

## ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

15 septembre 2016 (\*)

« Renvoi préjudiciel – Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE – Marchés publics – Procédures de recours – Réglementation nationale subordonnant la recevabilité des recours contre les actes du pouvoir adjudicateur à la constitution d’une “garantie de bonne conduite” – Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – Article 47 – Droit à un recours effectif »

Dans les affaires jointes C-439/14 et C-488/14,

ayant pour objet des demandes de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduites par la Curtea de Apel București (cour d’appel de Bucarest, Roumanie) et la Curtea de Apel Oradea (cour d’appel d’Oradea, Roumanie), par décisions du 19 septembre 2014 et du 8 octobre 2014, respectivement parvenues à la Cour le 24 septembre 2014 et le 4 novembre 2014, dans les procédures

**SC Star Storage SA**

contre

**Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (INCI) (C-439/14),**

et

**SC Max Boegl România SRL,**

**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,**

**Iamsat Muntenia SA (C-488/14),**

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. L. Bay Larsen, président de chambre, MM. D. Šváby, J. Malenovský, M. Safjan et M. Vilaras (rapporteur), juges,

avocat général : M<sup>me</sup> E. Sharpston,

greffier : M<sup>me</sup> L. Carrasco Marco, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 14 janvier 2016,

considérant les observations présentées :

- pour SC Star Storage SA, par M<sup>e</sup> A. Fetiță, avocate,
- pour SC Max Boegl România SRL, par M<sup>e</sup> F. Irimia, avocat,
- pour le gouvernement roumain, par M. R.-H. Radu ainsi que par M<sup>mes</sup> R. Hațeganu, D. Bulancea et M. Bejenar, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement grec, par M. K. Georgiadis et M<sup>me</sup> K. Karavasili, en qualité d'agents,
- pour la Commission européenne, par MM. A. Tokár et I. Rogalski, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 28 avril 2016,

rend le présent

### Arrêt

- 1 Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 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 (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) (ci-après la « directive 89/665 »), et de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 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 (JO 1992, L 76, p. 14), telle que modifiée par la directive 2007/66 (ci-après la « directive 92/13 »), ainsi que sur l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »).
- 2 Ces demandes ont été présentées, dans l'affaire C-439/14, dans le cadre d'un litige opposant SC Star Storage SA à l'Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) [Institut national de recherche et de développement informatique (ICI)] au sujet d'une procédure de passation d'un marché public portant sur l'acquisition d'une infrastructure informatique et de services relatifs à la préparation, à la gestion, au développement et à la mise en œuvre d'une plateforme de *cloud computing* (informatique en nuage) et, dans l'affaire C-488/14, dans le cadre d'un litige opposant SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA, Astaldi SpA et SC Construcții Napoca SA (ci-après « Max Boegl e.a. ») à RA Aeroportul Oradea SA, à SC Porr Construct SRL, à Teerag-Asdag Aktiengesellschaft, à SC Col-Air Trading SRL, à AZVI SA, à Trameco SA et à Iamsat Muntenia SA au sujet d'une procédure de passation d'un marché public relatif aux travaux d'extension et de modernisation des infrastructures de l'aéroport d'Oradea (Roumanie).

#### Le cadre juridique

##### *Le droit de l'Union*

##### La directive 89/665

- 3 L'article 1<sup>er</sup> de la directive 89/665, intitulé « Champ d'application et accessibilité des procédures de recours » dispose, à ses paragraphes 1 à 3 :

- « 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 [(JO 2004, L 134, p. 114)], 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 communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

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 communautaire 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. »

La directive 92/13

- 4 L'article 1<sup>er</sup> de la directive 92/13, également intitulé « Champ d'application et accessibilité des procédures de recours », dispose, à ses paragraphes 1 à 3 :

- « 1. La présente directive s'applique aux marchés visés par 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)], sauf si ces marchés sont exclus en application de l'article 5, paragraphe 2, des articles 18 à 26, des articles 29 et 30 ou de l'article 62 de ladite directive.

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

Les États membres prennent, en ce qui concerne les marchés relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés ou les règles nationales transposant ce droit.

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 de passation de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire 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. »

La directive 2007/66

- 5 Le considérant 36 de la directive 2007/66 expose :

« La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la [Charte]. En particulier, la présente directive vise à assurer le plein respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de ladite [Charte]. »

La directive 2004/17

6 L'article 16, sous b), de la directive 2004/17 prévoit :

« À moins qu'ils ne soient exclus en vertu des exclusions prévues aux articles 19 à 26 ou conformément à l'article 30 concernant la poursuite de l'activité en question, la présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants :

[...]

b) 5 186 000 EUR en ce qui concerne les marchés de travaux. »

La directive 2004/18

7 L'article 7, sous b) et c), de la directive 2004/18 dispose :

« La présente directive s'applique aux marchés publics qui ne sont pas exclus en vertu des exceptions prévues aux articles 10 et 11 et des articles 12 à 18 et dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants :

[...]

b) 207 000 [euros] :

- pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés à l'annexe IV,
- pour les marchés publics de fournitures passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'annexe IV qui opèrent dans le domaine de la défense lorsque ces marchés concernent des produits non visés par l'annexe V,
- pour les marchés publics de services passés par un pouvoir adjudicateur ayant pour objet des services de la catégorie 8 de l'annexe II A, des services de télécommunications de la catégorie 5 dont les positions dans le CPV sont l'équivalent des numéros de référence CPC 7524, 7525 et 7526 et/ou des services figurant à l'annexe II B ;

c) 5 186 000 [euros], pour les marchés publics de travaux. »

*Le droit roumain*

8 Les articles 271 bis et 271 ter de l'Ordonanța de Urgență a Guvernului n° 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (ordonnance d'urgence du gouvernement n° 34/2006, relative aux procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services), telle que modifiée et complétée par l'Ordonanța de Urgență a Guvernului n° 51/2014 (ordonnance d'urgence du gouvernement n° 51/2014) (ci-après l'« OUG n°34/2006 »)], disposent :

« 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 de la contestation /demande/recours et la date où la décision du conseil national de règlement des contestations/de la juridiction tranchant ladite contestation/demande/recours est devenue définitive.

- (2) La contestation/demande/recours est rejetée dans le cas où l'auteur de la contestation 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 société d'assurance ; l'original est déposé au siège du pouvoir adjudicateur et une copie auprès du conseil national de règlement des contestations ou de la juridiction, en même temps que la contestation /demande/recours.
- (4) Le montant de la garantie de bonne conduite est fixé proportionnellement au montant estimé du marché à attribuer, comme suit :
  - a) 1 % de la valeur estimée, si celle-ci est inférieure aux seuils de valeur visés à l'article 55, paragraphe 2, points a) et b)
  - b) 1 % de la valeur estimée, si celle-ci est inférieure aux seuils de valeur visés à l'article 55, paragraphe 2, point c), mais pas supérieure à l'équivalent en [leu roumain (RON)] de 10 000 [euros], au taux de la Banque nationale de Roumanie à la date de constitution de la garantie
  - c) 1 % de la valeur estimée, si celle-ci est égale ou supérieure aux seuils de valeur visés à l'article 55, paragraphe 2, points a) et b), mais pas supérieure à l'équivalent en RON de 25 000 [euros], au taux de la Banque nationale de Roumanie à la date de constitution de la garantie
  - d) 1 % de la valeur estimée, si celle-ci est égale ou supérieure aux seuils de valeur visés à l'article 55, paragraphe 2, point c), mais pas supérieure à l'équivalent en RON de 100 000 [euros], au taux de la Banque nationale de Roumanie 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 inconditionnel à première demande du pouvoir adjudicateur lorsque la contestation/demande/recours est rejetée.
- (6) Dans le cas où, le dernier jour de validité de la garantie de bonne conduite, la décision du conseil national de règlement des contestations 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.
- (7) Les dispositions visées aux paragraphes 1 à 6 s'appliquent également mutatis mutandis dans le cas où le recours contre la décision du conseil national de règlement des contestations est formé par une autre personne que le pouvoir adjudicateur ou l'auteur de la contestation, conformément à l'article 281.

#### Article 271 ter

- (1) Lorsque la contestation est rejetée par le conseil national de règlement des contestations 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 conseil national de règlement des contestations/de la juridiction devient définitive. La retenue 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 la contestation /demande/recours.
- (3) La mesure visée au paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le conseil national de règlement des contestations/la juridiction rejette la contestation comme étant devenue sans objet ou lorsqu'il est

renoncé à la contestation/demande/recours à la suite de l'adoption, par le pouvoir adjudicateur, des mesures rectificatives nécessaires conformément à l'article 256 quater, paragraphe 1.

- (4) Lorsque le conseil national de règlement des contestations fait droit à la contestation ou que la juridiction compétente fait droit au recours formé contre la décision du conseil national de règlement des contestations 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. »

### Les litiges au principal et les questions préjudicielles

#### *L'affaire C-439/14*

- 9 L'ICI a, en qualité de pouvoir adjudicateur, publié le 1<sup>er</sup> avril 2014, dans le Sistemul Electronic de Achiziții Publice (plateforme électronique de passation des marchés publics, ci-après le « SEAP ») un avis portant ouverture d'une procédure d'appel d'offres aux fins de l'attribution d'un marché public relatif à l'acquisition d'une infrastructure informatique et de services relatifs à la préparation, à la gestion, au développement et à la mise en œuvre d'une plateforme de *cloud computing* (informatique en nuage) ainsi que le dossier d'appel d'offres correspondant. Le critère d'attribution de ce marché, d'une valeur estimée à 61 287 713,71 RON (environ 13 700 000 euros), hors taxe sur la valeur ajoutée était le « prix le plus bas ».
- 10 À la suite de demandes formées par des opérateurs économiques, l'ICI a publié dans le SEAP une série d'éclaircissements des stipulations du dossier d'appel d'offres.
- 11 Le 30 juin 2014, Star Storage a contesté les éclaircissements n<sup>os</sup> 4 et 5 du 24 juin 2014 et n<sup>o</sup> 7 du 26 juin 2014 devant le Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Conseil national de règlement des contestations, ci-après le « CNSC »).
- 12 Par décision du 18 juillet 2014, le CNSC a, sur le fondement, notamment, de l'article 271 bis, paragraphe 2, de l'OUG n<sup>o</sup> 34/2006, rejeté cette contestation comme étant irrecevable, au motif que Star Storage n'avait pas constitué la garantie de bonne conduite.
- 13 Le 5 août 2014, Star Storage a saisi la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest, Roumanie) d'un recours tendant, notamment, à l'annulation de cette décision de rejet, en faisant valoir que l'obligation de constituer une garantie de bonne conduite prévue par la réglementation roumaine était contraire à la fois à la Constitution roumaine et au droit de l'Union.
- 14 La juridiction de renvoi estime que, du fait de son importance et des règles qui la régissent, la garantie de bonne conduite est de nature à porter gravement atteinte au droit des opérateurs économiques à une procédure de recours efficace contre les actes des pouvoirs adjudicateurs.
- 15 Dans ces conditions, la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Les dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, 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 des 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] n<sup>o</sup> 34/2006 ? »

#### *L'affaire C-488/14*

- 16 RA Aeroportul Oradea a, en qualité de pouvoir adjudicateur, publié le 21 janvier 2014 dans le SEAP un avis portant ouverture d'une procédure d'appel d'offres aux fins de l'attribution d'un marché public relatif aux travaux d'extension et de modernisation des infrastructures de l'aéroport d'Oradea (Roumanie). Le montant estimé du marché s'élève à 101 232 054 RON (environ 22 800 000 euros), hors taxe sur la valeur ajoutée, le critère d'attribution retenu étant l'« offre la plus avantageuse du point de vue économique ».
- 17 Aux termes du rapport dressé à la suite de l'évaluation des offres, l'offre déposée par l'association formée par SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA et Astaldi SpA a été déclarée non conforme, tandis que celle déposée par l'association formée par SC Construcții Napoca SA, SC Aici Cluj SA et CS Icco Energ SRL a, en application du critère d'attribution retenu, été classée en deuxième position.
- 18 Ces deux associations soumissionnaires ont chacune introduit une contestation contre ce rapport devant le CNSC. Par décision de celui-ci, du 10 juillet 2014, ces contestations ont été rejetées comme étant non fondées. Ces deux associations ont, en conséquence, chacune formé un recours contre cette décision de rejet devant la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea).
- 19 Lors de l'audience qui s'est tenue le 10 septembre 2014, cette juridiction a attiré l'attention des requérantes au principal sur le fait que, eu égard à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juillet 2014, des articles 271 bis et 271 ter de l'OUG n° 34/2006, elles étaient tenues de constituer une « garantie de bonne conduite ». Max Boegl e.a. a alors demandé que la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle, Roumanie) soit saisie d'une exception d'inconstitutionnalité de ces dispositions et que la Cour soit saisie d'une demande de décision préjudicielle.
- 20 Dans ces conditions, la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea, Roumanie) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Les dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, de la directive 89/665 et de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, de la directive 92/13 [...] 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 n° 34/2006 ? »

### **La procédure devant la Cour**

- 21 Par ordonnances du 13 novembre 2014 et du 10 décembre 2014, le président de la Cour a rejeté les demandes de la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest) et de la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea) tendant à ce que les affaires C-439/14 et C-488/14 soient soumises à la procédure accélérée prévue à l'article 105, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour.
- 22 Par décision du président de la Cour du 13 novembre 2014, les affaires C-439/14 et C-488/14 ont été jointes aux fins de la phase écrite et orale de la procédure ainsi que de l'arrêt.
- 23 Par arrêt n° 5 du 15 janvier 2015, la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) a partiellement accueilli l'exception d'inconstitutionnalité des articles 271 bis et 271 ter de l'OUG n° 34/2006 respectivement soulevée par Star Storage et Max Boegl e.a.
- 24 Par lettre du 21 juillet 2015, la Cour a, en application de l'article 101 de son règlement de procédure, adressé à la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest) et à la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea) une demande d'éclaircissements, les invitant à présenter leurs observations sur l'arrêt de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) n° 5 du 15 janvier 2015 et ses incidences éventuelles sur leur demande de décision préjudicielle respective.
- 25 Par lettre du 11 août 2015, parvenue à la Cour le 26 août 2015, la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea) a indiqué, en substance, que l'arrêt de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) n° 5 du 15 janvier 2015 avait accueilli l'exception d'inconstitutionnalité relative aux dispositions de l'article

271 ter, paragraphes 1 et 2, de l'OUG n° 34/2006, mais rejeté celle relative aux dispositions de l'article 271 bis et de l'article 271 ter, paragraphes 3 à 6, de l'OUG n° 34/2006, de telle sorte que sa demande préjudicielle ne portait plus que sur ces dernières dispositions.

26 Par lettre du 14 septembre 2015, parvenue à la Cour le 23 septembre 2015, la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest) a également indiqué, en substance, que l'arrêt de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) n° 5 du 15 janvier 2015 avait confirmé la constitutionnalité de l'obligation de constituer la garantie de bonne conduite en tant que condition de recevabilité de tout recours et qu'il demeurerait, par conséquent, nécessaire d'examiner si les dispositions des articles 271 bis et 271 ter de l'OUG n° 34/2006, déclarées conformes à la Constitution roumaine, qui subordonnent l'exercice des voies de recours dans le cadre des procédures de passation de marchés publics à la condition de constituer une « garantie de bonne conduite », peuvent être considérées comme étant compatibles avec le principe de protection juridictionnelle effective, tel qu'il est protégé par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, de la directive 89/665 et par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, de la directive 92/13, lus en combinaison avec l'article 47 de la Charte.

27 Elle estime, en outre, que la réglementation roumaine requiert une analyse approfondie, d'une part, de la circonstance que la garantie de bonne conduite s'ajoute à la « garantie d'adjudication » que le soumissionnaire doit, aux termes de l'article 43 bis de l'OUG n° 34/2006, également constituer et dont le montant représente jusqu'à 2 % de la valeur estimée du marché et, d'autre part, du fait qu'il n'est possible ni de déroger au montant de la garantie de bonne conduite, qui est, en vertu de l'article 271 bis, paragraphe 4, de l'OUG n° 34/2006, automatiquement fixé à hauteur de 1 % de la valeur estimée du marché devant être conclu jusqu'à un montant maximal équivalent à 100 000 euros, ni d'octroyer une réduction ou de décider d'un échelonnement des paiements en fonction des circonstances propres au cas d'espèce.

28 La Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest) invite en conséquence la Cour à répondre à la question préjudicielle suivante :

« Les dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, de la directive 89/665 et de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, de la directive 92/13, lues en combinaison avec l'article 47 de la Charte, doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une disposition nationale qui subordonne l'accès aux procédures de recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur à l'obligation de déposer une "garantie de bonne conduite" en faveur du pouvoir adjudicateur, telle que celle régie par les articles 271 bis et 271 ter de l'OUG n° 34/2006 ? »

29 Enfin, par arrêt n° 750 du 4 novembre 2015, la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) a également déclaré non conforme à la Constitution roumaine l'article 271 bis, paragraphe 5, de l'OUG n° 34/2006, qui prévoyait le versement inconditionnel à première demande de la garantie de bonne conduite au pouvoir adjudicateur en cas de rejet de la contestation, de la demande ou du recours.

### **Observations liminaires**

30 Il convient de constater que, dans la mesure où le marché public en cause dans l'affaire C-439/14 porte sur des fournitures et des services dont la valeur dépasse le seuil prévu à l'article 7, sous b), de la directive 2004/18, la directive 89/665 trouve à s'appliquer dans le cadre du litige au principal.

31 En revanche, le gouvernement roumain et la Commission européenne s'opposent sur la nature du marché public en cause dans l'affaire C-488/14, le premier estimant que ce marché relève de la directive 2004/18 et, par voie de conséquence, de la directive 89/665, la seconde que ledit marché relève de la directive 2004/17, et donc de la directive 92/13.

32 Il doit, à cet égard, être relevé que, dans la mesure où la juridiction de renvoi dans l'affaire C-488/14 ne fournit que très peu d'indications sur le marché public en cause au principal, il n'est pas possible à la Cour de déterminer s'il relève de la directive 2004/17 ou de la directive 2004/18.

- 33 Toutefois, étant précisé que c'est à la juridiction de renvoi qu'il incombe de statuer sur ce point, cette imprécision demeure sans incidence sur la procédure préjudicielle dans l'affaire C-488/14, dans la mesure où, comme l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocat général au point 25 de ses conclusions, le montant du marché public en cause atteint les seuils fixés pour les marchés publics de travaux tant par l'article 7, sous c), de la directive 2004/18 que par l'article 16, sous b), de la directive 2004/17.
- 34 La Cour répondra, par conséquent, simultanément à la question posée dans l'affaire C-439/14 et à la question posée dans l'affaire C-488/14, les dispositions des directives 89/665 et 92/13 dont l'interprétation est sollicitée étant, en tout état de cause, rédigées en des termes rigoureusement identiques.

### Sur les questions préjudicielles

- 35 Il importe de relever, tout d'abord, que, ainsi qu'il ressort des explications fournies par les deux juridictions de renvoi en réponse à la demande d'éclaircissements que leur a adressée la Cour et des observations présentées au cours de l'audience, les dispositions de l'article 271 ter, paragraphes 1 et 2, ainsi que celles de l'article 271 bis, paragraphe 5, dernière phrase, de l'OUG n°34/2006 ont été déclarées contraires à la Constitution roumaine par, respectivement, les arrêts de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) n° 5 du 15 janvier 2015 et n° 750 du 4 novembre 2015.
- 36 Les deux juridictions de renvoi ont précisé qu'elles ne pouvaient plus, par conséquent, appliquer ces dernières dispositions, ce que le gouvernement roumain a confirmé à l'audience. Elles ont, cependant, expressément indiqué qu'elles maintenaient leur question préjudicielle, dans la mesure où les autres dispositions de la réglementation roumaine en cause au principal trouvaient toujours à s'appliquer.
- 37 Dans ces conditions, étant précisé qu'il incombe aux seules juridictions de renvoi de tirer les conséquences des arrêts de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) n° 5 du 15 janvier 2015 et n° 750 du 4 novembre 2015, dans le cadre de la résolution des litiges dont elles sont saisies, il doit être considéré que les demandes de décision préjudicielle visent uniquement les dispositions de la réglementation roumaine relatives à la garantie de bonne conduite jugées conformes à la Constitution roumaine.
- 38 Il s'ensuit que, par leur question, les juridictions de renvoi demandent, en substance, si l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, de la directive 89/665 et l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, de la directive 92/13, lus à la lumière de l'article 47 de la Charte, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle celle en cause dans les affaires au principal, qui subordonne la recevabilité de tout recours contre un acte du pouvoir adjudicateur à l'obligation pour le requérant de constituer la garantie de bonne conduite qu'elle prévoit au profit du pouvoir adjudicateur, étant précisé que cette garantie doit être restituée au requérant quelle que soit l'issue du recours.
- 39 À cet égard, il convient de rappeler que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665 et l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 92/13 imposent aux États membres l'obligation d'adopter les mesures nécessaires pour s'assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 2004/17 et 2004/18 peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, au motif qu'elles ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.
- 40 Tant l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665 que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 92/13 prévoient, en outre, l'obligation pour les États membres de veiller à ce que les procédures de recours soient accessibles, 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, selon des modalités qu'il leur appartient de déterminer.

- 41 Ces dispositions, qui sont destinées à protéger les opérateurs économiques contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur, visent ainsi à s'assurer de l'existence, dans tous les États membres, de moyens de recours efficaces, afin de garantir l'application effective des règles de l'Union en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées (voir, en ce sens, arrêts du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, EU:C:2002:746, point 71 ; du 11 septembre 2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, point 34, ainsi que du 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, point 50).
- 42 Toutefois, ni la directive 89/665 ni la directive 92/13 ne contiennent de dispositions régissant spécifiquement les conditions dans lesquelles ces voies de recours peuvent être exercées. La Cour a ainsi déjà jugé que la directive 89/665 n'établissait que les conditions minimales auxquelles doivent répondre les procédures de recours instaurées dans les ordres juridiques nationaux, afin de garantir le respect des prescriptions du droit de l'Union en matière de marchés publics (voir, notamment, arrêts du 27 février 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, point 47 ; du 19 juin 2003, *GAT*, C-315/01, EU:C:2003:360, point 45, ainsi que du 30 septembre 2010, *Strabag e.a.*, C-314/09, EU:C:2010:567, point 33).
- 43 Cependant, il ressort d'une jurisprudence constante que les modalités procédurales des 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 ne sauraient porter atteinte à l'effet utile des directives 89/665 et 92/13, dont l'objectif est de garantir que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible (voir, notamment, arrêts du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, EU:C:2002:746, point 72 ; du 27 février 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, point 51 ; du 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127, point 42 ; ordonnance du 4 octobre 2007, *Consorzio Elisoccorso San Raffaele*, C-492/06, EU:C:2007:583, point 29 ; arrêts du 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, point 40, ainsi que du 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, point 47).
- 44 Il doit, en particulier, être veillé à ce qu'il ne soit porté atteinte ni à l'efficacité des directives 89/665 et 92/13 (voir arrêts du 18 juin 2002, *HI*, C-92/00, EU:C:2002:379, points 58 et 59, ainsi que du 11 décembre 2014, *Croce Amica One Italia*, C-440/13, EU:C:2014:2435, point 40) ni aux droits conférés aux particuliers par le droit de l'Union [arrêts du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, EU:C:2002:746, point 72, ainsi que du 28 janvier 2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, EU:C:2010:45, point 49].
- 45 Il importe, en outre, de rappeler que, ainsi qu'il ressort de son considérant 36, la directive 2007/66, et donc les directives 89/665 ainsi que 92/13 qu'elle a modifiées et complétées, visent à assurer le plein respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de la Charte.
- 46 Par conséquent, lorsqu'ils définissent les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés par les directives 89/665 et 92/13 aux candidats et aux soumissionnaires lésés par des décisions des pouvoirs adjudicateurs, les États membres doivent garantir le respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, consacré à l'article 47 de la Charte.
- 47 En l'occurrence, l'article 271 bis, paragraphes 1 à 5, de l'OUG n° 34/2006 impose, à toute personne participant à une procédure de passation d'un marché public et entendant contester une décision du pouvoir adjudicateur soit devant le CNSC, soit directement devant une juridiction, l'obligation de constituer une garantie de bonne conduite en tant que condition de recevabilité de tout recours. Cette garantie, d'un montant correspondant à 1 % de la valeur estimée du marché public concerné, plafonné à 25 000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services et à 100 000 euros pour les marchés

publics de travaux, doit être constituée au profit du pouvoir adjudicateur soit par virement bancaire, soit au moyen d'un instrument de garantie émis par un établissement bancaire ou une compagnie d'assurance, pour une durée de validité d'au moins 90 jours.

- 48 Cette garantie doit, toutefois, être restituée s'il est fait droit au recours au plus tard cinq jours après la date à laquelle la décision est devenue définitive, conformément à l'article 271 ter, paragraphes 4 et 5, de l'OUG n° 34/2006, mais également si le recours est retiré ou rejeté, la retenue de la garantie par le pouvoir adjudicateur étant désormais dénuée de base juridique, eu égard aux arrêts de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) n° 5 du 15 janvier 2015 et n° 750 du 4 novembre 2015.
- 49 Ainsi que l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocat général au point 37 de ses conclusions, la garantie de bonne conduite constitue donc, en tant que condition préalable à l'examen de tout recours, une limitation du droit à un recours effectif devant un tribunal au sens de l'article 47 de la Charte qui, conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, n'est justifiée que 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 européenne ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui (voir arrêt du 4 mai 2016, Pillbox 38, C-477/14, EU:C:2016:324, point 160).
- 50 Il y a lieu de constater que, dans les affaires au principal, la base légale de la garantie de bonne conduite est clairement et précisément établie par l'OUG n° 34/2006, de telle sorte qu'elle doit être considérée comme étant prévue par la législation nationale (voir arrêts du 27 mai 2014, Spasic, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586 ; du 6 octobre 2015, Delvigne, C-650/13, EU:C:2015:648, point 47, et du 17 décembre 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, point 81). Par ailleurs, la circonstance que la garantie de bonne conduite puisse atteindre le montant substantiel de 25 000 euros ou de 100 000 euros ne saurait conduire à la conclusion que l'obligation de constituer une telle garantie porte atteinte au contenu essentiel du droit à un recours effectif, dès lors que, en tout état de cause, cette garantie ne peut être retenue par le pouvoir adjudicateur, quelle que puisse être l'issue du recours.
- 51 Il convient néanmoins encore de vérifier si la garantie de bonne conduite répond à un objectif d'intérêt général et si, dans l'affirmative, elle respecte le principe de proportionnalité au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.
- 52 L'article 271 bis, paragraphe 1, de l'OUG n° 34/2006 précise que l'objectif de la garantie de bonne conduite est de protéger le pouvoir adjudicateur du risque d'un éventuel comportement inapproprié. Le gouvernement roumain a indiqué, dans ses observations écrites ainsi qu'au cours de l'audience, que la garantie de bonne conduite avait pour principal objectif de fluidifier les procédures de passation des marchés publics en prévenant l'exercice abusif des voies de recours et tout retard dans la conclusion du marché.
- 53 Il doit, à cet égard, être constaté que la lutte contre l'exercice abusif des voies de recours constitue, ainsi que M<sup>me</sup> l'avocat général l'a relevé au point 44 de ses conclusions, un objectif légitime concourant non seulement à la réalisation des objectifs poursuivis par les directives 89/665 et 92/13, mais également, plus largement, à une bonne administration de la justice.
- 54 En effet, une exigence financière telle que la garantie de bonne conduite en cause dans les affaires au principal constitue une mesure de nature à dissuader les contestations abusives et à garantir à l'ensemble des justiciables, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le traitement de leurs recours dans des délais aussi rapides que possible, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de la Charte.
- 55 Toutefois, si les intérêts d'une bonne administration de la justice peuvent justifier l'imposition d'une restriction financière à l'accès d'une personne à une voie de recours, cette restriction doit cependant demeurer dans un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché (voir, en ce sens, arrêt du 22 décembre 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, points 47 et 60).

- 56 À cet égard, il convient de relever que, si l'obligation de constituer la garantie de bonne conduite constitue une mesure moins dissuasive dans sa version actuelle que dans sa version initiale, dès lors qu'elle ne peut plus être automatiquement et inconditionnellement retenue par le pouvoir adjudicateur en cas de rejet ou de retrait du recours, il demeure que cette obligation est apte à réaliser l'objectif de lutte contre les recours abusifs poursuivi par la réglementation roumaine.
- 57 En effet, premièrement, la constitution de la garantie de bonne conduite constitue, comme l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocat général au point 55 de ses conclusions, une charge financière pour le requérant, que ce dernier procède à un virement bancaire ou constitue une garantie bancaire.
- 58 Le montant de la garantie de bonne conduite est fixé sous la forme d'un pourcentage du prix du marché public considéré, qui peut atteindre 25 000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services et 100 000 euros pour les marchés publics de travaux.
- 59 Or, la mobilisation d'une somme de cette importance par virement bancaire comme la nécessité d'accomplir les démarches requises en vue de la constitution d'une garantie bancaire et de payer les frais afférents à cette constitution sont de nature à inciter les requérants à une certaine prudence dans l'introduction de leur recours. Par ailleurs, dans la mesure où elle entame les ressources ou, à tout le moins, les possibilités de crédit des requérants jusqu'à ce qu'elle soit libérée, la garantie de bonne conduite est de nature à les inciter à faire preuve de diligence dans le cadre des procédures qu'ils engagent, en conformité avec l'exigence de célérité des recours visée à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665 et à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 92/13. En effet, ainsi que l'a fait valoir le gouvernement roumain lors de l'audience, il ne saurait être exclu qu'une telle exigence financière incite les requérants potentiels à sérieusement évaluer leur intérêt à engager une procédure judiciaire et leur chance d'obtenir gain de cause et les dissuade donc d'introduire des demandes qui sont manifestement infondées ou qui ne visent qu'à retarder la procédure de passation du marché (voir, par analogie, arrêt du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, point 73).
- 60 Deuxièmement, dans la mesure où, en vertu des arrêts de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) n° 5 du 15 janvier 2015 et n° 750 du 4 novembre 2015, la retenue automatique et inconditionnelle de la garantie de bonne conduite par le pouvoir adjudicateur et son versement à première demande ne sont plus possibles, il ne saurait être considéré que la seule obligation de constituer cette garantie, en tant que condition de recevabilité de tout recours, aille au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de lutte contre les recours abusifs qu'elle entend poursuivre.
- 61 En effet, la garantie de bonne conduite, de l'ordre de 1 % de la valeur du marché public, plafonnée en fonction de la nature du marché, demeure modeste (voir arrêt du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, point 58), en particulier pour les soumissionnaires qui doivent normalement justifier d'une certaine capacité financière. Cette garantie peut, ensuite et en tout état de cause, être constituée sous la forme d'une garantie bancaire. Elle ne doit, enfin, être constituée que pour la période comprise entre l'introduction du recours et sa résolution définitive.
- 62 Enfin, dans sa réponse à la demande d'éclaircissements que lui a adressée la Cour, la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest) a invité la Cour à répondre à sa question en tenant compte du cumul de la garantie de bonne conduite et de la garantie d'adjudication, que le soumissionnaire doit également constituer, aux termes de l'article 43 bis de l'OUG n° 34/2006. Elle n'a, cependant, fourni aucune précision à cet égard, ni sur le régime actuel de la garantie d'adjudication ni même sur son articulation avec la garantie de bonne conduite. Dans ces conditions, la Cour n'est pas en mesure de prendre position sur ce point.
- 63 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre aux questions posées que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, de la directive 89/665 et l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 3, de la directive 92/13, lus à la lumière de l'article 47 de la Charte, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale, telle celle en cause dans les affaires au principal, qui subordonne la recevabilité de tout recours contre un acte du pouvoir adjudicateur à l'obligation pour le requérant de constituer la garantie de bonne conduite qu'elle prévoit au profit du pouvoir adjudicateur, dès lors que cette garantie doit être restituée au requérant quelle que soit l'issue du recours.

## Sur les dépens

- 64 Les procédures revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant les juridictions de renvoi, il appartient à celles-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

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

**L'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 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, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, et l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 à 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, telle que modifiée par la directive 2007/66, lus à la lumière de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale, telle celle en cause dans les affaires au principal, qui subordonne la recevabilité de tout recours contre un acte du pouvoir adjudicateur à l'obligation pour le requérant de constituer la garantie de bonne conduite qu'elle prévoit au profit du pouvoir adjudicateur, dès lors que cette garantie doit être restituée au requérant quelle que soit l'issue du recours.**

Signatures

---

\* Langue de procédure : le roumain.