

**Affaire C-452/23**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

19 juillet 2023

**Juridiction de renvoi :**

Oberlandesgericht Düsseldorf (Allemagne)

**Date de la décision de renvoi :**

16 juin 2023

**Requérantes devant la Zweite Vergabekammer des Bundes et devant la juridiction de renvoi :**

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG

Tesla Germany GmbH

**Défenderesse devant la Zweite Vergabekammer des Bundes et devant la juridiction de renvoi :**

Die Autobahn GmbH des Bundes

---

[OMISSIS]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF  
(TRIBUNAL RÉGIONAL SUPÉRIEUR DE DÜSSELDORF, ALLEMAGNE)

ORDONNANCE

Dans la procédure de recours en matière de passation de marchés publics

**1. Fastned Deutschland GmbH & Co. KG, [OMISSIS]**

[OMISSIS] Cologne,

**2. Tesla Germany GmbH, [OMISSIS]**

[OMISSIS] Berlin,

Requérantes devant la Zweite Vergabekammer des Bundes (seconde chambre fédérale des marchés publics, Allemagne) et devant la juridiction de renvoi,

[OMISSIS],

contre

**Die Autobahn GmbH des Bundes** [OMISSIS],

[OMISSIS] Berlin,

Défenderesse devant la Zweite Vergabekammer des Bundes (seconde chambre fédérale des marchés publics) et devant la juridiction de renvoi,

[OMISSIS],

autres parties à la procédure :

1. Autobahn Tank & Rast GmbH, [OMISSIS] Bonn,
2. Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, [OMISSIS] Berlin,

Parties invitées en la cause (ci-après les « intervenantes »),

[OMISSIS],

la chambre d'appel en matière de passation des marchés publics de l'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal régional supérieur de Düsseldorf), à la suite de l'audience du 27 avril 2023,

**ordonne**

[OMISSIS].

La Cour de justice de l'Union européenne est saisie de la question préjudicielle suivante relative à l'interprétation 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 ; ci-après la « directive 2014/24 »)] :

L'article 72, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/24 doit-il être interprété en ce sens qu'il s'applique également aux marchés publics auparavant attribués à une entité in house, en dehors du champ d'application de cette directive, lorsque, au moment de la modification du marché, les conditions de l'attribution in house ne sont plus réunies ?

Motifs :

**I.**

- 1 La partie défenderesse est une société d'infrastructure de droit privé qui constitue la propriété inaliénable de la République fédérale d'Allemagne. Le Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (ministère fédéral des Transports et des Infrastructures numériques, Allemagne) lui a confié, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2021, la planification, la construction, l'exploitation, l'entretien, le financement et la gestion patrimoniale des autoroutes fédérales. La République fédérale d'Allemagne met à sa disposition les moyens financiers nécessaires à l'accomplissement de ses missions.
- 2 Des installations de services annexes, comme des stations-service et des restoroutes, sont exploitées sur plus de 400 aires de service du réseau autoroutier. À l'origine, l'exploitante des installations de services annexes était la Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH, créée par la République fédérale d'Allemagne en 1951. Cette société a été renommée Tank & Rast AG en 1994, en vue d'une privatisation. Dans un premier temps, l'identité de son propriétaire n'a pas été modifiée, le seul actionnaire étant la République fédérale d'Allemagne. La même année, Tank & Rast AG a également racheté la société Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH.
- 3 Entre 1996 et 1998, la République fédérale d'Allemagne a conclu, sans appel d'offres préalable, avec la société Tank & Rast AG, qui appartenait encore à l'État fédéral à l'époque, environ 280 contrats de concession encore en vigueur aujourd'hui, qui portent sur l'exploitation d'installations de services annexes sur les autoroutes fédérales, sur la base d'un nouveau modèle de contrat de concession. Celui-ci confère au concessionnaire le droit de construire et d'exploiter une installation de service annexe, au bénéfice des usagers des autoroutes fédérales, sur un site d'exploitation déterminé. En contrepartie, le concessionnaire doit payer une redevance de concession proportionnée à son chiffre d'affaires. Les contrats de concession comportent un plan d'exploitation qui prévoit un nombre déterminé de pompes à essence et de places de stationnement, ainsi qu'un restoroute et des toilettes publiques. L'installation de service annexe doit rester ouverte 24 heures sur 24, sept jours sur sept. Les contrats de concession ont une durée maximale de 40 ans. Le modèle de contrat de concession a été publié dans la partie officielle du Verkehrsblatt, le bulletin officiel du ministère fédéral des Transports et des Infrastructures numériques, de 1997, sous le n° 226, p. 825 et suivantes.
- 4 À partir de 1998, Tank & Rast AG a été privatisée par l'intermédiaire de la banque [OMISSIS] dans le cadre d'une procédure de sélection des investisseurs [OMISSIS]. La procédure de sélection des investisseurs, à laquelle ont participé une cinquantaine de candidats allemands et étrangers, a finalement abouti à un accord avec un consortium composé de LSG Lufthansa Service Holding AG, Allianz Capital Partners GmbH et trois fonds d'investissement. Les entreprises membres de ce consortium ont notifié le projet d'acquisition à la Commission qui, le 7 décembre 1998, a constaté que ce projet ne soulevait pas d'objections (affaire IV/M.1361), conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous b), du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle

des opérations de concentration entre entreprises (JO 1989, L 395, p. 1). À la suite de changements de raison sociale, Tank & Rast AG a donné naissance aux intervenantes, désormais titulaires des concessions.

- 5 Après cette privatisation, entre 1999 et 2019, les intervenantes se sont vu attribuer environ 80 autres concessions dont, selon leurs propres dires, 19 dans le cadre d'un appel d'offre. Ainsi, les intervenantes sont les concessionnaires actuels d'environ 90 % de l'ensemble des installations de services annexes.
- 6 Les véhicules électriques au sens de l'article 4 du règlement (UE) 2018/858 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2018, relatif à la réception et à la surveillance du marché des véhicules à moteur et de leurs remorques, ainsi que des systèmes, composants et entités techniques distinctes destinés à ces véhicules, modifiant les règlements (CE) n° 715/2007 et (CE) n° 595/2009 et abrogeant la directive 2007/46/CE (JO 2018, L 151, p. 1) sont soumis au Schnellladegesetz (loi fédérale sur la recharge électrique à haute puissance – Bundesgesetzblatt 2021, partie I, p. 2141 et suivantes) du 25 juin 2021, dont l'article 5, paragraphe 3, première phrase, oblige la partie défenderesse à proposer au titulaire d'une concession d'exploitation d'une installation de service annexe incluant une station-essence de prendre en charge pour son propre compte l'édification, l'entretien et l'exploitation des points de recharge électrique à haute puissance prévus sur ce site, pour autant que cela est opportun et que la partie 4 du Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi contre les restrictions à la concurrence ; ci-après le « GWB ») n'y fait pas obstacle. La partie 4 du GWB régit le droit allemand des marchés publics. Dans l'exercice de sa mission confiée par la loi, la partie défenderesse a conclu avec les intervenantes, le 28 avril 2022, un complément aux quelques 360 contrats de concession existants, aux fins de la prise en charge, par celles-ci et pour leur propre compte, de l'édification, de l'entretien et de l'exploitation d'une infrastructure opérationnelle de recharge électrique à haute puissance, impliquant l'obligation de maintenir à disposition un nombre de points de recharge déterminé sur chaque site.
- 7 La partie défenderesse a notifié la modification convenue au *Journal officiel de l'Union européenne* le 6 mai 2022, en justifiant la renonciation à un appel d'offres sur la base de l'article 132 GWB. Selon elle, la mise à disposition d'une infrastructure de recharge électrique à haute puissance constitue une prestation de service complémentaire qui est devenue nécessaire dans le cadre des contrats de concession, ce qui n'était pas encore prévisible lors de leur conclusion (*Supplément au Journal officiel de l'Union européenne*, avis 2022/S 089-245969).
- 8 Les requérantes exploitent toutes deux des infrastructures de recharge pour véhicules électriques. Par mémoire d'avocat du 20 mai 2022, elles ont demandé l'ouverture d'une procédure de recours. Pour motiver ce recours, elles ont fait valoir que, en vertu de l'article 135, paragraphe 1, point 2, GWB, l'accord complémentaire conclu avec les intervenantes était nul, puisque le marché avait été attribué sans publication préalable d'un avis de marché à l'échelle de l'Union. Selon les requérantes, la modification ne saurait être fondée sur

l'article 132 GWB, lequel ne serait en tout cas pas applicable, car les concessions existantes n'avaient pas été attribuées dans le cadre d'un appel d'offres.

- 9 La Zweite Vergabekammer des Bundes (seconde chambre fédérale des marchés publics, Allemagne) a rejeté cette demande par une décision du 15 juin 2022 (VK 2-54/22). Selon cette institution, l'article 132 GWB s'applique aux concessions existantes en vertu de l'article 154, point 3, GWB et la modification qui a été apportée aux contrats de concession par l'accord complémentaire du 28 avril 2022 n'est de toute façon pas substantielle au sens de l'article 132, paragraphe 1, GWB. Ladite institution estime que les installations de services annexes permettent aux usagers de la route de faire le plein, ce qui, en tout cas d'un point de vue fonctionnel, inclut le ravitaillement en électricité. En tout état de cause, toujours selon cette institution, cette modification est autorisée en vertu de l'article 132, paragraphe 2, première phrase, point 3, GWB, étant donné que la nécessité d'une infrastructure de recharge électrique à haute puissance n'était pas prévisible en 1998.
- 10 Les requérantes ont introduit un recours immédiat pour attaquer cette décision de la chambre des marchés publics devant l'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal régional supérieur de Düsseldorf). Selon elles, une modification fondée sur l'article 132, paragraphes 1 et 2, GWB est exclue, à tout le moins parce que cette disposition ne s'applique absolument pas à une modification de marchés publics attribués à initialement à une entité in house, sans mise en concurrence ni appel d'offre, ainsi qu'il ressort de l'arrêt du 12 mai 2022, Comune di Lericci (C-719/20, EU:C:2022:372). Pour elles, cela vaut a fortiori si, à l'époque, la concession d'origine avait déjà été attribuée en violation du droit des marchés publics ; procéder à une attribution in house alors même que l'on sait qu'une privatisation va suivre est illicite.
- 11 La partie défenderesse et les intervenantes défendent la décision de la chambre des marchés publics. Selon elles, les modifications non substantielles des marchés publics sont toujours licites. Pour elles, l'article 72 de la directive 2014/24 et l'article 132 GWB ne concernent de toute façon que les modifications substantielles, auxquels ils s'appliquent indépendamment des circonstances de la passation de marché initiale. La partie défenderesse et les intervenantes considèrent que l'arrêt Comune di Lericci porte uniquement sur la question de savoir si un nouvel appel d'offres doit être lancé lorsque les conditions d'une attribution in house cessent d'être réunies, car il s'agit d'une modification substantielle qui n'est couverte par aucune exception.

## II.

- 12 De l'avis de la chambre de céans, le succès du recours dépend de la réponse apportée à la question préjudicielle. Par conséquent, il y a lieu de surseoir à statuer et de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267, premier alinéa, sous b), et de l'article 267, deuxième alinéa, TFUE. Les considérations juridiques suivantes sous-tendent le renvoi préjudiciel :

13 [OMISSIS] Le seul élément déterminant est de savoir si, en application de l'article 135, paragraphe 1, point 2, GWB, l'accord complémentaire conclu avec les intervenantes est nul et si, partant, le recours est fondé.

14 Les principes y afférents sont énoncés à l'article 135, paragraphe 1, à l'article 132, paragraphes 1 et 2, et à l'article 154, points 3 et 4, du GWB du 26 juin 2013 (Bundesgesetzblatt 2013, partie I, p. 1750 et suivantes), dans sa version du 18 avril 2016 (Bundesgesetzblatt 2016, partie I, p. 203 et suivantes), qui disposent (extraits) :

15 Article 135 GWB – Invalidité

1. Un marché public est invalide ab initio si le pouvoir adjudicateur

1) [...]

2) a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé par la loi,

et que cette violation a été constatée dans le cadre d'une procédure de recours.

2. L'invalidité visée au paragraphe 1 ne peut être constatée que si elle a été invoquée dans le cadre d'une procédure de recours dans un délai de 30 jours calendaires à compter de la date à laquelle le pouvoir adjudicateur a informé les soumissionnaires et candidats concernés de la conclusion du marché, et en aucun cas plus de six mois après la conclusion du marché. Si le pouvoir adjudicateur a publié l'avis d'attribution de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, le délai pour invoquer la nullité expire 30 jours calendaires après la publication de l'avis d'attribution de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*.

16 132 GWB – Modifications de marchés en cours

1. Toute modification substantielle d'un marché public en cours nécessite une nouvelle procédure de passation de marché. Sont substantielles les modifications qui ont pour effet de rendre le marché public sensiblement différent du marché public initialement attribué. [...]

2. Sans préjudice du paragraphe 1, la modification d'un marché public ne nécessite pas de nouvelle procédure de passation lorsque

[...]

3) la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir et cette modification ne change pas la nature globale du contrat [...].

Dans les cas visés à la première phrase, points 2 et 3, le prix ne peut pas être augmenté de plus de 50 % de la valeur du marché initial.

## 17 Article 154 GWB – Autres dispositions applicables

Au demeurant, les dispositions suivantes s'appliquent par analogie à l'attribution de concessions [...] :

[...]

3) l'article 131, paragraphes 2 et 3, et l'article 132 [...],

4) les articles 133 à 135, [...].

18 La chambre de céans considère que les conditions d'application de l'article 132, paragraphe 2, point 3, GWB sont remplies en ce qui concerne presque l'ensemble des compléments au contenu de contrats de concession, parce que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas prévoir, en tout cas lors de la conclusion des contrats dans les années 1996 à 1998, qu'un besoin d'infrastructure de recharge électrique à haute puissance se développerait sur les aires [de service] des autoroutes fédérales ni qu'une obligation légale de mettre en place cette infrastructure serait adoptée, et que cette modification n'altère pas la nature globale des concessions d'exploitation d'installations de services annexes. De plus, la valeur du marché initial n'augmente pas de plus de 50 %.

19 Toutefois, la chambre de céans nourrit des doutes quant au point de savoir si le champ d'application de l'article 132, paragraphe 2, point 3, GWB, qui constitue la règle de transposition de l'article 72, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/24, et qui doit donc être interprété conformément à cette directive, couvre également les contrats qui ont été conclus avec une entité in house du pouvoir adjudicateur en dehors du champ d'application du droit des marchés publics régi par la partie 4 du GWB, lorsque, au moment de la modification du contrat, les critères d'une attribution in house ne sont plus réunis, parce que le capital du concessionnaire est désormais détenu à 100 % par des investisseurs privés.

20 Or, ce point est déterminant pour la solution du litige, car la chambre de céans considère que l'accord complémentaire constitue une modification substantielle au sens de l'article 132, paragraphe 1, première phrase, GWB. Il est donc décisif de savoir si, en vertu des dispositions combinées de l'article 132, paragraphe 2, première phrase, point 3, et de l'article 154, point 3, GWB, la partie défenderesse et les intervenantes pouvaient, sans ouvrir une nouvelle procédure de passation de marché, compléter les contrats de concession existant entre elles et attribués sans appel d'offres, aux fins de la prise en charge, par celles-ci et pour leur propre compte, de l'édification, de l'entretien et de l'exploitation d'une infrastructure opérationnelle de recharge électrique à haute puissance, eu égard au fait que, à l'époque [de la conclusion desdits contrats], la loi autorisait l'attribution du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* au sens de l'article 135, paragraphe 1, point 2, GWB.

- 21 La chambre de céans considère que le libellé de l'article 72 de la directive 2014/24 n'est pas suffisamment clair. L'article 72, paragraphe 1, première phrase, et l'article 72, paragraphes 2 et 5, de cette directive mentionnent certes tous deux la mise en œuvre d'une « nouvelle procédure de passation de marché ». L'article 72, paragraphe 1, sous b), de ladite directive comporte les termes « [du] marché initial » et l'article 72, paragraphe 4, sous a), de la même directive comporte les termes « la procédure initiale de passation de marché ». De même, le considérant 109 de la directive 2014/24, relatif à l'article 72, paragraphe 1, sous c), de cette directive, précise qu'une certaine marge de manœuvre est nécessaire pour pouvoir adapter le marché à des circonstances imprévisibles sans engager de « nouvelle procédure de passation de marché ». Dans le langage courant, il est question d'une « nouvelle » procédure lorsqu'une procédure « ancienne » ou « initiale » antérieure a déjà été menée. De même, la notion de « procédure de passation de marché » utilisée dans le contexte de la directive 2014/24 pourrait indiquer qu'il s'agit d'une procédure formalisée conforme aux dispositions de cette directive. Toutefois, cette interprétation ne s'impose pas nécessairement. L'attribution à une entité in house peut également être comprise comme une passation de marché (attribution in house) et le temps écoulé jusqu'à l'attribution de ce marché comme une procédure.
- 22 Selon la chambre de céans, la jurisprudence actuelle de la Cour ne permet pas non plus de parvenir à une conclusion univoque. Ainsi, dans deux arrêts, la Cour a appliqué ses principes relatifs aux modifications ultérieures des contrats à des contrats conclus à une époque où le droit communautaire n'était pas encore applicable. Dans son arrêt de fondateur du 19 juin 2008, *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351), la Cour a non seulement développé les principes qui déterminent quand une modification apportée à des dispositions d'un marché public pendant sa durée de validité doit être considérée comme une nouvelle passation de marché, mais elle a également considéré que ces principes s'appliquent à un marché conclu avant l'adhésion de la République d'Autriche à l'Union européenne, auquel les dispositions du droit communautaire n'étaient donc pas encore applicables (arrêt du 19 juin 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, points 28 et 34 à 37). Dans le cadre d'un recours en manquement visant la République italienne, la Cour a précisé, en ce qui concerne le renouvellement d'une concession de travaux publics attribuée en 1969 et donc antérieurement à l'adoption des règles de l'Union en la matière, que le droit de l'Union applicable est celui en vigueur au moment de la modification du contrat et que la circonstance que le contrat de concession initial a été conclu antérieurement à l'adoption des règles de l'Union en la matière n'emporte pas de conséquences (arrêt du 18 septembre 2019, *Commission/Italie*, C-526/17, EU:C:2019:756, point 60).
- 23 Cela pourrait être interprété en ce sens que le mode de conclusion du marché initial, notamment au regard du respect des principes de non-discrimination, d'égalité et de concurrence effective, importe peu pour l'applicabilité des principes relatifs aux modifications ultérieures apportées à des contrats sans mener de (nouvelle) procédure de passation de marché, lesquels sont désormais énoncés



à l'article 72 de la directive 2014/24. Le fait que la Cour ne voit généralement pas de raison d'intervenir dans des rapports juridiques existants, établis pour une durée indéterminée ou pour plusieurs années, dès lors que ces rapports sont nés avant que les règles de l'Union en la matière soient applicables, pourrait également plaider en ce sens (arrêts du 24 septembre 1998, Tögel, C-76/97, EU:C:1998:432, point 54 ; et du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, EU:C:2000:543, point 38).

- 24 En revanche, l'arrêt du 12 mai 2022, Comune di Lerici (C-719/20, EU:C:2022:372) semble indiquer une autre solution. La commune italienne de Lerici avait confié la gestion des déchets communaux, par une décision qualifiée expressément d'« attribution in house », à une société dont l'actionnariat était exclusivement réparti entre plusieurs communes, dont ladite commune. Par la suite, cette société a connu des difficultés financières et elle a été reprise par la société IREN SpA, cotée en bourse, qui a poursuivi la fourniture de ces prestations de services. La Cour a considéré qu'il s'agissait là d'une modification illicite du contrat. Selon la Cour, il ressort du libellé de l'article 72, paragraphe 1, de la directive 2014/21 que son champ d'application est limité à l'hypothèse dans laquelle le successeur du contractant original poursuit l'exécution d'un marché public ayant fait l'objet d'une procédure de passation initiale conforme aux exigences imposées par la directive 2014/24, parmi lesquelles figure le respect des principes de non-discrimination, d'égalité et de concurrence effective entre les opérateurs économiques. Pour la Cour, une telle interprétation est corroborée par le paragraphe 4 de cet article 72, en vertu duquel une modification du marché est considérée comme étant substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché, ainsi que par l'objectif d'ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible que poursuivent les directives en la matière au bénéfice non seulement des opérateurs économiques, mais également des pouvoirs adjudicateurs. Partant, toujours selon la Cour, une modification du contractant, telle que celle en cause au principal, ne saurait relever du champ d'application de l'article 72 de la directive 2014/24, puisque le marché public en cause au principal a été confié initialement à une entité in house, sans appel à la concurrence (arrêt du 12 mai 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, points 41 à 43).
- 25 Cela pourrait plaider pour exclusion de façon globale du champ d'application de l'article 72 de la directive 2014/24, et donc de l'article 72, paragraphe 1, sous c), de cette directive, qui est la disposition pertinente en l'espèce, les marchés initialement attribués à une entité in house lorsque les conditions d'une attribution in house ne sont plus réunies au moment de la modification du marché.
- 26 En effet, l'objectif principal des règles de l'Union en matière de marchés publics est d'assurer la libre concurrence des prestations de services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres. Pour la poursuite de ce

double objectif, le droit de l'Union applique notamment le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et l'obligation de transparence qui en découle (arrêts du 19 juin 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, points 31 et 32 ; et du 12 mai 2022, *Comune di Lerici*, C-719/20, EU:C:2022:372, point 42). L'objectif poursuivi, ouvrir le domaine des marchés publics à la concurrence la plus large possible, ne serait toutefois pas atteint si la modification d'un marché ayant fait l'objet d'une attribution in house était possible pendant la durée du marché sans mener de nouvelle passation de marché, même si les critères de l'attribution in house ne sont plus remplis. Aucun autre soumissionnaire ou candidat n'aurait la possibilité de se voir attribuer le marché à aucun moment. Le marché d'origine ne leur était pas accessible, car la directive 2014/24 n'était pas applicable et, en cas de modification substantielle du contrat, il ne serait pas non plus, car cette modification relèverait de l'article 72 et, en l'occurrence, de l'article 72, paragraphe 1, sous c) de cette directive.

- 27 Toutefois, selon la chambre de céans, il n'est pas certain que la Cour ait effectivement voulu restreindre le champ d'application de l'article 72, paragraphe 1, de la directive 2014/24 de cette façon. Ainsi, les explications de la Cour peuvent également être comprises en ce sens que l'article 72, paragraphe 1, de la directive 2014/24 est certes applicable, en principe, en cas d'attribution in house initiale, mais que le changement de contractant litigieux ne remplit pas les conditions de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de cette directive, selon lequel ce changement ne doit pas entraîner d'autre modification substantielle du marché.
- 28 Ainsi, la Cour considère non seulement que la règle de l'article 72, paragraphe 4, de la directive 2014/24 confirme son interprétation, mais elle estime encore que la poursuite par IREN de l'exécution du marché public au principal doit dès lors être considérée comme procédant de la modification d'une condition fondamentale du marché nécessitant une mise en concurrence (arrêt du 12 mai 2022, *Comune di Lerici*, C-719/20, EU:C:2022:372, points 42 et 50). La modification d'une condition fondamentale d'un marché doit cependant être assimilée à une modification substantielle du marché, à laquelle un changement de contractant en vertu de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 ne saurait conduire.
- 29 Un autre argument en faveur de l'applicabilité de l'article 72, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/24 aux marchés ayant initialement fait l'objet d'une attribution in house sans appel d'offres pourrait tenir à ce que, eu égard à l'objectif du droit de l'Union (voir point 26 de la présente ordonnance), la circonstance que le marché a été attribué en dehors du champ d'application de la directive 2014/24, parce qu'il s'agissait d'une attribution in house ou que le droit de l'Union n'était pas encore applicable du tout lors de la conclusion du contrat initial, ne devrait pas porter à conséquence.

- 30 Au contraire, selon la chambre de céans, il est indifférent de savoir si l'attribution initiale de la concession aux intervenantes en amont de la privatisation envisagée était conforme au droit des marchés publics ou si la privatisation des intervenantes à partir de 1998 a constitué une modification substantielle des contrats de concession, étant donné que, à cet égard, le délai de six mois établi à l'article 135, paragraphe 2, GWB lors de la transposition de l'article 2 septies, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33) a expiré depuis bien longtemps.
- 31 L'intention qui sous-tend ce délai de forclusion, à savoir assurer la sécurité juridique après l'expiration de délais de prescription minimaux raisonnables, serait contrecarrée si, à chaque modification ultérieure, la conformité au droit des marchés publics de la passation de marché initiale ou des modifications antérieures pouvait encore être mise en doute après l'expiration de ces délais. Le principe général de sécurité juridique ne permet plus de contrôler la légalité de l'attribution ou de la modification d'un marché public après l'expiration du délai de forclusion prévu (arrêt du 26 mars 2020, Hungeod e.a., C-496/18 et C-497/18, EU:C:2020:240, point 102).
- 32 Selon la chambre de céans, la question posée à titre préjudiciel est donc pertinente pour la solution du litige. La chambre de céans considère qu'il n'est pas possible de statuer sur d'autres aspects juridiques de ce litige sans qu'il ait été répondu à cette question.

[OMISSIS]