



## Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (huitième chambre)

10 novembre 2022 \*

« Renvoi préjudiciel – Système public de location et d’usage partagé de véhicules automobiles électriques – Distinction des notions de “concessions de services” et de “marchés publics de fournitures” – Directive 2014/23/UE – Article 5, point 1, sous b) – Article 20, paragraphe 4 – Notion de “contrats mixtes” – Article 8 – Détermination de la valeur d’une concession de services – Critères – Article 27 – Article 38 – Directive 2014/24/UE – Article 2, paragraphe 1, points 5 et 8 – Règlement d’exécution (UE) 2015/1986 – Annexe XXI – Possibilité d’imposer une condition concernant l’enregistrement d’une activité professionnelle déterminée en vertu du droit national – Impossibilité d’imposer cette condition à tous les membres d’une association temporaire d’entreprises – Règlement (CE) n° 2195/2002 – Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1 – Obligation de se référer exclusivement au “vocabulaire commun pour les marchés publics” dans les documents de concession – Règlement (CE) n° 1893/2006 – Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2 – Impossibilité de se référer à la nomenclature “NACE Rév. 2” dans les documents de concession »

Dans l’affaire C-486/21,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures d’attribution des marchés publics, Slovénie), par décision du 2 août 2021, parvenue à la Cour le 9 août 2021, dans la procédure

**SHARENGO najem in zakup vozil d.o.o.**

contre

**Mestna občina Ljubljana,**

LA COUR (huitième chambre),

composée de M. N. Piçarra, faisant fonction de président de chambre, MM. N. Jääskinen et M. Gavalec (rapporteur), juges,

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

greffier : M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

\* Langue de procédure : le slovène.

considérant les observations présentées :

- pour Mestna občina Ljubljana, par M<sup>e</sup> R. Kokalj, odvetnik,
- pour le gouvernement tchèque, par M<sup>me</sup> L. Halajová, MM. M. Smolek et J. Vlácil, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement autrichien, par M. A. Posch, en qualité d'agent,
- pour la Commission européenne, par M<sup>mes</sup> U. Babovič, M. Kocjan, A. Kraner, MM. P. Ondrůšek et G. Wils, en qualité d'agents,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

### Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 3, paragraphe 1, de l'article 5, point 1, sous b), de l'article 8, paragraphes 1 et 2, ainsi que de l'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession (JO 2014, L 94, p. 1), telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2019/1827 de la Commission, du 30 octobre 2019 (JO 2019, L 279, p. 23) (ci-après la « directive 2014/23 »), de l'article 2, paragraphe 1, points 5 et 9, de l'article 3, paragraphe 4, troisième alinéa, de l'article 4, sous b) et c), de l'article 18, paragraphe 1, ainsi que de l'article 58, paragraphes 1 et 2, 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), telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2019/1828 de la Commission, du 30 octobre 2019 (JO 2019, L 279, p. 25) (ci-après la « directive 2014/24 »), du règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 5 novembre 2002, relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) (JO 2002, L 340, p. 1), de l'annexe I du règlement (CE) n° 1893/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, établissant la nomenclature statistique des activités économiques NACE Rév. 2 et modifiant le règlement (CEE) n° 3037/90 du Conseil ainsi que certains règlements (CE) relatifs à des domaines statistiques spécifiques (JO 2006, L 393, p. 1), ainsi que de l'annexe XXI du règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission, du 11 novembre 2015, établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011 (JO 2015, L 296, p. 1 et rectificatif JO 2017, L 172, p. 36).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant SHARENGO najem in zakup vozil d.o.o. (ci-après « Sharengo ») à Mestna občina Ljubljana (commune urbaine de Ljubljana, Slovénie) (ci-après la « commune de Ljubljana ») au sujet de la publication par cette dernière d'un appel d'offres destiné à sélectionner un concessionnaire en vue de la mise en œuvre d'un projet de création et de gestion d'un système public de location et de partage de véhicules électriques sur le territoire de cette commune.

## Le cadre juridique

### *Le droit de l'Union*

#### *La directive 2014/23*

3 Les considérants 1, 4, 8, 18, 20 et 52 de la directive 2014/23 énoncent :

« (1) L'absence, au niveau de l'Union, de règles claires régissant l'attribution de contrats de concession crée une insécurité juridique et des entraves à la libre prestation des services et provoque des distorsions dans le fonctionnement du marché intérieur. De ce fait, des opérateurs économiques, et notamment de petites et moyennes entreprises (PME), sont privés de leurs droits au sein du marché intérieur et voient leur échapper d'importantes opportunités commerciales, tandis que les pouvoirs publics ne peuvent déterminer les solutions optimales pour utiliser les deniers publics de manière à offrir aux citoyens de l'Union des services de qualité aux meilleurs prix. L'existence d'un cadre juridique approprié, équilibré et flexible pour l'attribution de concessions assurerait un accès effectif et non discriminatoire au marché pour tous les opérateurs économiques de l'Union, ainsi qu'une sécurité juridique, favorisant ainsi les investissements publics dans les infrastructures et les services stratégiques pour le citoyen. Un tel cadre juridique permettrait aussi d'offrir une plus grande sécurité juridique aux opérateurs économiques et pourrait servir de base et d'instrument pour ouvrir davantage les marchés internationaux en matière de commande publique et pour renforcer les échanges commerciaux internationaux. Il convient d'accorder une importance particulière à l'amélioration des possibilités d'accès des PME aux marchés des concessions de l'Union.

[...]

(4) L'attribution de concessions de travaux publics est actuellement soumise aux règles de base de 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)], tandis que l'attribution de concessions de services présentant un intérêt transnational est soumise aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment les principes de libre circulation des marchandises, de liberté d'établissement et de libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Il existe un risque d'insécurité juridique lié aux divergences d'interprétation des principes du traité par les législateurs nationaux, et de fortes disparités entre les législations des différents États membres. Ce risque a été confirmé par la vaste jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui n'a toutefois traité que partiellement certains aspects de l'attribution de contrats de concession.

[...]

(8) En ce qui concerne les concessions dont la valeur égale ou excède un certain montant, il convient de prévoir une coordination minimale des procédures nationales d'attribution sur la base des principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de manière à garantir l'ouverture des concessions à la concurrence et une sécurité juridique suffisante.

Ces dispositions de coordination ne devraient pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs précités et garantir un certain degré de souplesse. Les États membres devraient être autorisés à compléter et à développer ces dispositions s'ils le jugent approprié, en particulier pour mieux assurer le respect des principes précités.

[...]

- (18) Les difficultés liées à l'interprétation des concepts de concession et de marché public ont entraîné une insécurité juridique constante pour les parties prenantes et ont donné lieu à de nombreux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Il convient par conséquent de clarifier la définition de la concession, notamment par référence au concept de risque d'exploitation. La principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique, avec la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. L'application de règles spécifiques régissant l'attribution de concessions ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat. Parallèlement, il convient de préciser que certains dispositifs exclusivement rémunérés par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice devraient avoir le statut de concessions, lorsque le recouvrement des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture des services dépend de la demande réelle ou de la fourniture du service ou de l'actif.

[...]

- (20) Un risque d'exploitation devrait trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. Les risques liés à une mauvaise gestion, à un manquement de l'opérateur économique aux obligations contractuelles ou à des cas de force majeure ne sont pas déterminants aux fins de la qualification en tant que concession, ces risques étant inhérents à tous les contrats, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession. Un risque d'exploitation devrait être considéré comme étant le risque d'exposition aux aléas du marché, qui peut être soit un risque lié à la demande, soit un risque lié à l'offre, soit un risque lié à la demande et à l'offre. Le risque lié à la demande désigne le risque portant sur la demande effective pour les travaux ou services qui font l'objet du contrat. Le risque lié à l'offre désigne le risque portant sur la fourniture des travaux ou services qui font l'objet du contrat, en particulier le risque que la fourniture des services ne corresponde pas à la demande. Aux fins de l'évaluation du risque d'exploitation, la valeur actuelle nette de tous les investissements, coûts et recettes du concessionnaire devrait être prise en compte de manière homogène et uniforme.

[...]

- (52) La durée d'une concession devrait être limitée afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. En outre, les concessions de très longue durée sont susceptibles d'entraîner le verrouillage du marché, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et la liberté d'établissement. Toutefois, une telle durée peut se justifier si elle

est indispensable pour permettre au concessionnaire de recouvrer les investissements prévus pour l'exécution de la concession ainsi que pour obtenir un retour sur les capitaux investis. Par conséquent, pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée devrait être limitée à la période au cours de laquelle on peut raisonnablement escompter que le concessionnaire recouvre les investissements consentis pour l'exploitation des travaux et des services et obtienne un retour sur les capitaux investis dans des conditions d'exploitation normales, compte tenu des objectifs contractuels spécifiques à la réalisation desquels le concessionnaire s'est engagé pour respecter les exigences concernant, par exemple, la qualité ou le prix pour les utilisateurs. L'estimation devrait être valable au moment de l'attribution de la concession. Il devrait être possible d'inclure les investissements initiaux et ultérieurs jugés nécessaires pour l'exploitation de la concession, en particulier les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel ainsi que les frais initiaux. La durée maximale de la concession devrait être indiquée dans les documents de concession, à moins que la durée ne constitue un des critères d'attribution du contrat. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devraient toujours pouvoir attribuer une concession pour une période plus courte que celle qui est nécessaire pour recouvrer les investissements, pour autant que la compensation correspondante n'élimine pas le risque d'exploitation. »

4 Intitulé « Objet et champ d'application », l'article 1<sup>er</sup> de cette directive dispose :

« 1. La présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de contrats de concession par des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, lorsque leur valeur estimée n'est pas inférieure aux seuils prévus à l'article 8.

2. La présente directive s'applique à l'attribution de concessions de travaux ou de services à des opérateurs économiques par :

a) les pouvoirs adjudicateurs ;

[...] »

5 Aux termes de l'article 3 de ladite directive, intitulé « Principe d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence » :

« 1. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent de manière transparente et proportionnée.

La procédure d'attribution d'une concession, y compris l'estimation de sa valeur, ne peut être conçue avec l'intention de la soustraire au champ d'application de la présente directive ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques ou certains travaux, fournitures ou services.

[...] »

6 Intitulé « Définitions », l'article 5 de la directive 2014/23 prévoit :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

1. "concessions", des concessions de travaux ou de services au sens des points a) et b) :

[...]

b) "concession de services", un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ;

L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable.

[...] »

7 Il ressort de l'article 8 de cette directive, qui s'intitule « Seuils et méthodes de calcul de la valeur estimée des concessions » :

« 1. La présente directive s'applique aux concessions dont la valeur est égale ou supérieure à 5 350 000 [euros].

2. La valeur d'une concession correspond au chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors [taxe sur la valeur ajoutée (TVA)], estimé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, eu égard aux travaux et services qui font l'objet de la concession ainsi qu'aux fournitures liées auxdits travaux et services.

[...]

3. La valeur estimée de la concession est calculée à l'aide d'une méthode objective précisée dans les documents de concession. Lors du calcul de la valeur estimée de la concession, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, le cas échéant, prennent en particulier en compte :

a) la valeur de toute forme d'option et les éventuelles extensions de la durée de la concession ;

b) les recettes provenant du paiement de redevances et d'amendes par les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice ;

c) les paiements effectués par le pouvoir adjudicateur, l'entité adjudicatrice ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier sous quelque forme que ce soit octroyé par l'un de ceux-ci au concessionnaire, y compris la compensation due pour respect d'une obligation de service public et les subventions publiques d'investissement ;

[...] »

8 Selon l'article 18 de ladite directive, intitulé « Durée de la concession » :

« 1. La durée des concessions est limitée. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en estime la durée sur la base des travaux ou des services demandés.

2. Pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques.

Les investissements pris en considération aux fins du calcul comprennent tant les investissements initiaux que ceux réalisés pendant la durée de la concession. »

9 Intitulé « Contrats mixtes », l'article 20 de la même directive dispose :

« [...]

2. Lorsque les différentes parties d'un contrat donné sont objectivement dissociables, les paragraphes 3 et 4 s'appliquent. Lorsque les différentes parties d'un contrat donné sont objectivement indissociables, le paragraphe 5 s'applique.

[...]

Lorsqu'un contrat est destiné à couvrir plusieurs activités, dont l'une relève soit de l'annexe II de la présente directive, soit 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)], les dispositions applicables sont respectivement établies conformément à l'article 22 de la présente directive et à l'article 6 de la directive [2014/25].

[...]

4. Lorsqu'un contrat mixte comprend des éléments relevant des concessions ainsi que des éléments relevant des marchés publics couverts par la directive [2014/24] ou des marchés couverts par la directive [2014/25], le contrat mixte est respectivement attribué conformément aux dispositions de la directive [2014/24] ou de la directive [2014/25].

[...] »

- 10 Intitulé « Opérateurs économiques », l'article 26 de la directive 2014/23 dispose, à son paragraphe 2 :

« Les groupements d'opérateurs économiques, y compris les associations temporaires, peuvent participer aux procédures d'attribution de concession. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ne peuvent exiger qu'ils aient une forme juridique particulière pour présenter une offre ou une demande de participation.

Si nécessaire, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent préciser dans les documents de concession la manière dont les groupements d'opérateurs économiques remplissent les conditions relatives à la capacité économique et financière ou aux capacités techniques et professionnelles visées à l'article 38, pour autant que cela soit justifié par des motifs objectifs et que ce soit proportionné. Les États membres peuvent établir des clauses types quant à la forme dans laquelle les groupements d'opérateurs économiques doivent remplir ces conditions. Les conditions d'exploitation d'une concession par de tels groupements ou opérateurs économiques, qui sont différentes de celles imposées aux participants individuels, sont également justifiées par des raisons objectives et sont proportionnées. »

- 11 Intitulé « Nomenclatures », l'article 27 de cette directive prévoit, à son paragraphe 1 :

« Les références aux nomenclatures utilisées dans le cadre de l'attribution de concessions utilisent le "vocabulaire commun pour les marchés publics" (Common Procurement Vocabulary, CPV) adopté en vertu du règlement [n° 2195/2002]. »

- 12 Intitulé « Avis de concession », l'article 31 de ladite directive énonce, à son paragraphe 2 :

« Les avis de concession contiennent les informations visées à l'annexe V et, le cas échéant, tout autre renseignement jugé utile par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, selon le format des formulaires types. »

- 13 Intitulée « Informations qui doivent figurer dans les avis de concession visés à l'article 31 », l'annexe V de la même directive dispose :

« [...]

4. Description de la concession : nature et étendue des travaux, nature et étendue des services, ordre de grandeur ou valeur indicative, et, si possible, durée du contrat. Si la concession est divisée en lots, indiquer cette information pour chaque lot. Le cas échéant, description des options.

5. Codes CPV. Si la concession est divisée en lots, indiquer cette information pour chaque lot.

[...]

7. Conditions de participation, notamment :

[...]

b) le cas échéant, indiquer si, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, la fourniture du service est réservée à une profession déterminée ; référence de la disposition législative, réglementaire ou administrative pertinente ;

- c) une liste et une brève description des critères de sélection s'il y a lieu ; niveau(x) minimal(aux) de capacités éventuellement exigé(s) ; indiquer les informations requises (déclarations sur l'honneur, documents). »

14 Intitulé « Garanties de procédure », l'article 37 de la directive 2014/23 dispose :

« [...]

2. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fournit :

- a) dans l'avis de concession, une description de la concession et des conditions de participation ;
- b) dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans les autres documents de concession, une description des critères d'attribution et, le cas échéant, les exigences minimales à remplir.

[...]

4. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice communique à tous les participants la description de l'organisation de la procédure envisagée ainsi qu'un délai de remise des offres indicatif. Les modifications éventuelles sont communiquées à tous les participants et, dans la mesure où elles concernent des éléments figurant dans l'avis de concession, à tous les opérateurs économiques.

[...] »

15 Intitulé « Sélection et évaluation qualitative des candidats », l'article 38 de cette directive prévoit :

« 1. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices vérifient les conditions de participation relatives aux capacités professionnelles et techniques et à la capacité économique et financière des candidats ou des soumissionnaires, sur la base de déclarations sur l'honneur, ainsi que la ou les références à présenter comme preuve conformément aux exigences spécifiées dans l'avis de concession qui sont non discriminatoires et proportionnées à l'objet de la concession. Les conditions de participation sont liées et proportionnées à la nécessité de garantir la capacité du concessionnaire d'exploiter la concession, compte tenu de l'objet de la concession et de l'objectif d'assurer une concurrence effective.

2. Afin de remplir les conditions de participation prévues au paragraphe 1, un opérateur économique peut, le cas échéant et pour une concession particulière, compter sur les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui les unissent. Si un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice la preuve qu'il disposera, pendant toute la durée de la concession, des moyens nécessaires, par exemple en produisant l'engagement de ces entités à cet effet. En ce qui concerne la capacité financière, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du contrat.

3. Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 26 peut recourir aux capacités de membres du groupement ou d'autres entités.

[...] »

*La directive 2014/24*

- 16 Intitulé « Objet et champ d'application », l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2014/24 dispose :

« 1. La présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne les marchés publics, ainsi que les concours, dont la valeur estimée atteint ou dépasse les seuils établis à l'article 4.

2. Au sens de la présente directive, la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces travaux, fournitures ou services aient ou non une finalité publique.

[...] »

- 17 Intitulé « Définitions », l'article 2 de cette directive prévoit :

« 1. Aux fins de la présente directive, on entend par :

[...]

5. "marchés publics", des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ;

[...]

8. "marchés publics de fournitures", des marchés publics ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits. Un marché public de fourniture peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation ;

9. "marchés publics de services", des marchés publics ayant pour objet la prestation de services autre que ceux visés au point 6) ;

[...] »

- 18 Sous l'intitulé « Marchés mixtes », l'article 3 de ladite directive énonce :

« [...]

4. Lorsqu'un marché a pour objet des achats relevant de la présente directive ainsi que des achats qui ne relèvent pas de la présente directive, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de passer des marchés distincts pour les différentes parties du marché ou de passer un marché unique. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs décident de passer des marchés distincts pour les différentes parties, la décision concernant le régime juridique applicable à chacun de ces marchés distincts est adoptée sur la base des caractéristiques des différentes parties concernées.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs choisissent de passer un marché unique, la présente directive s'applique, sauf disposition contraire de l'article 16, au marché mixte qui en résulte, indépendamment de la valeur des parties qui relèveraient normalement d'un régime juridique différent et indépendamment du régime juridique dont celles-ci auraient normalement relevé.

Dans le cas d'un marché mixte contenant des éléments de marchés de fournitures, de travaux et de services et de concessions, le marché mixte est passé conformément à la présente directive, pour autant que la valeur estimée de la partie du marché qui constitue un marché relevant de la présente directive, calculée conformément à l'article 5, soit égale ou supérieure au seuil applicable fixé à l'article 4.

[...] »

- 19 Intitulé « Montants des seuils », l'article 4 de la même directive dispose, à son premier alinéa :

« La présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors [TVA] est égale ou supérieure aux seuils suivants :

[...]

b) 139 000 [euros] pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des autorités publiques centrales et pour les concours organisés par celles-ci ; en ce qui concerne les marchés publics de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs qui opèrent dans le domaine de la défense, ce seuil ne s'applique qu'aux marchés concernant les produits visés à l'annexe III ;

c) 214 000 [euros] pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des pouvoirs adjudicateurs sous-centraux et pour les concours organisés par ceux-ci [...]

[...] »

- 20 L'article 18 de la directive 2014/24 énonce les « [p]rincipes de la passation de marchés ».

- 21 Intitulé « Nomenclatures », l'article 23 de cette directive énonce, à son paragraphe 1 :

« Les références aux nomenclatures dans le cadre de la passation des marchés publics renvoient au Vocabulaire commun pour les marchés publics (Common Procurement Vocabulary, CPV) prévu par le règlement [n° 2195/2002]. »

- 22 Intitulé « Rédaction et modalités de publication des avis », l'article 51 de la directive 2014/24 dispose, à son paragraphe 1, premier alinéa :

« Les avis visés aux articles 48, 49 et 50 incluent les informations mentionnées à l'annexe V sous la forme de formulaires types, y compris des formulaires types pour avis rectificatifs. »

- 23 Intitulée « Informations qui doivent figurer dans les avis », l'annexe V de cette directive comporte une partie C relative aux « [i]nformations qui doivent figurer dans les avis de marché (visées à l'article 49) », dont il ressort :

« [...]

7. Description du marché : nature et étendue des travaux, nature et quantité ou valeur des fournitures, nature et étendue des services. Si le marché est divisé en lots, indiquer cette information pour chaque lot. Le cas échéant, description des options.

[...] »

24 Sous l'intitulé « Critères de sélection », l'article 58 de ladite directive prévoit, à ses paragraphes 1 et 2 :

« 1. Les critères de sélection peuvent avoir trait :

- a) à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ;
- b) à la capacité économique et financière ;
- c) aux capacités techniques et professionnelles.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent imposer comme conditions de participation aux opérateurs économiques que les critères visés aux paragraphes 2, 3 et 4. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché.

2. En ce qui concerne l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques d'être inscrits sur un registre professionnel ou sur un registre du commerce de leur État membre d'établissement, visé à l'annexe XI, ou de se conformer à toute autre exigence énoncée dans ladite annexe.

Dans les procédures de passation de marché de services, lorsque les opérateurs économiques ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation. »

25 Intitulée « Registres », l'annexe XI de la même directive prévoit :

« Les registres professionnels et du commerce ainsi que les déclarations et certificats correspondant pour chaque État membre sont :

- [...]
- pour la Slovénie, le “sodni register” et le “obrtni register”,
- [...] »

*Le règlement d'exécution 2015/1986*

- 26 L'article 4 du règlement d'exécution 2015/1986 dispose :
- « Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices utilisent, pour la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* des avis visés aux articles 31, 32 et 43 de la directive [2014/23], les formulaires standard figurant aux annexes XI, XVII, XX, XXI et XXII du présent règlement. »
- 27 Le formulaire type figurant à l'annexe II, points II.1.1 à II.1.4, II.2.1, II.2.2 et II.2.4, de ce règlement d'exécution impose au pouvoir adjudicateur de préciser, dans l'avis de marché, respectivement l'intitulé du marché, le code CPV principal, le type de marché, une description succincte, le(s) code(s) CPV additionnel(s) et la description des prestations.
- 28 L'annexe XXI dudit règlement d'exécution contient un formulaire type qui se rapporte aux « [a]vis de concession », au sens de la directive 2014/23, dont le point III.1.1 se lit ainsi :
- « Habilitation à exercer l'activité professionnelle, y compris exigences relatives à l'inscription au registre du commerce ou de la profession :
- Liste et description succincte des conditions, indications des informations et documents requis. »

*Le règlement n° 2195/2002*

- 29 Les considérants 1 et 3 du règlement n° 2195/2002 énoncent :
- « (1) Le recours à différentes nomenclatures nuit à l'ouverture et à la transparence des marchés publics européens. Son impact sur la qualité et les délais de publication des avis restreint de fait l'accès des opérateurs économiques aux marchés publics.
- [...]
- (3) Il y a désormais lieu d'unifier, à travers un système de classification unique pour les marchés publics, les références utilisées par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices pour la description de l'objet des marchés. »
- 30 L'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 2195/2002 dispose, à ses paragraphes 1 et 2 :
- « 1. Il est établi un système de classification unique applicable aux marchés publics, le vocabulaire commun pour les marchés publics [Common Procurement Vocabulary (CPV)].
2. Le texte du CPV figure à l'annexe I. »

*Le règlement n° 1893/2006*

- 31 Intitulé « Objet et champ d'application », l'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 1893/2006 dispose :
- « 1. Le présent règlement établit une nomenclature statistique commune des activités économiques dans l'[Union], ci-après dénommée "NACE Rév. 2". Cette nomenclature garantit l'adéquation à la réalité économique des nomenclatures [de l'Union] et améliore la comparabilité

des nomenclatures nationales, [de l'Union] et internationales et, partant, des statistiques nationales, [de l'Union] et internationales.

2. Le présent règlement s'applique uniquement à l'utilisation de ladite nomenclature à des fins statistiques. »

### ***Le droit slovène***

- 32 Le Zakon o nekaterih koncesijskih pogodbah (loi relative à certains contrats de concession) (Uradni list RS, n° 9/2019), dans sa version applicable au litige au principal, régit certains contrats de concession de travaux et de services d'une valeur estimée hors TVA supérieure ou égale à celle prévue à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2014/23.

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

- 33 Au cours de l'année 2020, la commune de Ljubljana a décidé de lancer une procédure de passation d'une concession pour la création et la gestion, sur son territoire, d'un service de location et de partage de véhicules électriques. La valeur totale du projet était estimée à 14 989 000 euros hors TVA, l'apport financier du partenaire privé étant évalué à 14 570 000 euros hors TVA et celui de la commune à 36 000 euros hors TVA.
- 34 L'apport financier du partenaire privé devait se décomposer de la manière suivante : flotte existante de véhicules électriques : 5 000 000 euros ; technologie existante : 1 500 000 euros ; personnel et développement : 1 400 000 euros ; acquisition de nouveaux véhicules électriques au cours de la concession : 6 250 000 euros ; aménagement des places de stationnement : 180 000 euros ; création de bornes de recharge : 240 000 euros.
- 35 Les documents relatifs au projet en cause utilisent le code principal CPV 60100000. En outre, au titre des « Apports du concédant et du concessionnaire », il est prévu que « [l]e produit des taxes pour les places de stationnement et bornes de recharge ainsi que des taxes de stationnement est à considérer comme l'apport du concédant pour la mise en œuvre du projet ».
- 36 Par ailleurs, dans ses « Instructions pour la présentation d'une offre », la commune de Ljubljana a, afin de décrire l'« objet de la relation de concession », indiqué que la mise en œuvre du projet de création et de gestion d'un système public de location et de partage de véhicules électriques recouvrait :
- « a) la réalisation des investissements nécessaires à la création d'un système public de location et de partage de véhicules électriques sur le territoire de [la commune de Ljubljana] et qui inclut :
- la constitution d'un fonds d'au moins 200 véhicules électriques destinés à la création d'un système public de location et de partage de véhicules électriques [...],
  - la conception d'un réseau public d'emplacements pour emprunter les véhicules et de centres de recharge pour recharger les véhicules électriques [...],
  - la création d'une solution informatique moderne et conviviale pour l'utilisateur pour assurer le service de location et de partage de véhicules électriques,

- b) la prestation du service de location et de partage de véhicules électriques [...], y compris par la création d'un système centralisé de location et de partage de véhicules électriques qui permet le suivi et la surveillance de la conduite du projet et en particulier :
- l'obligation de garantir et de gérer une flotte de véhicules en parfait état de fonctionnement ce qui inclut en particulier des services réguliers et les réparations notamment en cas d'accidents de la circulation, l'immatriculation, l'assurance et autres dépenses de fonctionnement pour l'utilisation normale des véhicules. [...] Le concessionnaire assume en outre l'obligation de moderniser régulièrement la flotte de véhicules selon un rythme défini dans le contrat,
  - l'obligation de garantir et de gérer un réseau d'emplacements pour emprunter des véhicules et de recharge pour recharger les véhicules électriques, l'obligation de les entretenir régulièrement et l'obligation de garantir des postes de recharge en état de fonctionnement sur le fond aux conditions et selon le régime à définir dans le contrat,
  - la garantie d'un système adéquat de soutien aux utilisateurs.
- [...]

Obligations principales du concessionnaire :

- [...]
- le concessionnaire assume au cours de la période couverte par le contrat tous les risques techniques, technologiques et financiers au titre de la mise en œuvre des mesures d'investissement et autres ainsi qu'au titre de la fourniture du service de location et de partage des véhicules électriques, y compris le risque quant à la rentabilité des investissements réalisés. Le concessionnaire assume aussi le risque quant à l'accessibilité et à la disponibilité du système créé de même que le risque lié à la demande ;
- [...] »

- 37 Il découle également de ces instructions que le projet en cause au principal est censé protéger l'environnement et renforcer le développement durable, notamment par l'adoption de concepts de mobilité durable. Lesdites instructions prévoient enfin, au titre des « motifs d'exclusion », l'obligation pour un candidat d'être enregistré pour exercer, dans la classification standard nationale des activités, l'activité 77.110 (Location et location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers) (ci-après l'« activité 77.110 »), étant précisé que, en cas d'offre présentée en partenariat, la condition doit être remplie par chacun des partenaires.
- 38 Les 17, 18 et 19 février 2021, Sharengo a posé, à travers le portail des marchés publics, différentes questions liées à l'appel d'offres et signalé que certaines exigences de la commune de Ljubljana méconnaissaient la législation slovène relative aux partenariats public-privé ainsi que celle régissant les marchés publics.
- 39 Dès le 19 février 2021, et donc avant même l'expiration du délai dont disposait cette commune pour répondre à ces questions, Sharengo a introduit une demande de révision devant ladite commune. Elle a notamment fait valoir que, dès lors que l'objet du contrat inclut la réalisation d'investissements qui ne sont pas directement liés à la location et au partage de véhicules électriques, l'exigence que tous les partenaires soient enregistrés pour l'activité 77.110 était

disproportionnée et discriminatoire. Une telle exigence restreindrait la concurrence et empêcherait la coopération avec des partenaires établis à l'étranger. Partant, Sharengo a sollicité l'annulation des divers conditions, critères et exigences et, à titre subsidiaire, de l'ensemble de la procédure d'appel d'offres.

- 40 Par décision du 2 mars 2021, la commune de Ljubljana a rejeté cette demande de révision en raison de son caractère prématuré.
- 41 Les questions de Sharengo ont néanmoins conduit la commune de Ljubljana à préciser que l'exigence d'être inscrit à l'activité 77.110 doit être satisfaite par le candidat et que, en cas d'offre présentée en partenariat, elle doit être satisfaite par chacun des partenaires car la conclusion du contrat de partenariat établit entre eux une responsabilité solidaire. En revanche, les autres opérateurs économiques impliqués dans la déclaration du candidat n'ont pas besoin de satisfaire la condition. En outre, si les opérateurs économiques ne sont pas inscrits au registre du commerce ou professionnel de la République de Slovénie, le concédant devrait tenir compte de la classification qui, d'après sa description, correspond à l'objet du contrat.
- 42 Ayant rejeté la demande de révision de Sharengo, la commune de Ljubljana était tenue de la transmettre pour examen à la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures d'attribution des marchés publics, Slovénie), ce qu'elle a fait le 8 mars 2021.
- 43 À l'invitation de cette dernière, la commune de Ljubljana a indiqué, dans une lettre du 7 avril 2021, premièrement, que la loi sur certains contrats de concession ne s'appliquait pas parce que le seuil pour son application n'était pas atteint, la valeur estimée de la concession étant de 3 108 103 euros hors TVA. En outre, la commune ne verserait pas directement de contrepartie pour l'exploitation de la concession. Elle se bornerait en effet, d'une part, à renoncer aux droits de stationnement sur les emplacements de stationnement qui seront utilisés pour le service en cause au principal, dont le montant s'élèverait à 3 430 328 euros hors TVA et, d'autre part, à prendre en charge les frais de l'entretien régulier de ces emplacements, à concurrence d'une valeur estimée de 84 375 euros hors TVA. Enfin, la commune bénéficierait des recettes au titre des taxes annuelles pour les emplacements de stationnement à concurrence d'une valeur estimée de 345 000 euros hors TVA et des taxes pour les bornes de recharge à concurrence d'une valeur estimée de 62 000 euros hors TVA. Deuxièmement, l'objectif de la commune de Ljubljana serait de créer un service de location et de partage de véhicules électriques et non d'acquérir une marchandise. Troisièmement, cette commune a estimé, compte tenu de la répartition prévue des risques, que le code CPV choisi, qui concerne la location de biens, pourrait être trompeur. En effet, un système de partage de véhicules électriques irait au-delà de la simple location d'un véhicule électrique et inclurait un service complet de fonctionnement du système de partage qui est, dans son contenu et conceptuellement, plus large que la simple location d'un véhicule.
- 44 À titre liminaire, la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures d'attribution des marchés publics) rappelle que la Cour lui a reconnu la qualité de « juridiction nationale », au sens de l'article 267 TFUE, dans les arrêts du 8 juin 2017, *Medisanus* (C-296/15, EU:C:2017:431, points 34 à 38), et du 10 septembre 2020, *Tax-Fin-Lex* (C-367/19, EU:C:2020:685). Cette juridiction ajoute que, lorsque, comme dans l'affaire au principal, la demande de révision vise le cahier des charges, lequel recouvre, outre le cahier des charges proprement dit, la documentation relative à l'attribution du

marché ou de la concession, elle statue en qualité de « juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne », au sens de l'article 267, troisième alinéa, TFUE.

- 45 En l'occurrence, la compétence de la juridiction de renvoi pour résoudre le litige au principal dépend du point de savoir si la future relation contractuelle entre la commune et l'opérateur économique peut être qualifiée de « concession de services », au sens de l'article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23, ou de « marché public », au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24.
- 46 Dans cette perspective, cette juridiction estime être confrontée à trois difficultés d'interprétation du droit de l'Union.
- 47 En premier lieu, elle s'interroge sur les modalités de détermination de la valeur estimée d'une concession de services. Elle relève, à cet égard, que la commune de Ljubljana a estimé que l'apport financier du partenaire privé s'élèverait à 14 570 000 euros hors TVA tandis que son propre apport serait de 36 000 euros hors TVA. Cette estimation serait toutefois erronée puisque, ainsi qu'il ressort du point 43 du présent arrêt, cette commune aurait admis que son apport s'élèvera à 3 108 103 euros hors TVA. L'investissement de ladite commune dépasserait, par conséquent, les seuils prévus à l'article 4, sous b) et c), de la directive 2014/24, mais pas le seuil de 5 350 000 euros fixé à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2014/23.
- 48 Cela étant, dès lors que la valeur estimée de l'apport financier du partenaire privé est de 14 570 000 euros hors TVA, il serait logique que les recettes de ce dernier, lequel cherche à réaliser un bénéfice avec la mise en œuvre du projet, s'élèvent au moins à 14 977 000 euros hors TVA, afin de couvrir tous les investissements et le versement des taxes annuelles pour les places de stationnement et les taxes annuelles pour les bornes de recharge. Le cas échéant, même s'il fallait exclure de ce calcul l'investissement de 5 000 000 euros hors TVA dans la flotte existante de véhicules électriques, l'apport du partenaire privé demeurerait supérieur au seuil de 5 350 000 euros hors TVA.
- 49 En deuxième lieu, la juridiction de renvoi se demande, d'une part, si le projet en cause au principal a pour objet de procurer à la commune de Ljubljana des fournitures ou de confier à son contractant la prestation et la gestion des services et, d'autre part, si le code CPV retenu par le pouvoir adjudicateur dans la documentation du marché ou de la concession peut avoir une influence sur la qualification d'un contrat.
- 50 Dès lors que la future relation contractuelle entre la commune et l'opérateur économique paraît associer tant des éléments d'un marché public de fournitures au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 8, de la directive 2014/24 que des éléments de concession de services au sens de l'article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23, la juridiction de renvoi se demande si cette future relation contractuelle ne devrait pas être qualifiée de « marché mixte », au sens de l'article 3, paragraphe 4, troisième alinéa, de la directive 2014/24.
- 51 En troisième lieu, cette juridiction s'interroge sur la possibilité pour la commune de Ljubljana d'exiger que chacun des partenaires remplisse la condition d'enregistrement de l'activité 77.110, sans méconnaître l'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23 ou l'article 58, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/24, lu en combinaison avec les principes de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination. Cette exigence a notamment pour conséquence qu'un entrepreneur ne pourrait commencer à exercer son activité qu'après s'être inscrit auprès de

l'Agencija Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve (agence de la République de Slovénie chargée de la gestion des registres publics et des services liés) dans le registre du commerce de la République de Slovénie.

- 52 La juridiction de renvoi relève, à cet égard, que, tandis que l'article 58, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/24 permet au pouvoir adjudicateur d'exiger que les opérateurs économiques soient enregistrés dans l'un des registres professionnels et du commerce qui sont tenus dans l'État membre d'établissement, la notion d'« activité professionnelle » n'apparaîtrait pas dans la directive 2014/23. Ce silence de l'article 38, paragraphe 1, de cette directive pourrait tout aussi bien être interprété comme une interdiction pour le pouvoir adjudicateur de fixer une condition concernant l'activité professionnelle que comme une autorisation tacite d'inclure une telle condition. Cette dernière interprétation semblerait d'ailleurs accréditée par le point 7, sous c), de l'annexe V de ladite directive, ainsi que par le point III.1.1 de l'annexe XXI du règlement d'exécution 2015/1986.
- 53 Cette juridiction observe également que la commune de Ljubljana n'aurait pas exigé que la condition de participation liée à l'« activité professionnelle » soit satisfaite par les opérateurs économiques qui sont dans un rapport de subordination, tels que les sous-traitants, mais uniquement par les opérateurs économiques qui se trouvent avec les autres opérateurs économiques dans un rapport de coordination, à l'instar des membres d'un groupe d'opérateurs économiques au motif que ceux-ci seraient liés par une responsabilité solidaire. Une telle exigence serait toutefois dissuasive pour les opérateurs économiques qui ne sont pas enregistrés pour exercer l'activité 77.110 ou les activités équivalentes de la classe 77.11 de la nomenclature NACE Rév. 2, au sens du règlement n° 1893/2006, mais qui voudraient s'associer avec un ou plusieurs autres opérateurs économiques habilités à exercer cette activité.
- 54 C'est dans ce contexte que la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures d'attribution des marchés publics) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes, étant précisé que les deuxième à septième questions reposent sur la prémisse que la directive 2014/23 serait applicable au litige au principal et que les huitième, dixième et onzième questions ne sont posées qu'à titre subsidiaire, pour le cas où la Cour conclurait à l'applicabilité de la directive 2014/24 :
- « 1) Le règlement [n° 2195/2002] doit-il être interprété en ce sens que la location de voitures particulières sans chauffeur n'est pas couverte par le groupe 601, mais par le groupe 341 du vocabulaire principal du CPV, avec recours pour compléter la description au code PA 01-7 Location du vocabulaire supplémentaire du CPV sans que le code PB04-7 sans chauffeur du vocabulaire supplémentaire ait d'incidence là-dessus, de sorte que la combinaison des codes du groupe 341 du vocabulaire principal du CPV et du code PA 01-7 Location du vocabulaire supplémentaire du CPV signifie que la location de voitures particulières sans chauffeur doit être considérée comme un marché public de fournitures et non de services et que donc, si la part principale de l'apport d'un opérateur économique pour la mise en œuvre d'un projet de création d'un système public de location et de partage de véhicules électriques est l'acquisition de véhicules électriques et que cet apport est aussi supérieur à l'apport du pouvoir adjudicateur dans la réalisation du projet, il n'y a pas d'élément de "services" au titre de l'article 5, point 1, sous b), de la directive [2014/23] et le contrat pour la mise en œuvre d'un tel projet n'est pas une concession de services au sens de l'article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23 ?

- 2) La notion de “prestation et gestion de services” au titre de l’article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23 doit-elle être interprétée en ce sens que :
- a) la notion de “prestation de services” visée à l’article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23 a le même sens que la notion de “prestation de services” visée à l’article 2, paragraphe 1, point 9, de la directive [2014/24], de sorte que la première signifie qu’un opérateur économique, en créant un système public de location et de partage de véhicules électriques, fournit des services qui sont liés à la location et au partage de véhicules électriques et exerce des activités qui vont au-delà de la location et du partage de véhicules électriques,
  - et
  - b) la notion de “gestion de services” visée à l’article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23 signifie que l’opérateur économique exerce le “droit d’exploiter les services” au sens de l’élément in fine de cette disposition en vue de réaliser des recettes sur la base de cette exploitation, de sorte que cette notion signifie que l’opérateur économique, en créant un système public de location et de partage de véhicules électriques, obtient du fait de l’exploitation des services liés à la location et au partage de véhicules électriques et de l’exercice d’activités qui vont au-delà de la location et du partage de véhicules électriques, le droit de facturer aux utilisateurs une rémunération pour la fourniture du service et n’a pas besoin de verser à la commune les droits de stationnement et les frais d’entretien régulier des places de stationnement, et réalise sur ce fondement à bon droit des recettes ?
- 3) La notion de “chiffre d’affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur ou l’entité adjudicatrice, eu égard aux [...] services qui font l’objet de la concession”, telle que visée à l’article 8, paragraphe 2 (premier alinéa), de la directive 2014/23, doit-elle être interprétée en ce sens que le “chiffre d’affaires total du concessionnaire” recouvre également les paiements des utilisateurs au concessionnaire et ces paiements sont donc aussi une “[contrepartie] des services qui font l’objet de la concession” ?
- 4) L’article 8, paragraphe 1, de la directive 2014/23 doit-il être interprété en ce sens que [cette] directive s’applique si la valeur des apports ou la valeur combinée des apports et des frais que supporte l’opérateur économique en lien avec la concession de services ou que supportent l’opérateur économique et le pouvoir adjudicateur en lien avec la concession de services dépasse (manifestement) le seuil de 5 350 000 euros hors TVA ?
- 5) L’article 38, paragraphe 1, de la directive [2014/23] doit-il être interprété en ce sens qu’il autorise un pouvoir adjudicateur à fixer une condition de participation liée à l’activité professionnelle et à exiger des opérateurs économiques qu’ils présentent des preuves établissant qu’ils remplissent cette condition, raison pour laquelle est également compatible avec cette disposition le règlement d’exécution [2015/1986], qui, dans l’annexe XXI, prévoit un avis de concession (formulaire standard 24) qui inclut aussi le point III.1.1 Habilitation à exercer l’activité professionnelle, y compris exigences relatives à l’inscription au registre du commerce ou de la profession ?
- 6) Si la réponse à la [cinquième] question est affirmative, l’article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec les principes d’égalité de traitement et de non-discrimination au titre de l’article 3, paragraphe 1, de [cette] directive, doit-il être interprété en ce sens qu’un pouvoir adjudicateur peut, en fixant une condition de participation liée à l’activité professionnelle, se référer à la désignation nationale SKD 77.110

pour la description de l'activité de location et location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers qui a la même signification que celle prévue par le règlement [n° 1893/2006,] dans l'annexe I, NACE, Rév. 2, classe 77.11, Location et location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers ?

- 7) Si la réponse à la [cinquième] question est affirmative, l'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23, et en particulier la partie qui concerne l'exigence de proportionnalité, lu en combinaison avec les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination au titre de l'article 3, paragraphe 1, de [cette] directive, doit-il être interprété en ce sens que le pouvoir adjudicateur peut exiger que chacun des partenaires satisfasse à la condition d'enregistrement pour l'exercice de l'activité de location et de location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers ?
- 8) L'article 2, paragraphe 1, point 8, de la directive [2014/24] doit-il être interprété en ce sens qu'il en va d'un marché public de fournitures lorsque (compte tenu de la valeur de l'apport de l'opérateur économique) la part essentielle de la future relation contractuelle entre la commune et l'opérateur économique est liée à la location et au partage de véhicules électriques destinés aux utilisateurs d'un système public de location et de partage de véhicules électriques, la commune, lors de la mise en œuvre du projet ne versant pas directement de ressources à l'opérateur économique, mais investissant au contraire les ressources indirectement en renonçant aux droits de stationnement pendant une période de 20 ans et en assurant l'entretien régulier des places de stationnement, la valeur de cet apport dépassant dans sa totalité la valeur visée à l'article 4, sous b) et c), de la directive [2014/24], cet apport de la commune étant cependant (fondamentalement) inférieur tant à l'apport total de l'opérateur économique dans le projet de création d'un système de location et de partage de véhicules électriques qu'à l'apport de l'opérateur économique dans la partie de ce projet qui concerne les véhicules électriques, et ce indépendamment du fait que les utilisateurs paieront à l'opérateur économique l'utilisation des véhicules électriques et que la demande des utilisateurs dictera si l'opérateur économique réussira à réaliser des recettes qui signaleront le succès financier de la mise en œuvre de la création d'un système public de location et de partage de véhicules électriques, raison pour laquelle l'opérateur économique supporte le risque d'exploitation dans la mise en œuvre du projet ce qui est une caractéristique de la concession de services au sens de l'article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23 et non du marché public au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 ?
- 9) L'article 3, paragraphe 4, troisième alinéa, de la directive 2014/24 doit-il être interprété en ce sens qu'il fournit une base juridique pour tenir compte de la réglementation de ladite directive pour l'établissement de la future relation contractuelle entre la commune et l'opérateur économique pour le projet de création d'un système public de location et de partage de véhicules électriques parce qu'il faut considérer cette relation contractuelle comme un marché public mixte qui contient des éléments de marché public de fournitures et de services et des éléments de concession de services, la valeur de l'apport de la commune dans la mise en œuvre de ce projet dépassant à cet égard la valeur visée à l'article 4, sous c), de la directive [2014/24] ?
- 10) L'article 58, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/24, lu en combinaison avec les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination au titre de l'article 18, paragraphe 1, de cette directive, doit-il être interprété en ce sens que le pouvoir adjudicateur peut, lors de la fixation d'une condition de participation liée à l'activité professionnelle, se référer à la désignation

nationale SKD 77.110 pour la description de l'activité Location et location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers qui a le même sens que celle prévue par le règlement n° 1893/2006 dans l'annexe I, NACE, Rév. 2, classe 77.11, Location et location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers ?

- 11) L'article 58, paragraphe 1, de la directive 2014/24 et en particulier la partie qui concerne l'exigence de proportionnalité ainsi que l'article 58, paragraphe 2, de cette directive, lu en combinaison avec les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination au titre de l'article 18, paragraphe 1, de ladite directive, doivent-ils être interprétés en ce sens que le pouvoir adjudicateur peut exiger que chacun des partenaires remplisse la condition d'enregistrement pour l'activité de Location et location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers ? »

## **Sur les questions préjudicielles**

### ***Sur les première, deuxième, huitième et neuvième questions***

- 55 Par ses première, deuxième, huitième et neuvième questions, qu'il convient d'examiner conjointement, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens que constitue une « concession de services » l'opération par laquelle un pouvoir adjudicateur entend confier la création et la gestion d'un service de location et de partage de véhicules électriques à un opérateur économique dont l'apport financier est majoritairement affecté à l'acquisition de ces véhicules, et dans laquelle les recettes de cet opérateur économique proviendront essentiellement des redevances versées par les utilisateurs de ce service.
- 56 Par ces questions, la juridiction de renvoi sollicite des précisions quant à la distinction entre les concepts de concession et de marché public, dès lors que leurs champs d'application respectifs sont susceptibles de se chevaucher. Tel est d'ailleurs l'un des objectifs poursuivis par la directive 2014/23, dont le considérant 18 énonce qu'elle vise à clarifier la définition de la concession.
- 57 À cet égard, tant la notion de « marché public », au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, que celle de « concession », au sens de l'article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23, sont des notions autonomes du droit de l'Union et doivent, à ce titre, être interprétées de manière uniforme sur le territoire de cette dernière. Il s'ensuit que la qualification juridique donnée à un contrat par le droit d'un État membre n'est pas pertinente pour déterminer si ce contrat entre dans le champ d'application de l'une ou de l'autre de ces directives et que la question de savoir si un contrat doit être qualifié de concession ou de marché public doit s'apprécier exclusivement à l'aune du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts du 18 janvier 2007, Auroux e.a., C-220/05, EU:C:2007:31, point 40 ; du 18 juillet 2007, Commission/Italie, C-382/05, EU:C:2007:445, point 31, ainsi que du 10 novembre 2011, Norma-A et Dekom, C-348/10, EU:C:2011:721, point 40).
- 58 L'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 définit les « marchés publics » comme « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ». En outre, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de cette directive prévoit que « la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché public de travaux,

de fournitures ou de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces travaux, fournitures ou services aient ou non une finalité publique ».

- 59 Quant à la notion de « concession de services », elle est définie à l'article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23 comme « un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ». Par conséquent, et ainsi que le précise le second alinéa dudit point, « [l]’attribution d’une concession de travaux ou d’une concession de services implique le transfert au concessionnaire d’un risque d’exploitation lié à l’exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l’offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d’exploitation lorsque, dans des conditions d’exploitation normales, il n’est pas certain d’amortir les investissements qu’il a effectués ou les coûts qu’il a supportés lors de l’exploitation des ouvrages ou services qui font l’objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ».
- 60 Il résulte de la comparaison de ces définitions qu’une concession de services se singularise d’un marché public par l’octroi au concessionnaire du droit, éventuellement assorti d’un prix, d’exploiter les services qui font l’objet de la concession, le concessionnaire disposant, dans le cadre du contrat conclu, d’une certaine liberté économique pour déterminer les conditions d’exploitation des services qui lui sont concédés et endossant, parallèlement, le risque lié à l’exploitation desdits services (voir, en ce sens, arrêt du 14 juillet 2016, *Promoimpresa e.a.*, C-458/14 et C-67/15, EU:C:2016:558, point 46).
- 61 Partant, sous réserve, ainsi que le prévoit l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 2014/23, que la valeur estimée d’une concession ne soit pas inférieure aux seuils prévus à l'article 8 de cette directive, le seul transfert au concessionnaire du risque lié à l’exploitation de services suffit pour caractériser une concession de services, au sens de l'article 5, point 1, sous b), de ladite directive. À cet égard, il est indifférent que l’apport financier de l’opérateur économique ne soit pas le même que celui du pouvoir adjudicateur.
- 62 En l’occurrence, ainsi qu’il ressort de la décision de renvoi, la commune de Ljubljana n’entend nullement prémunir le concessionnaire contre tout risque de pertes. Certes, cette commune a indiqué, d’une part, qu’elle renoncerait à percevoir la somme correspondant aux droits de stationnement sur les emplacements de stationnement qui seront utilisés pour le service de location et de partage de véhicules électriques et, d’autre part, qu’elle prendrait en charge les frais d’entretien régulier des emplacements de stationnement mis à la disposition de l’opérateur économique.
- 63 Cela étant, il ressort de la décision de renvoi que la contribution du pouvoir adjudicateur mentionnée au point précédent ne saurait éliminer le risque d’exploitation pour l’opérateur économique. Il s’ensuit que ce dernier ne pourra amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l’exploitation du service en cause au principal que s’il tire d’importantes recettes du paiement de redevances par les usagers du service.

- 64 Par ailleurs, la circonstance que l'apport financier de l'opérateur économique soit majoritairement affecté à l'acquisition des véhicules électriques ne saurait conduire à appréhender le projet de système public de location et de partage de véhicules électriques envisagé par la commune de Ljubljana comme un « contrat mixte », au sens de l'article 20 de la directive 2014/23.
- 65 Certes, l'article 20, paragraphe 4, de cette directive, lu en combinaison avec le paragraphe 2 de cet article, prévoit que, lorsqu'un contrat mixte comprend des éléments relevant des concessions et d'autres éléments, dissociables, qui relèvent des marchés publics couverts par la directive 2014/24, le contrat mixte doit être attribué conformément aux dispositions de la directive 2014/24. Néanmoins, pour que l'article 20, paragraphe 4, de la directive 2014/23 trouve à s'appliquer, encore faut-il établir l'existence d'un marché public, au sens de la directive 2014/24.
- 66 Or, ainsi qu'il a été relevé au point 58 du présent arrêt, il découle de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 2014/24 qu'une procédure de passation d'un marché tend à « l'acquisition, au moyen d'un marché public[,] de travaux, de fournitures ou de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ». Quant à l'article 2, paragraphe 1, point 8, de cette directive, il définit les « marchés publics de fournitures » comme « des marchés publics ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits ».
- 67 Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur qui organise un marché public de fournitures entend, lui-même, tirer profit des produits qu'il a achetés, pris en crédit-bail ou loués.
- 68 Or, tel n'est pas le cas en l'occurrence. En effet, ainsi qu'il découle de la décision de renvoi, dans le litige au principal, la commune de Ljubljana ne souhaite pas acquérir, à son profit, des véhicules électriques. Au contraire, cette commune entend confier à un opérateur économique l'exploitation d'un service permettant à des tiers de louer des véhicules, sans chercher à le prendre en charge, elle-même, ni à louer des véhicules pour son propre usage. Plus largement, ainsi que l'indiquent les instructions visées au point 36 du présent arrêt, ce système a pour objectif de contribuer à réduire les atteintes environnementales causées par la circulation automobile et de promouvoir le développement durable de la commune de Ljubljana, notamment en adoptant le concept de mobilité durable. En outre, dans la mesure où les véhicules électriques paraissent indissociables de la concession de services elle-même, il découle de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2014/23 que ces véhicules doivent être appréhendés comme des fournitures liées aux services concédés.
- 69 Dans ces conditions, et sous réserve des vérifications qu'il appartiendra à la juridiction de renvoi d'effectuer, il n'apparaît pas possible de caractériser l'existence d'un marché public de fournitures, au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 8, de la directive 2014/24.
- 70 Enfin, il convient de relever que la qualification d'un contrat en tant que concession, au sens de l'article 5, point 1, de la directive 2014/23, ou marché public, au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24, ne saurait découler du choix, par le pouvoir adjudicateur, des codes CPV mentionnés dans la documentation du marché ou de la concession, notamment dans l'annexe V de ces deux directives. En effet, l'obligation d'utiliser des codes CPV au titre du règlement n° 2195/2002 n'est qu'une conséquence de l'applicabilité de la directive 2014/23 ou de la directive 2014/24, ainsi que cela ressort respectivement de l'article 27 de la première et de l'article 23 de la seconde.

- 71 Par conséquent, ce n'est qu'après avoir établi qu'une procédure de passation d'une concession entre dans le champ d'application de la directive 2014/23 ou qu'une procédure de passation d'un marché relève de celui de la directive 2014/24, qu'un pouvoir adjudicateur est tenu d'identifier le ou les codes CPV pertinents.
- 72 Cela étant, bien qu'ils aient vocation à faciliter la prise de connaissance par les opérateurs économiques des avis de marché relevant de leur secteur d'activité, les codes CPV ne représentent que l'un des éléments de la description de l'objet du marché, et ce d'autant plus que la classification fournie par le règlement n° 2195/2002 peut se révéler lacunaire ou désuète, compte tenu notamment des progrès technologiques.
- 73 Ainsi, par principe, la mention d'un code CPV erroné ne prête pas à conséquence. Il en irait toutefois différemment si une telle erreur constituait un indice de la volonté du pouvoir adjudicateur de porter atteinte aux intérêts d'un ou de certains opérateurs économiques et, partant, de fausser la concurrence. Une telle hypothèse tomberait en effet sous le coup de l'article 3, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2014/23.
- 74 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre aux première, deuxième, huitième et neuvième questions que l'article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens que constitue une « concession de services » l'opération par laquelle un pouvoir adjudicateur entend confier la création et la gestion d'un service de location et de partage de véhicules électriques à un opérateur économique dont l'apport financier est majoritairement affecté à l'acquisition de ces véhicules, et dans laquelle les recettes de cet opérateur économique proviendront, pour l'essentiel, des redevances versées par les utilisateurs de ce service, dès lors que de telles caractéristiques sont de nature à établir que le risque lié à l'exploitation des services concédés a été transféré audit opérateur économique.

### *Sur les troisième et quatrième questions*

- 75 Par ses troisième et quatrième questions, qu'il convient d'examiner conjointement, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 8 de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens que, pour déterminer si le seuil d'applicabilité de cette directive est atteint, le pouvoir adjudicateur doit estimer le « chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA » en tenant compte des redevances que les usagers verseront au concessionnaire, ainsi que des apports et des coûts que supporteront le concessionnaire et/ou le pouvoir adjudicateur.
- 76 Aux termes de son article 8, paragraphes 1 et 2, cette directive s'applique aux concessions dont la valeur est égale ou supérieure à 5 350 000 euros, étant précisé que la valeur d'une concession correspond au chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, eu égard aux travaux et services qui font l'objet de la concession ainsi qu'aux fournitures liées auxdits travaux et services.
- 77 Le chiffre d'affaires désignant le montant résultant de la vente de produits et de la prestation de services, le « chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA », au sens de l'article 8, paragraphe 2, de ladite directive, inclut nécessairement les redevances versées au concessionnaire par les usagers en contrepartie de l'utilisation des services qui lui ont été concédés. L'article 8, paragraphe 3, sous b), de la même directive dispose d'ailleurs clairement que, « [l]ors du calcul de la valeur estimée de la concession, les pouvoirs adjudicateurs

et les entités adjudicatrices, le cas échéant, prennent en particulier en compte [...] les recettes provenant du paiement de redevances et d'amendes par les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice ».

- 78 En outre, il ressort de l'article 8, paragraphe 3, sous c), de la directive 2014/23 que ce calcul doit également prendre en considération « les paiements effectués par le pouvoir adjudicateur [...] ou tout avantage financier sous quelque forme que ce soit octroyé par [celui]-ci au concessionnaire ». De tels paiements ou avantages financiers réduisent en effet d'autant l'investissement que doit consentir le concessionnaire.
- 79 Néanmoins, le « chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA », présente nécessairement, en tant que tel, un caractère prospectif et, par définition, incertain.
- 80 Aussi le pouvoir adjudicateur peut-il également considérer que le seuil prévu pour l'application de la directive 2014/23 est atteint dès lors que les investissements et les coûts à supporter par le concessionnaire, seul ou avec le pouvoir adjudicateur, pendant toute la durée d'application du contrat de concession dépassent manifestement ce seuil d'applicabilité. La prise en considération de ces investissements et de ces coûts contribue d'ailleurs à conférer un caractère objectif à l'estimation de la valeur d'une concession que doit réaliser le pouvoir adjudicateur, ainsi que le requiert l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2014/23.
- 81 Cette interprétation est corroborée par l'article 18, paragraphe 2, de cette directive. En effet, aux termes de cette disposition, pour les concessions qui, comme dans l'affaire au principal, ont été prévues pour « une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques. Les investissements pris en considération aux fins du calcul comprennent tant les investissements initiaux que ceux réalisés pendant la durée de la concession ».
- 82 En outre, selon la dernière phrase du considérant 52 de ladite directive, qui éclaire la portée de cette dernière disposition, les pouvoirs adjudicateurs « devraient toujours pouvoir attribuer une concession pour une période plus courte que celle qui est nécessaire pour recouvrer les investissements, pour autant [qu'une compensation soit prévue et] que la compensation correspondante n'élimine pas le risque d'exploitation ».
- 83 Il s'ensuit que l'apport du concessionnaire, à savoir l'investissement qu'il a consenti, ainsi que les coûts qu'il devra supporter pendant toute la durée d'application du contrat de concession, peuvent être pris en considération pour calculer la valeur estimée de la concession.
- 84 Il découle des considérations qui précèdent que l'article 8 de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens que, pour déterminer si le seuil d'applicabilité de cette directive est atteint, le pouvoir adjudicateur doit estimer le « chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA », en tenant compte des redevances que les usagers verseront au concessionnaire, ainsi que des apports et des coûts que supportera le pouvoir adjudicateur. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut également considérer que le seuil prévu pour l'application de la directive 2014/23 est atteint dès lors que les investissements et les coûts à supporter par le concessionnaire, seul ou avec le pouvoir adjudicateur, pendant toute la durée d'application du contrat de concession dépassent manifestement ce seuil d'applicabilité.

*Sur la cinquième question*

- 85 Par sa cinquième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec l'annexe V, point 7, sous b), et le considérant 4 de cette directive ainsi qu'avec l'article 4 et l'annexe XXI, point III.1.1, du règlement d'exécution 2015/1986, doit être interprété en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur peut exiger, au titre des critères de sélection et d'évaluation qualitative des candidats, que les opérateurs économiques soient inscrits au registre du commerce ou dans un registre professionnel.
- 86 Il y a lieu de relever que, contrairement à l'article 58, paragraphe 1, de la directive 2014/24, l'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23 ne prévoit pas expressément que le pouvoir adjudicateur peut imposer comme critère de participation à une procédure de passation d'une concession des critères de sélection ayant trait à l'aptitude à exercer une activité professionnelle.
- 87 Le silence observé sur ce point par l'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23 ne saurait toutefois valoir interdiction pour le pouvoir adjudicateur d'imposer comme critère de participation à une procédure de passation d'une concession des critères de sélection ayant trait à l'aptitude à exercer une activité professionnelle.
- 88 Premièrement, l'objectif de flexibilité et de souplesse qui sous-tend cette directive et qui est rappelé à ses considérants 1 et 8 permet de retenir, dans le cadre de cette directive, une interprétation large de la notion de « capacités professionnelles », telle que visée à son article 38, paragraphe 1, et de considérer qu'elle englobe l'aptitude à exercer une activité professionnelle.
- 89 Deuxièmement, l'annexe V de ladite directive, qui s'intitule « Informations qui doivent figurer dans les avis de concession visés à l'article 31 », prévoit, à son point 7, sous b), que le pouvoir adjudicateur doit, le cas échéant, indiquer, au titre des conditions de participation, « si, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, la fourniture du service est réservée à une profession déterminée ». Il convient de déduire de cette disposition que, dans l'hypothèse où la fourniture d'un service est réservée à une profession déterminée, le pouvoir adjudicateur est en droit d'exiger que l'opérateur économique soit inscrit dans un registre du commerce ou dans un registre de la profession.
- 90 Troisièmement, l'annexe XXI, point III.1, du règlement d'exécution 2015/1986 prévoit que, au titre des « Renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique », le pouvoir adjudicateur peut imposer une condition de participation tirée de l'« [h]abilitation à exercer l'activité professionnelle, y compris [des] exigences relatives à l'inscription au registre du commerce ou de la profession ».
- 91 Néanmoins, conformément au principe de reconnaissance mutuelle, qui est mentionné au considérant 4 de la directive 2014/23, un opérateur économique doit pouvoir prouver son aptitude à exécuter une concession en se prévalant de documents, tels qu'une inscription au registre de la profession ou au registre du commerce, émanant des autorités compétentes de l'État membre dans lequel il est établi. Ce principe s'oppose donc à ce qu'un pouvoir adjudicateur impose, en tant que critère de sélection qualitative, l'inscription d'un opérateur économique au registre du commerce ou de la profession dans l'État membre d'exécution de la concession dans l'hypothèse où cet opérateur économique bénéficierait déjà d'une inscription dans un registre similaire dans l'État membre dans lequel il est établi (voir, par analogie, arrêt du 20 mai 2021, Riigi Tugiteenuste Keskus, C-6/20, EU:C:2021:402, points 49 et 55).

- 92 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la cinquième question que l'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec l'annexe V, point 7, sous b), et le considérant 4 de cette directive ainsi qu'avec l'article 4 et l'annexe XXI, point III.1.1, du règlement d'exécution 2015/1986, doit être interprété en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur peut exiger, au titre des critères de sélection et d'évaluation qualitative des candidats, que les opérateurs économiques soient inscrits au registre du commerce ou au registre de la profession, pour autant qu'un opérateur économique puisse se prévaloir de son inscription au registre similaire dans l'État membre dans lequel il est établi.

*Sur la sixième question*

- 93 Par sa sixième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec l'article 27 de cette directive et l'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 2195/2002, doit être interprété en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur, qui impose aux opérateurs économiques d'être inscrits au registre du commerce ou au registre de la profession d'un État membre de l'Union, peut se référer non pas au vocabulaire commun pour les marchés publics constitué de codes CPV, mais à la nomenclature NACE Rév. 2, telle qu'établie par le règlement n° 1893/2006.
- 94 Il convient de relever que l'article 27 de la directive 2014/23 dispose que « [l]es références aux nomenclatures utilisées dans le cadre de l'attribution de concessions utilisent le "vocabulaire commun pour les marchés publics" (Common Procurement Vocabulary, CPV) adopté en vertu du règlement [n° 2195/2002] ».
- 95 En outre, aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 2195/2002, « [i]l est établi un système de classification unique applicable aux marchés publics, le vocabulaire commun pour les marchés publics [Common Procurement Vocabulary (CPV)] ». À cet égard, les considérants 1 et 3 de ce règlement énoncent que « [l]e recours à différentes nomenclatures nuit à l'ouverture et à la transparence des marchés publics européens » de sorte qu'« [i]l y a désormais lieu d'unifier, à travers un système de classification unique pour les marchés publics, les références utilisées par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices pour la description de l'objet des marchés ».
- 96 Il découle de la combinaison des dispositions mentionnées aux points 94 et 95 du présent arrêt que le pouvoir adjudicateur est tenu de se référer exclusivement au vocabulaire commun pour les marchés publics. Par ailleurs, il ressort de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du règlement n° 1893/2006 que ce règlement s'applique uniquement à l'utilisation de la nomenclature NACE Rév. 2 à des fins statistiques.
- 97 Il convient, par conséquent, de répondre à la sixième question que l'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec l'article 27 de cette directive et l'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 2195/2002, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur, qui impose aux opérateurs économiques d'être inscrits au registre du commerce ou au registre de la profession d'un État membre de l'Union, se réfère non pas au vocabulaire commun pour les marchés publics constitué de codes CPV mais à la nomenclature NACE Rév. 2, telle qu'établie par le règlement n° 1893/2006.

*Sur la septième question*

- 98 Par sa septième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 38, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec l'article 26, paragraphe 2, de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur peut, sans méconnaître le principe de proportionnalité garanti par l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de ladite directive, exiger de chacun des membres d'une association temporaire d'entreprises d'être inscrit, dans un État membre, au registre du commerce ou au registre de la profession en vue de l'exercice de l'activité de location et de location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers.
- 99 L'article 38, paragraphe 2, première phrase, de la directive 2014/23 prévoit le droit pour un opérateur économique de recourir aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en vue de satisfaire aux conditions de participation relatives tant aux capacités professionnelles et techniques qu'à la capacité économique et financière énoncées au paragraphe 1 de cette disposition (voir, par analogie, dans le domaine de la passation de marchés publics, arrêts du 10 octobre 2013, *Swm Costruzioni 2* et *Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, points 29 et 33, ainsi que du 7 septembre 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, point 150). En outre, aux termes de la deuxième phrase de ce paragraphe, « [s]i un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice la preuve qu'il disposera, pendant toute la durée de la concession, des moyens nécessaires, par exemple en produisant l'engagement de ces entités à cet effet ».
- 100 Il apparaît ainsi que l'article 38 de cette directive confère une grande latitude à un opérateur économique pour s'entourer d'autres entités qui lui permettront notamment de disposer des capacités qui lui font défaut. À ce titre, cette disposition ne saurait être interprétée comme imposant à un opérateur économique de solliciter uniquement le concours d'entités possédant chacune l'aptitude à exercer la même activité professionnelle. En effet, par hypothèse, un opérateur économique recourant aux capacités d'autres entités cherche soit à accroître des capacités dont il dispose déjà mais, éventuellement, en quantité ou en qualité insuffisante, soit à se doter de capacités ou de compétences qui lui font défaut.
- 101 Aussi serait-il disproportionné, tout particulièrement dans cette dernière hypothèse, d'exiger que l'ensemble des membres d'une association temporaire d'entreprises soient aptes à exercer l'activité professionnelle concédée. En effet, le principe de proportionnalité, qui est notamment garanti à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2014/23 et qui constitue un principe général du droit de l'Union, impose que les règles établies par les États membres ou les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions de cette directive n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs visés par ladite directive (voir, par analogie, dans le cadre de la passation de marchés publics, arrêts du 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, point 48, et du 7 septembre 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, point 155).
- 102 Dans cette perspective, l'article 26, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2014/23 dispose notamment que, « [s]i nécessaire, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent préciser dans les documents de concession la manière dont les groupements d'opérateurs économiques remplissent les conditions relatives à la capacité économique et financière ou aux capacités techniques et professionnelles visées à l'article 38, pour autant que cela soit justifié par des motifs objectifs et que ce soit proportionné ».

- 103 Or, en l'occurrence, la demande de décision préjudicielle ne comporte aucun élément de nature à suggérer qu'il serait, conformément à l'article 26, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2014/23, nécessaire et justifié par des motifs objectifs et proportionnés d'exiger de chacun des membres d'une association temporaire d'entreprises d'être inscrit, dans un État membre, au registre du commerce ou au registre de la profession en vue de l'exercice de l'activité de location et de location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers.
- 104 Dans ces conditions, il convient de répondre à la septième question que l'article 38, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec l'article 26, paragraphe 2, de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur ne peut, sans méconnaître le principe de proportionnalité garanti par l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de ladite directive, exiger de chacun des membres d'une association temporaire d'entreprises d'être inscrit, dans un État membre, au registre du commerce ou au registre de la profession en vue de l'exercice de l'activité de location et de location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers.

### *Sur les dixième et onzième questions*

- 105 Eu égard à la réponse apportée aux première, deuxième, huitième et neuvième questions, il n'y a pas lieu d'examiner les dixième et onzième questions.

### **Sur les dépens**

- 106 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 (huitième chambre) dit pour droit :

- 1) L'article 5, point 1, sous b), de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2019/1827 de la Commission, du 30 octobre 2019,**

**doit être interprété en ce sens que :**

**constitue une « concession de services » l'opération par laquelle un pouvoir adjudicateur entend confier la création et la gestion d'un service de location et de partage de véhicules électriques à un opérateur économique dont l'apport financier est majoritairement affecté à l'acquisition de ces véhicules, et dans laquelle les recettes de cet opérateur économique proviendront, pour l'essentiel, des redevances versées par les utilisateurs de ce service, dès lors que de telles caractéristiques sont de nature à établir que le risque lié à l'exploitation des services concédés a été transféré audit opérateur économique.**

- 2) L'article 8 de la directive 2014/23, telle que modifiée par le règlement délégué 2019/1827,**

**doit être interprété en ce sens que :**

**pour déterminer si le seuil d'applicabilité de cette directive est atteint, le pouvoir adjudicateur doit estimer le « chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors [taxe sur la valeur ajoutée (TVA)] », en tenant compte des redevances que les usagers verseront au concessionnaire, ainsi que des apports et des coûts que supportera le pouvoir adjudicateur. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut également considérer que le seuil prévu pour l'application de la directive 2014/23, telle que modifiée par le règlement délégué 2019/1827, est atteint dès lors que les investissements et les coûts à supporter par le concessionnaire, seul ou avec le pouvoir adjudicateur, pendant toute la durée d'application du contrat de concession dépassent manifestement ce seuil d'applicabilité.**

- 3) L'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23, telle que modifiée par le règlement délégué 2019/1827, lu en combinaison avec l'annexe V, point 7, sous b), et le considérant 4 de cette directive ainsi qu'avec l'article 4 et l'annexe XXI, point III.1.1, du règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission, du 11 novembre 2015, établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011,**

**doit être interprété en ce sens que :**

**un pouvoir adjudicateur peut exiger, au titre des critères de sélection et d'évaluation qualitative des candidats, que les opérateurs économiques soient inscrits au registre du commerce ou au registre de la profession, pour autant qu'un opérateur économique puisse se prévaloir de son inscription au registre similaire dans l'État membre dans lequel il est établi.**

- 4) L'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23, telle que modifiée par le règlement délégué 2019/1827, lu en combinaison avec l'article 27 de cette directive et l'article 1<sup>er</sup> du règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 5 novembre 2002, relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV),**

**doit être interprété en ce sens que :**

**il s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur, qui impose aux opérateurs économiques d'être inscrits au registre du commerce ou au registre de la profession d'un État membre de l'Union européenne, se réfère non pas au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) constitué de codes CPV, mais à la nomenclature NACE Rév. 2, telle qu'établie par le règlement (CE) n° 1893/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, établissant la nomenclature statistique des activités économiques NACE Rév. 2 et modifiant le règlement (CEE) n° 3037/90 du Conseil ainsi que certains règlements (CE) relatifs à des domaines statistiques spécifiques.**

- 5) L'article 38, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/23, telle que modifiée par le règlement délégué 2019/1827, lu en combinaison avec l'article 26, paragraphe 2, de cette directive,**

**doit être interprété en ce sens que :**

**un pouvoir adjudicateur ne peut, sans méconnaître le principe de proportionnalité garanti par l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de ladite directive, exiger de chacun des membres d'une association temporaire d'entreprises d'être inscrit, dans un État membre, au registre du commerce ou au registre de la profession en vue de l'exercice de l'activité de location et de location-bail de voitures et de véhicules automobiles légers.**

Signatures