il est lancé par un acteur pouvant être qualifié d'organisme de droit public et opérant dans l'un des secteurs spéciaux.

En effet, alors que semble acceptable la thèse selon laquelle les entreprises (publiques ou privées, ces dernières dans la mesure où elle sont titulaires d'un droit spécial ou exclusif) ne relèvent du régime du code [des marchés publics] que « *par référence aux seuls marchés relevant du secteur concerné, et non de manière générale, ce qui écarte la "théorie de la contagion" dégagée dans l'arrêt Mannesman [...]* » (arrêt de l'assemblée plénière [du Consiglio di Stato (Conseil d'État)], n° 16/2011, précité), la réglementation de l'Union (directive 2014/25/UE) ne contient pas de référence précise à la notion de « *caractère instrumental* », entendue en tant que rapport direct du service à l'activité spéciale, comme limite à l'applicabilité des articles 114 et suivants du code des marchés publics et à la compétence de la juridiction [Or. 26] administrative.

De manière générale, le considérant 16 de la directive 2014/25/UE, qui vise précisément les secteurs spéciaux, admet la possibilité de procéder à la passation de marchés « *inhérents à différentes activités* » et soumis à « *des régimes juridiques différents* » avec, en tout état de cause, application à un contrat unique des règles relatives au secteur auquel il est « *principalement destiné* », ainsi qu'il ressort des documents de l'appel d'offre, ou comme devrait, en tout état de cause, le préciser le pouvoir adjudicateur.

Le principe est réaffirmé à l'article 6 de la même directive, qui, lorsque cette destination n'est pas précisée, dicte au paragraphe 3 des critères précis de priorité, lorsque le marché porte précisément sur des matières régies par plus d'une

directive. La notion de « *destination* » à une activité donnée selon le choix du pouvoir adjudicateur apparaît, en tout état de cause, bien plus large que celle mise en œuvre par l'arrêt de l'assemblée plénière [du Consiglio di Stato (Conseil d'État)] n° 16/2011 (qui ne reconnaissait un service de gardiennage comme pertinent pour le secteur spécial de référence, que s'il était acquis pour un réseau énergétique géré par ENI, mais non pour la surveillance des bureaux administratifs correspondants). Il y a lieu, en revanche, de s'interroger, à la lumière de la réglementation communautaire, sur la question de savoir si le marché, à considérer comme « *étranger* » au régime des secteurs spéciaux, ne doit pas plutôt se référer à toute activité que les entreprises publiques – ou les acteurs privés titulaires d'un droit d'exclusivité – sont effectivement libres d'entreprendre, mais nettement en dehors des secteurs concernés, comme le voudrait le principe d'« *extranéité* », de nature à soustraire la conclusion du marché aux règles de passation des marchés publics. Cela permet d'éviter des distinctions qui semblent artificielles, lorsqu'elles se rapportent à des activités nécessaires ou complémentaires à la gestion des secteurs spéciaux (organisation de bureaux, entretien ou surveillance de ceux-ci et services similaires), ce qui entraîne fréquemment une incertitude quant à la réglementation applicable et des distorsions en matière de compétence, lorsque les chambres réunies de la Corte di Cassazione (Cour de cassation) sont appelées à se prononcer, la question de fond indiquée ci-dessus (caractère instrumental, ou non, [Or. 27] de l'objet du marché pour la matière propre aux secteurs spéciaux) se superposant inévitablement à celle de la procédure, dont est effectivement saisie la Cour suprême.

En effet, ce n'est pas par hasard que l'article 13, paragraphe 1, sous b), de la directive 2014/25/UE définit l'application de cette directive aux services postaux, en étendant la référence à « *d'autres services que des services postaux, pourvu que ces services soient fournis par une entité fournissant également des services postaux* », comprenant parmi ces derniers les services postaux « *qu'ils relèvent ou non du champ d'application du service universel établi conformément à la directive 97/67/CE* » [article 13, paragraphe 2, sous b)].

Il a déjà été souligné, enfin, que le considérant 16 de la directive 2014/24/UE exige de préciser l'activité à laquelle le marché – soumis en principe aux règles des secteurs spéciaux, mais parfois destiné à régir également d'autres activités – est effectivement destiné. Cela exige une connaissance du régime juridique applicable, avec les obligations de transparence et de sécurité juridique, qui constituent des principes inhérents à l'ensemble du secteur des marchés publics (y compris les secteurs que le décret législatif n° 50/2016 qualifie d'« *exclus* »).

Il est donc correct de s'interroger également, en conclusion, sur la conformité à la réglementation communautaire, étendue à la notion d'abus de droit (arrêt du 5 juillet 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408), de la pratique – toujours plus fréquente dans le système juridique national – de ne faire valoir le défaut de compétence de la juridiction administrative qu'après les premières décisions, y compris conservatoires, de cette juridiction, pour des appels d'offres lancés conformément au code des marchés publics, avec des avis d'appels d'offres

publiés à la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana et au Journal officiel de l'Union européenne, sans aucune précision, à ce stade, du fait que le choix opéré par le pouvoir adjudicateur l'est en toute autonomie (en l'absence d'une contrainte légale), étant entendu que la légalité et les effets de ce choix devraient être soumis à la juridiction ordinaire, appelée à se prononcer – ainsi qu'il convient de le supposer – sur la base des seules dispositions du code civil, le code des marchés publics n'étant en aucune manière applicable (bien qu'expressément cité et, partant, contrairement à ce que les participants étaient en droit de considérer).

La chambre de céans considère donc qu'il y a lieu, en vertu de l'article 267 TFUE, de suspendre la présente procédure afin de **[Or. 28]** saisir la Cour des questions suivantes, qui doivent être tranchées avant qu'elle puisse se prononcer sur le litige (en ce qu'elles touchent à la compétence ou non de la juridiction administrative) :

1) Compte tenu des caractéristiques susmentionnées, la société Poste Italiane SpA doit-elle être qualifiée d'« organisme de droit public » en vertu de l'article 3, paragraphe 1, sous d), du décret législatif n° 50 de 2016 et des directives de l'Union pertinentes (les directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE) ?

2) Cette société est-elle tenue d'organiser des procédures de passation des marchés publics uniquement pour l'attribution des marchés se rapportant directement à l'activité qu'elle exerce dans les secteurs spéciaux, visés à la directive 2014/25/UE, en tant qu'entité adjudicatrice, concernant laquelle la nature d'organisme de droit public devrait être considérée comme relevant en soi des règles de la partie II du code des marchés publics, alors qu'elle est dotée d'une pleine autonomie de la volonté, et soumise exclusivement aux règles de droit privé quant aux activités contractuelles ne relevant pas de ces secteurs, compte tenu des principes énoncés au considérant 21 et à l'article 16 de la directive 2014/23/UE [ordonnance des chambres réunies de la Corte di Cassazione (Cour de cassation) n° 4899/2018 et, pour la dernière partie, arrêt de l'assemblée plénière du Consiglio di Stato (Conseil d'État) n° 16/2011] ?

[3)] En revanche, en ce qui concerne les marchés dont on considère qu'ils ne relèvent pas du domaine propre aux secteurs spéciaux, lorsqu'elle remplit les conditions relatives aux organismes de droit public, la même société reste-elle soumise à la directive générale 2014/24/UE (et donc aux règles relatives aux procédures de passation des marchés publics), même lorsqu'elle exerce des activités de nature essentiellement entrepreneuriale dans des conditions de concurrence, étant donné qu'elle a évolué depuis sa constitution originelle, ainsi qu'il ressort de l'arrêt du 10 avril 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213), la directive 2014/24/UE s'opposant à une autre lecture, pour des marchés conclus par des pouvoirs adjudicateurs ; le considérant 21 et l'article 16 de la directive 2014/23/UE, par ailleurs, n'imposent qu'un critère de présomption, permettant d'écarter la nature d'organisme de droit public pour les entreprises qui opèrent dans des conditions normales de marché, **[Or. 29]** la référence prioritaire à la phase de constitution de l'organisme étant, en tout état de cause, claire, en

vertu desdites dispositions combinées, lorsque celui-ci est destiné à satisfaire des « *besoins d'intérêt général* » (en l'espèce, existants et toujours présents) ?

[4]) Dans des bureaux dans lesquels des activités inhérentes au secteur spécial sont menées parallèlement à d'autres activités, la notion de « *caractère instrumental* » – pour le service d'intérêt public – doit-elle être comprise de manière non restrictive [comme l'a estimé la jurisprudence nationale jusqu'à ce jour, conformément à l'arrêt de l'assemblée plénière du Consiglio di Stato (Conseil d'État) n° 16/2011], alors que s'y opposent, à ce dernier égard, les principes visés au considérant 16, ainsi que les articles 6 et 13 de la directive 2014/25/UE, qui évoquent, pour déterminer la réglementation applicable, la notion de « *destination* » à l'une des activités régies par le code des marchés publics. Il y a donc lieu de préciser si toutes les activités fonctionnellement utiles à ce secteur, selon les intentions du pouvoir adjudicateur (y compris, partant, les marchés relatifs à l'entretien tant ordinaire qu'extraordinaire, au nettoyage, au mobilier, ainsi qu'au service de conciergerie et de gardiennage desdits bureaux, ou d'autres formes d'utilisation de ces derniers, s'ils sont entendus en tant que service à la clientèle), peuvent être « *destinées* » – même avec les modalités contraignantes atténuées propres aux secteurs exclus – seules restant effectivement privatisées les activités « *étrangères* », que l'acteur public ou privé peut exercer librement dans des domaines totalement différents, conformément à une réglementation relevant exclusivement du code civil et de la compétence de la juridiction ordinaire (le service bancaire fourni par Poste Italiane SpA, par exemple, pour ce qui nous intéresse ici, fait certainement partie de ce type d'activités, mais on ne pourrait en dire autant en ce qui concerne la fourniture et l'utilisation des outils de communication électronique, s'ils sont mis au service de l'ensemble des activités du groupe, bien qu'étant particulièrement nécessaires précisément à l'activité bancaire). En outre, il est utile, semble-t-il, de mettre en lumière le « *déséquilibre* » induit par l'interprétation restrictive actuellement prévalente, dans la mesure où sont introduites dans la gestion de secteurs assimilables ou [Or. 30] voisins des règles totalement différentes, pour l'attribution de marchés de travaux ou de services : d'une part, les garanties minutieuses imposées par le code des marchés [publics] pour l'identification du contractant, d'autre part, l'autonomie de la volonté de l'entrepreneur, libre de procéder à des négociations en fonction exclusive de ses propres intérêts économiques, sans aucune des garanties de transparence requises pour les secteurs spéciaux et pour les secteurs exclus ;

[5]) Enfin, le lancement – avec les formes de publicité prévues tant au niveau national qu'à celui de l'Union – d'une procédure de passation des marchés publics, au sens du code des marchés publics, peut-il être pertinent, pour déterminer le domaine auquel est destiné le marché, ou du rattachement de ce dernier au secteur spécial de référence, dans un sens conforme à la notion élargie de « *caractère instrumental* », visée à la question n° [4]) ci-dessus, ou – à titre subsidiaire – l'exception d'incompétence de la juridiction administrative, soulevée par l'acteur même qui a lancé cette procédure ou par des acteurs y ayant participé avec succès, peut-elle être considérée comme un abus de droit au sens de

l'article 54 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en tant que comportement qui, sans être susceptible d'affecter, par lui-même, la répartition des compétences [voir, également, à cet égard, arrêt de l'assemblée plénière du Consiglio di Stato (Conseil d'État) n° 16/2011], est au moins pertinent aux fins de la réparation du préjudice et des dépens de la procédure, en ce qu'il porte atteinte à la confiance légitime des participants à l'appel d'offres lui-même, lorsqu'ils ne sont pas lauréats et requérants en justice ?

[OMISSIS]

**[Or. 31]**

[OMISSIS]

Pour ces motifs

Le TAR Lazio, troisième chambre, [OMISSIS] décide :

- 1) [OMISSIS] de transmettre le dossier à la Cour de justice de l'Union européenne au titre de l'article 267 TFUE [OMISSIS] ;
- 2) de suspendre la présente procédure.

[OMISSIS] Rome [OMISSIS] le 6 mars 2019 [OMISSIS]

[formules de procédure et signatures]