



## Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

28 novembre 2018\*

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Procédures de recours – Directive 89/665/CEE – Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3 – Directive 92/13/CEE – Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3 – Droit de recours subordonné à la condition d’avoir soumis une offre dans le cadre de la procédure de passation du marché »

Dans l’affaire C-328/17,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par le Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (tribunal administratif régional de Ligurie, Italie), par décision du 8 février 2017, parvenue à la Cour le 31 mai 2017, dans la procédure

**Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA,**

**Atc Esercizio SpA,**

**Atp Esercizio Srl,**

**Riviera Trasporti SpA,**

**Tpl Linea Srl**

contre

**Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA,**

**Regione Liguria,**

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. M. Vilaras, président de la quatrième chambre, faisant fonction de président de la troisième chambre, MM. J. Malenovský, L. Bay Larsen, M. Safjan et D. Šváby (rapporteur), juges,

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

greffier : M. R. Schiano, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 26 avril 2018,

considérant les observations présentées :

- pour le gouvernement italien, par M<sup>me</sup> G. Palmieri, en qualité d’agent, assistée de M<sup>me</sup> C. Colelli, avvocato dello Stato,

\* Langue de procédure : l’italien.

– pour le gouvernement tchèque, par MM. M. Smolek, J. Vlácil et T. Müller, en qualité d’agents,  
– pour le gouvernement espagnol, par M<sup>me</sup> M. J. García-Valdecasas Dorrego, en qualité d’agent,  
– pour la Commission européenne, par MM. G. Gattinara et P. Ondrůšek, en qualité d’agents,  
ayant entendu l’avocat général en ses conclusions à l’audience du 5 juillet 2018,  
rend le présent

### Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l’interprétation de l’article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, ainsi que de l’article 2, 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), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO 2007, L 335, p. 31) (ci-après la « directive 89/665 »).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d’un litige opposant Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA, Atc Esercizio SpA, Atp Esercizio Srl, Riviera Trasporti SpA et Tpl Linea Srl (ci-après « Amt e.a. ») à l’Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA (Agence régionale pour le transport public local, Italie, ci-après l’« Agence ») au sujet de la décision de cette dernière de lancer une procédure informelle d’appel d’offres pour l’attribution du service de transport public sur le territoire de la Regione per la Liguria (Région de Ligurie, Italie, ci-après la « Région »).

### Le cadre juridique

#### *Le droit de l’Union*

##### *La directive 89/665*

- 3 L’article 1<sup>er</sup> de la directive 89/665, qui s’intitule « Champ d’application et accessibilité des procédures de recours », dispose :

« 1. La présente directive s’applique aux marchés visés par 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 [(JO 2004, L 134, p. 114)], sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive.

[...]

Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d’application de la directive [2004/18], les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l’objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit [de l’Union] en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit [de l'Union] et les autres règles nationales.

3. Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

[...] »

- 4 L'article 2, paragraphe 1, de cette directive, qui est consacré aux « [e]xigences en matière de procédures de recours », prévoit :

« Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1<sup>er</sup> prévoient les pouvoirs permettant :

[...]

- b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause ;

[...] »

#### *La directive 92/13*

- 5 Intitulé « Champ d'application et accessibilité des procédures de recours », l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO 1992, L 76, p. 14), telle que modifiée par la directive 2007/66 (ci-après la « directive 92/13 »), prévoit :

« Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. »

#### *La directive 2004/17*

- 6 L'article 1<sup>er</sup> de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO 2004, L 134, p. 1), consacré aux « [t]ermes de base », disposait, à son paragraphe 3, sous b) :

« la "concession de services" est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de services à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix. »

- 7 Intitulé « Services de transport », l'article 5, paragraphe 1, de cette directive prévoyait notamment :
- « La présente directive s'applique aux activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble. »
- 8 L'article 18 de ladite directive, qui s'intitulait « Concessions de travaux ou de services », était libellé comme suit :
- « La présente directive n'est pas applicable aux concessions de travaux ou de services qui sont octroyées par des entités adjudicatrices exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7 lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités. »

*Le règlement n° 1370/2007*

- 9 L'article 5 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil (JO 2007, L 315, p. 1), intitulé « Attribution des contrats de service public », est rédigé comme suit :
- « 1. Les contrats de service public sont attribués conformément aux règles établies dans le présent règlement. Toutefois, les marchés de services ou marchés publics de services, tels que définis par la directive [2004/17] ou par la directive [2004/18], pour les services publics de transport de voyageurs par autobus ou par tramway sont attribués conformément aux procédures prévues par lesdites directives lorsque ces contrats ne revêtent pas la forme de contrats de concession de services tels que définis dans ces directives. Lorsque les contrats sont attribués conformément à la directive [2004/17] ou à la directive [2004/18], les paragraphes 2 à 6 du présent article ne s'appliquent pas.

[...]

7. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les décisions prises en application des paragraphes 2 à 6 puissent être réexaminées efficacement et rapidement, sur demande de toute personne ayant ou ayant eu intérêt à obtenir un contrat particulier et ayant été lésée par une infraction alléguée ou risquant de l'être, au motif que lesdites décisions sont contraires au droit [de l'Union] ou aux règles nationales d'exécution de celui-ci.

[...] »

*Le droit italien*

- 10 L'article 100 du codice di procedura civile (code de procédure civile), dans sa version applicable au litige au principal, dispose que, « [p]our agir en justice en demandant ou en défendant, il est nécessaire d'y avoir un intérêt ».
- 11 En vertu de l'article 39, paragraphe 1, de l'annexe 1 du decreto legislativo n. 104 – Codice del processo amministrativo (décret législatif n° 104, portant code de procédure administrative), du 2 juillet 2010 (supplément ordinaire à la GURI n° 156, du 7 juillet 2010), « [l]es dispositions du code de procédure civile s'appliquent, mutatis mutandis ou en tant qu'elles sont l'expression de principes généraux, aux questions qui ne sont pas régies par le présent code ».

- 12 L'article 3 bis du decreto-legge n. 138 (décret-loi n° 138), du 13 août 2011 (GURI n° 188, du 13 août 2011), modifié et converti en loi par la loi n° 148, du 14 septembre 2011 (ci-après le « décret-loi n° 138/2011 »), énonce que, par principe, les services publics locaux doivent être exploités à l'échelle provinciale.
- 13 En vertu de l'article 9, paragraphe 1, et de l'article 14, paragraphe 1, de la Legge regionale n. 33 (Riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale) [loi régionale n° 33 (Réforme du système de transport public régional et local)], du 7 novembre 2013 (ci-après la « loi régionale n° 33/2013 »), le service de transport public sur le territoire de la Région devait être attribué en un seul lot portant sur tout le territoire de la Région et susceptible d'être étendu au transport ferroviaire.
- 14 Prenant effet le 12 août 2016, la legge regionale n. 19 Modifiche alla [legge regionale n. 33] (loi régionale n° 19 portant modification de la loi régionale n° 33), du 9 août 2016 (ci-après la « loi régionale n° 19/2016 ») a modifié les articles 9 et 14 de la loi régionale n° 33/2013. Cette loi prévoit que dorénavant les services de transport terrestre et maritime ne devront plus être attribués en un seul lot couvrant tout le territoire de la Région mais en quatre lots concernant quatre cadres territoriaux homogènes.

### **Le litige au principal et la question préjudicielle**

- 15 Amt e.a. ont saisi le Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (tribunal administratif régional de Ligurie, Italie) d'un recours tendant à l'annulation de divers actes par lesquels l'Agence a ouvert une procédure informelle d'appel d'offres pour l'attribution du service de transport public sur le territoire de la Région.
- 16 Ces sociétés, qui étaient jusqu'alors gestionnaires de services de transport public local à l'échelle provinciale ou sous-provinciale, contestent dans leur principe les modalités d'ouverture et de déroulement de la procédure d'appel d'offres. Leur recours vise tout particulièrement l'avis destiné à sélectionner des opérateurs économiques. L'Agence y aurait précisé que le service de transport public régional serait désormais attribué en un seul lot couvrant l'ensemble du territoire de la Région.
- 17 S'estimant dans l'impossibilité d'assurer chacune, à titre individuel, le service de transport public à l'échelle de la Région, Amt e.a. n'ont pas présenté d'offre. Elles ont néanmoins saisi la juridiction de renvoi afin de contester la décision de l'Agence d'attribuer, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, le marché en cause au principal en un seul lot couvrant l'ensemble du territoire régional. Elles estiment en effet que cette décision méconnaît l'article 3 bis du décret-loi n° 138/2011, en vertu duquel, par principe, les services publics locaux doivent être exploités à l'échelle provinciale, mais aussi divers articles de la Constitution italienne, ainsi que les articles 49 et 56 TFUE.
- 18 À l'appui de leur recours, Amt e.a. soutiennent qu'un opérateur économique qui conteste dans leur principe les termes d'une procédure d'appel d'offres à laquelle il n'a pas participé tire un droit de recours de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, et de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 lorsque, au vu de la réglementation relative à l'appel d'offres, il est certain ou hautement probable qu'il lui sera impossible d'obtenir l'adjudication du marché.
- 19 Selon la juridiction de renvoi, dans un cadre territorial fixé à l'échelle provinciale, Amt e.a. auraient eu de fortes chances de se voir attribuer le marché en cause, dès lors qu'elles assuraient le service de transport public régional lorsque, antérieurement au lancement de la procédure d'appel d'offres en cause au principal, celui-ci était organisé à l'échelon provincial. En revanche, en prévoyant que cette procédure ne comporterait qu'un seul lot couvrant l'ensemble du territoire régional, l'avis d'appel d'offres aurait réduit presque à néant la probabilité de voir l'une des demanderesse au principal être retenue.

- 20 Estimant, par conséquent, qu'un droit de recours devrait leur être reconnu, la juridiction de renvoi a, par son ordonnance n° 95, du 21 janvier 2016, interrogé la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle, Italie) quant à la constitutionnalité de l'article 9, paragraphe 1, et de l'article 14, paragraphe 1, de la loi régionale n° 33/2013.
- 21 Toutefois, avant que la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) ne se prononce, la Région a adopté la loi régionale n° 19/2016. Cette loi a modifié les dispositions dont la constitutionnalité était contestée et prévoit que les services de transport terrestre et maritime ne devront plus être attribués en un seul lot couvrant tout le territoire de la Région mais en quatre lots correspondant à quatre cadres territoriaux homogènes. Par ailleurs, les lots à attribuer doivent être définis de manière à garantir la plus grande participation possible à l'appel d'offres. D'après la juridiction de renvoi, par l'adoption de la loi n° 19/2016, le législateur régional a répondu aux griefs exprimés par Amt e.a.
- 22 En dépit de la modification des articles 9 et 14 de la loi régionale n° 33/2013, la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) a examiné leur constitutionnalité, conformément au principe *tempus regit actum*.
- 23 Dans son arrêt n° 245, du 22 novembre 2016, elle a déclaré les questions de constitutionnalité irrecevables après avoir notamment relevé que « [l]a jurisprudence administrative constante considère qu'une entreprise qui ne participe pas à un appel d'offres ne peut pas contester la procédure liée à celui-ci ni l'adjudication à une entreprise tierce, parce que sa situation juridique n'est pas suffisamment caractérisée et ne concerne qu'un intérêt de pur fait [...] »
- 24 Il peut toutefois être dérogé à cette règle lorsque l'entreprise requérante conteste notamment des clauses de l'avis de marché qui l'excluent directement ou des clauses imposant des obligations manifestement irrationnelles ou totalement disproportionnées ou qui rendent impossible la formulation même d'une offre.
- 25 Dans son arrêt n° 245, la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) a considéré que « [l]es motifs de la décision de renvoi révèlent eux-mêmes que le cas qui est soumis à l'examen du présent juge ne relève pas de ces hypothèses exceptionnelles, en ce qu'il y est affirmé que les dispositions attaquées auraient une incidence sur les chances d'adjudication des requérantes, qui "seraient presque réduites à néant" tandis que, si le marché était organisé sur une base provinciale et divisé en lots, ces entreprises "auraient de très grandes probabilités de se voir adjudger le service, ne serait-ce que par l'effet de l'avantage d'avoir été les précédentes gestionnaires de celui-ci". Une telle motivation ne révèle aucun empêchement certain et actuel de participer à la procédure, mais bien la perspective d'une atteinte seulement éventuelle qui ne peut être invoquée que par une partie ayant participé à la procédure et exclusivement à l'issue de celle-ci, en cas de non-adjudication ».
- 26 La juridiction de renvoi relève que, selon l'interprétation de la condition procédurale de l'intérêt à agir retenue dans cet arrêt de la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle), un recours présenté par une entreprise qui n'a pas participé à l'appel d'offres serait irrecevable lorsqu'il est très probable, mais pas absolument certain, que, du fait de la manière dont le pouvoir adjudicateur a présenté et organisé l'appel d'offres, notamment en ayant recours à l'allotissement, ou de la réglementation qui lui est applicable, cette entreprise ne saurait se voir attribuer le marché en cause. Elle en déduit que la possibilité d'accéder à la protection juridictionnelle serait ainsi, quasi systématiquement, subordonnée à la participation à l'appel d'offres, laquelle entraîne en soi des charges importantes, même dans le cas où l'entreprise entend contester la légalité de l'appel d'offres lui-même pour restriction excessive de la concurrence.
- 27 Nonobstant la décision de l'Agence de ne pas donner suite à l'appel d'offres après l'adoption de la loi n° 19/2016, la juridiction de renvoi entend demander à la Cour si l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, et l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 doivent être interprétés en ce sens qu'ils

confèrent, dans les circonstances de l'affaire au principal, un droit de recours à un opérateur économique qui s'est abstenu de formuler une offre au motif qu'il était certain ou très probable qu'il ne pouvait se voir attribuer le marché en cause.

- 28 La réponse de la Cour serait décisive pour déterminer la recevabilité du recours originaire et, partant, l'allocation des dépens dans l'affaire au principal.
- 29 C'est dans ce contexte que le Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (tribunal administratif régional de Ligurie) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, et l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive [89/665] s'opposent-ils à une législation nationale qui ne reconnaît la faculté d'attaquer les actes relatifs à une procédure d'appel d'offres qu'aux opérateurs économiques qui ont présenté une demande de participation audit appel d'offres, même lorsque l'action en justice conteste la procédure d'appel d'offres en son principe parce que la réglementation qui lui est applicable rend l'adjudication très improbable ? »

### **Sur la question préjudicielle**

#### *Sur la recevabilité*

- 30 Dans leurs observations écrites, tant les gouvernements italien et espagnol que la Commission européenne ont soutenu que la demande de décision préjudicielle était irrecevable au motif que la question posée était hypothétique, dans la mesure où le litige au principal a perdu son objet après que le pouvoir adjudicateur a indiqué que l'appel d'offres demeurerait sans suite. Le gouvernement italien a également excipé de l'irrecevabilité de la demande de décision préjudicielle au motif que des doutes persistent quant à la nature du contrat que l'Agence souhaitait conclure avec son cocontractant à l'issue de l'appel d'offres qui est finalement resté sans suite.

#### *Sur le caractère hypothétique de la question préjudicielle*

- 31 Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, dans le cadre de la répartition des fonctions juridictionnelles, entre les juridictions nationales et la Cour, établie par l'article 267 TFUE, le juge national, qui est seul à avoir une connaissance directe des faits de l'affaire qui lui est soumise ainsi que des arguments mis en avant par les parties, et qui devra assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir, est mieux placé pour apprécier, au regard des particularités de chaque affaire et en pleine connaissance de cause, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour (voir notamment, en ce sens, arrêts du 22 juin 2000, *Marca Mode*, C-425/98, EU:C:2000:339, point 21, et du 1<sup>er</sup> avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, point 28).
- 32 En conséquence, dès lors que ces questions portent sur l'interprétation du droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer (arrêt du 17 avril 2007, *AGM-COS.MET*, C-470/03, EU:C:2007:213, point 44).
- 33 Il s'ensuit que la présomption de pertinence qui s'attache aux questions posées à titre préjudiciel par les juridictions nationales ne peut être écartée que dans des cas exceptionnels et, notamment, lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée des dispositions du droit de l'Union visées dans ces questions n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal (voir, notamment,

arrêts du 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, point 61 ; du 7 septembre 1999, *Beck et Bergdorf*, C-355/97, EU:C:1999:391, point 22, et du 1<sup>er</sup> avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, point 29).

- 34 En effet, le rejet d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît que la procédure de l'article 267 TFUE a été détournée de son objet et tend, en réalité, à amener la Cour à statuer par le biais d'un litige construit ou s'il est manifeste que le droit de l'Union ne saurait trouver à s'appliquer, ni directement ni indirectement, aux circonstances de l'espèce (voir, en ce sens, arrêts du 18 octobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88 et C-197/89, EU:C:1990:360, point 40, et du 17 juillet 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, EU:C:1997:369, point 26).
- 35 En l'occurrence, il est indéniable que la question de savoir si les demanderesses au principal disposaient, sur le fondement du droit de l'Union, du droit de former un recours contre l'appel d'offres publié par l'Agence devait conditionner la recevabilité du recours introduit devant la juridiction de renvoi. Certes, en raison de la décision de l'Agence de ne pas donner suite à l'appel d'offres après l'adoption de la loi n° 19/2016, l'objet principal du recours a disparu.
- 36 Cependant, à la différence des circonstances de l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance de la Cour du 14 octobre 2010, *Reinke* (C-336/08, non publiée, EU:C:2010:604), le litige au principal n'a pas été résolu au fond.
- 37 Enfin, bien que l'examen de la question de savoir si, dans les circonstances de l'affaire au principal, des opérateurs économiques qui avaient sciemment décidé de ne pas participer à une procédure d'appel d'offres disposaient d'un droit de recours en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665 ou de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 92/13, soit uniquement destiné à permettre à la juridiction de renvoi de statuer sur la répartition des dépens dans l'affaire au principal, il s'agit indéniablement d'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union, à laquelle la Cour doit répondre afin de préserver l'uniformité d'application de ce droit.
- 38 Dans cette mesure, il y a lieu de déclarer la demande de décision préjudicielle recevable.

*Sur l'absence d'identification de la nature du contrat en cause au principal*

- 39 Il est vrai que, comme le soutient le gouvernement italien dans ses observations écrites, la décision de renvoi ne permet pas de déterminer avec certitude si l'appel d'offres lancé par l'Agence visait l'attribution d'une concession de services de transport ou d'un marché public de service. Dans la première hypothèse, l'intérêt à agir des demanderesses au principal devrait s'apprécier au regard de l'article 5, paragraphe 7, du règlement (CE) n° 1370/2007 tandis que, dans la seconde, il devrait être évalué à l'aune de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 92/13.
- 40 Cependant, sans qu'il soit besoin de chercher à déterminer la nature dudit contrat, ce qui relève de l'office de la juridiction de renvoi, il suffit de constater, à l'instar de M. l'avocat général au point 63 de ses conclusions, que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 92/13 et l'article 5, paragraphe 7, du règlement n° 1370/2007 établissent des régimes de recours analogues au régime correspondant de la directive 89/665, sur laquelle porte la question du juge de renvoi.
- 41 Dans ces circonstances, le droit à une protection juridictionnelle faisant l'objet d'une protection équivalente dans les trois textes de droit dérivé dont il est question au point précédent, la réponse de la Cour à la question posée ne saurait varier en fonction de la qualification du contrat en cause dans l'affaire au principal.
- 42 Il convient, par conséquent, dans cette mesure également, de déclarer la demande de décision préjudicielle recevable.



### *Sur le fond*

- 43 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si tant l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665 que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 92/13 s'opposent à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui ne permet pas à des opérateurs économiques d'introduire un recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur relatives à une procédure d'appel d'offres à laquelle ils ont décidé de ne pas participer au motif que la réglementation applicable à cette procédure rendait l'adjudication du marché public concerné en leur faveur très improbable.
- 44 En vertu de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665, les États membres sont tenus d'assurer que les procédures de recours prévues par cette directive sont accessibles « au moins » à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit (voir, en ce sens, arrêts du 12 février 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, point 25, et du 5 avril 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, point 23).
- 45 Les États membres ne sont donc pas tenus de rendre lesdites procédures de recours accessibles à toute personne souhaitant obtenir l'adjudication d'un marché public mais il leur est loisible d'exiger que la personne concernée ait été lésée ou risque d'être lésée par la violation qu'elle allègue (voir, en ce sens, arrêts du 19 juin 2003, Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, point 18, et du 12 février 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, point 26).
- 46 La participation à une procédure de passation d'un marché peut, en principe, valablement constituer, au regard de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665, une condition dont la satisfaction est requise pour établir que la personne concernée justifie d'un intérêt à obtenir le marché en cause ou risque de subir un préjudice du fait du caractère prétendument illégal de la décision d'attribution dudit marché. À défaut d'avoir présenté une offre, une telle personne peut difficilement démontrer qu'elle dispose d'un intérêt à s'opposer à cette décision ou qu'elle est lésée ou risque de l'être du fait de cette attribution (arrêt du 12 février 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, point 27).
- 47 Toutefois, dans l'hypothèse où une entreprise n'a pas présenté une offre en raison de la présence de spécifications prétendument discriminatoires dans les documents relatifs à l'appel d'offres ou dans le cahier des charges, lesquelles l'auraient précisément empêchée d'être en mesure de fournir l'ensemble des prestations demandées, il serait excessif d'exiger d'elle qu'elle présente, avant de pouvoir utiliser les procédures de recours prévues par la directive 89/665 à l'encontre de telles spécifications, une offre dans le cadre de la procédure de passation du marché en cause, alors même que ses chances de se voir attribuer ce marché seraient nulles en raison de l'existence desdites spécifications (voir, en ce sens, arrêt du 12 février 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, points 28 et 29).
- 48 Dans l'arrêt du 12 février 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93), la considération selon laquelle les chances pour Grossmann Air Service de se voir attribuer le marché étaient nulles était liée à la circonstance, rappelée au point 17 dudit arrêt, qu'elle ne disposait pas d'avions de grande taille, de telle sorte qu'elle n'était, par hypothèse, pas en mesure de fournir l'ensemble des prestations demandées par le pouvoir adjudicateur.
- 49 Les enseignements qui se dégagent de l'arrêt du 12 février 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93), sont applicables mutatis mutandis dans la présente affaire.
- 50 En effet, il résulte tant de la jurisprudence du Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie) que de l'arrêt n° 245/2016 de la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle), qu'un intérêt à agir peut, par exception, être reconnu à un opérateur économique qui n'a pas soumis d'offre « dans les cas où les griefs de l'entreprise requérante portent sur l'absence même d'appel d'offres ou sur son ouverture, sur

des clauses de l'avis de marché qui l'excluent directement ou, enfin, sur des clauses imposant des obligations manifestement incompréhensibles ou totalement disproportionnées, ou qui rendent impossible la formulation même d'une offre ».

- 51 Il convient, par conséquent, de constater que les exigences issues tant de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665 que de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 92/13 sont satisfaites dès lors qu'un opérateur qui n'a pas formulé d'offre dispose notamment d'un droit de recours lorsqu'il estime que des spécifications contenues dans les documents relatifs à l'appel d'offres rendent impossible la formulation même d'une offre.
- 52 Il importe, toutefois, de rappeler qu'un tel recours ne saurait, sous peine de porter atteinte aux objectifs de rapidité et d'efficacité visés tant par la directive 89/665 que par la directive 92/13, être introduit après que la décision d'attribution du marché a été adoptée par le pouvoir adjudicateur (voir, en ce sens, arrêt du 12 février 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, point 37).
- 53 En outre, dans la mesure où ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'un droit de recours peut être reconnu à un opérateur qui n'a pas soumis d'offre, il ne saurait être considéré comme excessif d'exiger de celui-ci qu'il démontre que les clauses de l'appel d'offres rendent impossible la formulation même d'une offre.
- 54 Cependant, si ce degré d'exigence de la preuve n'est pas en soi contraire au droit de l'Union des marchés publics, il ne saurait être exclu que, eu égard aux circonstances particulières de l'affaire au principal, son application puisse entraîner une violation du droit de recours que les demanderesses au principal tirent tant de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665 que de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 92/13.
- 55 À cet égard, il incombe à la juridiction de renvoi d'apprécier de manière circonstanciée, en tenant compte de l'ensemble des éléments pertinents qui caractérisent le contexte dans lequel s'inscrit l'affaire dont elle est saisie, si l'application concrète de la législation italienne relative à la capacité d'agir en justice, telle qu'interprétée par le Consiglio di Stato (Conseil d'État) et la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle), est susceptible d'affecter le droit à une protection juridictionnelle effective des demanderesses au principal.
- 56 Néanmoins, sur la base des éléments qui figurent dans le dossier dont elle dispose, la Cour peut fournir à la juridiction de renvoi des indications utiles pour l'appréciation qu'il lui incombe d'effectuer.
- 57 À cet égard, il convient, tout d'abord, de tenir compte du fait que Amt e.a. assuraient le service de transport public régional avant que le pouvoir adjudicateur ne lance la procédure d'appel d'offres puis décide de ne pas y donner suite. Ensuite, la loi régionale n° 33/2013 précisant que le service de transport public régional serait désormais attribué en un seul lot couvrant l'ensemble du territoire de la Région, alors que l'article 3 bis du décret-loi n° 138/2011 dispose que, par principe, les services publics locaux doivent être exploités à l'échelle provinciale, il appartiendra à la juridiction de renvoi d'examiner si le législateur régional a exposé les raisons pour lesquelles il a estimé préférable d'organiser dorénavant le service de transport au niveau régional et non plus au niveau provincial. Enfin, compte tenu de la liberté du pouvoir adjudicateur dans l'appréciation de ses besoins, il ne saurait être a priori exclu que le choix de la Région d'organiser les services de transport au niveau régional était légitime en ce que, par exemple, il répondait à des considérations économiques, telles que la volonté de réaliser des économies d'échelle.
- 58 Eu égard aux considérations qui précèdent il y a lieu de répondre à la question posée que tant l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665 que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 92/13 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui ne permet pas à des opérateurs économiques d'introduire un recours contre

les décisions du pouvoir adjudicateur relatives à une procédure d'appel d'offres à laquelle ils ont décidé de ne pas participer au motif que la réglementation applicable à cette procédure rendait l'adjudication du contrat concerné en leur faveur très improbable.

Néanmoins, il incombe à la juridiction nationale compétente d'apprécier de manière circonstanciée, en tenant compte de l'ensemble des éléments pertinents qui caractérisent le contexte dans lequel s'inscrit l'affaire dont elle est saisie, si l'application concrète de cette législation n'est pas susceptible d'affecter le droit à une protection juridictionnelle effective des opérateurs économiques concernés.

### Sur les dépens

- <sup>59</sup> La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (troisième chambre) dit pour droit :

**Tant l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, 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, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telle que modifiée par la directive 2007/66, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui ne permet pas à des opérateurs économiques d'introduire un recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur relatives à une procédure d'appel d'offres à laquelle ils ont décidé de ne pas participer au motif que la réglementation applicable à cette procédure rendait l'adjudication du contrat concerné en leur faveur très improbable.**

Néanmoins, il incombe à la juridiction nationale compétente d'apprécier de manière circonstanciée, en tenant compte de l'ensemble des éléments pertinents qui caractérisent le contexte dans lequel s'inscrit l'affaire dont elle est saisie, si l'application concrète de cette législation n'est pas susceptible d'affecter le droit à une protection juridictionnelle effective des opérateurs économiques concernés.

Signatures