Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 7 mai 2026 [1]

Affaires jointes C-266/25 et C-267/25

I-Sete – Inovação, Soluções Económicas e Tecnologias Ecológicas Lda
contre
EDIA – Empresa de Desenvolvimento e Infra-estruturas do Alqueva S.A.,
en présence de
DST Solar S.A.,
Domingos da Silva Teixeira S.A. (C-266/25),
Greenvolt Next Portugal Lda (C-267/25)

[demandes de décision préjudicielle formées par le Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (tribunal administratif et fiscal de Porto, Portugal)]

« Renvoi préjudiciel – Procédures de recours en matière de passation de marchés publics – Garanties de recours efficaces – Contestation de l'acte d'attribution du marché – Directive 89/665/CEE – Article 2, paragraphe 1, sous a), et article 2, paragraphes 3 et 4 – Suspension automatique de l'acte d'attribution attaqué – Levée provisoire de l'effet suspensif – Projets financés ou cofinancés par des fonds européens – Mise en balance des intérêts en présence – Présomption d'intérêt public – Article 2, paragraphe 5 – Procédure d'adoption de mesures provisoires »

1. En 2024, le législateur portugais a modifié le régime général applicable aux recours contentieux administratifs urgents contre les actes d'attribution de marchés publics [2]. En vertu de cette modification, la règle jusqu'alors en vigueur (qui impliquait la suspension automatique de l'acte d'attribution du marché en cas de recours) a été complétée par une autre règle qui, en substance, impose de lever provisoirement cette suspension en présence d'un risque de perte de financement d'un marché financé ou cofinancé par des fonds européens.

[1] Langue originale : l'espagnol.

[2] Cette modification a été effectuée par la Lei n.º 43/2024, de 2 de dezembro, que altera a Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que aprova medidas especiais de contratação pública (loi nº 43/2024, du 2 décembre 2024, modifiant la loi nº 30/2021, portant approbation de mesures spéciales en matière de passation de marchés publics, du 21 mai 2021, ci-après la « loi nº 43/2024 »). La loi nº 43/2024 a introduit plusieurs articles (dont l'article 25-A) dans la Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que aprova medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado em anexo à Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e o Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de outubro (loi nº 30/2021, du 21 mai 2021, portant approbation de mesures spéciales en matière de passation de marchés publics et modifiant le code des marchés publics, approuvé en annexe du décret-loi nº 18/2008, du 29 janvier 2008, le code de procédure des tribunaux administratifs, approuvé en annexe de la loi nº 15/2002, du 22 février 2002, et le décret-loi nº 200/2008, du 9 octobre 2008, ci-après la « loi nº 30/2021 » ou la « loi nº 30/2021, modifiée en 2024 »).

2. Dans deux demandes de décision préjudicielle qui ont été jointes, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur le point de savoir si la nouvelle réglementation nationale est conforme aux dispositions de la directive 89/665/CEE [3].

I. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union : la directive 89/665

3. L'article 2 de la directive 89/665, intitulé « Exigences en matière de procédures de recours », dispose :

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

a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur ;

[...]

3. Lorsqu'une instance de premier ressort, indépendante du pouvoir adjudicateur, est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché, les États membres s'assurent que le pouvoir adjudicateur ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours. La suspension prend fin au plus tôt à l'expiration du délai de suspension visé à l'article 2 bis, paragraphe 2, et à l'article 2 quinquies, paragraphes 4 et 5.

4. Sauf dans les cas prévus au paragraphe 3 et à l'article 1er, paragraphe 5, les procédures de recours ne doivent pas nécessairement avoir des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se rapportent.

5. Les États membres peuvent prévoir que l'instance responsable des procédures de recours peut tenir compte des conséquences probables des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

[...] »

4. L'article 2 bis de cette directive, intitulé « Délai de suspension », est libellé comme suit :

« 1. Les États membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 1er, paragraphe 3, disposent de délais permettant des recours efficaces contre les décisions d'attribution de marché prises par

[3] Directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 (JO 2014, L 94, p. 1) (ci-après la « directive 89/665 »).

les pouvoirs adjudicateurs, en adoptant les dispositions nécessaires qui respectent les conditions minimales énoncées au paragraphe 2 du présent article et à l'article 2 quater.

2. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un contrat relevant du champ d'application de la directive 2014/24/UE ou de la directive 2014/23/UE 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 contrat a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du contrat est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du contrat.

[...] »

5. Aux termes de l'article 2 quinquies de ladite directive, intitulé « Absence d'effets » :

« 1. Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants :

[...]

b) en cas de violation de l'article 1er, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 bis, paragraphe 2, de la présente directive, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation de la directive 2014/24/UE ou de la directive 2014/23/UE, si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché ;

[...]

2. Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont déterminées par le droit national.

Le droit national peut prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou limiter la portée de l'annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, les États membres prévoient l'application d'autres sanctions au sens de l'article 2 sexies, paragraphe 2.

3. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés au paragraphe 1, si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, les États membres prévoient des sanctions au sens de l'article 2 sexies, paragraphe 2, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

[...] »

B. Le droit portugais

1. La loi nº 43/2024

6. En modifiant la loi nº 30/2021, la loi nº 43/2024 a ajouté à celle-ci l'article 25-A, libellé comme suit :

« 1 – Les recours contentieux administratifs urgents précontractuels en matière de marchés publics, qui ont pour objet de contester les actes d'attribution relatifs aux procédures visant à l'exécution de projets financés ou cofinancés par des fonds européens, à condition qu'ils soient introduits dans un délai de dix jours ouvrables à compter de la notification de l'attribution à tous les soumissionnaires, entraînent la suspension automatique des effets de l'acte attaqué.

2 – Après l'expiration d'un délai de dix jours ouvrables à compter de la notification de l'attribution à tous les soumissionnaires, l'entité défenderesse peut demander au tribunal, sans audition préalable de la partie adverse, de lever provisoirement l'effet suspensif automatique, en joignant des documents de preuves sommaires.

3 – L'effet suspensif automatique est provisoirement levé lorsque le tribunal constate sommairement, dans un délai maximal de 48 heures, que les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

a) l'expiration du délai de dix jours ouvrables à compter de la notification de la décision d'attribution à tous les soumissionnaires ;

b) le risque de perte de financement dans le cadre d'un marché destiné à l'exécution d'un projet financé ou cofinancé par des fonds européens.

4 – Aux fins du point b) du paragraphe précédent, le risque de perte de financement est présumé lorsqu'il existe un lien entre l'objet du marché et la réalisation de projets financés ou cofinancés par des fonds européens ; à cette fin, il suffit que le demandeur joigne un document établissant l'existence de la décision de financer le projet dans lequel s'inscrit le marché.

5 – Si l'effet suspensif est provisoirement levé, le requérant en est immédiatement informé et dispose d'un délai de cinq jours pour demander, de manière motivée, que l'effet suspensif automatique soit maintenu en attendant que le juge statue sur l'incident de nature conservatoire, au motif que les conditions visées au paragraphe 3 ne sont pas réunies.

6 – Si le requérant demande le maintien de l'effet suspensif automatique, l'entité défenderesse est invitée, dans un délai de sept jours, à compléter les motifs de la demande déjà formulée

conformément au paragraphe 2, afin d'y inclure une mise en balance des intérêts publics et privés en présence et les dommages qui résulteraient du maintien de l'effet suspensif.

7 – Le requérant dispose d'un délai de sept jours pour répondre à la demande de levée visée au paragraphe précédent, puis, sans autres mémoires et au plus tard sept jours après que les mesures d'instruction absolument indispensables ont été exécutées, la décision du juge sur l'incident de nature conservatoire suivra.

8 – L'effet suspensif est levé lorsque, après que tous les intérêts publics et privés en présence ont été mis en balance, les dommages qui résulteraient de son maintien se révèlent supérieurs à ceux qui pourraient résulter de sa levée.

9 – Le présent régime s'applique aux marchés conclus sous le régime procédural prévu par la présente loi, aux marchés conclus sous le régime procédural résultant du code des marchés publics [4], ainsi qu'aux marchés conclus en vertu des autres législations en matière de marchés publics.

10 – Les articles 100 à 103-B du code de procédure des juridictions administratives s'appliquent dans tous les cas non prévus aux paragraphes précédents »[5].

2. Le CPTA

7. L'article 103-A du CPTA, intitulé « Effet suspensif automatique », dispose :

« 1 – Les recours contentieux précontractuels qui ont pour objet de contester les actes d'attribution relatifs aux procédures auxquelles s'appliquent les dispositions de l'article 95, paragraphe 3, ou de l'article 104, paragraphe 1, sous a), du code des marchés publics, à condition qu'ils soient introduits dans un délai de dix jours ouvrables à compter de la notification de l'attribution à tous les soumissionnaires, entraînent la suspension automatique des effets de l'acte attaqué ou de l'exécution du contrat, si ce dernier a déjà été conclu.

2 – En attendant que le juge statue sur le recours, la partie défenderesse et les autres parties à la procédure peuvent demander au juge de lever l'effet suspensif prévu au paragraphe précédent.

3 – Le requérant dispose d'un délai de cinq jours pour répondre à la demande de levée, puis, sans autres mémoires et au plus tard sept jours après que les mesures d'instruction absolument indispensables ont été exécutées, la décision du juge sur l'incident suivra.

4 – L'effet suspensif est levé lorsque, après que tous les intérêts publics et privés en présence ont été mis en balance, les dommages qui résulteraient de son maintien se révèlent supérieurs à ceux qui pourraient résulter de sa levée. »

4 Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprova o Código dos Contratos Públicos (décret-loi nº 18/2008, du 29 janvier 2008, portant code des marchés publics) (*Diário da República*, 1re série, nº 20, du 29 janvier 2008), dans sa version en vigueur après sa modification par le Decreto-Lei n.º 111-B/2017 (décret-loi nº 111-B/2017, du 31 août 2017) (*Diário da República*, 1re série, nº 168, 2e supplément, du 31 août 2017).

5 Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, que aprova o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (loi nº 15/2002, du 22 février 2002, portant code de procédure des juridictions administratives) (*Diário da República*, I série-A, nº 45, du 22 février 2002, ci-après le « CPTA »).

II. Les faits, les litiges au principal et les questions préjudicielles

8. EDIA – Empresa de Desenvolvimento e Infra-estruturas do Alqueva SA (ci-après « Edia » ou le « pouvoir adjudicateur ») a lancé deux procédures de passation de marchés publics de travaux en vue de la construction de centrales photovoltaïques flottantes dans différentes stations de relevage d'eau :

– le premier marché[6], d'un montant de 17 619 893,50 euros, a été attribué à « Proposta CONSÓRCIO DSTSolar/DST » ;

– le second marché[7], d'un montant de 7 467 990,56 euros, a été attribué au groupement d'entreprises « Proposta Greenvolt/EDP ».

9. I-Sete – Inovação, Soluções Económicas e Tecnologias Ecológicas Lda (ci-après « I-Sete ») a contesté les décisions d'attribution devant le Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (tribunal administratif et fiscal de Porto, Portugal).

10. Dans l'affaire C-266/25, la juridiction de renvoi énonce uniquement les faits pertinents suivants :

– « L'exécution du marché de travaux de construction de la centrale photovoltaïque flottante de la station de relevage d'Os Álamos, dans la région d'Alqueva[,] est financée par des fonds de la Banque de développement du Conseil de l'Europe, pour un montant total de 45 millions d'euros. »

– « La requérante forme un recours contre la décision d'attribution du marché de travaux [...] au groupement formé par les parties intéressées, au motif que leur offre aurait dû être exclue, en faisant valoir à cet égard, en résumé, que la solution technique qu'elles préconisent dépasse la limite de la puissance nominale, telle que définie dans le cahier des charges, lorsqu'elle fonctionne sous un régime inférieur à 40° Celsius. »

– « Elle conclut ainsi que, conformément aux critères d'attribution définis, ledit marché de travaux aurait dû lui être attribué, l'offre qu'elle a présentée étant économiquement la plus favorable. »

– « La partie défenderesse fait valoir qu'en vertu du contrat de financement signé (voir point 1 ci-dessus), le marché de travaux a une date limite d'achèvement fixée au 31 décembre 2025, faute de quoi elle perdra les fonds européens susmentionnés. »

– « Celle-ci considère que, si l'effet suspensif automatique reconnu dans la présente procédure n'est pas levé, en vertu de l'article 25-A, paragraphe 1, de la loi nº 30/2021 [...] (tel que modifié par la loi nº 43/2024 [...]), elle encourt un risque sérieux de perdre le financement européen en cause, parce qu'il lui sera impossible d'exécuter le marché dans les délais impartis. »

11. La description des faits pertinents figurant dans la demande de décision préjudicielle dans l'affaire C-267/25 est analogue à celle de l'affaire C-266/25.

[6] « Empreitada de Construção da Central Fotovoltaica Flutuante da Estação Elevatória dos Álamos » (marché de travaux pour la construction de la centrale photovoltaïque flottante de la station de relevage d'Os Álamos).

[7] « Empreitada de Construção da Central Fotovoltaica Flutuante da Estação Elevatória de S. Pedro e da Estação Elevatória de S. Matias » (marché de travaux pour la construction de la centrale photovoltaïque flottante des stations de relevage de S. Pedro et de S. Matias).

12. Avant de statuer sur chacun des litiges relatifs à la suspension des effets de l'acte d'attribution, le Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (tribunal administratif et fiscal de Porto) a décidé de surseoir à statuer et d'adresser à la Cour les questions préjudicielles suivantes, formulées de manière identique dans les deux cas :

« 1) La levée provisoire de l'effet suspensif automatique, sans audition de la partie adverse, prévue à l'article 25-A, paragraphes 2 et 3, de la [loi nº 30/2021], tel que modifié par la [loi nº 43/2024], est-elle conforme à l'article 2 quinquies de la directive 2007/66/CE [...], lorsque celle-ci est interprétée en ce sens que la levée d'un tel effet est toujours subordonnée à l'audition de la partie adverse et à une mise en balance préalable, sur le fond, de tous les aspects de la décision à adopter ?

2) Ce même article 2 quinquies de la directive susmentionnée doit-il être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation nationale qui élève au rang de raison impérieuse d'intérêt général, justifiant la levée de l'effet suspensif automatique, l'intérêt économique d'une éventuelle perte de fonds européens due à un retard dans la mise en œuvre d'un projet financé ? En outre, une simple perte économique constitue-t-elle une conséquence disproportionnée, compte tenu des intérêts que l'on entend sauvegarder par l'application de l'effet suspensif automatique, compatible avec les dispositions de l'article 2 quinquies, paragraphe 3, deuxième alinéa ? »

III. La procédure devant la Cour

13. Les demandes de décision préjudicielle ont été enregistrées au greffe de la Cour le 8 avril 2025.

14. Des observations écrites ont été déposées par Edia, par I-Sete, par les gouvernements portugais et tchèque ainsi que par la Commission européenne. Tous, à l'exception du gouvernement tchèque, ont participé à l'audience qui s'est tenue le 5 mars 2026.

IV. Appréciation

A. Observations liminaires

15. Pour une meilleure compréhension du litige, il est utile d'exposer, en résumé, le système mis en place par l'article 25-A de la loi nº 30/2021, modifiée en 2024, en vertu duquel :

– lors de la phase initiale, l'introduction dans le délai imparti d'un recours urgent contre une décision d'attribution d'un marché public entraîne automatiquement la suspension des effets de cette attribution [8] ;

– lors de la deuxième phase (éventuelle), l'entité défenderesse [9] peut demander au juge, sans audition de la partie adverse, de lever provisoirement l'effet suspensif automatique. Le juge doit faire droit à cette demande s'il constate, sommairement, qu'il existe un risque de perte de financement européen ; à cette fin, il suffit que le demandeur joigne un document établissant

[8] En réalité, cette phase ne semble présenter aucune particularité en ce qui concerne le régime général prévu à l'article 103-A du CPTA.

[9] Cette disposition se réfère uniquement à l'« entité défenderesse », expression que j'utiliserai dans la suite des présentes conclusions aux côtés de celle de « pouvoir adjudicateur ».

l'existence de la décision de financer le projet dans lequel s'inscrit le marché. Dans ce cas, le juge lève provisoirement la suspension initialement octroyée ;

– lors de la troisième phase, une fois que la décision de levée *provisoire* de l'effet suspensif automatique a été notifiée au requérant, celui-ci peut demander le maintien (ou, plus exactement, le rétablissement) de l'effet suspensif, demande qui est transmise au pouvoir adjudicateur ;

– enfin, le juge statue sur l'incident de nature conservatoire, en levant à cette fin l'effet suspensif lorsque, après avoir mis en balance les intérêts publics et privés en présence, il considère que les dommages qui résulteraient du maintien de l'effet suspensif se révèlent supérieurs à ceux qui pourraient résulter de sa levée.

B. Les dispositions applicables du droit de l'Union

16. Les questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi portent sur l'interprétation de l'article 2 quinquies de la directive 89/665.

17. La directive 89/665, qui régit les procédures de recours en matière de passation de marchés publics, consacre son article 2 quinquies à l'absence d'effets de ces marchés une fois ceux-ci passés. Parmi les causes susceptibles d'entraîner leur absence d'effets, celle prévue au paragraphe 1, sous b), de cet article vise la violation de certaines dispositions (de cette directive) si, par cette violation, un soumissionnaire a été privé de la possibilité d'engager un recours précontractuel.

18. L'article 2 quinquies de ladite directive relève donc du domaine du *contentieux postcontractuel*. Il présuppose que le marché public a déjà été passé et qu'il est privé d'effets au motif qu'il est entaché de certains vices.

19. Dans les deux affaires ayant donné lieu aux renvois préjudiciels, toutefois, la discussion porte sur des questions relatives à la protection provisoire prévue à l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665. La disposition de droit national dont la compatibilité avec cette directive est contestée (à savoir l'article 25-A de la loi nº 30/2021, modifiée en 2024) s'inscrit dans le cadre du *contentieux précontractuel*, comme l'énonce son intitulé même.

20. Par conséquent, l'article 2 quinquies de la directive 89/665 n'est pas applicable au sort des mesures provisoires sollicitées à l'encontre de l'acte d'attribution d'un marché, lesquelles sont régies par l'article 2 de celle-ci.

21. L'article 2 de la directive 89/665 régit en particulier la procédure d'urgence permettant de solliciter des mesures provisoires (paragraphe 1 de cet article), la suspension automatique de la décision d'attribution (paragraphe 3 dudit article) et la faculté de l'instance responsable des procédures de recours d'adopter ou de refuser les mesures provisoires (paragraphe 5 du même article).

22. Les questions préjudicielles doivent par conséquent être examinées sous l'angle de l'article 2 de la directive 89/665, sans préjudice du fait qu'il pourra être utile de se référer à l'article 2 quinquies de cette directive dans le cadre de leur analyse.

C. Sur la première question préjudicielle

23. La juridiction de renvoi s'interroge sur le point de savoir si « [l]a levée provisoire de l'effet suspensif automatique, sans audition préalable de la partie adverse, prévue à l'article 25-A, paragraphes 2 et 3, de la [loi nº 30/2021], tel que modifié par la [loi nº 43/2024] », est conforme à la directive 89/665.

24. En vertu de l'article 25-A, paragraphes 2 et 3, de la loi nº 30/2021, le tribunal, sans entendre au préalable la partie adverse, lève provisoirement l'effet suspensif automatique lorsque l'entité défenderesse en fait la demande et allègue le risque de perte de financement du marché.

25. L'article 1er, paragraphe 1, quatrième alinéa, de la directive 89/665 impose aux États membres de prendre les mesures législatives nécessaires pour garantir que les décisions des pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours *efficaces*, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de cette directive.

26. Au regard de l'objectif visant à « assurer le plein respect du droit à un recours effectif [...], conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de [la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne] »[10], la Cour a jugé qu'il convenait de donner aux intéressés une « réelle possibilité d'intenter un recours, *dont notamment une demande de mesures provisoires* » avant la conclusion du marché[11].

27. L'article 2, paragraphe 3, de la directive 89/665 prévoit qu'une « instance de premier ressort, indépendante du pouvoir adjudicateur », soit saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché[12]. L'introduction d'un tel recours empêche le pouvoir adjudicateur de conclure le marché.

28. En effet, aux termes de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 89/665, le droit de l'État membre doit veiller à ce que le pouvoir adjudicateur ne puisse pas conclure le marché avant que l'instance de recours susmentionnée statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours. Cette suspension prend fin au plus tôt à l'expiration du délai prévu par d'autres dispositions de cette directive[13].

29. Conformément à l'article 2, paragraphe 4, de la directive 89/665, le cas de figure visé à son article 2, paragraphe 3, fait partie de ceux dans lesquels la procédure de recours a un effet suspensif automatique.

30. La législation nationale en cause respecte, dans un premier temps, le caractère automatique de la suspension des effets de l'acte d'attribution : la simple introduction d'un recours contre cet acte (dans le délai de dix jours ouvrables à compter de sa notification) entraîne, ex lege, l'absence temporaire d'effets de l'acte d'attribution.

[10] Considérant 36 de la directive 2007/66.

[11] Ordonnance du 23 avril 2015, Commission/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, point 29], citant l'arrêt du 11 septembre 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, point 60). Mise en italique par mes soins.

[12] Je renvoie, en ce qui concerne cette disposition, aux conclusions que j'ai présentées dans l'affaire CROSS Zlín (C-303/22, EU:C:2023:652, points 44 et suiv.).

[13] Le régime du délai de suspension est réglementé en détail à l'article 2 bis de ladite directive.

31. Le problème apparaît lorsqu'un pouvoir adjudicateur (l'« entité défenderesse ») *réagit* à la suspension des effets de l'acte d'attribution en soutenant que, s'agissant d'un marché financé ou cofinancé par des fonds européens, il existe un risque de perte de ce financement.

32. En pareille hypothèse, la législation en cause *oblige* le juge à lever provisoirement la suspension, sans audition préalable de la partie qui a introduit le recours ayant entraîné cette suspension [14]. En outre, la levée impérative de ladite suspension ne requiert aucune analyse des intérêts en présence.

33. La première question préjudicielle se focalise non seulement sur la levée de la suspension automatique déjà obtenue, mais également sur l'absence d'audition préalable – lors de cette seconde phase de l'incident de nature conservatoire – de la partie ayant introduit le recours et ayant obtenu la suspension automatique de l'acte d'attribution.

34. J'analyserai séparément les deux aspects de la disposition en cause : a) la levée, en tant que telle, de la suspension automatique, et b) l'absence du requérant lors de cette phase de l'incident de nature conservatoire.

1. La levée de la suspension automatique

35. En ce qui concerne la levée de la suspension automatique des effets de l'acte d'attribution, j'ai déjà exposé de quelle manière l'article 2, paragraphes 3 et 4, de la directive 89/665 impose que la contestation de l'acte d'attribution du marché suspende automatiquement les effets de cet acte [15].

36. La suspension doit être maintenue (afin de s'assurer que le pouvoir adjudicateur ne puisse pas conclure le marché) jusqu'à ce que l'instance saisie du recours « statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours » (article 2, paragraphe 3, de la directive 89/665).

37. La raison d'être de cette disposition tient à la protection juridique complète qui doit être garantie avant la conclusion du marché, en vertu de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665, « à un stade où les violations peuvent encore être corrigées » [16]. Il est ainsi permis aux soumissionnaires de disposer d'une réelle possibilité d'intenter un recours de manière efficace et de ne pas se trouver confrontés, a posteriori, à des faits accomplis [17].

[14] Cette obligation du juge se manifeste lorsque deux conditions formelles sont réunies : la partie intéressée doit avoir réagi dans un délai déterminé (dix jours ouvrables à compter de la notification de l'attribution) et avoir joint un document établissant l'existence de la décision de financer le projet.

[15] L'article 2, paragraphe 4, de la directive 89/665 est catégorique : « [s]auf dans les cas prévus au paragraphe 3 et à l'article 1er, paragraphe 5, les procédures de recours ne doivent pas nécessairement avoir des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se rapportent ». Il s'ensuit a contrario que, dans le cas de figure visé à l'article 2, paragraphe 3, de cette directive, l'effet suspensif du recours est automatique.

[16] Arrêt du 11 septembre 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, points 34 et 59).

[17] Lors de l'audience, le gouvernement portugais a fait valoir que le soumissionnaire évincé disposait toujours de la voie de la responsabilité civile pour obtenir réparation des préjudices causés par l'exécution du marché. À cet égard, la Commission a souligné que l'article 2 de la directive 89/665 imposait aux États membres de veiller non seulement à ce que les personnes lésées par une violation obtiennent des dommages et intérêts, mais aussi à ce que des mesures provisoires soient prises, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, afin de corriger la violation. Si l'on devait faire prévaloir de manière absolue l'intérêt lié au risque de perte de financement européen, l'article 2, paragraphe 1, sous a), de cette directive 89/665, lu en combinaison avec le paragraphe 5 de cet article, serait vidé de son sens : il ressort de ces deux dispositions que, lors de l'adoption de telles mesures provisoires, tous les intérêts éventuellement lésés doivent être mis en balance.

38. La législation en cause, toutefois, introduit une règle qui dénature la suspension automatique de la décision d'attribution, en la remplaçant par une autre règle qui en est l'exact opposé : la suspension automatique est levée avant que l'instance compétente ait statué sur la demande de mesures provisoires ou sur le recours, si le pouvoir adjudicateur sollicite cette levée (et soutient que le financement européen du marché pourrait être perdu).

39. Bien que la décision de renvoi ne l'exprime pas en ces termes, si la règle de la « levée de la suspension automatique » a un sens, c'est de faciliter la conclusion du marché à partir de ce moment, sans attendre la décision ultérieure de l'instance de recours (généralement un juge). Le seul obstacle empêchant le pouvoir adjudicateur de conclure ce marché avec le soumissionnaire qu'il a retenu était la suspension automatique, qui disparaît du fait de la réaction du pouvoir adjudicateur à celle-ci.

40. Lors de l'audience, toutes les parties (y compris le gouvernement portugais et le pouvoir adjudicateur) ont confirmé que la levée de la suspension automatique permettait au pouvoir adjudicateur de conclure le marché[18]. Ce constat, comme le font valoir à juste titre la Commission et le gouvernement tchèque, signifie que la disposition litigieuse n'est pas compatible avec l'article 2 de la directive 89/665.

41. Rien dans la directive 89/665 n'autorise le législateur national à introduire une exception d'une telle ampleur à l'exigence explicite selon laquelle le recours contre la décision d'attribution s'accompagne d'une suspension automatique de son exécution, jusqu'à ce que l'instance de recours ait statué sur la demande de mesures provisoires ou sur le recours.

42. Ce que la disposition litigieuse provoque est, je le répète, une inversion de l'exigence visée à l'article 2 de la directive 89/665 : le régime de cette dernière est remplacé par un régime qui implique une modification radicale touchant à l'effet automatique du recours. L'automatisme de la suspension initiale se transforme en automatisme de la levée de cette suspension.

43. Il convient de tenir compte, en outre, du fait que, selon la disposition en cause, l'instance de recours ne bénéficie d'aucune marge d'appréciation pour décider, à ce moment-là, de lever ou non la suspension automatique : il suffit, comme je l'ai déjà indiqué, que le pouvoir adjudicateur demande cette levée en temps utile et joigne un document établissant l'existence de la décision de financer le projet. À ce stade de l'incident de nature conservatoire, l'instance de recours ne peut donc pas, à elle seule, mettre en balance les intérêts publics et privés en présence.

44. L'autonomie (relative) dont jouissent les États membres pour déterminer les modalités de la procédure de recours, dans les limites de la directive 89/665, ne saurait porter atteinte à une règle impérative de cette directive telle que celle qui impose la suspension automatique consécutive à l'introduction du recours jusqu'à ce que l'instance de recours ait pris sa décision.

[18] Le gouvernement portugais a indiqué que la levée de la suspension automatique permettait de poursuivre les formalités relatives à la signature du marché, de procéder à sa conclusion, voire de l'exécuter. Il a ajouté que, toutefois, dans la pratique, ces actes nécessitent un certain temps, de sorte que, dans l'intervalle, il aura été possible de statuer au fond sur la mesure provisoire demandée.

2. L'audition du requérant lors de cette phase de l'incident de nature conservatoire

45. L'incompatibilité de la disposition nationale en cause avec l'article 2 de la directive 89/665 est accentuée par le fait que la levée de la suspension automatique intervient inaudita altera parte, c'est-à-dire sans que le requérant puisse formuler des observations sur la demande du pouvoir adjudicateur.

46. L'absence du requérant lors de cette phase de la procédure n'est pas compatible avec les règles de base régissant les procédures de recours prévues par la directive 89/665.

47. Le gouvernement portugais fait valoir qu'aucun des neuf paragraphes de l'article 2 de la directive 89/665 n'exige que le requérant soit entendu lorsque le juge refuse d'ordonner une mesure provisoire telle que la suspension de la procédure d'attribution [19]. Il ajoute que cet article laisse aux États membres le soin de déterminer si, et à quel moment, le requérant peut intervenir dans les cas où le juge considère qu'il y a lieu de refuser l'octroi des mesures provisoires [20].

48. J'estime que cette approche n'est pas correcte : ce qui est en jeu ici est, tout particulièrement, la suppression d'une garantie essentielle du recours, telle que visée à l'article 2 de la directive 89/665 (à savoir la suspension automatique de l'attribution du marché, qui intervient à la demande du requérant). Si le pouvoir adjudicateur conteste, à son tour, cette suspension et demande sa levée, les exigences du principe de la procédure contradictoire impliquent que la partie adverse doit être entendue avant que le juge statue à cet égard.

49. Il pourrait être soutenu que l'intervention du requérant est prévue à l'article 25-A, paragraphes 5, 6 et 7, de la loi nº 30/2021, ce qui constituerait en quelque sorte une solution permettant de remédier à l'absence antérieure (imposée) du requérant. Le gouvernement portugais qualifie cette solution de « mécanisme du contradictoire différé » [21].

50. Je considère toutefois qu'une intervention ex post, par laquelle le requérant demande le rétablissement de la suspension automatique à la suite de la levée de celle-ci, ordonnée sans qu'il soit entendu, ne suffit pas à remédier à la grave lacune procédurale que j'ai précédemment évoquée.

51. Le *contradictoire différé* mentionné par le gouvernement portugais ne saurait remplacer, j'insiste, l'intervention préalable du requérant, auteur de la demande dont l'introduction a entraîné la suspension automatique de l'acte d'attribution. Le requérant doit se voir reconnaître, à tout le moins, la possibilité de formuler des observations *avant* que la levée de cette suspension soit ordonnée.

52. En tout état de cause, je ne vois pas pourquoi les formalités prévues à l'article 25-A, paragraphes 5, 6 et 7, de la loi nº 30/2021 ne pourraient pas être accomplies une fois que le pouvoir adjudicateur a introduit sa demande de levée de la suspension [22]. Cette demande serait transmise au requérant, qui pourrait formuler des observations à l'appui du maintien de la suspension.

[19] Point 23 des observations écrites du gouvernement portugais.

[20] Point 24 des observations écrites du gouvernement portugais.

[21] Point 25 des observations écrites du gouvernement portugais.

[22] La seule explication (insatisfaisante) donnée à cette mesure par le gouvernement portugais lors de l'audience est l'accélération de la procédure.

53. De fait, conformément à l'article 103-A du CPTA, qui définit le régime commun applicable à l'effet suspensif automatique des recours contentieux précontractuels, le requérant dispose d'un délai bref (cinq jours) pour répondre à la demande de levée de la suspension automatique de l'acte d'attribution du marché, introduite par la partie adverse. Le principe de base du contradictoire est ainsi respecté.

54. Lors de l'audience, Edia et le gouvernement portugais ont fait valoir que la nouvelle réglementation répondait au souci d'harmoniser le délai prévu par le droit commun des marchés publics pour la passation du marché (30 jours) ainsi que le délai prévu pour la résolution de l'incident de nature conservatoire relatif à la levée définitive ou au maintien de la suspension de l'acte d'attribution [23].

55. Or, outre que cet argument n'explique toujours pas pour quel motif la partie adverse n'est pas entendue au préalable (il suffirait de répartir les délais entre le pouvoir adjudicateur et le requérant), il met en évidence une certaine incohérence du modèle : sauf erreur de ma part, si l'on compare la durée des procédures, la procédure exceptionnelle de l'article 25-A de la loi nº 30/2021 s'étend sur une durée de 28 jours, alors que la procédure générale prévue dans le CPTA (en fonction de la diligence avec laquelle le pouvoir adjudicateur introduit sa demande de levée de la suspension automatique) pourrait s'achever en treize jours seulement, en ce compris les jours correspondant à l'audition de la partie adverse.

3. Conclusion intermédiaire

56. Les considérations qui précèdent m'amènent à proposer une réponse négative à la première question préjudicielle : l'article 2 de la directive 89/665 s'oppose à une disposition nationale qui impose la levée provisoire de l'effet suspensif automatique lié à l'introduction d'un recours contre l'acte d'attribution d'un marché : a) sans entendre le requérant qui a demandé la suspension de cet acte, et b) sans permettre au juge de procéder, à ce moment-là, à une mise en balance des intérêts publics et privés en présence.

D. Sur la seconde question préjudicielle

57. La juridiction de renvoi souhaite savoir, dans la première partie de cette question, si « l'intérêt économique d'une éventuelle perte de fonds européens due à un retard dans la mise en œuvre d'un projet financé » constitue une « raison impérieuse d'intérêt général, justifiant la levée de l'effet suspensif automatique ».

58. La réponse à la question ainsi formulée dépend de la phase de la procédure à laquelle il convient de considérer que cette question se réfère :

– si elle fait référence à la seconde phase de la procédure précontractuelle (c'est-à-dire à la levée de la suspension inaudita altera parte et sans latitude laissée au juge pour mettre en balance les différents intérêts, publics et privés), j'ai déjà fourni la réponse dans le cadre de la première question posée par la juridiction de renvoi : ce mécanisme est tout simplement contraire à la directive 89/665 ;

[23] Cet argument reposait sur le postulat que les tribunaux portugais respectent strictement les délais de procédure et statuent sur l'incident de nature conservatoire avant l'expiration du délai de 30 jours prévu par la législation sur les marchés publics. I-Sete a contesté que tel soit le cas en pratique.

– si, au contraire, la question concerne l'effet du facteur de risque (perte éventuelle du financement européen du projet) sur la décision finale de l'instance appelée à trancher l'incident de nature conservatoire, une fois les formalités prévues à l'article 25-A, paragraphes 5, 6 et 7, de la loi nº 30/2021 accomplies, le scénario est différent et mérite une analyse plus poussée.

59. Mes considérations ultérieures ont trait à ce second scénario.

60. L'article 2, paragraphe 5, de la directive 89/665 permet à l'instance de recours de tenir compte des conséquences probables des mesures provisoires pour *tous* les intérêts susceptibles d'être lésés [24].

61. Parmi ces intérêts figurent : a) ceux des soumissionnaires évincés qui souhaitent que la conclusion du marché public n'ait pas lieu, et b) les intérêts généraux, qu'il s'agisse de ceux tenant à la nécessité d'assurer la célérité des procédures de passation de marchés publics et l'efficacité de l'action administrative ou de ceux tenant au souci d'éviter la perte d'une source de financement pour le marché lui-même.

62. Conformément à l'article 2, paragraphe 5, de la directive 89/665, l'instance appelée à trancher définitivement l'incident de nature conservatoire doit mettre en balance les intérêts publics et privés en présence. Par cette disposition, je le répète, le législateur de l'Union européenne a entendu concilier les intérêts du soumissionnaire évincé avec ceux du pouvoir adjudicateur (y compris avec ceux du soumissionnaire déjà retenu) ainsi qu'avec les autres intérêts publics.

63. Selon le gouvernement portugais, la législation en cause poursuit un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union : garantir la célérité des procédures d'attribution pour mettre en œuvre, avant le 31 décembre 2025, des projets d'importance stratégique pour le développement national et conserver ainsi le financement européen octroyé à la République portugaise pour ces projets.

64. Assurer la célérité des procédures de passation de marchés publics est certes un objectif légitime d'intérêt général [25]. Ce n'est toutefois pas le seul ni celui qui doit prévaloir dans tous les cas.

65. Il est également légitime que les autorités portugaises, y compris le pouvoir législatif, s'efforcent de ne pas perdre le financement européen alloué à certains marchés bénéficiant de ce type de financement. L'atteinte économique potentielle résultant du risque de perte de financement européen constitue un intérêt public dont l'instance de recours doit tenir compte dans son appréciation au titre de l'article 2, paragraphe 5, de la directive 89/665.

66. Cela étant, l'essentiel est que l'instance de recours continue de disposer de la faculté de mettre en balance les intérêts en présence, sans que la menace de perte de financement européen puisse constituer le *seul* motif justifiant la levée de la suspension des effets de l'acte d'attribution du marché.

[24] Arrêt du 18 janvier 2024, CROSS Zlín (C-303/22, EU:C:2024:60, points 61 et 62).

[25] « [L]'intérêt à ce que les marchés publics puissent être conclus sans retards excessifs constitue un tel intérêt public » (arrêt du 18 janvier 2024, CROSS Zlín, C-303/22, EU:C:2024:60, point 62). S'agissant toutefois de l'obligation d'informer les intéressés du régime des délais de recours applicables à certaines décisions du pouvoir adjudicateur avec suffisamment de clarté, la Cour a déclaré que « [l]'absence d'une telle information ne peut pas être justifiée par l'objectif de la célérité de la procédure » (arrêt du 28 janvier 2010, Commission/Irlande, C-456/08, EU:C:2010:46, point 63).

67. Je partage l'avis du gouvernement tchèque [26] selon lequel, si l'on ajoute à la perte probable du financement européen d'autres considérations découlant du contexte du marché (par exemple, son importance critique pour la défense, la sécurité ou le déploiement d'infrastructures essentielles), l'instance de recours pourrait, après une appréciation individualisée au sens de l'article 2, paragraphe 5, de la directive 89/665, conclure que ces intérêts publics l'emportent sur les intérêts des soumissionnaires et lever légitimement l'effet suspensif.

68. Ces considérations m'amènent à exclure que le risque de perte de financement puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général qui ferait pencher, systématiquement et par définition, la balance en faveur du pouvoir adjudicateur au détriment de celui qui conteste ses décisions [27].

69. Si la protection de l'intérêt public consistant à tirer parti des fonds européens devait prévaloir de manière absolue, elle pourrait favoriser des attitudes opportunistes de la part de pouvoirs adjudicateurs qui, couverts par cet intérêt, seraient tentés d'attribuer illégalement les marchés publics en vue de l'exécution des projets ainsi financés, tout en sachant que leurs actes d'attribution ne seraient jamais suspendus.

70. Interprété en ce sens, l'article 25-A, paragraphe 8, de la loi nº 30/2021 (qui, comme je l'ai déjà indiqué, reprend le contenu de l'article 103-A, paragraphe 4, du CPTA) n'est pas incompatible avec l'article 2, paragraphe 5, de la directive 89/665. Cette disposition nationale confère à l'instance appelée à statuer sur les mesures provisoires la faculté de mettre dûment en balance tous les intérêts publics et privés en présence, afin de déterminer si les dommages qui résulteraient du maintien de l'effet suspensif se révèlent supérieurs à ceux qui découlent de sa levée.

71. Dans le cadre de cette appréciation, l'instance de recours peut, certes, évaluer le periculum in mora (constitué par le risque que le retard entraîne la perte du financement), mais aussi les autres facteurs qui sont généralement pris en compte pour statuer sur les mesures provisoires. Parmi ces derniers, elle doit apprécier l'apparence de bon droit de la contestation introduite par le candidat dont l'offre a été rejetée.

72. À ce stade, il convient de revenir à la question de savoir si l'article 2 quinquies, paragraphe 3, de la directive 89/665 présente une quelconque utilité pour répondre à la première partie de la seconde question préjudicielle.

73. À la suite de sa réforme par la directive 2007/66/CE [28], la directive 89/665 autorise (considérants 21 [29] et 22 [30] de la directive 2007/66 et articles 2 quinquies et sexies de la directive 89/665) que, dans le cas de marchés dont l'absence d'effets devrait être déclarée en

[26] Point 18 des observations écrites du gouvernement tchèque.

[27] Lors de l'audience, le gouvernement portugais, après avoir affirmé que la mise en balance porte sur tous les intérêts en présence, a indiqué que certaines juridictions accordaient un poids prépondérant au risque de perte de financement ou de cofinancement européen. I-Sete a expliqué que les juridictions étaient passées d'une mise en balance complète à une appréciation du risque de perte de financement européen comme circonstance exceptionnelle et prééminente.

[28] Directive 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).

[29] « Le droit national pourrait [...] par exemple prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles (ex tunc) ou, inversement, limiter la portée de l'annulation aux obligations qui devraient encore être exécutées (ex nunc). »

[30] « [L]es États membres peuvent donner à l'instance responsable des procédures de recours la possibilité de *ne pas remettre en cause le contrat ou de reconnaître certains ou l'ensemble de ses effets dans le temps*, lorsque les circonstances exceptionnelles du cas d'espèce l'exigent pour des raisons impérieuses d'intérêt général [...] » Mise en italique par mes soins.

principe, du fait de leur origine illicite, « certains ou l'ensemble de [leurs] effets dans le temps [soient reconnus] », c'est-à-dire que les effets du marché soient maintenus, sans préjudice de l'imposition des sanctions correspondantes et de l'octroi de dommages-intérêts [31].

74. Comme je l'ai déjà indiqué, l'article 2 quinquies de la directive 89/665 s'applique à la phase postcontractuelle, et non à la phase précontractuelle. Ses dispositions ne sont donc pas transposables au régime de mesures provisoires prévu à l'article 2 de cette directive.

75. Si l'on voulait, malgré ce qui précède, rechercher un critère directeur dans le contenu de l'article 2 quinquies, paragraphe 3, de la directive 89/665, il faudrait tenir compte du fait que cette disposition :

– permet de ne pas déclarer l'absence d'effets d'un marché, même s'il a été attribué illégalement, si des raisons impérieuses d'intérêt général *exigent* le maintien des effets de ce marché ;

– ne permet de considérer les intérêts économiques comme des raisons impérieuses (d'intérêt général) justifiant le maintien des effets du marché que dans les cas exceptionnels où l'absence d'effets de ce marché entraînerait des conséquences disproportionnées.

76. Les critères de l'article 2 quinquies, paragraphe 3, de la directive 89/665 sont conçus pour permettre, sous certaines conditions, le maintien des effets d'un marché attribué illégalement. Dans cette même mesure, ils ne sont pas applicables à une situation dans laquelle le juge peut suspendre les effets de l'attribution alors que le marché n'a pas encore été conclu.

77. Cette partie de ma réponse est liée à l'interrogation finale que la juridiction de renvoi formule dans sa seconde question préjudicielle : « une simple perte économique constitue-t-elle une conséquence disproportionnée [...] compatible avec les dispositions de l'article 2 quinquies, paragraphe 3, deuxième alinéa [de la directive 89/665] ? ».

78. En laissant de côté la référence à l'article 2 quinquies de la directive 89/665, et pour les raisons que j'ai déjà examinées, c'est à l'instance de recours qu'il appartient d'apprécier le poids plus ou moins grand des intérêts publics et privés en présence, au regard de l'ensemble des circonstances propres à chaque affaire. Il n'existe pas de solution abstraite pouvant être généralisée pour déterminer si une option (la levée de l'effet suspensif) est plus ou moins proportionnée que l'autre (le maintien de cet effet suspensif, jusqu'à ce que le recours formé contre l'attribution du marché soit tranché au fond).

V. Conclusion

79. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles du Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (tribunal administratif et fiscal de Porto, Portugal) de la manière suivante :

L'article 2, paragraphes 3, 4 et 5, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014,

[31] Je reprends ici les réflexions que j'ai développées dans mes conclusions dans l'affaire CROSS Zlín (C-303/22, EU:C:2023:652, point 80).

doit être interprété en ce sens que :

– il s'oppose à une réglementation nationale qui, dès lors qu'il est simplement démontré qu'un marché fait l'objet d'un financement ou d'un cofinancement européen, impose au juge national, à la demande du pouvoir adjudicateur, de lever provisoirement l'effet suspensif automatique d'un recours introduit contre la décision d'attribution d'un marché public ;

– il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui confère au juge des référés la faculté de mettre dûment en balance tous les intérêts publics et privés en présence, afin de déterminer si les dommages qui résulteraient du maintien de l'effet suspensif se révèlent supérieurs à ceux qui découlent de sa levée. Rien ne fait obstacle à ce que, parmi ces intérêts publics, figure, comme facteur supplémentaire d'appréciation n'ayant pas nécessairement un caractère prépondérant, celui consistant à éviter la perte du financement ou du cofinancement européen du projet de construction faisant l'objet du marché.