

ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)

11 juillet 2019 (*)

« Renvoi préjudiciel – Passation de marchés publics de fournitures et de travaux – Directive 2014/24/UE – Article 28, paragraphe 2 – Procédure restreinte – Opérateurs économiques admis à présenter une offre – Nécessité de maintenir une identité juridique et matérielle entre le candidat présélectionné et celui qui présente l’offre – Principe d’égalité de traitement des soumissionnaires »

Dans l’affaire C-697/17,

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 19 octobre 2017, parvenue à la Cour le 11 décembre 2017, dans la procédure

Telecom Italia SpA

contre

Ministero dello Sviluppo Economico,

Infrastrutture e telecomunicazioni per l’Italia (Infratel Italia) SpA,

en présence de :

OpEn Fiber SpA,

LA COUR (cinquième chambre),

composée de M. E. Regan, président de chambre, M. K. Lenaerts, président de la Cour, faisant fonction de juge de la cinquième chambre, MM. C. Lycourgos, E. Juhász (rapporteur) et I. Jarukaitis, juges,

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

greffier : Mme R. Şereş, administratrice,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 15 novembre 2018,

considérant les observations présentées :

- pour Telecom Italia SpA, par Mes F. Lattanzi, F. Cardarelli et F. S. Cantella, avocats,
- pour Infrastrutture e telecomunicazioni per l’Italia (Infratel Italia) SpA, par Mes F. Isgrò, P. Messina et D. Cutolo, avocats,
- pour OpEn Fiber SpA, par Me L. Torchia, avvocatessa,
- pour le gouvernement italien, par Mme G. Palmieri, en qualité d’agent, assistée de M. G. Aiello, avvocato dello Stato,
- pour la Commission européenne, par MM. G. Conte et P. Ondrůšek ainsi que par Mme T. Vecchi, en qualité d’agents,
- pour l’Autorité de surveillance AELE, par MM. M. Sánchez Rydelski et C. Zatschler, en qualité d’agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 23 janvier 2019,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 28, paragraphe 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).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre de cinq recours introduits par Telecom Italia SpA, afin d'obtenir l'annulation des décisions adoptées par Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA (ci-après « Infratel »), société chargée par le Ministero dello Sviluppo Economico (ministère du Développement économique, Italie) de la gestion des projets de création d'un réseau de bande large et ultra-large en Italie, en ce qui concerne l'attribution des marchés publics pour la construction, l'entretien et la gestion des réseaux publics de bande ultra-large dans plusieurs régions d'Italie (Abruzzes, Molise, Émilie-Romagne, Lombardie, Toscane et Vénétie).

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

La directive 2004/17/CE

3 L'article 51, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO 2004, L 134, p. 1), prévoyait :

« Les entités adjudicatrices vérifient la conformité des offres présentées par les soumissionnaires [...] sélectionnés aux règles et exigences applicables aux offres et attribuent le marché en se basant sur les critères prévus aux articles 55 et 57. »

La directive 2014/24

4 Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, point 12, de la directive 2014/24, le « candidat » est défini comme étant « un opérateur économique qui a demandé à être invité ou a été invité à participer à une procédure restreinte, à une procédure concurrentielle avec négociation, à une procédure négociée sans publication préalable, à un dialogue compétitif ou à un partenariat d'innovation ».

5 L'article 28 de ladite directive, intitulé « Procédure restreinte », est libellé comme suit :

« 1. Dans une procédure restreinte, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis d'appel à la concurrence contenant les informations visées à l'annexe V, partie B ou C, le cas échéant, en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.

[...]

2. Seuls les opérateurs économiques invités à le faire par le pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre qui seront invités à participer à la procédure, conformément à l'article 65.

[...] »

Le droit italien

6 Le decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti de concession, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postaux, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (décret législatif no 50 transposant les directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, relatives à l'attribution de contrats de concession, à la passation de marchés publics et à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, ainsi que pour la réorganisation de la réglementation applicable en matière de marchés publics de travaux, de services et de fournitures), du 18 avril 2016 (supplément ordinaire à la GURI n. 91, du 19 avril 2016, ci-après le « code des contrats publics »), a transposé, dans le droit italien, les directives susmentionnées.

7 L'article 61 du code des contrats publics, intitulé « Procédure restreinte », a transposé l'article 28, paragraphe 2, de la directive 2014/24. Cet article prévoit, à son paragraphe 3 :

« À la suite de l'évaluation par les pouvoirs adjudicateurs des informations fournies, seuls les opérateurs économiques invités à le faire peuvent soumettre une offre. »

Le litige au principal et la question préjudicielle

8 Au mois de mai 2016, Infratel a lancé, au nom du ministère du Développement économique, une procédure restreinte aux fins de l'attribution de marchés publics pour la construction, l'entretien et la gestion d'un réseau passif public à bande ultra-large dans les zones dites « blanches » de plusieurs régions d'Italie (Abruzzes, Molise, Émilie-Romagne, Lombardie, Toscane et Vénétie).

9 Cette procédure d'adjudication s'inscrivait dans le cadre de la mise en œuvre du régime d'aides d'État SA.41647 (2016/N) (« Strategia Italiana Banda Ultra-Larga »), notifié par les autorités italiennes le 10 août 2015 et approuvé par une décision de la Commission du 30 juin 2016 [C(2016) 3931 final].

10 Ladite procédure portait sur l'attribution de cinq lots et comprenait les trois phases suivantes :

- présentation des demandes de participation (jusqu'au 18 juillet 2016) ;
- envoi des invitations à participer aux opérateurs présélectionnés (jusqu'au 9 août 2016), et
- présentation des offres (jusqu'au 17 octobre 2016).

11 Pour chacun de ces cinq lots, des demandes de participation ont été présentées par Telecom Italia ainsi que, notamment, par Metroweb Sviluppo Srl et par Enel OpEn Fiber SpA (ci-après « OpEn Fiber »). Bien qu'ayant été présélectionnée, Metroweb Sviluppo n'a finalement pas soumis d'offre.

12 Infratel a publié, le 9 janvier 2017, la liste des soumissionnaires admis et, le 24 janvier 2017, le classement provisoire des adjudicataires. OpEn Fiber occupait la première place pour chacun desdits cinq lots, Telecom Italia étant classée en deuxième position, sauf pour le lot no 4, où elle occupait la troisième place.

13 Non satisfaite de l'issue de la procédure concernée, Telecom Italia a présenté une demande d'accès aux documents figurant dans le dossier afférent à cette procédure.

14 Il ressort de ces documents que, entre la phase de présélection et le 17 octobre 2016, date limite de soumission des offres, Enel SpA et Metroweb Italia SpA, sociétés holdings, ont conclu, le 10 octobre 2016, un accord-cadre contraignant qui prévoyait qu'OpEn Fiber acquerrait la totalité des actions de Metroweb SpA, qui détenait Metroweb Sviluppo, cette acquisition entraînant, ainsi, la fusion par absorption de Metroweb SpA et, par conséquent, de Metroweb Sviluppo, par OpEn Fiber. En application de cet accord-cadre, l'absorption de Metroweb Sviluppo par OpEn Fiber a été décidée le 23 janvier 2017.

15 Ce projet de concentration avait été notifié à la Commission européenne le 10 novembre 2016, conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO 2004, L 24, p. 1). Par une décision du 15 décembre 2016 (Affaire M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia) (JO 2017, C 15, p. 1), la Commission avait décidé de ne pas s’y opposer.

16 Telecom Italia a contesté l’adjudication des cinq lots concernés par cinq recours introduits devant le Tribunale amministrativo regionale del Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium, Italie), lequel les a tous rejetés. Par la suite, Telecom Italia a interjeté appel des décisions ainsi rendues par cette juridiction devant le Consiglio di Stato (Conseil d’État, Italie).

17 Le Consiglio di Stato (Conseil d’État) se demande si, dans le cadre d’une procédure restreinte régie par l’article 28 de la directive 2014/24, telle que celle en cause dans le litige au principal, l’exigence d’identité juridique et matérielle dégagée par la Cour au regard de l’article 51 de la directive 2004/17, dans l’arrêt du 24 mai 2016, MT Højgaard et Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), peut trouver à s’appliquer.

18 Cette juridiction fait en outre observer que, à la date de la présentation des offres, le 17 octobre 2016, l’opération de fusion en cause au principal avait seulement commencé, son achèvement n’étant intervenu qu’ultérieurement, et que, par conséquent, à cette date, la structure d’OpEn Fiber demeurait inchangée.

19 Selon ladite juridiction, il serait impossible de démontrer que, par l’accord de fusion concerné, les parties aient voulu réaliser une entente anticoncurrentielle, ayant pour finalité de restreindre la concurrence dans le cadre de la procédure de passation de marché en cause au principal.

20 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 :

« Convient-il d’interpréter l’article 28, paragraphe 2, première phrase, de la directive 2014/24 en ce sens qu’il impose une totale identité juridique et économique entre les opérateurs présélectionnés et ceux qui présentent les offres dans le cadre de la procédure restreinte et convient-il, en particulier, d’interpréter cette disposition en ce sens qu’elle s’oppose à un accord conclu entre les sociétés holdings qui contrôlent deux opérateurs présélectionnés à un moment compris entre la présélection et la présentation des offres, lorsque : a) cet accord a pour objet et pour effet (entre autres) la réalisation d’une fusion par absorption d’une des entreprises présélectionnées dans une autre (opération par ailleurs autorisée par la Commission) ; b) les effets de l’opération de fusion se sont produits après la présentation de l’offre par l’entreprise absorbante (raison pour laquelle, au moment de la présentation de l’offre, sa composition était inchangée par rapport à celle existant au moment de la présélection) ; c) l’entreprise ensuite absorbée (dont la composition était inchangée à la date d’échéance du délai pour la présentation des offres) a en tout état de cause renoncé à participer à la procédure restreinte, probablement en exécution du programme contractuel prévu par l’accord conclu entre les sociétés holdings ? »

Sur la recevabilité de la demande de décision préjudicielle

21 Selon Infratel, OpEn Fiber et le gouvernement italien, la demande de décision préjudicielle doit être déclarée irrecevable, en raison tant du fait qu’elle n’est pas pertinente aux fins de la procédure au principal que de son caractère hypothétique ou de ce qu’elle ne répond pas à un véritable doute de la juridiction de renvoi.

22 À cet égard, il y a lieu de rappeler qu’il appartient à la seule juridiction nationale qui est saisie du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir d’apprécier, au regard des particularités de l’affaire, tant la nécessité d’une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu’elle pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l’interprétation du droit de l’Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer. Le refus de la Cour de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n’est possible que s’il apparaît de manière manifeste que l’interprétation sollicitée du droit de l’Union n’a aucun rapport avec la réalité ou l’objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne

dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (arrêt du 10 juillet 2018, *Jehovan todistajat*, C-25/17, EU:C:2018:551, point 31 et jurisprudence citée).

23 En l'occurrence, il ressort de la décision de renvoi que la procédure de passation de marché en cause au principal est régie par les règles figurant dans l'avis de marché, dont l'une renvoie à l'article 61 du code des contrats publics, qui transpose l'article 28 de la directive 2014/24. En outre, aucun élément du dossier ne permet de considérer que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'aurait pas de rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal ou serait de nature hypothétique. En effet, ainsi que l'a relevé la juridiction de renvoi, la question posée vise à lui permettre de déterminer si cette disposition de la directive 2014/24 impose une totale identité entre les opérateurs présélectionnés et ceux qui présentent les offres dans le cadre d'une procédure restreinte de passation de marchés.

24 Par ailleurs, s'il est vrai que le Consiglio di Stato (Conseil d'État) expose les raisons allant selon lui dans le sens d'une certaine interprétation de l'article 28 de la directive 2014/24, cela ne signifie pas pour autant qu'il ne nourrit pas de doutes quant au sens de cette disposition. En exposant son point de vue, cette juridiction collabore loyalement avec la Cour dans le cadre de la procédure préjudicielle et donne suite à l'invitation figurant au point 17 des recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles (JO 2018, C 257, p. 1), aux termes duquel « [l]a juridiction de renvoi peut également indiquer succinctement son point de vue sur la réponse à apporter aux questions posées à titre préjudiciel », indication que ce point 17 qualifie d'« utile pour la Cour ».

25 Dans ces conditions, la demande de décision préjudicielle doit être considérée comme recevable.

Sur la question préjudicielle

26 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 28, paragraphe 2, première phrase, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que, eu égard à l'exigence d'identité juridique et matérielle entre les opérateurs économiques présélectionnés et ceux qui présentent les offres, il s'oppose à ce que, dans le cadre d'une procédure restreinte d'attribution d'un marché public, un candidat présélectionné qui s'engage à absorber un autre candidat présélectionné, en vertu d'un accord de fusion conclu entre la phase de présélection et celle de présentation des offres et exécuté après cette phase de présentation, puisse présenter une offre.

27 Conformément à l'article 28, paragraphe 2, première phrase, de la directive 2014/24, seuls les opérateurs économiques invités à le faire par le pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre.

28 Cette règle est prévue pour la procédure restreinte, laquelle se déroule en plusieurs phases, et notamment pour la phase de présélection et celle de soumission des offres.

29 Il ressort du libellé de l'article 28, paragraphe 2, première phrase, de la directive 2014/24 que l'opérateur économique qui présente une offre doit, en principe, être celui qui a été présélectionné.

30 Cette disposition ne prévoit pas de règles concernant les changements éventuellement intervenus dans la structure ou dans la capacité économique et technique du candidat présélectionné.

31 Dans le contexte analogue de la directive 2004/17, la Cour a examiné la question de l'incidence de tels changements au cours d'une procédure négociée d'attribution d'un marché public dans l'arrêt du 24 mai 2016, *MT Højgaard et Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347), au regard des principes généraux du droit de l'Union, notamment du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence qui en découle, ainsi que des objectifs de ce droit en matière de marchés publics.

32 À cet égard, il convient de rappeler que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence signifient, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver 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 et constituent la

base des règles de l'Union relatives aux procédures de passation des marchés publics (arrêt du 24 mai 2016, MT Højgaard et Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, point 37 et jurisprudence citée).

33 Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs. Une application stricte du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires, dans le cadre d'une procédure négociée, aboutirait à la conclusion que seuls les opérateurs économiques qui ont été présélectionnés en tant que tels peuvent présenter des offres et devenir adjudicataires (voir, en ce sens, arrêt du 24 mai 2016, MT Højgaard et Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, points 38 et 39).

34 Cette approche trouve son fondement dans l'article 28, paragraphe 2, de la directive 2014/24, selon lequel « [s]euls les opérateurs économiques invités à le faire par le pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre », ce qui suppose une identité juridique et matérielle entre les opérateurs économiques présélectionnés et ceux qui présentent les offres (voir, par analogie, arrêt du 24 mai 2016, MT Højgaard et Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, point 40).

35 Toutefois, la Cour a également jugé que, dans une procédure négociée, en cas de dissolution d'un groupement présélectionné en tant que tel, dont faisaient partie deux opérateurs économiques, l'un de ceux-ci peut se substituer à ce groupement et poursuivre cette procédure, sans que le principe d'égalité soit violé, à la condition qu'il soit établi que cet opérateur économique satisfait seul aux exigences définies initialement par le pouvoir adjudicateur et que la continuation de sa participation à ladite procédure n'entraîne pas une détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires (voir, en ce sens, arrêt du 24 mai 2016, MT Højgaard et Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, point 48 et dispositif).

36 Il convient de relever que, dans l'affaire ayant donné lieu audit arrêt, tant l'identité juridique que l'identité matérielle entre l'opérateur présélectionné et celui qui avait présenté une offre avaient été modifiées, dès lors que, d'une part, c'est non pas le groupement d'entreprises présélectionné en tant que tel qui avait poursuivi la procédure, mais un seul des opérateurs de ce groupement, et que, d'autre part, la capacité économique et technique du candidat initial avait été réduite par la perte de la capacité de l'un des opérateurs économiques concernés. Cependant, cette modification n'était pas de nature à empêcher la poursuite de la procédure si les conditions établies par la Cour étaient respectées.

37 À cet égard, il importe de souligner que l'affaire au principal concerne, en revanche, une situation dans laquelle l'un des soumissionnaires a augmenté ses capacités par l'acquisition de l'un des autres soumissionnaires présélectionnés.

38 Il convient dès lors de déterminer si, dans ces circonstances, l'identité juridique et matérielle des soumissionnaires présélectionnés a été modifiée.

39 En l'occurrence, il est constant que, en ce qui concerne OpEn Fiber, l'exigence d'identité juridique entre le candidat présélectionné et celui qui a présenté une offre a été respectée.

40 En revanche, il ressort de la demande de décision préjudicielle que, entre la phase de présélection et la date limite de soumission des offres, les sociétés holdings de deux soumissionnaires, OpEn Fiber et Metroweb Sviluppo, ont conclu un accord-cadre contraignant ayant vocation à entraîner, ainsi, la fusion par absorption de Metroweb Sviluppo par OpEn Fiber. Dans la mesure où un engagement ferme avait été pris, en vertu duquel OpEn Fiber devait acquérir les avoirs de Metroweb Sviluppo, et où OpEn Fiber, bien qu'étant dans l'attente d'une décision de la Commission, pouvait donc raisonnablement compter sur la capacité de Metroweb Sviluppo dans le cadre de son activité future, il y a lieu de constater, même si les effets concrets et définitifs de l'opération de fusion concernée ne se sont produits qu'après la présentation des offres, une absence d'identité matérielle entre OpEn Fiber à la date où elle a été présélectionnée et cette société à la date limite de présentation des offres.

41 Par conséquent, il y a lieu d'examiner si, nonobstant cette absence d'identité matérielle, le principe d'égalité peut être considéré comme n'ayant pas été violé, au vu des critères visés dans l'arrêt du 24 mai 2016, *MT Højgaard et Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347, point 48), cité au point 36 du présent arrêt.

42 À cet égard, il importe de souligner, ainsi qu'il ressort du point 37 du présent arrêt, que ces critères ont été élaborés dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu audit arrêt du 24 mai 2016, *MT Højgaard et Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347), qui concernait, en substance, des circonstances en vertu desquelles les capacités du soumissionnaire initialement présélectionné avaient diminué, tandis que la présente affaire concerne une situation dans laquelle l'un des soumissionnaires a augmenté ses capacités par l'acquisition de l'un des autres soumissionnaires présélectionnés. Cette différence de situation a nécessairement une incidence sur l'application, en l'occurrence, desdits critères, dès lors que, contrairement à une augmentation des capacités d'un soumissionnaire, une diminution de celles-ci est susceptible de donner lieu à des difficultés dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché public.

43 En effet, permettre à un candidat, dont la capacité économique et technique a sensiblement diminué depuis sa présélection, de présenter une offre pourrait aboutir à un contournement de la procédure de présélection, étant donné qu'un tel candidat dont la capacité a ainsi été réduite n'aurait, le cas échéant, pas été présélectionné.

44 Dans une procédure négociée d'attribution d'un marché public, il est de l'intérêt du pouvoir adjudicateur que, lorsque les candidats ont été présélectionnés, ceux-ci maintiennent leur capacité économique et technique tout au long de la procédure, la perte de cette capacité risquant de porter atteinte à l'objectif de cette procédure, qui consiste à choisir un soumissionnaire capable d'exécuter ledit marché.

45 En revanche, il n'est pas contraire aux intérêts du pouvoir adjudicateur qu'un candidat renforce sa capacité économique et technique après la présélection. Il peut même être considéré comme normal qu'un candidat se dote de moyens lui permettant de s'assurer de sa capacité à garantir une bonne exécution du marché.

46 Ce renforcement de capacité économique et technique peut inclure le recours aux moyens d'autres opérateurs économiques et, le cas échéant, l'absorption partielle ou complète d'un opérateur économique, y compris d'un opérateur économique participant à la même procédure négociée d'attribution d'un marché public.

47 Compte tenu de ces considérations, il y a lieu de constater que le critère tenant, en substance, à ce qu'il soit établi qu'un opérateur économique souhaitant poursuivre une procédure d'attribution d'un marché public en tant que soumissionnaire, en l'absence d'identité juridique ou matérielle entre cet opérateur économique lors de la phase de présélection et celui-ci à la date limite de soumission des offres, doit établir qu'il continue de satisfaire aux exigences définies initialement par le pouvoir adjudicateur est rempli par hypothèse dans une situation où sa capacité matérielle a uniquement augmenté.

48 S'agissant du respect, en l'occurrence, du critère tenant au fait que la continuation de la participation du soumissionnaire à une procédure d'attribution d'un marché public ne doit pas entraîner une détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires, il y a lieu de relever que des dispositions du droit de l'Union distinctes de celles régissant les marchés publics visent spécifiquement à assurer que l'existence d'une concurrence libre et non faussée au sein du marché intérieur ne soit pas menacée par des opérations de fusion telles que celle en cause au principal. Ainsi, pour autant que le comportement d'un acteur économique respecte ces règles spécifiques, il ne saurait être considéré que sa participation à une telle opération est susceptible, en tant que telle, d'entraîner une détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires en raison du simple fait que l'entité fusionnée bénéficiera d'une capacité économique et technique renforcée.

49 Dès lors, une absorption telle que celle en cause au principal doit être réalisée dans le respect de la réglementation de l'Union, notamment du règlement no 139/2004.

50 Or, il ressort de la demande de décision préjudicielle que, en l'occurrence, la Commission a décidé le 15 décembre 2016, au titre dudit règlement, de ne pas s'opposer à l'opération notifiée.

51 Il convient également d'ajouter que, s'il n'est pas porté atteinte au principe d'égalité en raison de la fusion entre deux soumissionnaires présélectionnés en tant que telle, il ne saurait être exclu que des informations sensibles concernant la procédure de passation du marché aient pu être échangées par les parties concernées par la fusion avant sa réalisation. Or, cette circonstance serait susceptible, lors de la présentation des offres, de procurer au soumissionnaire absorbant des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires, entraînant nécessairement une détérioration de la situation concurrentielle de ces derniers (voir, par analogie, arrêt du 17 mai 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, point 29).

52 Une telle situation suffirait, en principe, pour que l'offre du soumissionnaire absorbant ne puisse pas être prise en compte par le pouvoir adjudicateur (voir, par analogie, arrêt du 17 mai 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, point 31).

53 Toutefois, de tels échanges d'informations, qui, par ailleurs, ainsi que la Commission l'a relevé dans ses observations, sont susceptibles d'enfreindre l'article 7 du règlement no 139/2004, relatif à la suspension de toute concentration relevant du champ d'application de celui-ci jusqu'à ce qu'elle soit autorisée, tout comme l'article 101 TFUE, ne sauraient être présumés. Or, il ressort des informations dont dispose la Cour qu'aucun comportement collusif n'a, en l'occurrence, été établi.

54 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'article 28, paragraphe 2, première phrase, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que, eu égard à l'exigence d'identité juridique et matérielle entre les opérateurs économiques présélectionnés et ceux qui présentent les offres, il ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre d'une procédure restreinte d'attribution d'un marché public, un candidat présélectionné qui s'engage à absorber un autre candidat présélectionné, en vertu d'un accord de fusion conclu entre la phase de présélection et celle de présentation des offres et exécuté après cette phase de présentation, puisse présenter une offre.

Sur les dépens

55 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 des dites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

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

L'article 28, paragraphe 2, première phrase, 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, doit être interprété en ce sens que, eu égard à l'exigence d'identité juridique et matérielle entre les opérateurs économiques présélectionnés et ceux qui présentent les offres, il ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre d'une procédure restreinte d'attribution d'un marché public, un candidat présélectionné qui s'engage à absorber un autre candidat présélectionné, en vertu d'un accord de fusion conclu entre la phase de présélection et celle de présentation des offres et exécuté après cette phase de présentation, puisse présenter une offre.

Signatures

* Langue de procédure : l'italien.