Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^ME ELEANOR SHARPSTON
présentées le 28 avril 2016 [1]

Affaires jointes C-439/14 et C-488/14

SC Star Storage SA
contre
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) (C-439/14)
ainsi que
SC Max Boegl România SRL et
SC UTI Grup SA,
Astaldi SpA,
SC Construcții Napoca SA
contre
RA Aeroportul Oradea,
SC Porr Construct SRL,
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft,
SC Col-Air Trading SRL,
AVZI SA,
Trameco SA et
Iamsat Muntenia SA
[demande de décision préjudicielle formée par la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest, Roumanie)]

[demande de décision préjudicielle formée par la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea, Roumanie)]

«Marchés publics — Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE — Droit national exigeant une "garantie de bonne conduite" pour avoir accès aux procédures de recours — Autonomie procédurale des États membres — Principes d'équivalence et d'effectivité — Articles 47 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne — Droit à un recours effectif — Limitation — Proportionnalité»

1. Dans les présentes affaires, la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest, Roumanie) et la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea, Roumanie) interrogent en substance la Cour sur la question de savoir si le droit de l'Union interdit à un État membre d'exiger d'un demandeur qu'il constitue une « garantie de bonne conduite » pour obtenir l'accès aux procédures de recours contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs en matière de marchés publics. Selon la législation nationale en cause dans la procédure au principal, les pouvoirs adjudicateurs retiennent la garantie de bonne conduite lorsque l'organe compétent pour contrôler leurs décisions rejette la contestation ou lorsque le demandeur renonce à celle-ci.

1 — Langue originale : l'anglais.

2. Les renvois préjudiciels concernent dès lors la portée du droit d'accès à un recours effectif dans le contexte des marchés publics, un droit qui n'est pas seulement garanti par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »), mais qui est en outre concrétisé par les directives de l'Union régissant les procédures de passation des marchés publics. Dans quelle mesure les États membres peuvent-ils fixer des exigences financières pour contester les décisions des pouvoirs adjudicateurs en vue de réduire le risque de contestations abusives, c'est-à-dire des contestations qui sont, par nature, peu susceptibles d'aboutir et dont l'objet est simplement d'entraver la procédure de passation des marchés publics ?

Cadre juridique

Droit de l'Union

3. L'article 47, premier alinéa, de la Charte dispose que toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues à cet article. Conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, toute limitation de l'exercice d'un droit reconnu par la Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel dudit droit. Dans le respect du principe de proportionnalité, une telle limitation ne peut être apportée que si elle est nécessaire et répond effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

4. Conformément au troisième considérant de la directive 89/665/CEE du Conseil [2], l'ouverture des marchés publics à la concurrence de l'Union nécessite un accroissement substantiel des garanties de transparence et de non-discrimination. Il devrait donc exister des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit.

5. L'article 1er de la directive 89/665, intitulé « Champ d'application et accessibilité des procédures de recours », prévoit :

« 1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services [3], sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive.

Les marchés au sens de la présente directive incluent les marchés publics, les accords-cadres, les concessions de travaux publics et les systèmes d'acquisition dynamiques.

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 [de l'Union] en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

2 — Directive 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 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO 2007, L 335, p. 31).

3 — JO 2004, L 134, p. 114.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit [de l'Union] et les autres règles nationales.

3. 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.

[…] »

6. Le cinquième considérant de la directive 92/13/CEE du Conseil [4] énonce que l'ouverture à la concurrence de l'Union des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux implique que des procédures de recours appropriées soient accessibles aux fournisseurs ou aux entrepreneurs en cas de violation du droit de l'Union en la matière ou des règles nationales transposant ce droit.

7. Les trois premiers paragraphes de l'article 1er de la directive 92/13, intitulé « Champ d'application et accessibilité des procédures de recours », correspondent, en substance, aux trois premiers paragraphes de l'article 1er de la directive 89/665 [5].

Droit roumain

8. Conformément à l'article 43 bis de l'Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 (ordonnance d'urgence du gouvernement nº 34/2006 relative aux procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ci-après l'« OUG nº 34/2006 »), tout soumissionnaire potentiel doit présenter une garantie (ci-après « la garantie d'adjudication ») pour pouvoir prendre part à la procédure dans tous les cas où l'OUG nº 34/2006 impose au pouvoir adjudicateur de publier un avis ou un appel d'offres. La garantie d'adjudication, qui peut représenter jusqu'à 2 % du montant estimé du marché public, vise à protéger le pouvoir adjudicateur du risque d'un éventuel comportement inapproprié du soumissionnaire durant toute la période précédant la conclusion du marché.

9. Conformément à l'article 256, paragraphe 1, de l'OUG nº 34/2006, toute partie s'estimant lésée a le droit de saisir le Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (conseil national de règlement des contestations, ci-après le « CNSC »). Conformément à l'article 281, paragraphe 1, les décisions du CNSC peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.

10. L'article 278, paragraphe 1, de l'OUG nº 34/2006 dispose que le CNSC ou la juridiction compétente se prononce tout d'abord sur les exceptions procédurales et de fond. S'il/elle décide que celles-ci sont fondées, il/elle n'examine pas le fond de l'affaire.

11. L'article 278 bis de l'OUG nº 34/2006 prévoyait que le pouvoir adjudicateur retenait une partie de la garantie d'adjudication si le CNSC ou la juridiction compétente rejetait une contestation introduite par le soumissionnaire ou lorsque ce dernier renonçait à sa contestation.

4 — Directive du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telle que modifiée (JO 1992, L 76, p. 14).

5 — À ceci près que l'article 1er de la directive 92/13 renvoie à 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), et non à la directive 2004/18.

12. L'Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 51/2014 (ordonnance d'urgence du gouvernement n° 51/2014) a abrogé l'article 278 bis de l'OUG n° 34/2006 et introduit les dispositions suivantes dans cette réglementation [6] :

« Article 271 bis

1. Afin de protéger le pouvoir adjudicateur du risque d'un éventuel comportement inapproprié, l'auteur d'une contestation est tenu de constituer une garantie de bonne conduite pour l'ensemble de la période comprise entre la date de dépôt des recours/demande/plainte et la date où la décision du [CNSC]/de la juridiction compétente est devenue définitive.

2. La [contestation] est [rejetée] si le demandeur ne présente pas la preuve de la constitution de la garantie prévue au paragraphe 1.

3. La garantie de bonne conduite est constituée par virement bancaire ou via un instrument de garantie émis, dans les conditions fixées par la loi, par un établissement bancaire ou par une compagnie d'assurances ; l'original est déposé au siège du pouvoir adjudicateur et une copie auprès du [CNSC] ou de la juridiction, en même temps que la [contestation].

4. Le montant total de la garantie de bonne conduite est fixé proportionnellement au montant estimé du marché à attribuer, comme suit :

a) 1 % du montant estimé, si celui-ci est inférieur aux seuils prévus à l'article 55, paragraphe 2, sous a) et b)[7] ;

b) 1 % du montant estimé, si celui-ci est inférieur aux seuils prévus à l'article 55, paragraphe 2, sous c)[8], mais sans excéder l'équivalent en [lei roumains (RON)] de 10 000 euros selon le taux de change […] à la date de constitution de la garantie ;

c) 1 % du montant estimé, si celui-ci est égal ou supérieur aux seuils prévus à l'article 55, paragraphe 2, sous a) et b), mais sans excéder l'équivalent en RON de 25 000 euros, selon le taux de change […] à la date de constitution de la garantie ;

d) 1 % du montant estimé, si celui-ci est égal ou supérieur aux seuils prévus à l'article 55, paragraphe 2, sous c), mais sans excéder l'équivalent en RON de 100 000 euros, selon le taux de change […] à la date de constitution de la garantie.

5. La garantie de bonne conduite doit avoir une durée de validité d'au moins 90 jours, être irrévocable et prévoir le paiement sans condition à la première demande du pouvoir adjudicateur lorsque la [contestation] est [rejetée].

6. Dans le cas où, le dernier jour de validité de la garantie de bonne conduite, la décision du [CNSC] ou de la juridiction n'est pas devenue définitive et l'auteur de la contestation n'a pas prolongé la validité de la garantie de bonne conduite dans les conditions visées aux paragraphes 1 à 5, le pouvoir adjudicateur procède à la retenue de la garantie de bonne conduite. Les dispositions de l'article 271 ter, paragraphes 3 à 5, s'appliquent mutatis mutandis.

[…]

6 — Dans les développements qui suivent, je me référerai à ces dispositions sous l'appellation « régime initial ».

7 — L'article 55, paragraphe 2, sous a) et b), de l'OUG n° 34/2006 concerne les marchés publics de fournitures et de services.

8 — L'article 55, paragraphe 2, sous c), de l'OUG n° 34/2006 concerne les marchés publics de travaux.

Article 271 ter

1. Lorsque la contestation est rejetée par le [CNSC] ou par la juridiction si l'auteur de la contestation s'adresse directement à elle, le pouvoir adjudicateur est tenu de retenir la garantie de bonne conduite à compter du moment où la décision du [CNSC]/de la juridiction devient définitive. L'obligation de retenue de la garantie s'applique aux lots pour lesquels la contestation a été rejetée.

2. Les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent également dans le cas où l'auteur de la contestation renonce à [celle-ci].

3. La mesure visée au paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le [CNSC]/la juridiction rejette la contestation comme étant devenue sans objet ou lorsqu'il est renoncé à la [contestation] à la suite de l'adoption, par le pouvoir adjudicateur, de mesures rectificatives nécessaires conformément à l'article 256 quater, paragraphe 1.

4. Lorsque le [CNSC] fait droit à la contestation ou que la juridiction compétente fait droit au recours formé contre la décision du [CNSC] de rejeter la contestation, le pouvoir adjudicateur est tenu de restituer la garantie de bonne conduite à l'auteur de la contestation au plus tard 5 jours après la date à laquelle la décision est devenue définitive.

5. Lorsque l'auteur de la contestation s'adresse directement à la juridiction et que celle-ci fait droit à la demande introduite, les dispositions du paragraphe 4 s'appliquent mutatis mutandis.

6. Les montants encaissés par le pouvoir adjudicateur en exécution de la garantie de bonne conduite constituent des recettes dudit pouvoir adjudicateur. »

13. En réponse à une demande d'éclaircissement de la Cour, les juridictions de renvoi ont confirmé que, dans un arrêt rendu le 15 janvier 2015, la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle, Roumanie) avait déclaré l'article 271 ter, paragraphes 1 et 2, de l'OUG nº 34/2006 inconstitutionnel. La Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) est parvenue à cette conclusion essentiellement au motif que ces dispositions obligeaient le pouvoir adjudicateur à retenir la garantie de bonne conduite lorsque la contestation était rejetée ou retirée, sans donner au CNSC ou à la juridiction saisie la moindre flexibilité pour tenir compte du comportement du requérant. Seul un comportement inapproprié justifierait la perte de la garantie de bonne conduite. Le 4 novembre 2015, la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) a déclaré inconstitutionnel l'article 271 bis, paragraphe 5, de l'OUG nº 34/2006, pour des raisons essentiellement similaires, dans la mesure où cette disposition exigeait que la garantie de bonne conduite prévoie un paiement sans condition si la contestation était rejetée, à la première demande du pouvoir adjudicateur.

14. Lors de l'audience, le gouvernement roumain a expliqué que l'article 271 bis et l'article 271 ter de l'OUG nº 34/2006 étaient toujours en vigueur dans la mesure où ils n'avaient pas été déclarés inconstitutionnels. Il a confirmé que les dispositions restantes [9] obligeaient toujours le demandeur à constituer une garantie de bonne conduite, mais que le pouvoir adjudicateur ne disposait plus d'une base juridique pour la retenir. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur doit à présent restituer la garantie de bonne conduite au demandeur à la fin de la procédure, indépendamment de l'issue de la contestation et, a fortiori, du caractère éventuellement abusif de la demande.

9 — Les dispositions restantes (comme je le conçois) sont, en substance, l'article 271 bis, à l'exception de l'obligation de paiement sans condition visée au paragraphe 5, et l'article 271 ter, paragraphes 3 à 5, de l'OUG nº 34/2006. Dans les présentes conclusions, je ferai référence à ces dispositions sous l'appellation « régime transitoire » en les distinguant tant du « régime initial » que du nouveau régime que le législateur roumain envisage d'adopter à l'avenir, comme le gouvernement roumain l'a indiqué lors de l'audience.

Faits, procédure et questions préjudicielles

Affaire C-439/14

15. L'Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (Institut national de recherche et de développement en informatique, Roumanie, ci-après l'« INCDI ») a organisé une procédure en vue d'attribuer un marché public de fournitures et de services pour le développement et la mise en œuvre d'une plate-forme d'informatique en nuage (*cloud computing*). Le montant estimé du marché, hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA), s'élevait à 61 287 713,71 RON (approximativement 13 700 000 euros). L'INCDI a préparé les documents pertinents d'appel à la concurrence et publié un avis de marché, le 1er avril 2014, dans le Sistemul Electronic de Achiziții Publice (plate-forme électronique de passation des marchés publics). Le critère d'attribution fixé était celui du « prix le plus bas ».

16. Plusieurs opérateurs économiques ont demandé à l'INCDI de clarifier les règles énoncées dans les documents d'appel à la concurrence. L'INCDI a répondu en publiant plusieurs notes explicatives sur la plate-forme électronique de passation des marchés publics.

17. Le 30 juin 2014, SC Star Storage SA (ci-après « Star Storage ») a contesté trois de ces notes explicatives devant le CNSC. Le 18 juillet 2014, le CNSC a rejeté ce recours comme étant irrecevable au motif que Star Storage n'avait pas constitué de garantie de bonne conduite[10]. Star Storage a fait appel de cette décision devant la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest), qui a sursis à statuer et sollicité une décision préjudicielle sur la question suivante :

« Les dispositions de l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, et paragraphe 3, de [la directive 89/665] doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une réglementation qui subordonne l'accès aux procédures de recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur à l'obligation de déposer préalablement une "garantie de bonne conduite", telle que celle régie par les articles 271 bis et 271 ter de [l'OUG nº 34/2006] ? »

Affaire C-488/14

18. Le 21 janvier 2014, RA Aeroportul Oradea (ci-après l'« aéroport d'Oradea ») a publié un avis de marché sur la plate-forme électronique de passation des marchés publics en vue de l'attribution d'un marché public pour agrandir et moderniser cet aéroport. Le montant estimé du marché s'élevait à 101 232 054 RON, hors TVA (approximativement 22 800 000 euros). Le critère d'attribution était celui de l'« offre la plus avantageuse du point de vue économique ».

19. Quatre opérateurs économiques ont présenté des offres. Conformément au rapport d'évaluation des offres du 28 mars 2014, l'offre présentée par le consortium constitué de SC Max Boegl România SRL (ci-après « Max Boegl »), SC UTI Grup SA et Astaldi SpA a été déclarée non conforme. Ce même rapport indiquait que l'offre présentée par le consortium constitué de SC Construcții Napoca SA (ci-après « Construcții Napoca »), SC Aici Cluj SA et CS Icco Energ SRL était classée en deuxième position.

20. Le 10 juillet 2014, le CNSC a rejeté comme non fondées les contestations que ces deux consortiums avaient introduites contre le rapport d'évaluation des offres.

10 — Le montant de la garantie due s'élevait à l'équivalent en RON à 25 000 euros.

21. Le consortium dont Max Boegl est membre et Construcții Napoca ont interjeté appel de ces décisions devant la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea). Lors de l'audience du 10 septembre 2014, la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea) a attiré l'attention des appelants sur l'obligation de constituer une garantie de bonne conduite à la suite de l'entrée en vigueur, le 30 juin 2014, de l'article 271 bis et de l'article 271 ter de l'OUG nº 34/2006 [11]. La Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea) a sursis à statuer et sollicité une décision préjudicielle sur la question suivante :

« L'article 1er, paragraphes 1, 2 et 3, de la [directive 89/665] et l'article 1er, paragraphes 1, 2 et 3, de la directive [92/13] doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation qui subordonne l'accès aux procédures de recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur à l'obligation de déposer préalablement une "garantie de bonne conduite", telle que celle régie par les articles 271 bis et 271 ter de [l'OUG nº 34/2006] ? »

22. Le 13 novembre 2014, le président de la Cour a joint les deux affaires aux fins de la procédure écrite et orale ainsi que de l'arrêt. Star Storage, les gouvernements grec et roumain ainsi que la Commission européenne ont présenté des observations écrites. Max Boegl, le gouvernement roumain et la Commission ont présenté des observations orales lors de l'audience du 14 janvier 2016.

Analyse

Remarques liminaires

23. Le montant du marché public en cause dans l'affaire C-439/14 est supérieur au seuil pertinent prévu à l'article 7, sous b), de la directive 2004/18 s'agissant des marchés publics de fournitures et de services. La directive 89/665 est dès lors applicable à cette procédure [12]. De même, le montant du marché public en cause dans l'affaire C-488/14 atteint les seuils fixés pour les marchés publics de travaux tant à l'article 7, sous c), de la directive 2004/18 qu'à l'article 16, sous b), de la directive 2004/17.

24. Toutefois, le gouvernement roumain et la Commission sont en désaccord sur le cadre juridique pertinent pour le litige au principal dans l'affaire C-488/14. Le gouvernement roumain fait valoir qu'il est uniquement régi par la directive 2004/18 et, par extension, par la directive 89/665. La Commission soutient que, la procédure d'attribution du marché en cause concernant l'extension et la modernisation d'infrastructures aéroportuaires, il relève du champ d'application de la directive 2004/17 [13], et est donc régi par la directive 92/13 [14].

25. Selon moi, la Cour n'a pas suffisamment d'informations concernant ce marché pour déterminer si l'attribution de celui-ci est régie par la directive 89/665 ou la directive 92/13. Cela ne soulève toutefois aucune difficulté en l'espèce. D'un côté, il ressort des faits du litige au principal dans l'affaire C-488/14 que la question soumise à la Cour par la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea) n'est pas hypothétique dans la mesure où elle concerne la directive 92/13. D'un autre côté, les trois premiers paragraphes de l'article 1er de cette directive correspondent, pour l'essentiel, aux trois premiers paragraphes de l'article 1er de la directive 89/665. Par conséquent, les deux questions soulevées par les juridictions de renvoi sont, en substance, identiques et devraient être traitées conjointement.

11 — Il ressort du dossier soumis à la Cour que le montant de chaque garantie de bonne conduite requis dans la procédure devant la juridiction nationale s'élevait à l'équivalent en RON à 100 000 euros.

12 — Article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665.

13 — Article 7, sous b), de la directive 2004/17.

14 — Article 1er, paragraphe 1, de la directive 92/13.

26. De plus, il existe une incertitude quant à l'impact sur les procédures au principal des arrêts rendus par la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) le 15 janvier 2015 et le 4 novembre 2015. Lors de l'audience, le gouvernement roumain a fait valoir que les juridictions de renvoi devront désormais appliquer le régime transitoire. La Commission a, pour sa part, cherché à établir une distinction entre les deux affaires. Dans l'affaire C-488/14, l'obligation de constituer la garantie de bonne conduite est apparue pour la première fois devant la juridiction de renvoi. Cette juridiction devrait donc appliquer le régime *transitoire*. En revanche, dans l'affaire C-439/14, l'obligation est apparue initialement dans le cadre de la procédure devant le CNSC, c'est-à-dire avant les arrêts de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle). C'est pourquoi la Commission soutient que la juridiction de renvoi dans cette affaire devra appliquer le régime *initial* après avoir reçu la réponse de la Cour.

27. Conformément à une jurisprudence constante, il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur l'applicabilité de dispositions nationales pour la solution d'un tel litige. Il incombe au contraire à la Cour de prendre en compte, dans le cadre de la répartition des compétences entre les juridictions de l'Union et nationales, le contexte réglementaire dans lequel s'insère la question préjudicielle, tel que défini dans la décision de renvoi [15]. La Cour est, en revanche, compétente pour fournir à la juridiction de renvoi tous les éléments d'interprétation relevant du droit de l'Union qui peuvent permettre à celle-ci d'apprécier une telle conformité pour le jugement de l'affaire dont elle est saisie [16]. Étant donné qu'il ne peut être établi avec certitude si c'est le régime initial ou le régime transitoire qui s'applique à la procédure au principal dans l'affaire C-439/14, je vais examiner les deux dans les présentes conclusions.

28. Enfin, les informations dont dispose la Cour indiquent que, conformément à l'OUG nº 34/2006, une contestation peut être introduite soit devant le CNSC (dont les décisions peuvent ensuite faire l'objet d'un appel devant une cour d'appel), soit directement devant une juridiction. Étant donné qu'une garantie de bonne conduite est exigée dans chaque affaire, cela n'affecte pas le raisonnement qui suit [17].

Méthodologie de l'analyse

29. Il ressort des premier et deuxième considérants de la directive 89/665 ainsi que des deuxième et troisième considérants de la directive 92/13 que ces directives visent à renforcer les mécanismes existants, tant sur le plan national que sur le plan de l'Union, pour assurer l'application effective des directives en matière de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées [18]. À cet effet, l'article 1er, paragraphe 1, de chaque directive requiert des États membres qu'ils garantissent que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible [19]. Ils doivent assurer une large accessibilité de ces recours pour 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 [20].

15 — Voir, notamment, arrêt du 17 juillet 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, EU:C:2008:421, point 20 et jurisprudence citée).

16 — Arrêt du 16 décembre 2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, point 51 et jurisprudence citée).

17 — Voir, en particulier, article 271 bis, paragraphe 1, et article 271 ter, paragraphes 1 et 5, de l'OUG nº 34/2006.

18 — Voir, en particulier, arrêts du 28 octobre 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, EU:C:1999:534, point 33) ; du 19 juin 2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, point 44 et jurisprudence citée), ainsi que du 28 janvier 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, point 26).

19 — Voir, en particulier, arrêts du 19 juin 2003, Hackermüller (C-249/01, EU:C:2003:359, point 22 et jurisprudence citée), ainsi que du 19 juin 2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, point 44 et jurisprudence citée).

20 — Arrêt du 26 novembre 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, point 28 et jurisprudence citée).

30. Ces directives n'établissent toutefois que les conditions minimales auxquelles doivent répondre les procédures de recours instaurées dans les ordres juridiques nationaux, afin de garantir le respect du droit de l'Union en matière de marchés publics [21]. En l'absence de règle spécifique en la matière, il appartient à chaque État membre de régler les modalités de la procédure administrative et celles de la procédure juridictionnelle destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union en matière de marchés publics. Ces modalités ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires prévus pour la protection des droits tirés de l'ordre juridique interne (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice de ces droits (principe d'effectivité) [22]. Cette dernière condition est essentielle pour atteindre l'objectif principal du droit de l'Union en matière de marchés publics, à savoir l'ouverture de ces marchés à la concurrence non faussée dans tous les États membres [23].

31. Comme la Commission le souligne, ni la directive 89/665 ni la directive 92/13 ne prévoient de règles relatives aux conditions financières que les opérateurs économiques peuvent avoir à remplir pour obtenir l'accès aux procédures de recours contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs. Les dispositions nationales telles que celles en cause dans la procédure au principal relèvent dès lors de l'autonomie procédurale des États membres, sous réserve des principes d'équivalence et d'effectivité. J'examinerai les questions posées à la lumière de ces principes [24].

32. Chacune de ces directives concrétise néanmoins le principe général du droit à un recours effectif dans le domaine particulier des marchés publics [25]. Cela soulève deux questions étroitement liées concernant la portée du principe d'effectivité.

33. Premièrement, ce principe peut-il être limité à la vérification qu'une exigence de procédure nationale telle que celle en cause dans la procédure au principal rend *pratiquement impossible ou excessivement difficile* l'exercice du droit aux procédures de recours prévus aux articles 1er de la directive 89/665 et de la directive 92/13 ? Ou va-t-il plus loin en ce qu'il requiert d'écarter *toute règle nationale qui porte atteinte* à ces dispositions ?

34. La Cour a examiné à plusieurs reprises si des règles procédurales nationales régissant les recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés par le droit de l'Union aux candidats et aux soumissionnaires lésés par des décisions des pouvoirs adjudicateurs portaient atteinte à l'effet utile de la directive 89/665 [26]. Toutefois, la jurisprudence n'offre pas d'approche uniforme sur la manière dont ce test d'effectivité s'articule avec l'autonomie procédurale des États membres et le principe d'effectivité qui limite celle-ci [27]. Dans certaines affaires, l'analyse portait exclusivement sur l'effet utile de la directive 89/665, sans faire référence à l'autonomie procédurale ni à ses limites [28]. D'autres

21 — Arrêt du 30 septembre 2010, Strabag e.a. (C-314/09, EU:C:2010:567, point 33 et jurisprudence citée). Voir également, en ce sens, arrêt du 24 septembre 1998, EvoBus Austria (C-111/97, EU:C:1998:434, point 16).

22 — Voir, notamment, arrêts du 11 septembre 2003, Safalero (C-13/01, EU:C:2003:447, point 49), ainsi que du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, point 46 et jurisprudence citée).

23 — Voir, en ce sens, arrêt du 14 février 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, points 33 et 34).

24 — Voir points 40 à 58 des présentes conclusions.

25 — Voir, en ce sens, ordonnance du vice-président de la Cour du 23 avril 2015, Commission/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, point 28]. L'origine de ce raisonnement remonte à l'arrêt du 15 mai 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, points 18 et 19).

26 — Voir, notamment, arrêts du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, EU:C:2002:746, points 71 et 72) ; du 28 janvier 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, point 27), ainsi que du 30 septembre 2010, Strabag e.a. (C-314/09, EU:C:2010:567, point 34).

27 — En raison de ce défaut d'uniformité, il est difficile de savoir à l'avance quelle méthodologie la Cour suivra dans chaque cas particulier. Voir Prechal, S., Widdershoven, R., « Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection », *Review of European Administrative Law*, n° 4, 2011, p. 39.

28 — Voir, notamment, arrêts du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, EU:C:2002:746, point 71), ainsi que du 28 janvier 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, points 26 à 28).

affaires suggèrent que le test d'effectivité complète le test de l'autonomie procédurale en l'absence de disposition spécifique régissant la matière dans la directive 89/665 [29]. Parfois, les termes employés indiquent que le test d'effectivité fait partie du test de l'autonomie procédurale (et concrétise celui-ci) [30].

35. À mon avis, ce qui importe en définitive, c'est d'assurer que les droits que les justiciables tirent du droit de l'Union bénéficient d'une protection plus large et non plus limitée. L'article 1er de la directive 89/665 et l'article 1er de la directive 92/13 concrétisent le droit à un recours *effectif*. Par conséquent, il n'est pas possible de limiter l'analyse du principe d'effectivité à la question de savoir si une exigence procédurale telle que celle en cause dans la procédure au principal est susceptible de rendre l'exercice de ce droit pratiquement impossible ou excessivement difficile. Au contraire, dans ce contexte spécifique, le test d'effectivité doit certainement impliquer l'examen du point de savoir si une telle exigence est susceptible de *porter atteinte* au droit à des procédures de recours efficaces que ces dispositions garantissent.

36. Deuxièmement, quel impact le droit fondamental à un recours effectif prévu par l'article 47 de la Charte a-t-il sur le principe d'effectivité en tant que limite à l'autonomie procédurale des États membres ?

37. Des règles procédurales telles que celles en cause dans les procédures au principal relèvent clairement du champ d'application de l'article 1er de la directive 89/665 et de l'article 1er de la directive 92/13. Par ailleurs, le droit fondamental à un recours effectif, que ces dispositions concrétisent, couvre de telles règles [31]. Par conséquent, l'article 47 de la Charte s'applique aux procédures au principal [32]. Le dépôt de la garantie de bonne conduite est une condition préalable à l'examen de toute contestation [33]. Cette exigence constitue donc une limitation du droit à un recours effectif devant un tribunal au sens de l'article 47 [34]. Dès lors, une telle limitation peut être justifiée uniquement si elle est prévue par la loi, si elle respecte le contenu essentiel dudit droit et si, dans le respect du principe de proportionnalité, elle est nécessaire et répond effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui [35]. Cet

29 — Arrêts du 30 septembre 2010, Strabag e.a. (C-314/09, EU:C:2010:567, point 34), ainsi que du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, points 47, 50 et 72).

30 — Arrêt du 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, points 40 – voir en particulier le terme introductif : « [n]otamment» – et 41). Dans l'arrêt du 15 avril 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, points 47 et 48), la Cour a jugé que les exigences d'équivalence et d'effectivité *exprimaient* l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. Elle a employé la même formule dans l'ordonnance du 24 avril 2009, Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269, point 98). La Cour a, de la même façon, assimilé le principe d'effectivité en tant que limite à l'autonomie procédurale au droit à un recours effectif figurant à l'article 47 de la Charte dans l'arrêt du 6 octobre 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, point 52 et jurisprudence citée).

31 — Voir, notamment, arrêts du 15 avril 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, point 44 et jurisprudence citée), ainsi que du 17 juillet 2014, Sánchez Morcillo et Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, point 35 et jurisprudence citée).

32 — Voir, en ce sens, arrêt du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, point 49). Voir également, par analogie, arrêt du 17 décembre 2015, Tall (C-239/14, EU:C:2015:824, point 51). Dans la mesure où il s'applique aux États membres, l'article 47 de la Charte fait écho à l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE et précise le principe de coopération loyale figurant à l'article 4, paragraphe 3, TUE. Voir, sur ce dernier point, arrêt du 13 mars 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, point 37).

33 — Article 271 bis, paragraphe 2, de l'OUG nº 34/2006.

34 — Voir, par analogie, point 37 des conclusions que l'avocat général Jääskinen a présentées le 7 mai 2015 dans l'affaire Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:307). La Cour de Strasbourg considère que des frais de justice ou une caution portent en principe atteinte au droit d'accès à un tribunal protégé à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH si le paiement est une condition préalable à l'examen de l'affaire. Voir, notamment, Cour EDH, 13 juillet 1995, Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, § 59 à 67 ; 4 mai 2006, Weissman et autres c. Roumanie, CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, § 32 à 44, ainsi que 12 juillet 2007, Stankov c. Bulgarie, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 53.

35 — Voir, notamment, arrêt du 17 septembre 2014, Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229, point 72), ainsi que point 80 des conclusions que j'ai présentées le 10 mars 2016 dans l'affaire Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a. (C-543/14, EU:C:2016:157).

examen est analogue à celui que la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour de Strasbourg ») opère lorsqu'elle examine si des restrictions financières à l'accès aux tribunaux sont compatibles avec l'article 6, paragraphe 1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH ») [36].

38. La jurisprudence de la Cour ne fournit à nouveau aucune orientation claire à ce sujet [37]. De mon point de vue, dans des affaires telles que celles-ci, l'examen visé à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte est requis pour atteindre le niveau de protection que l'article 47 de la Charte confère aux justiciables. L'application d'une méthodologie différente aurait l'effet surprenant (et à mon sens inacceptable) de permettre aux États membres d'échapper à ce test au seul motif qu'ils agiraient dans le cadre de leur autonomie procédurale, dans un domaine où le législateur de l'Union a concrétisé le droit à un recours effectif.

39. Dans ce qui suit, je vais donc examiner si des règles nationales telles que celles en cause dans la procédure au principal, qui relèvent de l'autonomie procédurale des États membres, respectent les principes d'équivalence et d'effectivité. Toutefois, étant donné que l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665 ainsi que de la directive 92/13 régit ces règles, et que ces dispositions consacrent, dans le domaine particulier des marchés publics, le droit fondamental à un recours effectif garanti par l'article 47 de la Charte, je le ferai en considérant que le principe d'effectivité implique d'analyser si de telles règles nationales, qui limitent ce droit, répondent au critère de proportionnalité visé à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte. Si tel n'est pas le cas, elles portent atteinte à l'effet utile de l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de chaque directive.

Le régime initial

40. L'article 1er, paragraphe 2, de la directive 89/665 et l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 92/13 concrétisent le principe d'équivalence. Ce principe suppose que la règle nationale en cause s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit de l'Union et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne ayant un objet et une cause semblables [38].

41. Je ne suis pas d'accord avec Star Storage lorsqu'elle affirme que des règles nationales telles que celles en cause dans les procédures au principal sont incompatibles avec ce principe. S'il est vrai qu'elles créent une charge financière spécifique pour accéder aux procédures de recours en matière de marchés publics, le principe d'équivalence ne requiert pas que des règles procédurales nationales identiques s'appliquent à des contentieux de nature différente (tels que le contentieux civil, d'un côté, et le contentieux administratif, de l'autre), ou à des contentieux relevant de deux branches de droit

36 — La Cour de Strasbourg a déclaré que, si les États membres jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour appliquer de telles limitations, ces limitations ne doivent pas restreindre ni réduire l'accès à un tribunal d'une manière telle que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même, elles doivent poursuivre un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché. Voir, en ce sens, Cour EDH, 13 juillet 1995, Tolstoy-Miloslavsky c. Royaume-Uni, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, § 59 à 67, ainsi que19 juin 2001, Kreuz c. Pologne, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, § 54 et 55 [cités dans l'arrêt du 22 décembre 2010, DEB (C-279/09, EU:C:2010:811, point 47)]. Voir également Cour EDH, 14 décembre 2006, Markovic et autres c. Italie, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, § 99.

37 — Dans l'arrêt Orizzonte Salute, la Cour a déclaré que l'article 1er de la directive 89/665 devait nécessairement être interprété à la lumière de l'article 47 de la Charte. Cependant, elle s'est bornée, dans l'analyse du principe d'effectivité, à vérifier que le système des frais de justice en cause n'était pas susceptible de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union en matière de marchés publics [arrêt du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, points 49 et 72)]. La Cour n'a pas opéré de test de proportionnalité au titre de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte. En revanche, dans d'autres affaires, elle a appliqué le critère de proportionnalité pour évaluer des limitations au droit à un recours effectif devant un tribunal prévu à l'article 47 de la Charte. Voir, notamment, arrêts du 18 mars 2010, Alassini e.a. (C-317/08 à C-320/08, EU:C:2010:146, points 61 à 66), ainsi que du 26 septembre 2013, Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, points 84 à 88).

38 — Voir, en dernier lieu, arrêt du 12 février 2015, Surgicare (C-662/13, EU:C:2015:89, point 30).

différentes [39]. Le gouvernement roumain a par ailleurs confirmé, lors de l'audience, que les dispositions nationales en cause dans les procédures au principal s'appliquaient à toutes les procédures de recours ouvertes à l'encontre de décisions des pouvoirs adjudicateurs, que les règles de l'Union en matière de marchés publics régissent ou non la procédure de passation des marchés.

42. Quid du principe d'effectivité et du test de proportionnalité visé à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte ?

43. Il n'est pas contesté que la limitation résultant des articles 271 bis et 271 ter de l'OUG nº 34/2006 est *prévue par la loi*.

44. Selon la seconde condition relative au critère de proportionnalité, la mesure doit répondre à un *objectif légitime* (c'est-à-dire à un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui). Il est constant que la garantie de bonne conduite est une source de revenus pour le pouvoir adjudicateur lorsque ce dernier la retient. Cette garantie ne sert dès lors pas à financer le système judiciaire [40]. Les dispositions nationales prévoyant la garantie de bonne conduite visent plutôt, en substance, à protéger les pouvoirs adjudicateurs, le CNSC et les juridictions de contestations abusives que des opérateurs économiques (y compris ceux qui ne sont pas soumissionnaires) pourraient introduire à des fins étrangères à celles pour lesquelles les procédures de recours ont été créées [41]. Un tel objectif est indéniablement légitime [42]. En particulier, le fait de dissuader les contestations abusives permet aux organes chargés de contrôler les décisions des pouvoirs adjudicateurs de se concentrer sur les « véritables » contestations. Cela pourrait contribuer au respect de l'obligation faite aux États membres de s'assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, lorsqu'est invoquée une violation par ces décisions du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit [43].

45. La question suivante est celle de savoir si des dispositions nationales telles que celles en cause dans les procédures au principal sont *de nature à atteindre cet objectif*.

46. Comme l'illustrent ces procédures [44], de telles dispositions peuvent occasionner des frais substantiels à un opérateur économique qui voit sa contestation rejetée ou qui y renonce [45]. Ces frais peuvent atteindre l'équivalent de 25 000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services et 100 000 euros pour les marchés publics de travaux, en plus des frais associés à la constitution de la garantie [46]. Lors de l'audience, le gouvernement roumain a confirmé qu'en application du régime initial, le demandeur perdait le montant total de la garantie de bonne conduite dès lors que le pouvoir adjudicateur était obligé de retenir celle-ci. Ni le CNSC ni la juridiction saisie de la contestation ne sont habilités à ordonner au pouvoir adjudicateur de ne retenir qu'une partie de la garantie de bonne conduite, eu égard aux circonstances spécifiques de l'affaire.

39 — Arrêt du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, point 67 et jurisprudence citée).

40 — Cela distingue la garantie de bonne conduite des frais de justice en cause dans l'arrêt du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655).

41 — Aux termes de l'introduction de l'ordonnance d'urgence du gouvernement nº 51/2014, les contestations qui sont manifestement infondées ou qui ont pour seul but de retarder les procédures ont plusieurs conséquences préjudiciables. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs peuvent-ils perdre un financement externe (y compris de l'Union) en raison de retards excessifs dans les procédures d'attribution de marchés publics et être incapables de mener à bien d'importants projets d'intérêt public. Par ailleurs, des contestations abusives surchargent le personnel chargé de la défense des pouvoirs adjudicateurs devant le CNSC ou les juridictions et nuisent plus généralement à l'efficacité du CNSC.

42 — Voir, par analogie arrêt du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, points 73 et 74). C'est également la position de la Cour de Strasbourg. Voir, notamment, Cour EDH, 12 juillet 2007, Stankov c. Bulgarie, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 57, et 3 juin 2014, Harrison McKee c. Hongrie, CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, § 27.

43 — Article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665 et de la directive 92/13.

44 — Voir notes 10 et 11 des présentes conclusions.

45 — Sauf lorsque le pouvoir adjudicateur ne doit pas retenir la garantie de bonne conduite en application de l'article 271 ter, paragraphe 3.

46 — Voir point 55 des présentes conclusions.

47. À mon avis, des frais d'une telle ampleur sont de nature à dissuader l'introduction de contestations abusives car celles-ci sont, par essence, vouées à l'échec et, dès lors, donnent lieu à la perte automatique de la totalité de la garantie de bonne conduite et des frais associés [47]. Cette conclusion n'est pas remise en cause par la circonstance, rappelée par la Cour dans l'arrêt Orizzonte Salute [48], que les entreprises souhaitant participer à des marchés publics régis par les règles de l'Union en la matière sont tenues d'avoir une capacité économique et financière appropriée. Tout d'abord, les dispositions nationales en cause dans les procédures au principal s'appliquent à tous les opérateurs économiques contestant des décisions de pouvoirs adjudicateurs et non, par conséquent, aux seuls soumissionnaires. Ensuite, l'obligation faite aux soumissionnaires d'avoir une capacité économique et financière n'est pas absolue. L'article 47, paragraphe 2, de la directive 2004/18 dispose qu'un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, pour établir cette capacité [49]. Par conséquent, une personne ne peut être écartée d'une procédure de passation d'un marché public de services au seul motif qu'elle entend mettre en œuvre, pour exécuter le marché, des moyens qu'elle ne détient pas en propre mais qui appartiennent à une ou plusieurs entités autres qu'elle-même [50]. Enfin, l'élément de raisonnement formulé par la Cour dans l'arrêt Orizzonte Salute au sujet de la capacité économique et financière s'inscrivait dans le cadre d'une analyse de limitations financières de l'accès aux procédures de recours bien inférieures à celles en cause dans les présentes affaires [51].

48. La dernière partie de l'examen de proportionnalité réside dans le fait que les mesures en cause *ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire* pour atteindre leur objectif [52]. Lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante de celles-ci et les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux objectifs visés [53].

49. Sous le régime initial, le demandeur perd automatiquement la garantie de bonne conduite lorsque sa contestation est rejetée ou qu'il y renonce. C'est également vrai lorsqu'il n'existe aucun élément indiquant un abus de la procédure de recours (par exemple, parce que la contestation est manifestement dépourvue de tout fondement ou qu'elle a été introduite dans le seul but de retarder la procédure de passation du marché public). Pour des raisons analogues à celles que j'ai évoquées précédemment [54], le régime initial entrave donc de façon significative l'accès aux procédures de recours contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs pour les personnes ayant (même si leur contestation est finalement rejetée) des « griefs défendables » (*arguable claims*) [55]. Il est donc susceptible de dissuader une partie substantielle des demandeurs potentiels d'introduire une contestation si ceux-ci ne peuvent avoir une assurance raisonnable qu'elle aboutira. On rencontre, selon moi, des exemples de ce genre de situations lorsqu'il n'existe pas de jurisprudence établie sur le point litigieux ou lorsque la contestation vise à remettre en question une évaluation du pouvoir adjudicateur pour laquelle ce dernier jouit d'un large pouvoir d'appréciation.

47 — Cela est d'autant plus vrai pour les soumissionnaires, qui sont en outre tenus de constituer une garantie d'adjudication pouvant atteindre 2 % du montant estimé du marché (article 43 bis de l'OUG n° 34/2006). Bien que le gouvernement roumain ait indiqué, lors de l'audience, que les deux garanties avaient des finalités différentes, il n'en reste pas moins qu'un soumissionnaire peut perdre les deux au cours d'une seule procédure de passation de marché.

48 — Arrêt du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, point 64).

49 — Voir également article 63, 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 (JO 2014, L 94, p. 65).

50 — Arrêts du 2 décembre 1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, point 26) ; du 18 mars 2004, Siemens et ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, point 43), ainsi que du 10 octobre 2013, Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, point 32).

51 — Les frais de justice ordinaires dans cette affaire s'élevaient à 2 000, 4 000 ou 6 000 euros selon le montant du marché public.

52 — Voir, en ce sens, arrêt du 17 décembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, point 74).

53 — Voir, notamment, arrêt du 29 avril 2015, Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, point 58 et jurisprudence citée).

54 — Point 46 des présentes conclusions.

55 — J'emprunte cette expression à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, selon laquelle l'objet de l'article 13 de la CEDH est de garantir un recours effectif pour les « griefs défendables ». Voir, notamment, Cour EDH, 23 juin 2011, Diallo c. République tchèque, CE:ECHR:2011:0623JUD002049307, § 56.

50. Il me semble qu'il aurait été possible d'éviter cet effet indésirable (et l'entrave considérable que cela représente pour le droit à un recours effectif) sans compromettre l'objectif tendant à dissuader les contestations abusives. En cas de rejet ou de retrait d'une contestation, le CNSC ou la juridiction compétente auraient, par exemple, pu être habilités à déterminer si cette contestation était abusive ou pas, en tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes [56], et, par conséquent, à décider s'il était justifié de retenir (tout ou partie de) la garantie de bonne conduite.

51. Je suis donc d'accord avec Star Storage, Max Boegl et la Commission sur le fait que le régime initial entraîne une limitation disproportionnée du droit à un recours effectif protégé par l'article 47 de la Charte et, par conséquent, porte atteinte à l'effet utile de l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665 et de l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 92/13. Ce régime affecte également l'essence même de ce droit car il est susceptible, en pratique, de priver des opérateurs économiques qui ont, ou qui ont eu, un intérêt à obtenir un marché déterminé de l'accès à un recours contre les décisions de pouvoirs adjudicateurs présumées illégales.

52. Pour ces raisons, je conclus que l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665 et l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 92/13, lus à la lumière de l'article 47 de la Charte, s'opposent à une réglementation nationale telle que celle en cause dans les procédures au principal, qui oblige le demandeur à constituer une « garantie de bonne conduite » pour avoir accès à un recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur relatives à la passation de marchés publics, et qui prévoit que le pouvoir adjudicateur doit retenir cette garantie si la contestation est rejetée ou retirée, indépendamment du caractère éventuellement abusif de la contestation.

Le régime transitoire

53. Je vais à présent examiner le régime transitoire, qui diffère du régime initial en ce que le demandeur récupère la garantie de bonne conduite indépendamment de l'issue du litige.

54. Le raisonnement sur l'équivalence que j'ai développé ci-dessus est également applicable ici [57].

55. S'agissant de l'effectivité, il est clair qu'une exigence procédurale telle que celle résultant de l'article 271 bis, paragraphe 1, de l'OUG nº 34/2006 limite nécessairement, en soi, le droit d'accès aux procédures de recours contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs. Cette exigence est une condition préalable à l'examen d'une contestation au fond [58]. De plus, bien que le demandeur récupère la garantie de bonne conduite à l'issue de sa contestation, sa constitution représente nécessairement une charge financière pour lui. Ainsi, la première phrase de l'article 271 bis, paragraphe 3, de l'OUG nº 34/2006 décrit-elle deux méthodes de constitution de la garantie de bonne conduite. Si le demandeur fait un virement bancaire, il est privé de l'usage d'une somme potentiellement conséquente pendant toute la période allant de la date d'introduction de la contestation jusqu'à la date à laquelle la décision du CNSC ou de la juridiction compétente devient définitive. Le demandeur supporte donc le coût d'opportunité induit par l'impossibilité d'utiliser ces fonds à d'autres fins. Si le demandeur opte plutôt pour un instrument de garantie fourni par une banque ou une compagnie d'assurances, il doit supporter les frais générés par cet instrument [59].

56 — Ces circonstances pourraient inclure le point de savoir si la jurisprudence est établie sur un point de droit particulier, si la contestation reprend simplement une contestation antérieure, ou si elle est basée sur une lecture à l'évidence fausse de la mesure attaquée ou sur une prémisse factuelle manifestement erronée.

57 — Voir points 40 et 41 des présentes conclusions.

58 — Article 271 bis, paragraphe 2, de l'OUG nº 34/2006.

59 — On ne sait pas très bien si le demandeur serait remboursé de ces frais par le pouvoir adjudicateur si le CNSC ou la juridiction faisait droit à la contestation. Même si c'était le cas, le demandeur ayant eu gain de cause aurait quand même dû supporter les frais au départ pour avoir accès à la procédure de recours. Par conséquent, l'obligation de fournir une garantie constituerait malgré tout un obstacle à cet accès.

56. Il me paraît clair, de surcroît, qu'une telle exigence procédurale n'est pas propre à protéger efficacement les pouvoirs adjudicateurs des contestations abusives. Sous le régime transitoire, le pouvoir adjudicateur doit restituer la garantie de bonne conduite au demandeur dans les cinq jours suivant la date à laquelle la décision du CNSC ou le jugement deviennent définitifs, et ce même si le demandeur a manifestement exercé son droit d'accès aux procédures de recours de manière abusive. Dès lors, les coûts qu'entraîne le régime transitoire peuvent ne pas être de nature à dissuader un opérateur économique d'introduire une contestation à des fins étrangères à celles pour lesquelles les procédures de recours sont prévues, par exemple, nuire à un concurrent. Ils peuvent cependant être un obstacle pour un opérateur économique ayant une demande fondée mais des moyens limités.

57. Enfin, le régime transitoire, comme le régime initial, n'opère aucune distinction entre les griefs défendables et ceux présentant un caractère abusif. C'est pourquoi la limitation de l'accès aux procédures de recours qu'il entraîne va clairement au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif consistant à dissuader les contestations abusives.

58. Par conséquent, je conclus que l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665 et l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 92/13, lus à la lumière de l'article 47 de la Charte, s'opposent à une réglementation nationale telle que le régime transitoire, qui oblige le demandeur à constituer une « garantie de bonne conduite » pour avoir accès à un recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur, et qui prévoit que ce demandeur récupère automatiquement la garantie à la fin de la contestation, quelle qu'en soit l'issue.

Conclusion

59. À la lumière des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre aux questions posées par la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest) et la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea) de la manière suivante :

— Les dispositions de l'article 1er, paragraphes 1 et 3, 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, telles que modifiées par l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, lues à la lumière de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, s'opposent à une réglementation nationale telle que celle en cause dans les procédures au principal, qui oblige le demandeur à constituer une « garantie de bonne conduite » pour avoir accès à un recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur relatives à la passation de marchés publics, et qui prévoit que le pouvoir adjudicateur doit retenir cette garantie si la contestation est rejetée ou retirée, indépendamment du caractère éventuellement abusif de la contestation.

— Les mêmes dispositions du droit de l'Union s'opposent également à une réglementation nationale telle que le régime transitoire, qui oblige le demandeur à constituer une « garantie de bonne conduite » pour avoir accès à un recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur, et qui prévoit que ce demandeur récupère automatiquement la garantie à la fin de la contestation, quelle qu'en soit l'issue.