

Affaire C-347/24

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

13 mai 2024

Jurisdiction de renvoi :

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italie)

Date de la décision de renvoi :

7 mai 2024

Partie requérante :

Team Service Soc. cons. arl

Partie défenderesse :

Ferservizi SpA

[OMISSIS]

RÉPUBLIQUE ITALIENNE

Le Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium, Italie)

(quatrième chambre ter)

a prononcé la présente

ORDONNANCE

sur le recours [OMISSIS] introduit par Team Service Società Consortile arl (ci-après la « requérante »), [OMISSIS]

contre

Ferservizi S.p.A. [OMISSIS]

en présence de

CNS – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop. (ci-après le « CNS »), [OMISSIS]

CNCP – Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi Attività 360° – Società Cooperativa (ci-après le « CNCP ») et Security Service S.r.l. (ci-après « Security Service »), qui n'ont pas comparu ;

en vue d'obtenir l'annulation, après adoption de mesures conservatoires

a) de la décision [OMISSIS] par laquelle Ferservizi S.p.A. (ci-après « Ferservizi ») a décidé d'attribuer au CNS le marché concernant le lot 1 (zone territoriale Nord-Ouest) de la procédure d'appel d'offres n° 15/2023 visant l'attribution de « Prestations multiservices et services de nettoyage à faible incidence environnementale, services de désinfection et services complémentaires incombant à Ferservizi pour les immeubles utilisés par les sociétés du groupe Ferrovie dello Stato Italiane » [OMISSIS] ;

b) de la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas exclure de la procédure d'appel d'offres le CNCP, classé deuxième à l'issue de cette procédure, et Security Service, classée troisième, s'agissant du lot 1 – zone territoriale Nord-Ouest ;

c) [le cas échéant], du contrat de marché public (accord-cadre) conclu par Ferservizi avec l'adjudicataire CNS [OMISSIS],

d) de tout autre acte et/ou décision [connexe] ;

ainsi que la réparation du préjudice subi ou à venir ;

a) soit en nature, en substituant la requérante à l'adjudicataire dans la prestation du service et dans le contrat de marché public (accord-cadre), ce à quoi la requérante se déclare d'emblée pleinement disposée ;

b) soit par équivalent, pour un montant qui devra être quantifié au cours de la procédure, sous réserve de l'appréciation en équité de la juridiction de céans.

[OMISSIS] Vu l'article 267 TFUE ;

Attendu que :

– la requérante, Team Service Società Consortile arl, a introduit un recours contre l'attribution au CNS du contrat-cadre portant sur des « Prestations multiservices et services de nettoyage à faible incidence environnementale, services de désinfection et services complémentaires incombant à Ferservizi pour les immeubles utilisés par les sociétés du groupe Ferrovie dello Stato Italiane » – lot territorial 1, en invoquant l'anomalie de l'offre de l'adjudicataire ;

– le marché a été attribué à l'issue d'une procédure d'appel d'offres ouverte lancée par Ferservizi, sur le fondement du decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei

contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e fourniture (décret législatif n° 50, portant modalités d'application de la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession, de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et de la directive 2014/25/UE relative à la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, ainsi que réorganisation de la législation en vigueur en matière de marchés publics de travaux, de services et de fournitures), du 18 avril 2016, (code des marchés publics), (supplément ordinaire à la GURI n° 91, du 19 avril 2016) (ci-après le « décret législatif n° 50/2016 » ou le « code des marchés publics »), par un avis publié au Journal officiel de l'Union européenne du 15 mars 2023 ;

– la valeur estimée pour le lot 1 « zone territoriale Nord-Ouest ») est de 15 713 019,48 euros, hors TVA ; elle dépasse donc les seuils d'application du droit de l'Union ;

– en se constituant partie au litige, Ferservizi a fait valoir qu'elle n'était pas soumise au respect de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243) et des dispositions nationales transposant cette directive, au motif, d'une part, qu'elle serait susceptible d'être qualifiée d'entreprise publique et, d'autre part, que l'appel d'offres porterait sur des services qui ne relèvent pas des activités visées aux articles 8 à 14 de la directive 2014/25 ;

– selon Ferservizi, l'organisation d'une procédure d'appel d'offres ouverte et le respect des règles y afférentes résulterait donc d'un libre choix [OMISSIS] entraînant trois conséquences : a) l'affaire ne relève pas du champ d'application des directives de l'Union en matière de marchés publics ; b) le droit civil italien s'applique ; c) le litige doit être porté devant les juridictions de droit commun [au lieu des juridictions administratives] [OMISSIS] ;

Attendu que :

– selon le droit national transposant la directive 2014/25 applicable ratione temporis à la présente affaire (article 114 du décret législatif n° 50/2016), les dispositions du code des marchés publics et, notamment, l'obligation d'organiser une procédure de passation de marché public, ne s'appliquent, pour les marchés relatifs aux secteurs spéciaux (parmi lesquels figure le service de transport ferroviaire), lorsqu'une entité peut être qualifiée d'entreprise publique, que si cette entité exerce l'une des activités prévues aux articles 115 à 121 [du code des marchés publics] (qui correspondent à celles énumérées aux articles 8 à 14 de la directive 2014/25) ;

– en outre, selon la jurisprudence nationale, « on ne saurait conclure que l’attribution d’un service est soumise aux règles prévues pour les secteurs spéciaux en se fondant uniquement sur un critère subjectif, à savoir le fait que c’est une entité qui opère dans les secteurs spéciaux qui attribue le marché, et il convient d’appliquer également un critère objectif, portant sur le lien entre le service et l’activité spéciale » [OMISSIS] ;

– plus précisément, « l’entité privée opérant en vertu de droits exclusifs, à l’instar de l’entreprise publique, n’est obligée de lancer un appel d’offres que si deux conditions cumulatives sont réunies, à savoir que l’entité opère dans des secteurs spéciaux et que l’attribution porte sur des activités nécessaires à celles exercées dans les secteurs spéciaux » ; [OMISSIS] la jurisprudence a en outre précisé que « la notion de nécessité du marché public doit être interprétée de manière raisonnablement restrictive, en ce sens que l’attribution doit viser les objectifs mêmes (*core business*) de l’activité spéciale » [OMISSIS] ;

– en revanche, s’agissant des marchés qui sont « étrangers » à l’activité spéciale, passés à des fins autres que les activités exercées par les entreprises publiques dans les secteurs spéciaux, « non seulement les règles régissant les secteurs ordinaires ne peuvent nullement leur être étendues, mais ils échappent à l’application des deux directives, ce qui a pour conséquence que le régime de droit commun s’applique » ;

– le nouveau code des marchés publics, adopté par décret législatif n° 36 du 31 mars 2023 (non applicable en l’espèce puisque l’affaire soumise à la juridiction de céans concerne un appel d’offres lancé avant son entrée en vigueur), partant du principe que, conformément au cadre défini par la directive 2014/25, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entités privées détenant des pouvoirs spéciaux ou exclusifs, étant donné qu’il ne s’agit pas d’administrations publiques, le respect des règles de la procédure publique d’appel d’offres – qui se traduit par une réduction significative de la liberté contractuelle [OMISSIS] – ne saurait s’imposer automatiquement et pour toute attribution, puisque, à cet effet, une condition supplémentaire, de nature objective et téléologique, doit être remplie, [OMISSIS] contient une disposition (l’article 141, paragraphe 2, du code des marchés publics) qui précise mieux ces exigences que l’ancien article 114 du décret législatif n° 50/2016, en ce qu’il prévoit que « les entreprises publiques et les entités titulaires de droits spéciaux ou exclusifs n’appliquent les dispositions du présent livre que pour les contrats qui sont nécessaires d’un point de vue fonctionnel à l’une des activités prévues aux articles 146 à 152 ».

Considérant que :

– selon la jurisprudence nationale [OMISSIS], Ferservizi est « une entreprise publique, soumise à la direction et à la coordination de Ferrovie dello Stato Italiana S.p.a. (ci-après “Ferrovie dello Stato Italiana”), société holding du groupe FS, qui assure la gestion des fournitures et des services ne constituant pas l’activité principale (*no core business*), qui ne sont pas directement liés aux

opérations ferroviaires ou au soutien des activités des autres sociétés du groupe FS, et qui, par conséquent, n'est tenue d'appliquer le code des marchés publics que pour les procédures d'appel d'offres visant à poursuivre des objectifs strictement nécessaires à l'activité spéciale » ;

– la nature d'entreprise publique résulte du fait qu'elle est détenue à 100 % par la société holding Ferrovie dello Stato Italiane (article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/25), qui, quant à elle, constitue, selon la jurisprudence nationale, un organisme de droit public [OMISSIS] et, par conséquent, un pouvoir adjudicateur tant dans les secteurs ordinaires en vertu de l'article 2, paragraphe 1, point 4, de la directive 2014/24 que dans les secteurs spéciaux en vertu de l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2014/2[5] ;

– la juridiction de céans partage la position selon laquelle Ferservizi doit être qualifiée d'entreprise publique au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/25, puisqu'il est satisfait au critère de l'influence dominante d'un pouvoir adjudicateur – influence qui est présumée dès lors que ce dernier détient la majorité du capital souscrit – et puisqu'elle opère, avec les autres sociétés du groupe dirigé par Ferrovie dello Stato Italiane, au sein du secteur du transport ferroviaire, lequel figure parmi ceux énumérés aux articles 8 à 14 de la directive 2014/25 ;

– la juridiction de céans partage également la position selon laquelle la société holding Ferrovie dello Stato Italiane doit être qualifiée d'organisme de droit public, les trois conditions cumulatives suivantes étant remplies (arrêt du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, C-84/03, EU:C:2005:14) : (I) elle a été créée pour satisfaire à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (elle exerce, en tant que concessionnaire, la gestion de l'infrastructure ferroviaire nationale par l'intermédiaire de sa filiale Rete Ferroviaria Italiana S.p.a.) ; (II) elle est dotée de la personnalité juridique [OMISSIS] ; (III) elle est financée majoritairement par l'État (étant donné qu'elle est contrôlée exclusivement par le ministère de l'Économie et des Finances) ;

– enfin, la juridiction de céans partage la position de Ferservizi selon laquelle il convient de considérer que le marché public en cause n'est pas lié aux activités relevant des secteurs spéciaux, étant donné que les services faisant l'objet du contrat concernent principalement des immeubles qui sont destinés à servir de bureaux, qui sont utilisés par les employés des sociétés du groupe, qui ne sont pas accessibles aux usagers du service et qui, en définitive, ne sont pas strictement liés à l'exploitation du service de transport ferroviaire ;

– cette lecture restrictive est confortée par la jurisprudence la plus récente de la Cour, selon laquelle, à cette fin, seules sont concernées « [les] activités qui servent effectivement à l'exercice de l'activité relevant du secteur [...] en permettant la réalisation de manière adéquate de cette activité, eu égard à ses conditions normales d'exercice, à l'exclusion des activités exercées à des fins autres que la poursuite de l'activité sectorielle concernée » (arrêt du 28 octobre

2020, Pegaso et Sistemi di Sicurezza, C-521/18, EU:C:2020:867, en matière de services postaux), ainsi que par la jurisprudence nationale qui, précisément en matière de services de transport ferroviaire, a conclu à l'existence d'un lien fonctionnel entre l'activité de gestion du réseau exercée par Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. et le service de nettoyage (uniquement) des gares [et des installations connexes] [OMISSIS] ;

– néanmoins, la juridiction de céans considère que, dans des cas particuliers tels que celui de l'espèce, le fait qu'il ne soit pas satisfait à la condition selon laquelle la prestation fournie doit servir au fonctionnement de l'activité relevant des secteurs spéciaux exercée par l'entreprise publique ne saurait conduire, comme c'est le cas normalement, à écarter l'application des deux directives sur la passation des marchés publics ;

– la particularité de l'affaire réside dans le fait que le marché porte sur l'acquisition de prestations de services que l'opérateur économique adjudicataire doit fournir également à des tiers faisant partie du même groupe de sociétés, qui, s'ils avaient directement recours au marché, seraient par leur nature tenus au respect des directives sur la passation des marchés publics ;

– le risque de voir se produire des comportements visant à contourner le droit de l'Union et le principe de concurrence sur le marché est donc réel ;

– en particulier, dès lors que les entreprises publiques sont, lorsqu'elles ont recours au marché, soumises à des limitations moins contraignantes que les pouvoirs adjudicateurs en matière de respect des règles régissant la passation des marchés publics, ces entreprises pourraient être utilisées par ces pouvoirs adjudicateurs, grâce à des montages juridiques divers, afin d'effectuer pour des clients des tâches qui, en substance, reviendraient à exercer pour ceux-ci une activité de simple intermédiaire en vue d'acquérir des services concernant des marchés « étrangers » à l'activité spéciale, en profitant du fait que, la condition de l'existence d'un lien fonctionnel n'étant pas remplie, l'entreprise publique ne peut pas être qualifiée d'entité adjudicatrice ;

– d'ailleurs, les notions de nécessité et de rattachement au cœur même (*core business*) de l'activité relevant des secteurs spéciaux (notions qui doivent être examinées chaque fois que l'entité relève de la définition d'« entreprise publique ») n'ont de sens que lorsqu'elles se réfèrent à une seule entité et sont considérées dans leur relation avec l'objet de l'appel d'offres pour des prestations de services devant être fournies pour cette entité ;

– si l'on pousse cet argument à l'extrême, il suffirait à un pouvoir adjudicateur (en l'espèce, un organisme de droit public), opérant dans les secteurs spéciaux, qui est en tout état de cause tenu d'appliquer les dispositions de la directive 2014/25, de créer une entreprise publique dans le seul but d'échapper à l'application du droit de l'Union en matière de passation de marchés publics, en bénéficiant du régime juridique auquel sont soumises les entreprises publiques, qui peuvent

opérer sans contraintes [OMISSIS] sur le marché lorsque le marché public est « étranger » à l'activité spéciale ;

– ainsi, étant donné que l'absence de lien fonctionnel avec les activités relevant des secteurs spéciaux ne saurait, en tout état de cause, conduire à appliquer les dispositions relatives aux marchés publics dans les secteurs ordinaires (puisque'il s'agit de corpus législatifs autonomes et distincts) ni à qualifier l'entreprise publique contrôlée d'organisme de droit public [OMISSIS], la juridiction de céans considère que les dispositions de la directive 2014/25 n'en ont pas moins vocation à s'appliquer dans tous les cas où les services faisant l'objet du marché visé dans l'appel d'offres lancé par l'entreprise publique doivent, en substance, être fournis à des entités opérant dans les secteurs spéciaux qui remplissent les conditions pour être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs, qui seraient sinon tenues de respecter les règles en matière de passation des marchés publics, indépendamment du point de savoir si ce lien fonctionnel a été établi ou non ;

– l'objet de l'affaire examinée par la juridiction de céans est une entreprise publique (Ferservizi), qui « constitue le “centre de services intégré” du groupe Ferrovie dello Stato, en ce sens qu'elle gère pour la société holding et pour les sociétés du groupe FS les activités de “back office”, c'est-à-dire celles qui ne sont pas directement liées à l'exploitation ferroviaire, en exerçant un rôle de soutien à l'activité principale (*core business*) et en améliorant constamment l'efficacité des processus gérés », et qu'elle s'occupe des « acquisitions non essentielles à l'activité principale » (*no core*), en opérant selon la logique du marché [OMISSIS] ;

– par conséquent, il est clair qu'une entité qui a de telles caractéristiques présente le risque de devenir un moyen pour le pouvoir adjudicateur disposant du contrôle sur cette entité de contourner l'application des deux directives sur la passation des marchés publics, car, par définition, ladite entité ne pourra jamais être considérée comme une entité adjudicatrice aux fins de l'application de la directive 2014/25 (puisque'elle s'occupe d'acquérir des prestations de services ne relevant pas de l'activité principale des sociétés du groupe) ni comme un pouvoir adjudicateur aux fins de l'application de la directive 2014/24 (puisque'il s'agit d'une entreprise publique opérant dans les secteurs spéciaux) ;

– à cet égard, il convient de rappeler que l'appel d'offres lancé par Ferservizi porte, conformément à son objet social, sur l'attribution de « Prestations multiservices et services de nettoyage à faible incidence environnementale, services de désinfection et services complémentaires incombant à Ferservizi pour les immeubles utilisés par les sociétés du groupe Ferrovie dello Stato Italiane », c'est-à-dire par plusieurs sociétés, toutes placées sous la direction et le contrôle de la société holding Ferrovie dello Stato Italiane, un organisme de droit public [OMISSIS] ;

– [OMISSIS] [*autres considérations dans le même sens*]

– enfin, il semble opportun de rappeler que la Cour a jugé qu’« une société qui, d’une part, est détenue entièrement par un pouvoir adjudicateur dont l’activité est de satisfaire des besoins d’intérêt général et qui, d’autre part, réalise tant des opérations pour ce pouvoir adjudicateur que des opérations sur le marché concurrentiel doit être qualifiée d’“organisme de droit public” [...] pour autant que les activités de cette société sont nécessaires pour que ledit pouvoir adjudicateur puisse exercer son activité et que, afin de satisfaire des besoins d’intérêt général, ladite société se laisse guider par des considérations autres qu’économiques, ce qu’il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier » (arrêt du 5 octobre 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, précisément à propos d’un appel d’offres lancé par une société commerciale contrôlée par la « société des chemins de fer lituaniens ») ;

– en conclusion, la juridiction de céans souhaite saisir la Cour d’une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE sur la question suivante d’interprétation du droit de l’Union : « Une entreprise publique, opérant dans les secteurs spéciaux (entité adjudicatrice au sens de l’article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/25, telle que transposée par les articles 114 et suivants du décret législatif n° 50/2016), qualifiée comme telle parce qu’elle est soumise à l’influence dominante d’un pouvoir adjudicateur, plus précisément d’un organisme de droit public (article 2, paragraphe 1, point 4, de la directive 2014/2[4]), qui détient la majorité de son capital, est-elle tenue de respecter les dispositions de la directive 2014/25 lorsqu’elle entend conclure un marché de services dont le montant dépasse les seuils d’application du droit de l’Union et qui porte sur des services qui ne sont pas strictement liés aux activités visées aux articles 8 à 14 de la directive 2014/25, mais qui sont destinés à répondre exclusivement ou principalement à des besoins de l’organisme de droit public qui la contrôle ainsi qu’à ceux des sociétés contrôlées par cet organisme ? »

– [OMISSIS] [procédure]

PAR CES MOTIFS

Le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium), (quatrième chambre ter) :

- a) saisit la Cour de la question préjudicielle énoncée dans les motifs ;
- b) [OMISSIS] ;
- c) sursoit à statuer dans la présente affaire dans l’attente de l’arrêt de la Cour.

[OMISSIS] Rome [OMISSIS] le 23 avril 2024 [OMISSIS]