Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

5 février 2026 *

« Renvoi préjudiciel – Directive 2014/23/UE – Procédure d'attribution de contrats de concession – Financement de projet à l'initiative d'un opérateur privé – Évaluation et approbation d'une proposition de financement – Appel d'offres lancé sur la base de cette proposition – Droit de priorité de l'opérateur économique promoteur concerné sous réserve d'assurer les conditions de la meilleure offre – Modification apportée après le dépôt de l'offre initiale – Article 3 – Principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de proportionnalité – Violation »

Dans l'affaire C-810/24,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie), par décision du 25 novembre 2024, parvenue à la Cour le 26 novembre 2024, dans la procédure

Urban Vision SpA

contre

Comune di Milano,

Digital Vox Srl, anciennement A & C Network Srl,

en présence de :

Vox Communication Srl,

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M^me^ K. Jürimäe, présidente de chambre, M. K. Lenaerts, président de la Cour, faisant fonction de juge de la deuxième chambre, MM. F. Schalin, M. Gavalec (rapporteur) et Z. Csehi, juges,

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

greffier : M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

* Langue de procédure : l'italien.

considérant les observations présentées :

– pour Urban Vision SpA, par Mes F. Iacovone, V. Monello et F. Sciaudone, avvocati,

– pour le Comune di Milano, par Mes A. Mandarano, S. Pagano et S. Pagliosa, avvocati,

– pour Digital Vox Srl, par Mes P. Bertacco, J. E. P. Recla et A. Reggio D'Aci, avvocati,

– pour le gouvernement italien, par M. S. Fiorentino, en qualité d'agent, assisté de MM. A. Giovannini et E. Manzo, avvocati dello Stato,

– pour la Commission européenne, par MM. A. Biolan, C. Biz 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 des articles 49 et 56 TFUE, 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), de l'article 12 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur (JO 2006, L 376, p. 36), ainsi que des principes de proportionnalité, de bonne administration et d'efficacité.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Urban Vision SpA au Comune di Milano (commune de Milan, Italie) et à Digital Vox Srl, anciennement A & C Network Srl, au sujet de l'attribution au groupement constitué de Digital Vox et de Vox Communication Srl (ci-après le « groupement ») d'un contrat portant sur la conception, la fourniture, la pose, la gestion et l'entretien de toilettes publiques automatisées.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

La directive 2006/123

3 Le considérant 57 de la directive 2006/123 énonce :

« Les dispositions de la présente directive relative aux régimes d'autorisation devraient s'appliquer dans les cas où l'accès à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité par des opérateurs nécessite une décision de l'autorité compétente. Ceci ne concerne ni les décisions prises par les autorités compétentes de créer une entité publique ou privée pour la prestation d'un service donné, ni la conclusion de contrats par les autorités compétentes pour la fourniture d'un service donné qui relève de règles relatives aux marchés publics, étant donné que la présente directive ne traite pas des règles relatives aux marchés publics. »

4 Intitulé « Relation avec les autres dispositions du droit communautaire », l'article 3 de cette directive dispose, à son paragraphe 1 :

« Si les dispositions de la présente directive sont en conflit avec une disposition d'un autre acte communautaire régissant des aspects spécifiques de l'accès à une activité de services ou à son exercice dans des secteurs spécifiques ou pour des professions spécifiques, la disposition de l'autre acte communautaire prévaut et s'applique à ces secteurs ou professions spécifiques. [...] »

5 Intitulé « Régimes d'autorisation », l'article 9 de ladite directive précise, à son paragraphe 3 :

« La présente section ne s'applique pas aux aspects des régimes d'autorisation qui sont régis directement ou indirectement par d'autres instruments communautaires. »

6 L'article 12 de la même directive expose les modalités de « [s]élection entre plusieurs candidats ».

La directive 2014/23

7 Les considérants 8, 14, 18, 68 et 73 de la directive 2014/23 énoncent :

« (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.

[...]

(14) Par ailleurs, ne devraient pas avoir le statut de concession certains actes établis par des États membres tels que les autorisations ou licences, par lesquels l'État membre ou un pouvoir public fixe les conditions d'exercice d'une activité économique, y compris la condition d'effectuer une opération donnée, délivrés normalement à la demande de l'opérateur économique et non sur l'initiative du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, lorsque l'opérateur économique conserve la liberté de renoncer à la fourniture de travaux ou de services. Dans le cas de ces actes établis par des États membres, les dispositions particulières de la directive [2006/123] peuvent s'appliquer. Contrairement à ces actes établis par des États membres, les contrats de concession induisent des engagements mutuellement contraignants, en vertu desquels l'exécution des travaux ou services est soumise à des exigences spécifiques définies par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, lesquelles exigences ont force exécutoire.

[...]

(18) […] 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. […]

[…]

(68) Les concessions sont généralement des contrats complexes, conclus sur le long terme, dans lesquels le concessionnaire assume des responsabilités et des risques traditionnellement assumés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et relevant normalement de leurs compétences. Dès lors, sous réserve du respect des dispositions de la présente directive et des principes de transparence et d'égalité de traitement, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices devraient disposer d'une grande latitude pour définir et organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire. Toutefois, pour garantir l'égalité de traitement et la transparence tout au long de la procédure d'attribution, il y a lieu de prévoir des garanties fondamentales concernant le processus d'attribution, notamment la diffusion d'informations sur la nature et la portée de la concession, la limitation du nombre de candidats, la diffusion d'informations aux candidats et soumissionnaires ainsi que la mise à disposition de comptes rendus appropriés. Il est également nécessaire de prévoir le maintien des conditions initiales figurant dans l'avis de concession, afin d'empêcher que des candidats potentiels ne soient injustement traités.

[…]

(73) Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices devraient évaluer les offres sur la base d'un ou de plusieurs critères d'attribution. […] Les critères devraient être communiqués à l'avance à tous les candidats ou soumissionnaires potentiels, être liés à l'objet du contrat et ne pas conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice. Ils devraient permettre une concurrence effective et s'accompagner d'exigences qui permettent la vérification effective des informations fournies par les soumissionnaires. Il devrait être possible d'inclure parmi les critères d'attribution, entre autres, des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices devraient également mentionner les critères d'attribution par ordre descendant d'importance, de façon à garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels en leur permettant de connaître l'ensemble des éléments dont ils doivent tenir compte lorsqu'ils élaborent leurs offres.

Dans des cas exceptionnels, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice reçoit une offre proposant une solution innovante présentant des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, qui n'aurait pas pu être prévue malgré la diligence du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice devrait, à titre exceptionnel, pouvoir modifier l'ordre des critères d'attribution afin de tenir compte des nouvelles possibilités offertes par cette solution innovante, pour autant que cette modification garantisse l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires existants ou potentiels en diffusant une nouvelle invitation à soumissionner ou, selon le cas, en publiant un nouvel avis de concession. »

8 Intitulé « Principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence », l'article 3 de la directive 2014/23 dispose, à son paragraphe 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. »

9 Aux termes de l'article 5, point 1, de cette directive :

« 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) :
   a) "concession de travaux", un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ;
   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. »

10 Intitulé « Seuils et méthodes de calcul de la valeur estimée des concessions », l'article 8 de ladite directive, dispose, à son paragraphe 1 :

« La présente directive s'applique aux concessions dont la valeur est égale ou supérieure à 5 186 000 [euros]. »

11 Intitulé « Principes généraux », l'article 30 de la même directive dispose, à ses paragraphes 1 et 2 :

« 1. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire sous réserve du respect des dispositions de la présente directive.

2. La procédure d'attribution de concession respecte les principes énoncés à l'article 3. En particulier, au cours de la procédure d'attribution de concession, le pouvoir adjudicateur ou

l'entité adjudicatrice ne donne pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains candidats ou soumissionnaires par rapport à d'autres. »

12 Aux termes de l'article 41 de la directive 2014/23, intitulé « Critères d'attribution » :

« 1. Les concessions sont attribuées sur la base de critères objectifs qui respectent les principes énoncés à l'article 3 et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective permettant de constater un avantage économique global pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

2. Ces critères sont liés à l'objet de la concession et ne confèrent pas une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice. Ils peuvent inclure, entre autres, des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation.

Ces critères sont accompagnés d'exigences qui permettent de vérifier de manière effective les informations fournies par les soumissionnaires.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice vérifie si les offres répondent effectivement aux critères d'attribution.

3. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice établit une liste des critères par ordre décroissant d'importance.

Nonobstant le premier alinéa, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice reçoit une offre proposant une solution innovante présentant des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, qui n'aurait pas pu être prévue malgré la diligence du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut, à titre exceptionnel, modifier l'ordre des critères d'attribution afin de tenir compte de cette solution innovante. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice informe tous les soumissionnaires de la modification de l'ordre d'importance de ces critères et publie une nouvelle invitation à présenter une offre, dans le respect des délais minimaux visés à l'article 39, paragraphe 4. Lorsque les critères d'attribution ont déjà été publiés au moment de la publication de l'avis de concession, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice publie un nouvel avis de concession, dans le respect des délais minimaux visés à l'article 39, paragraphe 3.

La modification de l'ordre des critères ne doit pas entraîner de discrimination. »

Le droit italien

13 Le decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (décret législatif n° 50, portant code des contrats publics), du 18 avril 2016 (GURI n° 91, du 19 avril 2016, supplément ordinaire n° 10), qui a, notamment, pour objet de transposer la directive 2014/23 dans le droit italien, comportait, dans sa version applicable au litige au principal (ci-après le « code des contrats publics »), un article 183, intitulé « Financement de projets », dont les paragraphes 4 et 15 prévoyaient :

« 4. Les pouvoirs adjudicateurs évaluent les offres soumises selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base du meilleur rapport qualité/prix.

[...]

15. Les opérateurs économiques peuvent présenter aux pouvoirs adjudicateurs des propositions relatives à l'exécution en concession de travaux publics [...] La proposition contient un projet de faisabilité, un projet de convention, le plan économique et financier certifié par l'une des entités visées au paragraphe 9, première phrase, ainsi que la spécification des caractéristiques du service et de la gestion. [...] Le plan économique et financier inclut le montant des frais engagés pour la préparation de la proposition, y compris les droits sur les œuvres intellectuelles en vertu de l'article 2578 du Codice civile (code civil). [...]

Le pouvoir adjudicateur évalue, dans un délai impératif de trois mois, la faisabilité de la proposition. À cette fin, le pouvoir adjudicateur peut inviter l'auteur de la proposition à apporter au projet de faisabilité les modifications nécessaires à son approbation. Si ce dernier n'apporte pas les modifications demandées, la proposition ne peut pas être évaluée favorablement. Le projet de faisabilité éventuellement modifié [s'il n'est pas encore inscrit] dans les instruments de programmation adoptés par l'administration adjudicatrice sur la base de la réglementation en vigueur [est inscrit dans ces instruments de programmation] et est approuvé selon les modalités applicables à l'approbation des projets ; l'auteur de la proposition est tenu d'intégrer les modifications supplémentaires éventuellement demandées au stade de l'approbation du projet, à défaut, le projet est réputé non approuvé. Le projet de faisabilité approuvé est soumis à une procédure d'appel d'offres, à laquelle l'auteur de la proposition est invité. Dans l'avis de marché, le pouvoir adjudicateur peut demander aux concurrents, y compris l'auteur de la proposition, de présenter des variantes éventuelles du projet. L'avis précise que le promoteur [d'une procédure de financement de projets (ci-après le "promoteur")] peut exercer un droit de priorité. Les concurrents, y compris le promoteur, doivent répondre aux conditions visées au paragraphe 8 et présenter une offre contenant un projet de convention, le plan économico-financier certifié par une des entités visées au paragraphe 9, première phrase, la spécification des caractéristiques du service et de la gestion, ainsi que les variantes éventuelles du projet de faisabilité ; les paragraphes 4, 5, 6, 7 et 13 s'appliquent. Si le promoteur ne se voit pas attribuer le marché, il peut, dans un délai de quinze jours à compter de la notification de l'adjudication, exercer son droit de priorité et devenir adjudicataire s'il déclare s'engager à remplir les obligations contractuelles dans les mêmes conditions que celles offertes par l'adjudicataire. Si le promoteur ne se voit pas attribuer le contrat et qu'il n'exerce pas son droit de priorité, il a droit au paiement, par l'adjudicataire, du montant des frais engagés pour préparer la proposition dans les limites indiquées au paragraphe 9. Si le promoteur exerce son droit de priorité, l'adjudicataire initial a droit au remboursement, par le promoteur, du montant des frais engagés pour préparer l'offre dans les limites indiquées au paragraphe 9. »

14 Le paragraphe 9 de cet article 183 prévoyait, en substance, que, aux fins de la participation à l'appel d'offres, tout candidat – y compris le promoteur – doit présenter un plan économique et financier qui, « [e]n plus de prévoir le remboursement des dépenses engagées pour la préparation du projet de faisabilité à la base de l'appel d'offres, inclut le montant des dépenses engagées pour la préparation des offres, y compris les droits sur les œuvres intellectuelles en vertu de l'article 2578 du code civil. Le montant total des dépenses visées dans la phrase précédente ne peut pas excéder 2,5 % de la valeur des investissements qui peut être déduite du projet de faisabilité à la base de l'appel d'offres. »

Le litige au principal et la question préjudicielle

15 Par une décision du 29 mai 2020, la commune de Milan a défini les lignes directrices concernant la réalisation de « projets et initiatives visant à la régénération d'espaces publics urbains par la sélection de sponsors techniques ». Cette décision précisait que la procédure commencerait par la publication d'un avis, éventuellement après présentation d'une proposition par un promoteur, et qu'elle se poursuivrait par l'évaluation, par cette commune, de la « cohérence avec les objectifs stratégiques de l'administration » et de la valeur des propositions. Serait par la suite organisé un appel d'offres sur la base de cet avis qui rend publiques les « caractéristiques et prestations de la proposition reçue » et qui prévoit la possibilité pour l'auteur de la proposition de l'aligner sur la meilleure offre.

16 Le groupement a été le seul promoteur à soumettre une proposition à la commune de Milan au cours du mois de mars 2021.

17 Le 20 juillet 2021, cette commune a publié, sur son site Internet, l'avis public sollicitant la « présentation de propositions d'amélioration » de la proposition reçue de la part du groupement, laquelle était décrite en détail dans cet avis. Comme annoncé dans la décision du 29 mai 2020, ledit avis reconnaissait à l'auteur de la proposition, s'il n'était pas retenu comme attributaire, la faculté d'aligner, dans un délai de quinze jours, sa proposition sur celle considérée comme étant la meilleure et d'être effectivement attributaire s'il déclarait s'engager à remplir ses obligations contractuelles aux mêmes conditions que celles offertes par l'attributaire initial et à verser à ce dernier les frais que celui-ci a engagés pour la préparation de son offre (ci-après le « droit de priorité »).

18 À l'issue de l'appel d'offres, la commune de Milan a, par une décision du 30 mars 2023, attribué le contrat en cause au principal à Urban Vision, qui avait soumis une proposition d'amélioration.

19 Le groupement s'étant toutefois prévalu de son droit de priorité et ayant aligné son offre sur celle d'Urban Vision, la commune de Milan lui a attribué ce contrat par une décision du 28 avril 2023. Ledit contrat reprend les caractéristiques de la proposition présentée par Urban Vision. Ainsi prévoit-il que le groupement finance, fournit et réalise 110 toilettes publiques automatisées, dont la propriété sera transférée à cette commune après réception, et qu'il en assure la gestion et l'entretien pendant une durée de 24 ans pour une valeur de 29 100 000 euros, auxquels s'ajoutent cinq millions d'euros. Ladite commune doit garantir, pendant 18 ans, l'exploitation de 97 emplacements publicitaires, après leur transformation permettant un affichage numérique. En outre, selon les calculs de la même commune, la valeur de « l'amélioration de l'image associée à la possibilité de promotion commerciale » se situe dans une fourchette comprise entre 10 352 827 et 15 517 412 euros. Le plan de communication inclut « la promotion directe du sponsor » et « la publicité pour le compte de tiers que celui-ci, en tant que collecteur, placera dans les espaces mis à sa disposition ».

20 Urban Vision a contesté la décision du 28 avril 2023 devant le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (tribunal administratif régional de Lombardie, Italie), qui l'a déboutée par un jugement du 29 janvier 2024.

21 Urban Vision a interjeté appel de ce jugement devant le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie), qui est la juridiction de renvoi. Cette juridiction relève que, dans le contrat en cause au principal, la contrepartie correspond à la rentabilité économique résultant de l'exploitation des 97 emplacements publicitaires dont l'attributaire assume le risque lié à la demande.

22 Ladite juridiction en déduit que ce contrat relève du champ d'application de l'article 183 du code des contrats publics, relatif à la procédure de financement de projets, et, par conséquent, de la notion de « concession », au sens de l'article 5 de la directive 2014/23. De fait, par ledit contrat, l'attributaire assumerait la charge de réaliser les toilettes publiques automatisées et de transformer les emplacements publicitaires au moyen de ses propres ressources, sans percevoir de contrepartie pécuniaire.

23 La juridiction de renvoi relève que, en vertu de l'article 183, paragraphe 15, de ce code, l'avis d'appel d'offres devait préciser que le promoteur peut exercer son droit de priorité.

24 Cette juridiction doute toutefois que cette disposition transpose correctement la directive 2014/23. En effet, le droit de priorité serait susceptible de fausser l'issue de l'appel d'offres lorsque le promoteur s'en prévaut. En ce cas, bien que n'ayant pas obtenu le contrat à l'issue de l'appel d'offres, le promoteur pourrait devenir l'attributaire effectif en alignant sa proposition sur celle qui a été considérée comme étant la meilleure, ce qui paraît heurter le principe d'égalité de traitement.

25 Le Consiglio di Stato (Conseil d'État) relève toutefois que le considérant 68 de la directive 2014/23 évoque la « latitude pour définir et organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire ». De même, les articles 3 et 30 de cette directive mettraient en évidence l'importance de la communication non discriminatoire d'informations susceptibles d'avantager certains candidats ou soumissionnaires par rapport à d'autres aux fins du respect du principe d'égalité de traitement. Surtout, l'article 41, paragraphe 3, de ladite directive prévoirait que, si le pouvoir adjudicateur reçoit une offre proposant une « solution innovante », il « peut, à titre exceptionnel, modifier l'ordre des critères d'attribution afin de tenir compte de cette solution innovante », sous réserve d'émettre une nouvelle invitation à soumissionner, étant donné que « la modification de l'ordre des critères ne doit pas entraîner de discrimination ». En outre, les restrictions à la liberté économique seraient admissibles si elles tendent à assurer une concurrence non faussée dans tous les États membres.

26 Le droit de priorité pourrait toutefois être justifié, car la valorisation des initiatives du secteur privé constitue la mise en œuvre du principe de subsidiarité horizontale, énoncé à l'article 118 de la Costituzione della Repubblica Italiana (Constitution de la République italienne), et est l'expression d'un mode de coopération qui peut rendre la réalisation des intérêts publics plus efficace, en termes de temps et de ressources. Le droit de priorité promouvrait également une transformation de l'administration par l'acquisition de nouvelles connaissances, propres au secteur privé, et serait de nature à stimuler l'entreprise.

27 La juridiction de renvoi souligne toutefois que le droit de priorité pourrait ne pas être adapté à l'objectif poursuivi ou, en tout cas, ne pas être proportionné, dès lors que d'autres dispositifs sont susceptibles de récompenser l'initiative du secteur privé, tout en affectant moins profondément l'appel d'offres.

28 Enfin, bien que l'exploitation des 97 emplacements publicitaires ne constitue pas l'objet principal du contrat en cause au principal, cette juridiction rappelle que l'article 12 de la directive 2006/123 n'interdirait pas de manière absolue d'introduire un droit de priorité.

29 La juridiction de renvoi estime que le droit de priorité favorise l'initiative du promoteur en lui garantissant qu'il sera attributaire du contrat, même si la meilleure offre a été présentée par un autre candidat. Cette disposition ne récompenserait donc pas nécessairement la personne qui a

présenté la meilleure offre pour l'administration. En outre, ladite disposition ne délimiterait pas le champ d'application de ce droit de priorité. Cette juridiction relève également que l'article 183, paragraphe 15, du code des contrats publics ne postule pas le caractère innovant de la proposition, qu'il s'agisse d'une caractéristique intrinsèque de l'objet de la proposition ou de sa nouveauté par rapport à l'activité antérieure de l'administration. Cette disposition n'imposerait pas non plus, d'emblée, la transparence sur la position privilégiée du promoteur, étant donné que l'existence du droit de priorité est communiquée au moment de l'ouverture de l'appel d'offres après la présentation de la proposition. Enfin, ladite disposition n'envisagerait pas l'hypothèse où plusieurs promoteurs soumettent une proposition.

30 Dans ces conditions, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Les principes de liberté d'établissement et de libre prestation des services énoncés aux articles 49 et 56 TFUE, ainsi que la directive [2014/23], interprétés à la lumière des principes de proportionnalité, de bonne administration et d'efficacité, et l'article 12 de la directive [2006/123], dans l'hypothèse où la Cour estimerait qu'il est applicable, [s'opposent-ils] à la réglementation nationale relative au droit de priorité figurant à l'article 183, paragraphe 15, [du code des contrats publics] ? »

Sur la question préjudicielle

31 À titre liminaire, il y a lieu de relever, premièrement, que le contrat en cause au principal constitue, à titre principal, une concession de travaux, au sens de l'article 5, point 1, sous a), de la directive 2014/23. Par ce contrat conclu par écrit et à titre onéreux, la commune de Milan a confié au groupement l'exécution de travaux, dont la contrepartie consiste uniquement dans le droit d'exploiter les 97 emplacements publicitaires se trouvant sur les toilettes publiques automatisées. Il est ainsi manifeste que l'attribution de cette concession de travaux implique le transfert au groupement du risque financier lié à l'exploitation de ces emplacements publicitaires. Or, dès lors qu'un contrat dépasse le seuil d'applicabilité de la directive 2014/23 prévu à son article 8, ce qui est le cas du contrat en cause au principal, le transfert du risque financier constitue le critère central pour identifier une concession, ainsi que cela découle de l'article 5, point 1, second alinéa, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec le considérant 18 de celle-ci (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2022, SHARENGO, C-486/21, EU:C:2022:868, point 61).

32 Deuxièmement, il découle, d'une part, de l'article 3, paragraphe 1, et de l'article 9, paragraphe 3, de la directive 2006/123, lus en combinaison avec le considérant 57 de celle-ci, et, d'autre part, du considérant 14 de la directive 2014/23 que l'applicabilité de la seconde directive emporte l'inapplicabilité de la première, ce que la Cour a souligné dans l'arrêt du 14 juillet 2016, Promoimpresa e.a. (C-458/14 et C-67/15, EU:C:2016:558, point 45). Ainsi, il y a lieu d'examiner la question préjudicielle au regard non pas de la directive 2006/123, mais de la directive 2014/23.

33 Troisièmement, dans la mesure où la directive 2014/23 n'a, d'une manière générale, entendu procéder qu'à une coordination minimale des procédures nationales d'attribution des concessions de travaux et de services sur la base des principes du traité FUE, il convient également d'examiner si le droit de priorité est conforme aux articles 49 et 56 TFUE.

34 En effet, il est de jurisprudence constante que seule une mesure nationale adoptée dans un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive ou complète à l'échelle de l'Union doit être appréciée au regard non pas des dispositions du droit primaire, mais de celles de cette mesure d'harmonisation [voir, notamment, arrêt du 20 avril 2023, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Commune de Ginosa), C-348/22, EU:C:2023:301, point 36 et jurisprudence citée].

35 Dans la mesure où la juridiction de renvoi se réfère, dans sa question, aussi bien à l'article 49 TFUE qu'à l'article 56 TFUE, qui consacrent respectivement la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services, il convient de préciser que l'octroi de la concession en cause au principal implique l'accès du concessionnaire au territoire de l'État membre d'accueil en vue d'une participation stable et continue, pour une durée relativement longue, à la vie économique de cet État. Il s'ensuit que l'attribution d'une telle concession relève du droit d'établissement prévu à l'article 49 TFUE (voir, en ce sens, arrêt du 11 juillet 2024, Società Italiana Imprese Balneari, C-598/22, EU:C:2024:597, point 44 et jurisprudence citée).

36 En outre, en vertu de l'article 57, premier alinéa, TFUE, les dispositions du traité FUE relatives à la libre prestation des services ne trouvent application que si, notamment, celles relatives au droit d'établissement ne s'appliquent pas. Il y a donc lieu d'écarter l'article 56 TFUE.

37 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de considérer que, par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec l'article 49 TFUE, les articles 30 et 41, ainsi qu'avec le considérant 68 de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre octroie au promoteur d'une procédure de financement de projets, telle que prévue à l'article 183, paragraphe 15, du code des contrats publics, un droit de priorité lui permettant, dans l'hypothèse où le contrat concerné ne lui aurait pas été initialement attribué, d'aligner son offre sur celle de l'adjudicataire initialement retenu et de se voir ainsi attribuer ce contrat, sous réserve de rembourser les frais que l'adjudicataire initial a engagés pour préparer son offre, sans que ce remboursement puisse excéder 2,5 % de la valeur estimée des investissements attendus de l'adjudicataire à partir du projet de faisabilité qui est à la base de l'appel d'offres.

38 À cet égard, il convient de relever que la procédure de financement de projets, qui est régie par l'article 183, paragraphe 15, du code des contrats publics, se déroule en trois étapes. Dans un premier temps, un opérateur économique présente à un pouvoir adjudicateur une proposition de concession de travaux, en lui soumettant un dossier contenant un projet de faisabilité, un plan économique et financier, ainsi que le projet de contrat de concession. Dans un deuxième temps, le pouvoir adjudicateur évalue la faisabilité de cette proposition. À ce stade, il peut demander au promoteur de modifier sa proposition et, si ce dernier accepte, le projet est approuvé et inscrit dans les instruments de programmation du pouvoir adjudicateur en tant que projet à réaliser. Dans un troisième temps, le projet de faisabilité ainsi approuvé est soumis à une procédure d'appel d'offres, à laquelle le promoteur est convié et dans laquelle il bénéficie d'un droit de priorité. Concrètement, dans l'hypothèse où le contrat ne lui aurait pas été attribué, le promoteur dispose d'un délai de quinze jours pour aligner son offre sur celle de l'adjudicataire initialement retenu. En pareil cas, le promoteur se voit attribuer le contrat, sous réserve de rembourser les frais que l'adjudicataire initial a engagés pour préparer son offre, le montant ainsi remboursé ne pouvant toutefois excéder 2,5 % de la valeur des investissements qui peut être déduite du projet de faisabilité qui est à la base de l'appel d'offres.

39 En l'occurrence, dès lors que le droit de priorité est expressément prévu tant à l'article 183, paragraphe 15, du code des contrats publics que par la décision de la commune de Milan du 29 mai 2020 et son avis du 20 juillet 2021, le principe de transparence paraît respecté. Il convient, par conséquent, d'examiner si le droit de priorité porte atteinte au principe d'égalité de traitement, tel que consacré à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2014/23.

40 À cet égard, il découle du point 38 du présent arrêt que, dans le cadre d'une procédure de financement de projets, le droit de priorité aboutit à une remise en cause du classement effectué par le pouvoir adjudicateur à l'issue de la procédure d'appel d'offres et qu'il confère un avantage réel au promoteur. En effet, en permettant au promoteur de s'aligner sur les conditions offertes par l'adjudicataire initialement retenu, le droit de priorité dont il bénéficie l'autorise, de facto, à modifier le prix qu'il avait indiqué dans son offre.

41 Or, il est de jurisprudence constante que, d'une part, l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires a pour objectif de favoriser l'ouverture des procédures de passation des concessions à la concurrence la plus large possible (voir, par analogie, arrêts du 23 décembre 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, point 37 et jurisprudence citée, ainsi que du 26 septembre 2024, Luxone et Sofein, C-403/23 et C-404/23, EU:C:2024:805, point 50). D'autre part, cette obligation, qui relève de l'essence même des règles de l'Union relatives aux procédures de passation des concessions de travaux et de services, exige, notamment, que les soumissionnaires se trouvent sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur. Partant, en principe, une offre ne peut être modifiée après son dépôt, que ce soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou à celle du soumissionnaire (voir, par analogie, arrêts du 22 juin 1993, Commission/Danemark, C-243/89, EU:C:1993:257, point 33 ; du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, EU:C:1996:161, points 51 et 52, ainsi que du 13 juin 2024, BibMedia, C-737/22, EU:C:2024:495, points 30 et 32 et jurisprudence citée).

42 Dès lors que, en règle générale, le prix constitue le critère d'attribution déterminant dans un appel d'offres, le fait pour un pouvoir adjudicateur de prendre en compte une modification apportée au prix proposé dans l'offre initiale d'un seul soumissionnaire avantage ce dernier par rapport à ses concurrents, ce qui porte atteinte au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires (arrêt du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, EU:C:1996:161, points 54 et 56), tel que garanti par l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2014/23, et constitue une distorsion de la concurrence saine et effective (voir, par analogie, arrêt du 14 septembre 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, EU:C:2017:685, point 40).

43 En l'occurrence, le droit de priorité dont bénéficie le promoteur a pour effet que les prix proposés avant l'expiration du délai de dépôt des offres ne déterminent pas directement et définitivement le classement des soumissionnaires. En permettant au promoteur de s'aligner sur les conditions offertes par l'adjudicataire initial, qui s'est montré le moins-disant, le droit de priorité permet au promoteur, en violation du principe d'égalité de traitement, d'optimiser son offre afin de mieux faire face aux offres de ses concurrents dans la procédure de concession en cause. Il s'ensuit que le fait de présenter l'offre économiquement la plus avantageuse n'assure pas de remporter l'appel d'offres.

44 Certes, dans l'arrêt du 13 juin 2024, BibMedia (C-737/22, EU:C:2024:495, point 33), la Cour a estimé que ne comportait aucun élément de négociation une clause d'un document de marché qui, en vue de maintenir une concurrence dans le secteur économique concerné, prévoyait l'attribution, d'une part, du lot le plus important au soumissionnaire ayant présenté l'offre

économiquement la plus avantageuse et, d'autre part, du lot de moindre valeur, de manière préférentielle, au soumissionnaire ayant transmis la deuxième offre économiquement la plus avantageuse, à condition d'accepter d'exécuter ce lot au prix du soumissionnaire qui présente l'offre économiquement la plus avantageuse. En cas de refus du soumissionnaire classé en deuxième position de s'aligner sur ce prix, la même proposition est faite au soumissionnaire arrivé en troisième position et ainsi de suite dans l'hypothèse où celui-ci déclinerait cette proposition.

45 Néanmoins, la conclusion selon laquelle une telle clause ne comportait aucun élément de négociation, prohibé par le principe d'égalité de traitement, était étroitement liée, d'une part, à la division en lots du marché en cause et, d'autre part, à son objectif de maintenir une concurrence dans le secteur économique concerné.

46 Toutefois, indépendamment du point de savoir si, en l'occurrence, le droit de priorité implique une négociation entre le promoteur et le pouvoir adjudicateur, ce droit permet indéniablement à ce promoteur de modifier son offre après son dépôt, ce que prohibe le principe d'égalité de traitement. Il en va d'autant plus ainsi que, contrairement à la clause qui se trouvait au cœur de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 juin 2024, BibMedia (C-737/22, EU:C:2024:495), le droit de priorité est susceptible de produire des effets non pas proconcurrentiels, mais, au contraire, anticoncurrentiels.

47 Dès lors, le droit de priorité reconnu au promoteur d'une procédure de financement de projets méconnaît non seulement l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2014/23, mais aussi l'article 41, paragraphe 1, de cette directive, en vertu duquel les offres doivent être appréciées « dans des conditions de concurrence effective ».

48 Par ailleurs, aucune des dispositions de ladite directive mentionnées par la juridiction de renvoi ne peut être interprétée comme permettant aux États membres et aux pouvoirs adjudicateurs de déroger au principe d'égalité de traitement, énoncé à l'article 3, paragraphe 1, de la même directive, et, partant, de justifier le droit de priorité.

49 À cet égard, il y a lieu de constater que la marge d'appréciation reconnue au pouvoir adjudicateur pour l'organisation des procédures de passation de concessions ne saurait être illimitée.

50 Certes, l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec le considérant 68 de celle-ci, confère au pouvoir adjudicateur la liberté, voire une grande latitude, pour organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire. Cet article 30, paragraphe 1, peut également être lu à la lumière du considérant 8 de cette directive, qui souligne que ladite directive ne procède qu'à une coordination minimale des procédures nationales d'attribution des concessions, de sorte qu'elle garantit un certain degré de souplesse.

51 Néanmoins, ainsi que l'énonce le considérant 68 de la directive 2014/23, la grande latitude dont dispose un pouvoir adjudicateur pour définir et organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire reste subordonnée au « respect des dispositions de [cette] directive et des principes de transparence et d'égalité de traitement », ce qui suppose « de prévoir des garanties fondamentales concernant le processus d'attribution, [...] afin d'empêcher que des candidats potentiels ne soient injustement traités ».

52 Ainsi, en dépit de la grande latitude reconnue aux pouvoirs adjudicateurs, une procédure d'attribution de concession doit, conformément à l'article 30, paragraphe 2, de cette directive, respecter les principes énoncés à l'article 3 de cette dernière. La dernière phrase du considérant 8 de ladite directive précise, dans le même sens, que la souplesse consentie aux États membres doit leur permettre de « compléter et [de] développer [l]es dispositions [de la même directive] s'ils le jugent approprié, en particulier pour mieux assurer le respect des principes [du traité FUE] ».

53 L'article 30, paragraphe 1, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec le considérant 8 de celle-ci, ne saurait, dès lors, justifier l'atteinte au principe d'égalité de traitement, tel que garanti à l'article 3 de cette directive, qui résulte du droit de priorité.

54 De même, il est vrai que, en vertu de l'article 41, paragraphe 3, deuxième alinéa, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec le considérant 73 de celle-ci, le pouvoir adjudicateur peut, à titre exceptionnel, modifier l'ordre des critères d'attribution afin de tenir compte de la réception d'une solution innovante qui présente des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel et qui n'aurait pas pu être prévue malgré sa diligence.

55 Néanmoins, cette hypothèse, qualifiée d'exceptionnelle par le législateur de l'Union, suppose la réception, non pas d'une proposition visant à mettre en œuvre une procédure telle que la procédure de financement de projets, mais, bel et bien, d'une offre adressée au pouvoir adjudicateur en réponse à un appel d'offres. Surtout, le pouvoir adjudicateur est alors tenu d'informer tous les soumissionnaires de la modification de l'ordre d'importance de ces critères et de publier une nouvelle invitation à soumissionner ou, selon le cas, un nouvel avis de concession, dès lors que, comme le précise l'article 41, paragraphe 3, troisième alinéa, de la directive 2014/23, la modification de l'ordre des critères ne doit pas entraîner de discrimination. Or, tel n'a pas été le cas en l'occurrence.

56 Par ailleurs, eu égard aux motifs qui précèdent, il y a lieu, également, de considérer que le droit de priorité constitue une restriction à la liberté d'établissement, consacrée à l'article 49 TFUE, dès lors qu'il est susceptible de dissuader des opérateurs économiques provenant d'autres États membres de participer à une procédure de financement de projets. Il convient toutefois d'examiner si ce droit de priorité peut être justifié sur le fondement de cet article 49 TFUE.

57 À cet égard, la juridiction de renvoi expose que, en valorisant les initiatives du secteur privé, le droit de priorité met en œuvre le principe de subsidiarité horizontale, énoncé à l'article 118 de la Constitution de la République italienne, et est l'expression d'un mode de coopération qui peut rendre la réalisation des intérêts publics plus efficace, en termes de temps et de ressources. Le droit de priorité promouvrait ainsi une transformation de l'administration par l'acquisition de nouvelles connaissances, propres au secteur privé, et serait de nature à stimuler l'entreprise.

58 Un tel objectif ne saurait relever des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique qui, aux termes de l'article 52, paragraphe 1, TFUE, sont seules susceptibles de justifier une restriction à la liberté d'établissement.

59 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2014/23, lu en combinaison avec l'article 49 TFUE, les articles 30 et 41, ainsi qu'avec le considérant 68 de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre octroie au promoteur d'une procédure de financement de projets un droit de priorité lui permettant, dans l'hypothèse où le contrat concerné ne lui aurait pas été initialement attribué, d'aligner son offre sur celle de l'adjudicataire initialement retenu et

de se voir ainsi attribuer ce contrat, sous réserve de rembourser les frais que l'adjudicataire initial a engagés pour préparer son offre, sans que ce remboursement puisse excéder 2,5 % de la valeur estimée des investissements attendus de l'adjudicataire à partir du projet de faisabilité, qui est à la base de l'appel d'offres.

Sur les dépens

60 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 (deuxième chambre) dit pour droit :

L'article 3, 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, lu en combinaison avec l'article 49 TFUE, les articles 30 et 41, ainsi qu'avec le considérant 68 de cette directive,

doit être interprété en ce sens que :

il s'oppose à ce qu'un État membre octroie au promoteur d'une procédure de financement de projets un droit de priorité lui permettant, dans l'hypothèse où le contrat concerné ne lui aurait pas été initialement attribué, d'aligner son offre sur celle de l'adjudicataire initialement retenu et de se voir ainsi attribuer ce contrat, sous réserve de rembourser les frais que l'adjudicataire initial a engagés pour préparer son offre, sans que ce remboursement puisse excéder 2,5 % de la valeur estimée des investissements attendus de l'adjudicataire à partir du projet de faisabilité, qui est à la base de l'appel d'offres.

Signatures