

**Affaire C-53/22**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

26 janvier 2022

**Juridiction de renvoi :**

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italie)

**Date de la décision de renvoi :**

vendredi 7 janvier 2022

**Partie requérante :**

VZ

**Partie défenderesse :**

CA

---

[OMISSIS]

**RÉPUBLIQUE ITALIENNE**

**Le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (tribunal  
administratif régional de Lombardie, Italie)**

**(Première chambre)**

rend la présente

**ORDONNANCE**

Sur le recours [OMISSIS] formé par

VZ, [OMISSIS] (ci-après la « requérante »)

*contre*

CA, [OMISSIS]

*en présence de [...]*

RT, [OMISSIS]

BO, [OMISSIS]

Regione Lombardia, Regione Liguria, qui ne se sont pas constituées parties à l'instance ;

*en annulation*

de la décision n° [OMISSIS] de CA du 3 juillet 2020 [procédure]

OBJET DU LITIGE AU PRINCIPAL ET FAITS PERTINENTS

L'objet du litige au principal est le refus d'annuler l'attribution d'un marché public, décidée en faveur de la société retenue, alors même que celle-ci a commis, conjointement avec tous les autres soumissionnaires retenus dans le cadre de la procédure de marché, une infraction aux règles de concurrence, consistant en un accord horizontal anticoncurrentiel de fixation des prix des services, visant à influencer les pouvoirs adjudicateurs dans les appels d'offres destinés à l'attribution de ces services.

Ce comportement restrictif de concurrence (à savoir l'entente sur les prix), contraire à l'article 101 TFUE, a donné lieu à une sanction de l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (autorité garante de la concurrence et du marché, ci-après l'« AGCM »), qui a été définitivement confirmée par arrêt n° 5058 du Consiglio di Stato (Conseil d'État), sixième chambre, du 2 juillet 2021.

Antérieurement à cette décision, la requérante avait succombé dans le cadre d'une précédente procédure à l'issue de laquelle il a été constaté qu'elle ne remplissait pas, à l'époque, une condition de capacité professionnelle (certification COA [OMISSIS]) exigée dans l'avis de marché, ce qui l'avait empêchée de participer à la procédure de mise en concurrence.

La requérante n'ayant donc pas pris part à l'appel d'offres, les parties défenderesses lui ont objecté, dans la présente affaire, qu'elle était dépourvue d'un intérêt à agir et que le recours était irrecevable.

Dans ce cadre, le collège estime nécessaire de saisir la Cour de la question préjudicielle énoncée ci-après.

1) Par décision n° 17344 du 18 décembre 2018 [OMISSIS], devenue CA, a organisé une procédure ouverte pour la fourniture d'un service de sauvetage par hélicoptère [OMISSIS] (ci-après la « procédure [OMISSIS] ») aux entités du service sanitaire régional de la région Lombardie et de la région Ligurie, pour une valeur de base du marché de 205 581 900 euros hors TVA. L'avis d'appel d'offres a été adressé le même jour au journal officiel de l'Union européenne.

2) Par recours déposé le 16 janvier 2019 et mis au rôle sous le numéro 96/2019, la requérante en l'espèce a contesté l'avis d'appel d'offres en question, en tant qu'il exigeait, à titre de preuve de la capacité technique et professionnelle, la possession de la certification dite « COA », exigence dont le non-respect excluait à l'époque sa participation. Le recours a été rejeté par jugement n° 1018 du Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (tribunal administratif régional de Lombardie), quatrième chambre, du 6 mai 2019, confirmé par arrêt n° 226 du Consiglio di Stato (Conseil d'État), troisième chambre, du 26 février 2020.

3) Alors que la procédure était encore en cours [OMISSIS], l'AGCM a constaté, par décision n° 27563 du 13 février 2019, que certaines entreprises du secteur, dont BO, JF et RT (autrement dit toutes les entreprises soumissionnaires), avaient commis, entre 2001 et août 2017, une infraction grave à l'article 101 TFUE, sous la forme notamment d'un accord horizontal contraire aux règles de concurrence ayant pour objet de fixer les prix des services d'hélicoptères (ci-après la « liste de prix ») et destiné à influencer les pouvoirs adjudicateurs quant aux prix des services de travail aérien et de transport aérien de passagers dans leur ensemble, y compris la détermination de la valeur de base du marché des services [OMISSIS] avec des valeurs surestimées par rapport à sa valeur réelle, ce qui a eu pour effet d'augmenter ces valeurs artificiellement par rapport au marché de référence, et a, en conséquence, infligé des amendes d'un montant de 50 612 057 euros à RT, 4 399 461 euros à BO et 1 705 504 euros à JF.

En revanche, dans la décision n° 27563/2019 susmentionnée, l'AGCM a estimé que les éléments recueillis lors de l'instruction ne suffisaient pas à établir l'existence d'une entente restrictive de concurrence dans le cadre de la participation aux procédures de passation de marché de services [OMISSIS].

4) À l'issue de l'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur a formulé, par décision n° 9405 du 26 février 2020, une « proposition d'attribution » du marché [OMISSIS], dans laquelle la décision susmentionnée de l'AGCM n'a pas été jugée pertinente « aux fins de l'appréciation effectuée par le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où, dans le cas d'espèce, elle ne saurait avoir une incidence concrète sur l'intégrité et la fiabilité de l'opérateur économique, compte tenu de l'activité spécifique qu'il est appelé à exercer ».

Par décision n° 136 du 2 mars 2020, le lot 1 a ainsi été attribué à RT, soumissionnaire unique, tout comme le lot 2, dans lequel il a remporté le marché face à JF, le seul autre soumissionnaire, et le lot 3 a été remporté par BO face à RT, seul soumissionnaire en dehors de l'attributaire.

5a) Par recours inscrit au rôle sous le numéro 5430/2019, RT a attaqué la sanction prononcée dans la décision n° 27563/19 de l'AGCM susmentionnée devant le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium), en faisant valoir, pour ce qui est pertinent aux fins de l'espèce, que, contrairement à ce que l'AGCM y a conclu, la liste de prix n'avait

pas pour objet d'orienter le prix des services [OMISSIS], la liste de prix n'avait pas été demandée par les administrations publiques et les pouvoirs adjudicateurs ne l'avaient pas utilisée pour déterminer les valeurs de base des marchés dans ces procédures de passation de marché et en relevant le caractère contradictoire de la décision de l'AGCM, qui a constaté l'absence d'une entente visant à truquer les offres soumises dans le cadre de la participation à des procédures de passation de marchés publics [OMISSIS], tout en estimant par ailleurs que la liste de prix était de nature à produire également des effets sur lesdites procédures.

Par jugement n° 5262 du 18 mai 2020, le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium) a néanmoins estimé que ces arguments étaient dépourvus de fondement et a rejeté le recours de RT, en considérant que la liste de prix avait pour principal objectif de fournir des indications aux régions et aux administrations publiques, mettant ainsi en évidence le fait que, par cette liste de prix, la requérante et les autres parties à la procédure étaient en mesure de contrôler et d'orienter le prix d'attribution des marchés publics de services d'hélicoptères.

Par jugement n° 5058 du 2 juillet 2021, la sixième chambre du Consiglio di Stato (Conseil d'État) a confirmé le jugement n° 5262/20 susmentionné du Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium), à l'exception de la partie relative à la quantification de la sanction infligée, en considérant que le chiffre d'affaires à prendre en considération ne devait pas inclure celui des sociétés du groupe n'exerçant pas leurs activités en Italie.

5b) Par recours n° 5397/2019, BO a attaqué la sanction prononcée par l'AGCM devant le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium, Italie), en faisant valoir que la liste de prix ne pouvait être considérée comme contraignante à l'égard des pouvoirs adjudicateurs et qu'elle ne saurait être de nature à produire des restrictions de concurrence, étant donné que les valeurs de base des marchés sont déterminées par l'exercice de la puissance publique et du pouvoir discrétionnaire technique et que cette liste de prix n'avait jamais été conçue en tant que liste pour les services [OMISSIS].

Par arrêt n° 5274 du 18 mai 2020 attaqué devant le Consiglio di Stato (Conseil d'État) par appel n° 1950/2021 actuellement en cours, la première chambre du Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium) a estimé que ces arguments étaient dénués de fondement et a rejeté le recours de BO.

5c) Par recours n° 5395/2019, JF a attaqué la sanction prononcée par l'AGCM devant le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium), en soulevant des griefs similaires à ceux invoqués dans les actions en justice susmentionnées intentées par RT et BO ; ce recours a également été rejeté par jugement n° 5267 du 18 mai 2020, confirmé par arrêt

n° 3555 de la cinquième chambre du Consiglio di Stato (Conseil d'État) du 6 mai 2021.

6) Par requête du 1<sup>er</sup> juin 2020, la requérante a signalé à CA le jugement n° 5262/2020 susmentionné du Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium), « rendu à l'encontre de l'attributaire de la procédure d'appel d'offres en question (en référence aux lots 1 et 2), concernant des accords collusoires spécifiques précisément dans le domaine des services d'hélicoptères, y compris ceux visés dans lesdits lots [OMISSIS] », en considérant que ledit jugement « ne pouvait qu'affecter concrètement l'évaluation relative à son intégrité et à sa fiabilité dans l'exécution du service de sauvetage par hélicoptère, et ce, bien que l'attribution ait déjà eu lieu », ce qui constituait, à son avis, une faute professionnelle grave constatée en justice conformément à l'article 80, paragraphe 5, du décret législatif n° 50/2016, pertinent aux fins de l'évaluation par le pouvoir adjudicateur de l'éventuelle exclusion de l'opérateur économique de la procédure d'appel d'offres.

7) Par la décision attaquée dans la présente procédure, adoptée le 3 juillet 2020, CA a relevé que l'arrêt n° 5262/2020 susmentionné du Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium, Italie), « n'ajoutait aucun élément supplémentaire à ceux déjà contenus dans la décision de l'AGCM, déjà connue et analysée par le pouvoir adjudicateur à des fins d'admission de votre société à soumissionner ».

8) Au cours de la procédure principale, la requérante a produit de la documentation en soutenant avoir été, dès le mois d'octobre 2019, en possession de ladite certification COA, dont l'absence avait donné lieu au recours contre l'avis de marché en question, rejeté par arrêt n° 1018/19 du Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (tribunal administratif régional de Lombardie), passé en force de chose jugée.

L'intérêt à agir actuellement invoqué par la requérante n'a pas pour objet l'attribution du marché, mais de faire déclarer caduque la procédure de passation [OMISSIS] dans son intégralité, afin que celle-ci soit organisée à nouveau et que la requérante soit en mesure d'y participer.

9) En particulier, dans l'hypothèse où, à l'issue de la présente procédure, la juridiction de céans devait constater l'illégalité de l'appréciation par laquelle le pouvoir adjudicateur a estimé que la participation de l'attributaire à l'entente visant à établir une « liste de prix » n'était pas pertinente à des fins de déontologie professionnelle, le classement ne pourrait pas être modifié en faveur d'autres soumissionnaires, puisque tous les soumissionnaires suivants sur la liste de classement ont participé à la même entente illicite et ne satisferaient donc pas non plus à cette exigence déontologique, de sorte que le service en question devrait faire l'objet d'un nouvel appel d'offres et que la requérante aurait ainsi une chance de se voir attribuer le marché.

## LES DISPOSITIONS JURIDIQUES PERTINENTES

### 10) Le droit interne

10.1) Le décret législatif n° 50 du 18 avril 2016, par lequel les directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE ont été transposées en Italie, est applicable à la procédure qui fait l'objet du litige, dans la mesure où celui-ci intervient après la date de son entrée en vigueur et le montant excède les seuils de pertinence communautaire dans les domaines ordinaires.

Pour ce qui importe aux fins de l'espèce, l'article 80, intitulé « Motifs d'exclusion », prévoit à son paragraphe 5 que « *les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants* », parmi lesquels figure, sous c), après modification par l'article 5, paragraphe 1, du décret-loi n° 135 du 14 décembre 2018, converti par loi n° 12 du 11 février 2019, le cas dans lequel « *le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ou sa fiabilité* ».

10.2) Les règles de procédure applicables à la procédure principale sont énoncées dans le « code de procédure administrative » italien, tel qu'approuvé par décret législatif n° 104/2010, selon lequel, en particulier, « pour former une demande ou pour se constituer en défense il est nécessaire de justifier d'un intérêt » (article 100 du code de procédure civile italien, auquel renvoie l'article 39 du code de procédure administrative), et « le juge déclare, même d'office, que le recours est irrecevable en raison du défaut d'intérêt à agir ou en présence de tout autre motif s'opposant à une décision au fond » [article 35, paragraphe 1, sous b), du code de procédure administrative].

### 11) Le droit de l'Union

#### 11.1) La directive 2014/24

L'article 18, paragraphe 1, 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) dispose : « Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée ».

L'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24 dispose : « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants :

[...]

c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

d) le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ; [...] »

En outre, la décision d'une autorité nationale de concurrence constatant une violation des règles de concurrence peut assurément constituer l'indice de l'existence d'une faute grave (ordonnance du 4 juin 2019, *Consorzio Nazionale Servizi*, C-425/18, EU:C:2019:476), mais ne saurait entraîner une exclusion automatique et la constatation de l'existence d'une « faute grave » nécessite que soit effectuée une appréciation concrète et individualisée de l'attitude de l'opérateur économique concerné (arrêt du 13 décembre 2012, *Forposta et ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, et ordonnance du 4 juin 2019, *Consorzio Nazionale Servizi*, C-425/18, EU:C:2019:476).

Dans ce cas, la période d'exclusion doit être calculée à partir non pas de la participation à l'entente, mais de la date à laquelle le comportement a fait l'objet d'une constatation d'infraction par l'autorité compétente (arrêt du 24 octobre 2018, *Vossloh Laeis*, C-124/17, EU:C:2018:855).

#### 11.2) La directive 2007/66

Le considérant 3 de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (JO 2007, L 335, p. 31) est ainsi libellé : « Les consultations des parties concernées ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice ont révélé un certain nombre de faiblesses dans les mécanismes de recours existant dans les États membres. En raison de ces faiblesses, les mécanismes visés par les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ne permettent pas toujours de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. Ainsi, il conviendrait de renforcer les garanties de transparence et de non-discrimination que ces directives cherchent à assurer [...] ».

Il ressort du considérant 17 de la directive 2007/66 qu'« [u]ne procédure de recours devrait être accessible au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à se voir attribuer un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée ».

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 2007/66 dispose : « Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que

possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 *septies* de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit. »

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 2007/66 dispose : « Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. »

L'article 2bis, paragraphe 2, de la directive 2007/66 dispose : « La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés [...]. Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours. [...] »

#### EXPOSÉ DES MOTIFS DU RENVOI PRÉJUDICIEL.

12) La requérante, qui a contesté l'avis d'appel d'offres [OMISSIS] dans le cadre de la procédure n° 96/2019, en tant que celui-ci exigeait la possession d'une certification qu'elle ne possédait pas à l'époque, a été définitivement exclue de la procédure à l'issue du jugement n° 1018/19 susmentionné du Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (tribunal administratif régional de Lombardie), confirmé par l'arrêt susmentionné n° 226/20 du Consiglio di Stato (Conseil d'État).

En principe, le concurrent évincé n'étant pas dans une position différente de celle de tout autre opérateur du secteur, il ne dispose pas d'un intérêt pour contester l'attribution et, plus généralement, tous les actes de procédure [arrêt n° 937 du Consiglio di Stato (Conseil d'État), cinquième chambre, du 1<sup>er</sup> février 2021].

13) Eu égard à l'évolution jurisprudentielle intervenue sur la base des arrêts de la Cour (arrêts du 4 juillet 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, et du 5 avril 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199), il résulte toutefois de la jurisprudence italienne que, dans un appel d'offres dans lequel n'ont participé que deux soumissionnaires, l'examen d'un recours visant à obtenir l'ouverture d'une nouvelle procédure, introduit par le soumissionnaire évincé pour défaut de conformité à des exigences minimales, est recevable et ce, y compris lorsqu'un recours incident tendant à l'exclusion de l'attributaire n'a pas été formé [arrêt du 11 mai 2017, *Archus et Gama*, C- 131/16, EU:C:2017:358, arrêt n° 2049 du Consiglio di Stato (Conseil d'État), cinquième chambre, du 24 mars 2020].

14) Toutefois, même compte tenu de cette jurisprudence novatrice, l'intérêt à ce que soit examiné le recours tendant à l'ouverture d'une nouvelle procédure introduit par le soumissionnaire évincé requiert « que les recours croisés soient actionnés dans le cadre d'une procédure unique et que l'exclusion du soumissionnaire ne soit pas déjà devenue définitive, même après le rejet, par décision passée en force de chose jugée, du recours introduit contre cette exclusion, avant l'introduction du recours » [arrêt n° 31226 de la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation, Italie), chambre civile siégeant en assemblée plénière, du 29 décembre 2017], conformément à la jurisprudence de la Cour selon laquelle un soumissionnaire évincé peut se voir refuser l'accès à un recours contre la décision d'attribution d'un marché public, lorsque l'exclusion a été confirmée par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, avant que la juridiction saisie du recours dirigé contre l'attribution du marché ne statue (arrêt du 21 décembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, EU:C:2016:988), comme cela a été le cas en l'espèce, si bien qu'il conviendrait que le recours soit déclaré irrecevable.

15) Comme indiqué, au moment où a eu lieu la procédure [OMISSIS], l'attributaire et tous les soumissionnaires sélectionnés auraient pu être exclus, en raison de certains faits susceptibles, en principe, d'être qualifiés de faute professionnelle grave, à savoir de leur participation à une entente contraire aux règles de concurrence, ayant pour objet d'influencer les prix dans le même secteur que celui faisant l'objet de la procédure.

Des impératifs incontournables liés à la répression des infractions en matière de concurrence ont déjà conduit la Cour à considérer comme une « faute grave » commise par un opérateur économique « en matière professionnelle » les comportements constitutifs d'une violation des règles de concurrence, constatés et sanctionnés par l'AGCM par une décision confirmée par une juridiction, comme cela s'est produit en l'espèce [OMISSIS] (ordonnance du 4 juin 2019, *Consorzio Nazionale Servizi*, C-425/18, EU:C:2019:476).

Dans le cas d'espèce, la requérante reproche au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir suffisamment tenu compte du fait que, à la suite de la confirmation juridictionnelle de la décision de l'AGCM, il existait des éléments « suffisamment plausibles » pour conclure à l'existence de l'entente illicite et pour apprécier la pertinence de celle-ci aux fins de l'exclusion de la procédure de passation de marché des opérateurs défendeurs ayant commis l'infraction au droit de la concurrence.

En effet, au moment du déroulement de la procédure [OMISSIS], l'existence et l'ampleur de l'entente ayant pour objet la fixation d'une « liste de prix » n'avaient pas encore été constatées en justice, si bien que la requérante n'était pas en mesure de contester l'admission de l'attributaire et des autres participants à l'entente au moment où elle a attaqué, dans la procédure n° 96/2019, la clause de l'avis qui faisait obstacle à sa participation, ni ultérieurement, ce qui conduit la juridiction de céans à douter du caractère raisonnable de cette forclusion, dans la mesure où

celle-ci dépend essentiellement du temps nécessaire à la constatation de l'entente elle-même, autrement dit de circonstances contingentes.

16) En outre, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 21 décembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988, point 32), le soumissionnaire définitivement exclu avait attaqué l'attribution et, partant, une décision étroitement liée à son exclusion, rendue dans le cadre de la même procédure, ce qui a conduit la Cour à affirmer que les deux contestations devaient être actionnées « dans le cadre d'une seule et même procédure de recours ».

Or, en l'espèce, la requérante conteste le refus du pouvoir adjudicateur d'annuler la décision attaquée, lequel a estimé, à cet effet, qu'un fait survenu antérieurement et en dehors de la procédure ayant donné lieu à l'exclusion de la requérante [le jugement par lequel le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium) a confirmé la sanction imposée par l'AGCM]), n'était pas pertinent aux fins de l'annulation de l'attribution du marché, ce qui conduit la juridiction de céans à nourrir des doutes quant à la possibilité d'appliquer au cas d'espèce les principes dégagés dans l'arrêt du 21 décembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988).

17) Enfin, dans l'arrêt du 5 septembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675, point 28), la Cour a jugé que le recours d'un soumissionnaire classé en troisième position, visant à contester l'admission des deux soumissionnaires classés en première et deuxième positions, était recevable, même si son offre était jugée irrégulière et même en présence d'autres soumissionnaires classés en moins bonne position que lui et ce, dans la mesure où, « si le recours du soumissionnaire évincé était jugé comme fondé, le pouvoir adjudicateur pourrait prendre la décision d'annuler la procédure et d'ouvrir une nouvelle procédure de passation », comme la requérante l'a demandé à CA dans sa demande d'annulation, rejetée par la décision attaquée.

La situation de la requérante en l'espèce semble donc, aux fins de l'appréciation de son intérêt à agir, comparable à celle en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 5 septembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675).

18) La possibilité pour un soumissionnaire définitivement exclu de contester, dans des cas particuliers, le respect par l'attributaire des exigences de participation ne semble pas être exclue par la directive 2007/66, qui vise à rendre les procédures de recours accessibles non seulement à ceux qui ont un intérêt à obtenir l'attribution du marché, mais aussi à ceux « ayant eu » un tel intérêt (considérant 17 et article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de cette directive), comme dans le cas de la requérante, qui a intenté un recours précisément pour être admise à participer à la procédure, en contestant l'avis d'appel d'offres concerné, même si elle a succombé.

En outre, les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus (article 2bis, paragraphe 2, de la directive 2007/66), mais uniquement aux fins d'identifier les personnes auxquelles la décision d'attribution du marché doit être communiquée et non également aux fins de la recevabilité d'un recours.

## FORMULATION DE LA QUESTION.

Eu égard aux considérations qui précèdent, la juridiction de céans formule les questions suivantes à des fins d'interprétation :

« L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665 s'oppose-t-il à ce qu'un soumissionnaire définitivement exclu d'une procédure de sélection du contractant se voie privé de la possibilité d'introduire un recours contre le refus d'annulation de l'attribution lorsqu'il entend démontrer que l'attributaire, ainsi que tous les autres soumissionnaires retenus, ont commis une faute professionnelle grave en concluant des accords constitutifs d'une infraction aux règles de concurrence, qui n'a été constatée par une juridiction qu'après l'exclusion du soumissionnaire, et ce afin d'obtenir la possibilité de participer à la procédure réitérée ? »

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665 et les principes du droit de l'Union européenne relatifs à la protection de la concurrence s'opposent-ils à ce que le juge administratif soit empêché d'examiner le recours introduit par un soumissionnaire définitivement exclu d'une procédure de sélection du contractant, contre le refus du pouvoir adjudicateur de procéder à l'annulation des actes d'admission et d'attribution en faveur de soumissionnaires ayant conclu des accords contraires aux règles de concurrence, constatés par une juridiction, dans le même secteur que celui faisant l'objet de la procédure ? »

### PAR CES MOTIFS

Le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (tribunal administratif régional de Lombardie), première chambre, n'ayant pas statué définitivement sur le recours,

a) renvoie à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle énoncée dans les motifs ;

[OMISSIS] [instructions au secrétariat, sursis à statuer et demande d'anonymisation]

[OMISSIS] Milan, [OMISSIS] le 9 juin et le 14 octobre 2021 [OMISSIS]

[OMISSIS]

En cas de diffusion omettre les identités et autres données d'identification des personnes concernées selon les modalités indiquées.