

Affaire C-263/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

2019 mars 28

Jurisdiction de renvoi :

Fővárosi Törvényszék (Hongrie)

Date de la décision de renvoi :

Le 7 mars 2019

Partie requérante :

T-Systems Magyarország Zrt.

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság

Partie défenderesse :

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

T-Systems Magyarország Zrt.

Fővárosi Törvényszék (Cour de Budapest-Capitale, Hongrie)

Ordonnance

[OMISSIS]

[OMISSIS]

[OMISSIS]

[OMISSIS]

Objet du litige :

Contrôle juridictionnel d'une décision prise en matière de marché public et constatation de l'invalidité d'un contrat

Parties à la procédure de contrôle juridictionnel de la décision :

Première partie requérante : T-Systems Magyarország Zrt.

[OMISSIS] [OMISSIS]

Deuxième partie requérante : BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (Centre de Transport de Budapest)

[OMISSIS] [OMISSIS]

Première partie défenderesse : Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (autorité des marchés publics – commission arbitrale des marchés publics)

[OMISSIS] [OMISSIS]

Partie intervenante au soutien de la partie défenderesse : Közbeszerzési Hatóság Elnöke (président de l'autorité des marchés publics)

[OMISSIS] [OMISSIS]

Parties au contentieux joint ayant pour objet de faire constater l'invalidité du contrat :

Troisième partie requérante : Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (autorité des marchés publics – commission arbitrale des marchés publics)

[OMISSIS] [OMISSIS]

Deuxième partie défenderesse : BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (Centre de Transport de Budapest)

[OMISSIS] [OMISSIS]

Troisième partie défenderesse : T-Systems Magyarország Zrt.

[OMISSIS] [OMISSIS] [éléments de procédure de droit national] [Or. 2]

Dispositif :**Ordonnance**

Fővárosi Törvényszék (Cour de Budapest-Capitale, Hongrie ; ci-après, le juge de céans) défère à la Cour les questions suivantes à titre préjudiciel :

[1.] Les articles 41, paragraphe 1, et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les dispositions des considérants 10, 29, 107, 109 et 111 et des articles 1, paragraphe 2, et 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE font-ils obstacle à une règle ou disposition nationale ou à une pratique d'interprétation et d'application de cette règle ou disposition nationale en vertu de laquelle une violation du droit du fait qu'une procédure de passation d'un marché public a été irrégulièrement écartée au moyen d'une violation supposée des règles relatives à la modification des contrats ainsi que du fait du non respect des dispositions relatives à la modification des contrats est imputée non seulement au pouvoir adjudicateur mais également au soumissionnaire qui a contracté avec lui, compte tenu de la relation d'obligation qui a vu le jour entre les parties contractantes, sur la base du fait qu'en vue de la modification irrégulière des contrats, un comportement conjoint des parties était nécessaire ?

[2.] S'il convient de donner une réponse négative à la première question, les considérants 19, 20 et 21 de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics et l'article 2sexies, paragraphe 2, 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, ainsi que l'article 2sexies, paragraphe 2, ayant le même contenu, 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 font-ils obstacles, compte tenu des articles 41, paragraphe 1, et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les dispositions des considérants 10, 29, 107, 109 et 111 et des articles 1, paragraphe 2, et 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, à une règle ou disposition nationale ou à une pratique d'interprétation et d'application de cette règle ou disposition nationale en vertu de laquelle, une sanction (amende) peut également, du fait qu'une procédure de passation d'un marché public a été irrégulièrement écartée ainsi que du fait du non respect des dispositions relatives à

la modification des contrats, être infligée au soumissionnaire qui a contracté avec le pouvoir adjudicateur, en plus de la réduction de la durée du contrat ?

[3.] S'il convient de donner une réponse négative aux deux premières questions, le juge de céans attend de la Cour des indications sur la question de savoir si, lorsqu'il s'agit d'établir le montant de la sanction (amende), il suffit qu'il existe une relation contractuelle entre les parties au contrat, sans qu'il y ait lieu d'examiner les comportements et interventions des parties qui ont abouti à la modification du contrat ?

[OMISSIS] [éléments de procédure de droit national] [Or. 3]

Motivation

Bref résumé de l'affaire de marché public

- [1] Le pouvoir adjudicateur, deuxième partie requérante (ci-après le « pouvoir adjudicateur ») est une société à responsabilité limitée créée par le pouvoir municipal de Budapest-Capitale, Hongrie. Il exerçait dans la période litigieuse (et exerce toujours) l'activité d'opérateur des services de transport en commun dans la capitale hongroise. Le 29 janvier 2013, le pouvoir adjudicateur a lancé une procédure d'appel d'offres restreintes, publiée au Journal officiel de l'Union européenne (TED) le 31 janvier 2013, sous la référence 2013/S 022–034333, en vue de la fabrication, du transport, de l'installation et de la pleine mise en exploitation de distributeurs de titres de transport (TVM : Ticket Vending Machine). À la suite de la procédure concluante de passation de marché, le pouvoir adjudicateur a conclu un contrat (ci-après le « contrat du projet principal ») le 4 septembre 2013, avec la première partie défenderesse, en tant que soumissionnaire retenu (ci-après l'« attributaire du marché »). En annexe du contrat du projet principal figuraient un contrat d'entreprise, un contrat d'exploitation, des spécifications techniques, et l'offre du soumissionnaire retenu, le montant du contrat s'élevant à 5 561 690 409 HUF. Les parties ont modifié le contrat du projet principal à plusieurs reprises. Le 13 juillet 2017, le pouvoir adjudicateur a enjoint à l'attributaire du marché d'ajouter au système de contrôle central des distributeurs un module logiciel permettant l'acquisition de titres de transports par le web (ci-après, la « modification 3, élément 4 de l'acte d'ouverture de la procédure d'office »), tandis que dans le cadre de l'amendement au contrat du 15 septembre 2017, ont été définis les éléments (susceptibles d'être) responsables d'une perte de fonctionnalité (ci-après, la « modification 4, élément 6 de l'acte d'ouverture de la procédure d'office ») et ont ainsi été établies les notions contractuelles de « bourrage », de « rétractation de billet de banque » et de « faute du client », ainsi que [OMISSIS] les délais pour remédier à ces problèmes et les règles détaillées applicables à cet égard. Il était stipulé que le montant de la contrepartie supplémentaire correspondant à ces amendements contractuels ne pouvait dépasser les 2 530 195 870 HUF, soit 50 % de la valeur du contrat initial. Avant cela, [le 22 décembre 2016], un accord avait été conclu (ci-

après l'« accord de compensation des coûts, élément 5 de l'acte d'ouverture de la procédure d'office »), qui avait pour objet de régler la question de la compensation des coûts exposés par l'attributaire du marché découlant des exigences supplémentaires du pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'exploitation des distributeurs des titres de transport.

- [2] Le Közbeszerzési Hatóság Elnöke (président de l'autorité des marchés publics, ci-après l'« initiateur de la procédure »), partie intervenante au soutien de la partie défenderesse, a, le 29 septembre 2017, entamé une procédure d'office à l'encontre des parties au contrat, sur la base de l'article 153, paragraphe 1, sous c), de l'a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (loi CXLI de 2015 sur les marchés publics, ci-après la « LMP »), pour violation des principes des dispositions des articles 128, paragraphe 2, première phrase, et 30, paragraphe 4, de l'a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (loi CVIII de 2011 sur les marchés publics, ci-après l'« ancienne LMP ») ainsi que pour violation des articles 4, paragraphe 1, et 141, paragraphe 2 et paragraphe 4, sous b) et c) de la LMP.
- [3] A Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (autorité des marchés publics – commission arbitrale des marchés publics, ci-après la « commission arbitrale »), première partie défenderesse, a considéré dans sa décision [OMISSIS], parmi d'autres dispositions, que le pouvoir adjudicateur et l'attributaire du marché avaient enfreint les dispositions de l'article 141, paragraphe 8, de la LMP (éléments 4, 5 et 6 de l'acte d'ouverture de la procédure d'office). La commission arbitrale a donc infligé une amende de 80 000 000 HUF au pouvoir adjudicateur et de 70 000 000 HUF à l'attributaire du marché. Dans la motivation de cette décision, la commission arbitrale a tout particulièrement tenu compte des dispositions de la directive 2014/24/UE [OMISSIS] et des trois amendements contractuels examinés pour constater que, dans chacun des trois cas, une procédure de passation de marchés publics s'imposait. En ce qui concerne le troisième amendement contractuel, [OMISSIS] la commission arbitrale a considéré que l'acquisition par le pouvoir adjudicateur d'un canal de distribution par le web ne pouvait se faire que par la voie d'une nouvelle procédure de passation d'un marché public. Les circonstances invoquées par les parties ne permettent pas de justifier le quatrième amendement contractuel [OMISSIS], l'amendement ne prévoyant pas de clause quantitative et les critères de l'article 141, paragraphe 4, sous cc), de la LMP [Or. 4] n'étant pas remplis. En ce qui concerne l'accord de compensation des coûts, [OMISSIS] la commission arbitrale soulignait qu'il devait être considéré comme un amendement au contrat du projet principal, car dans le cadre des prestations qui en sont l'objet, les parties ont convenu de dispositions différentes des clauses du contrat du projet principal. La commission arbitrale a considéré que le pouvoir adjudicateur avait d'emblée compté sur la possibilité de « bourrages » et que c'est donc illégalement que les parties n'ont pas traité comme une modification l'amendement contractuel, à la suite duquel le pouvoir adjudicateur a décidé d'allouer un montant de 125 038 099 HUF. Selon la commission arbitrale, le respect des conditions prévues par le droit des marchés publics en matière de modification des contrats

est une obligation qui s'impose aux deux parties au contrat, ce qui implique qu'en faisant une application illégale de ces dispositions, les deux parties commettent une infraction et que les infractions doivent donc également être constatées dans le chef de l'attributaire du marché. La commission arbitrale a décidé d'infliger l'amende en tenant compte des dispositions de l'article 165, paragraphes 4, 3, sous d), 6, 7 et 11, de la LMP, en ce que, s'agissant des actes considérés comme constitutifs d'une infraction sur la base des éléments 4, 5 et 6, de l'acte d'ouverture de la procédure d'office, la commission arbitrale a jugé identiques l'intervention et la responsabilité du pouvoir adjudicateur et de l'attributaire du marché.

Le litige entre les parties

- [4] L'attributaire du marché, par sa requête, a formé un recours contre la décision de la commission arbitrale, en ce qui concerne les éléments 4, 5 et 6 de l'acte d'ouverture de la procédure d'office et demande, en vertu de l'article 339, paragraphe 2, sous q, de l'a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (loi III de 1952 portant code de procédure civile, ci-après le « code de procédure civile ») ainsi que de l'article 172, paragraphe 3, de la LMP, la réformation de la décision et la constatation de l'absence d'infraction, en ordre subsidiaire, sur la base de l'article 339, paragraphe 1, du code de procédure civile, l'annulation des dispositions y relatives de la décision, en ordre plus subsidiaire, la réformation de la décision dans ce cadre et la suppression de l'amende, en ordre encore plus subsidiaire, l'annulation de la décision et la condamnation de la commission arbitrale à l'organisation d'une nouvelle procédure en lui enjoignant de ne pas infliger d'amende, en l'absence de possibilité légale à cet égard et, en ordre infiniment subsidiaire, la réformation de la décision en ce sens que la réduction du montant de l'amende se justifie dans ce cas.
- [5] Dans la partie de la requête relative à la procédure de décision préjudicielle, la première partie défenderesse fait valoir que la commission arbitrale, à l'encontre de sa pratique antérieure, a jugé que la responsabilité du pouvoir adjudicateur et celle de l'attributaire du marché dans la violation des règles en matière de marchés publics étaient identiques. La commission arbitrale n'a pas tenu compte du fait que c'est auprès du pouvoir adjudicateur que se fait ressentir le besoin d'un marché public et que c'est dans son chef qu'existe l'obligation d'organiser une procédure de passation d'un tel marché. Le pouvoir adjudicateur se trouve dans une situation dans laquelle, compte tenu des besoins en fournitures qui doivent être couverts, il décide d'organiser une procédure de passation d'un marché public ou constate, le cas échéant, qu'il n'y a pas lieu d'organiser une telle procédure. La commission arbitrale, dans sa décision, a rendu l'attributaire du marché responsable d'une décision prise par le pouvoir adjudicateur quant à ses besoins en matière de marchés publics sur laquelle l'attributaire du marché n'influe et ne peut influencer en aucune façon. Une telle approche porte gravement atteinte à la sécurité juridique et aux principes de l'État de droit, car l'attributaire est ainsi tenu de supporter les conséquences juridiques en matière de marchés publics des

décisions du pouvoir adjudicateur sans être le destinataire des normes juridiques qui imposent l'organisation des procédures de passation des marchés publics. Satisfaire de manière adéquate un besoin en marchés publics supplémentaire est une obligation et une responsabilité qui pèse exclusivement sur le pouvoir adjudicateur acquéreur. L'attributaire conteste la violation de l'article 141, paragraphe 8, de la LMP avant tout parce que c'est le pouvoir adjudicateur qui est le destinataire de la norme de droit et non celui qui contracte avec lui. Seul le pouvoir adjudicateur était en mesure de commettre cette infraction. L'attributaire du marché se réfère à l'article 4, paragraphe 1, de la LMP et fait valoir que, dans la pratique antérieure constante de la commission d'arbitrage, en cas de contournement illégal d'une procédure de marché public, l'infraction n'était constatée que dans le chef des pouvoirs adjudicateurs et que seuls ces derniers étaient sanctionnés. L'attributaire du marché fait en outre grief à la commission d'arbitrage d'avoir fondé la possibilité pour elle de constater l'infraction qu'elle lui impute sur le simple fait que l'attributaire du marché est également destinataire des dispositions de la LMP relative à la modification des contrats, mais sans indiquer comment il aurait concrétisé l'infraction. En ce qui concerne les éléments 5 et 6 de l'acte d'ouverture de la procédure d'office, l'attributaire du marché souligne que les exigences de prévisibilité/non-prévisibilité et de diligence sont des éléments **[Or. 5]** qui doivent être examinés en relation avec le pouvoir adjudicateur, et il en découle que la violation de ces exigences peut tout au plus être imputée au pouvoir adjudicateur, et non à l'attributaire du marché qui a contracté avec lui. Selon l'attributaire du marché, il a été fait une application illégale de la sanction et, dans ce contexte, l'attributaire du marché fait grief à la commission d'arbitrage d'avoir jugé de façon identique à celles du pouvoir adjudicateur l'intervention et la responsabilité de l'attributaire du marché dans les modifications apportées au contrat, en ne tenant aucun compte du fait que c'est le pouvoir adjudicateur qui a apprécié la nécessité des amendements au contrat et qui en a pris l'initiative, tandis que dans le chef de l'attributaire du marché, il n'y a eu ni intention, ni mauvaise foi, ni aucune forme de collusion. L'attributaire du marché souligne que la commission d'arbitrage a elle-même déclaré dans sa décision que c'est au pouvoir adjudicateur qu'il incombait de comparer les conditions des modifications avec les faits. On ne peut imputer aux deux parties le fait que l'accord de compensation des coûts n'a pas été traité comme une modification et que, de ce fait, les règles procédurales de garantie définies dans la réglementation n'ont pas été respectées. Le respect de ces règles est une obligation qui pèse sur le pouvoir adjudicateur et c'est pourquoi leur non respect ne peut faire l'objet d'une appréciation identique en ce qui concerne l'attributaire du marché et lui être imputé de la même manière.

- [6] Dans sa requête, qui n'aborde pas les questions préjudicielles posées, le pouvoir adjudicateur demande, en ordre principal, le réexamen de la décision de la commission d'arbitrage et la constatation de l'absence d'infraction en ce qui concerne les éléments 4, 5 et 6 de l'acte d'ouverture de la procédure d'office et la suppression de l'amende infligée tandis qu'en ce qui concerne la décision en relation avec le deuxième élément de cet acte, qu'aucune amende ne soit infligée. En ordre subsidiaire, le pouvoir adjudicateur, qui affirme que la réduction du

montant de l'amende est justifiée par l'absence d'infraction, demande l'annulation de la décision, à l'exception du deuxième élément de l'acte d'ouverture de la procédure d'office, ainsi que la condamnation de la commission d'arbitrage à l'organisation d'une nouvelle procédure. En ordre plus subsidiaire, le pouvoir adjudicateur demande la réformation de la décision en ce sens que le juge supprime l'amende infligée. Enfin, en ordre infiniment subsidiaire, il demande la réformation de la décision en ce sens que le juge réduise le montant de l'amende infligée. Le pouvoir adjudicateur invoque la violation de l'article 2, l'article 4, paragraphe 1, l'article 141, paragraphes 4, sous b) et c), et 8, l'article 158, paragraphe 1, et l'article 164, paragraphes 3 et 5, de la LMP.

- [7] La commission d'arbitrage, en tant que troisième partie requérante, demande par sa requête, que soit constatée l'invalidité des trois amendements irréguliers du contrat, en vertu de l'article 176, paragraphe 4, de la LMP, et, compte tenu de l'article 141, paragraphe 8, deuxième phrase de la LMP, du fait de la nullité qui découle de l'article 137, paragraphe 1, sous a), de la LMP, que le juge ordonne, s'il en voit la possibilité, le rétablissement de la situation antérieure à la conclusion du contrat, conformément à l'article 237, paragraphe 1, de l'a Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (loi IV de 1959 portant établissement du Code civil, ci-après l'« ancien Code civil »).
- [8] La commission d'arbitrage, en tant que première partie défenderesse, demande, dans son mémoire en défense, le rejet des demandes formulées par le pouvoir adjudicateur et l'attributaire du marché. Dans la partie relative à la procédure de décision préjudicielle, la commission d'arbitrage fait valoir qu'en ce qui concerne l'attributaire du marché, il n'a été constaté d'infraction que pour la violation de normes de droit dont il était le destinataire, car les parties au contrat sont en effet destinataires des dispositions relatives à la modification des contrats de l'article 141 de la LMP. Par dérogation aux dispositions de la LMP, ce sont les dispositions du Code civil et, dans le présent cas d'espèce, celles de l'ancien Code civil qui s'appliquent aux contrats conclus sur la base de la procédure de passation des marchés publics. Les dispositions de l'article 240, paragraphe 1, de l'ancien Code civil n'y font pas exception et les parties peuvent, de commun accord, modifier le contrat ou la nature juridique de leurs engagements. Les parties ont modifié le contrat à plusieurs reprises, les destinataires des règles de droit civil et des règles en matière de passation de marchés publics sont le pouvoir adjudicateur et l'attributaire du marché et, pour que les actes voient le jour, il était nécessaire que les deux parties agissent conjointement, et c'est pourquoi l'examen de la violation des règles en relation avec la modification du contrat se justifie dans le cas des deux parties. La commission d'arbitrage souligne que les modifications du contrat avaient un caractère infractionnel, que ces infractions ont été commises conjointement par les parties et que, dès lors, les conséquences de ces infractions sont susceptibles de peser sur les deux parties conjointement et dans la même mesure. La question de savoir auprès de quelle partie peut intervenir l'examen de l'exigence de la prévisibilité ne présente pas de lien avec **[Or. 6]** celle de savoir à l'encontre de quelle partie contractante peuvent être appliquées les conséquences

juridiques de l'illégalité d'une modification du contrat adoptée par les parties d'un commun accord.

- [9] L'initiateur de la procédure, qui partage la position exprimée par la commission d'arbitrage dans son mémoire en défense, invoque le fait que l'accomplissement régulier de la procédure de passation de marché public incombe avant tout, mais pas exclusivement, au pouvoir adjudicateur. Il souligne qu'en ce qui concerne la modification d'un contrat qui fait suite à une procédure de passation d'un marché public, la question de la responsabilité du respect des dispositions en matière de marchés publics est aussi plus nuancée et qu'il n'est pas rare que ce soit l'attributaire du marché qui prenne l'initiative de la modification. En pareils cas, l'attributaire du marché disposera nécessairement de davantage d'informations en ce qui concerne l'exécution conforme à la LMP du contrat de marché public conclu dans le cadre de la procédure de passation de marché qui l'a précédé, ainsi qu'en ce qui concerne la question de savoir si les conditions qu'impose la LMP pour une éventuelle modification du contrat sont réunies. La LMP limite la liberté contractuelle des parties en ce qui concerne la modification du contrat. Cela ne change cependant rien au principe fondamental du droit civil selon lequel une modification du contrat suppose le commun accord des parties au contrat. Ce principe suppose également, conjointement avec l'obligation de coopération, un échange d'informations entre les parties. C'est pourquoi l'argument selon lequel il ne serait pas possible d'examiner dans le chef de l'attributaire du marché les conditions qu'impose la LMP pour la modification du contrat et selon lequel l'attributaire en question n'aurait aucune influence sur cette modification du contrat est un argument erroné. Selon l'initiateur de la procédure, c'est de manière parfaitement légale qu'une infraction a été constatée dans le chef de l'attributaire du marché et qu'une amende lui a été infligée.

Le droit de l'Union applicable

- [10] Les articles 41, paragraphe 1, et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les considérants 10, 29, 107, 109 et 111 et les articles 1^{er}, paragraphe 2, et 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, les considérants 19, 20 et 21 de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, les articles 1^{er}, paragraphe 1, et 2^{sexies}, paragraphe 2, 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, les articles 1^{er}, paragraphe 1, 2, 2^{quinqüies} et 2^{sexies}, paragraphe 2, 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.

Le droit national applicable

- [11] Conformément aux dispositions de l'article 197 de la LMP en vigueur au moment où la procédure d'office a été enclenchée, le 2 octobre 2017, les dispositions de cette loi s'appliquent aux contrats conclus à l'issue de procédures d'attribution [de concessions] ou de passation de marchés publics engagées après son entrée en vigueur, de même qu'aux procédures de concours engagées après cette date, ainsi qu'aux procédures de recours y afférentes demandées, enclenchées ou engagées d'office, ou encore aux procédures de règlement préalable des litiges y afférentes. Il convient d'appliquer les dispositions des articles 139, 141, 142, 153, paragraphe 1, sous c), et de l'article 175 à la possibilité de modifier, sans mener une nouvelle procédure de marché public, des contrats conclus à l'issue de procédures d'attribution [de concessions] ou de passation de marchés publics engagées avant l'entrée en vigueur de cette loi, ainsi qu'au contrôle des modifications et de l'exécution, et il convient par ailleurs d'appliquer les dispositions du chapitre XXI aux procédures de recours y afférentes. **[Or. 7]**
- [12] Article 197, paragraphe 2, de la LMP : Les dispositions de l'a közbiztosítási törvény [loi CVIII de 2011 sur les marchés publics] s'appliquent aux contrats conclus à l'issue de procédures d'attribution [de concessions] ou de passation de marchés publics, à l'exception des dispositions du paragraphe 1, deuxième phrase, engagées après son entrée en vigueur, de même qu'aux procédures de concours engagées avant le 1^{er} novembre 2015, ainsi qu'aux procédures de recours y afférentes qui ont été demandées, enclenchées ou engagées d'office, en ce compris les procédures de règlement préalable des litiges.
- [13] L'initiateur de la procédure a lancé la procédure devant la commission d'arbitrage en vertu de l'article 153, paragraphe 1, sous c), de la LMP et ladite commission a donc, selon le point 42 de la décision, appliqué les dispositions de la LMP à la procédure. Dans la partie de la procédure d'office non pertinente du point de vue de la demande de décision préjudicielle (éléments 1 et 2), ce sont les dispositions de l'ancienne LMP qui trouvent à s'appliquer, tandis que ce sont les dispositions de la LMP qui s'appliquent en ce qui concerne les éléments 3, 4 et 5 de la procédure d'office. La question de l'effet rétroactif ne fait pas l'objet du litige, mais il convient cependant de rappeler que le Fővárosi Törvényszék [OMISSIS] a entamé une procédure de décision préjudicielle, actuellement pendante devant la Cour sous les numéros d'affaires, jointes, C-496/18 et C-497/18.
- [14] Article 2, paragraphe 1, de la LMP : Le pouvoir adjudicateur doit veiller à la loyauté et la transparence de la concurrence dans la procédure de passation de marché et au caractère public de cette procédure, que l'opérateur économique doit respecter.

[15] Article 141, paragraphe 1, de la LMP : Les dispositions de la présente section s'appliquent aux modifications apportées par les parties au contrat, ou par une partie qui y est habilitée, ainsi qu'aux modifications apportées aux relations juridiques entre les parties conformément aux dispositions du contrat (ci-après la « modification du contrat »).

(2) Le contrat, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les conditions énoncées aux paragraphes 4 ou 6, peut être modifié sans qu'une nouvelle procédure de marché public soit organisée si, du fait de la modification, l'augmentation de la contrepartie ou, dans le cas de modifications multiples, la valeur totale nette de la contrepartie, n'atteint aucune des valeurs suivantes :

a) dans le cas où la valeur du contrat initial atteint le seuil de l'Union, le seuil de l'Union ;

b) dans le cas de services, de fournitures ou de concessions de travaux ou de services, 10 % de la valeur du contrat initial, dans le cas de marchés de travaux, 15 % de la valeur du contrat initial ;

et si la modification ne change pas la nature globale du contrat et correspond à la nature du contrat initial.

(3) Le paragraphe 2 peut s'appliquer à toute modification du contrat qui va de pair avec une modification de la valeur du contrat et, dans le cas d'une modification affectant plusieurs éléments de la relation contractuelle, aux éléments de la modification liés à la modification de la valeur. Le paragraphe 2 ne peut être appliqué à une modification du contrat si le pouvoir adjudicateur a ouvert la procédure de passation de marché précédant le contrat en vertu de règles qui n'auraient pas été légalement applicables si le pouvoir adjudicateur avait déterminé la valeur estimée de la procédure en tenant compte de la valeur du marché à la suite de la modification du contrat.

(4) En dehors des cas régis au paragraphe 2, le contrat, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les conditions énoncées au paragraphe 6, peut être modifié sans qu'une nouvelle procédure de marché public soit organisée dans l'un quelconque des cas suivants :

a) lorsque le contrat fixe clairement, d'une manière telle qu'elles peuvent être connues à l'avance de tous les soumissionnaires, les conditions et le contenu précis de toute modification ultérieure du contenu du contrat (y compris l'exercice d'une option). Ces conditions contractuelles ne peuvent cependant prévoir des modifications qui changent la nature globale du contrat ; **[Or. 8]**

b) lorsqu'il est nécessaire de se procurer auprès du cocontractant initial des travaux, services ou fournitures supplémentaires qui ne figuraient pas dans le contrat initial et que le changement de la personne du cocontractant

ba) ne peut intervenir pour des raisons économiques ou techniques, notamment du fait de l'interchangeabilité ou de l'interopérabilité avec des équipements, services ou installations existants fournis dans le cadre du contrat initial ; et

bb) entraînerait un inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ou une augmentation importante des coûts. Toutefois, l'augmentation de la contrepartie, ou, en cas de modifications multiples, de la valeur nette totale de la contrepartie, ne peut dépasser 50 % de la valeur du contrat initial ;

c) lorsque les conditions suivantes sont conjointement réunies :

ca) la modification est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles pour un pouvoir adjudicateur faisant preuve de la diligence requise ;

cb) la modification ne change pas la nature globale du contrat ;

cc) l'augmentation de la contrepartie ne dépasse pas 50 % de la valeur du contrat initial. Si plusieurs modifications interviennent l'une à la suite de l'autre du fait de circonstances visées au point ca) qui ne sont pas liées les unes aux autres, cette limite doit être appliquée à la valeur nette de chacune des modifications. Les modifications successives ne peuvent avoir pour objectif de contourner cette disposition.

(5) Aux fins des paragraphes 2 et 4, sous b) et c), il peut être tenu compte à titre de valeur du contrat initial de la contrepartie contractuelle actuelle indexée si le contrat contient une disposition prévoyant l'indexation de la contrepartie conformément au paragraphe 4, sous a). Dans le cas des concessions de travaux et de service, si le contrat ne contient pas de disposition relative à l'indexation, la valeur actuelle peut être calculée en prenant en considération le taux d'inflation annuel moyen publié par l'Office central des statistiques.

(6) En dehors des cas prévus aux paragraphes 2 et 4, le contrat peut être modifié sans nécessiter de nouvelle procédure de passation de marché si la modification ne présente pas un caractère essentiel. La modification du contrat présente un caractère essentiel si les conditions de fond diffèrent substantiellement des conditions du contrat initial. La modification doit en tout état de cause être considérée comme ayant un caractère essentiel si :

a) elle fixe des conditions telles que si elles avaient été présentes dans la procédure de passation de marché qui a précédé la conclusion du contrat, l'offre ou la candidature d'autres soumissionnaires (candidats) que ceux qui ont initialement pris part à la procédure aurait pu être présentée ou une autre offre ou candidature aurait pu être retenue que celle du soumissionnaire (candidat) retenu ;

b) la modification change l'équilibre économique du contrat au profit du soumissionnaire retenu ; ou

c) la modification étend l'objet du contrat à un nouvel élément important par rapport à l'obligation qui pèse sur le soumissionnaire en vertu du contrat initial.

(7) Sous réserve du cas visé au paragraphe 4, sous a), le soumissionnaire est tenu de diffuser une communication sur le contenu de la modification du contrat dont le contenu est conforme à la réglementation particulière.

(8) Le contrat, en dehors des cas qui font l'objet des dispositions du présent article, ne peut être modifié qu'à la suite de l'organisation d'une nouvelle procédure de passation de marché. Si la modification du contrat intervient en écartant illégalement la procédure de marché public, la modification est nulle en vertu de l'article 137, paragraphe 1, sous a).

[16] Article 240, paragraphe 1, de l'ancien Code civil : Sous réserve des exceptions prévues par les réglementations, les parties peuvent d'un commun accord modifier le contenu du contrat ou la nature juridique de leurs engagements.

[17] Article 165, paragraphe 2, de la LMP : Dans sa décision, la commission arbitrale des marchés publics [Or. 9]

- a) rejette les demandes infondées ;
- b) constate l'absence d'infraction dans les procédures entamées ou poursuivies d'office ;
- c) constate qu'une infraction a été commise ;
- d) constate qu'une infraction a été commise et applique les conséquences juridiques prévues au paragraphe 3 ;
- e) dans les cas visés au paragraphe 6, constate l'infraction et inflige une amende ;
- f) constate l'infraction et interdit au soumissionnaire, au sous-traitant ou à toute autre entité ou personne impliquée dans la procédure de passation de marché de participer à la procédure de passation de marché.

(3) Si, dans sa décision, elle constate une infraction, la commission arbitrale des marchés publics

- a) peut, avant la fin de la procédure de passation de marché, inviter le contrevenant à suivre une procédure conforme à la présente loi ou subordonner la décision du pouvoir adjudicateur à des conditions ;
- b) peut annuler la décision du pouvoir adjudicateur prise dans le cadre de la procédure de passation de marché ou clôturer cette procédure si, sur la base de cette décision, le contrat n'a pas encore été conclu ;

c) peut ordonner que le soumissionnaire soit rayé de la liste officielle des soumissionnaires agréés ;

d) peut infliger une amende à l'entité ou la personne contrevenante ainsi qu'à la personne responsable de l'infraction ou à l'entité ou la personne responsable de l'infraction qui entretient une relation juridique avec l'entité.

(4) Le montant de l'amende visée au paragraphe 3, sous d), ne peut, compte tenu du paragraphe 11, dépasser 10 % de la valeur estimée du marché faisant l'objet de la procédure de passation de marché ou, en cas d'adjudication par lots, du lot concerné par la procédure.

(6) La commission arbitrale des marchés publics constate l'infraction et inflige une amende si

a) la procédure de passation de marché est écartée illégalement du fait de l'infraction ;

b) les parties ont contracté en violation des règles relative au moratoire sur les contrats ;

c) le contrat a été conclu à l'issue d'une procédure négociée sans avis de marché, alors que les conditions d'application de la procédure négociée sans avis de marché n'étaient pas remplies ;

d) le pouvoir adjudicateur, en cas de procédure négociée sans avis de marché, n'a pas informé préalablement la commission arbitrale des marchés publics ;

e) le président de l'autorité des marchés publics a entamé la procédure d'office [de l'article 153] et la commission arbitrale a constaté qu'une infraction avait été commise.

[18] Article 176, paragraphe 1 : Si, dans sa décision sur le fond de l'affaire, la commission d'arbitrage constate une infraction visée à l'article 137, paragraphe 1, elle entame une procédure contentieuse visant à faire déclarer l'invalidité du contrat et l'application des conséquences juridiques de l'illégalité.

(4) Si, à l'issue du contentieux visé au paragraphe 1, le juge constate l'invalidité du contrat pour les motifs définis à l'article 137, paragraphaphe 1, il tire les conséquences juridiques de cette invalidité conformément aux dispositions du Code civil et de la présente loi.

(5) Si le juge déclare valable, en vertu de l'article 137, paragraphe 3, le contrat conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, il est tenu d'infliger une amende dont le montant, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, s'élève au maximum à 15 % de la valeur du contrat. Si, lorsqu'il tire les conséquences juridiques de l'illégalité, le juge ordonne le remboursement de la contrevaletur du service resté sans contrepartie, il est tenu d'infliger une amende

dont le montant, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, s'élève au maximum à 10 % de la valeur du contrat. **[Or. 10]**

(6) Le contentieux visé au paragraphe 1 relève de la compétence exclusive du juge administratif et du travail qui, dans le cas d'une même infraction aux règles de passation des marchés, applique la procédure du contentieux administratif de l'article 170. Si une décision sur le fond de la commission arbitrale des marchés publics constatant une infraction visée à l'article 137, paragraphe 1, est soumise au contrôle juridictionnel, le contentieux civil entamé par la commission arbitrale des marchés publics dans la même affaire doit, si le contentieux administratif est entamé ultérieurement, être renvoyé au juge du contentieux administratif visé à l'article 170. Le contentieux administratif et le contentieux civil entamé par la commission arbitrale des marchés publics doivent être joints. La commission arbitrale des marchés publics est tenue d'informer sans délai le juge du contentieux civil lorsqu'une requête tendant au contrôle juridictionnel d'une décision de fond constatant une infraction visée à l'article 137, paragraphe 1, a été déposée auprès d'elle.

Les raisons qui justifient le renvoi préjudiciel

- [19] L'Union européenne a réglementé les marchés publics dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur unique. Les principaux instruments de réglementation de l'Union en matière de marchés publics sont les dispositions du traité ainsi que des directives en matière de marchés publics qui interdisent toute discrimination, les dispositions des directives qui assurent la transparence des procédures de passation de marché et les dispositions des directives en matière de marchés publics qui visent à éliminer certaines entraves à l'accès au marché.
- [20] Les entités qui relèvent du champ d'application ratione personae des marchés publics sont tenues de procéder selon les règles applicables aux passations de marchés pour les fournitures d'une nature et d'une valeur déterminées, afin de garantir une utilisation rationnelle et efficace des fonds publics, un contrôle public et la concurrence. C'est dans le chef du pouvoir adjudicateur qu'existe l'obligation d'organiser une procédure de passation de marché. Le pouvoir adjudicateur, au vu des besoins en fournitures qui doivent être couverts, décide de procéder à une telle passation de marché ou constate, le cas échéant, qu'il n'y a pas lieu d'organiser une telle procédure. Les marchés publics des entités adjudicatrices doivent faire l'objet de documents et de contrôles. La responsabilité de l'opérateur économique participant à un appel d'offres en vue de remporter le marché se manifeste essentiellement dans les règles en matière de marchés publics qui visent à garantir une concurrence loyale et la sanction des infractions commises se traduit également dans la réglementation, par exemple, lorsque des données erronées ont été fournies, par l'exclusion des procédures de passation de marchés publics pour une période limitée, la constatation du caractère infructueux de la procédure de marché public du fait de la violation des règles en matière de concurrence,

l'engagement d'une procédure par l'autorité de la concurrence de l'État membre, etc.

- [21] La procédure de passation de marché se cloture par le choix du soumissionnaire retenu ou l'adjudication parmi les opérateurs économiques en concurrence entre eux. Le comportement des parties au contrat est au centre de l'attention des organismes des États membres responsables du contrôle des marchés publics, dont la fonction est d'assurer la sauvegarde objective du droit. Dans l'intervalle qui sépare l'obligation de contracter et l'exécution de cette obligation par la conclusion du contrat, le comportement des parties contractantes régi par le droit des marchés publics a nécessairement une incidence l'un sur l'autre. Si le contrat n'est pas conclu parce qu'après la clôture de la procédure, un motif apparu ultérieurement le justifie, ou si les règles du moratoire sur les contrats ont été enfreintes ou si la loi sur les marchés publics interdisait la conclusion du contrat, les conséquences qui en découlent pèsent à la fois sur le pouvoir adjudicateur et l'attributaire du marché, lorsque le contrat n'a été pas conclu ou doit être considéré comme tel. Les cas, liés à la conclusion du contrat, énumérés à l'article 137, paragraphe 1, sous a) à c), harmonisés dans le cadre de la réglementation de l'Union, et les dispositions de l'article 141 régissant la modification du contrat – ce dernier faisant référence à l'article 137, paragraphe 1, sous a) – suivent les mêmes principes ; en vue de maintenir une concurrence aussi large que possible, des sanctions strictes – moyennant les recours légaux garantis – sont attachées aux comportements infractionnels résultant des relations juridiques entre les parties rentrant dans le domaine du droit civil [Or. 11] du fait de la conclusion d'un contrat – mais ce uniquement dans le cadre du droit des marchés publics
- [22] L'objectif direct de la procédure de passation de marché est de permettre au pouvoir adjudicateur de conclure un contrat aux conditions les plus favorables et de passer de cette façon le marché. L'aboutissement du marché et le succès du projet peuvent se heurter à des obstacles qui auraient pu être évités en faisant preuve de diligence dans le cadre de la procédure antérieure de passation de marché. Afin de favoriser la réalisation de cet objectif légal, des règles communautaires qui ont été transposées en droit national prévoient des solutions qui permettent d'éviter ou de remédier aux contrats qui auraient ou ont vu le jour avec l'utilisation des deniers publics, mais en violation de certaines dispositions légales adoptées à cet effet. Dans sa décision, la commission arbitrale a tenu compte du fait que, comme l'article 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, l'article 141 de la LMP contient des dispositions permettant la modification d'un contrat existant pour le cas où un changement devrait être apporté à un marché public pendant la durée de validité du contrat et, lorsque les conditions fixées pour une telle modification ne sont pas réunies, une nouvelle procédure de passation de marché doit automatiquement être organisée. Il en découlerait que, nonobstant le fait que la modification du contrat ne peut intervenir que d'un commun accord entre les parties, le seul qui peut être visé par l'infraction aux règles en matière de marchés public est le pouvoir

adjudicateur qui relève du champ d'application *ratione personae* de la réglementation.

- [23] L'objectif des directives « recours » est de renforcer les procédures de recours et de garantir une application uniforme et efficace des directives relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics. L'obligation qui incombe à l'État membre est de mettre en place une réglementation nationale visant à garantir un recours effectif et rapide contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, dont le cadre est défini dans les considérants de la directive 2007/66/CE, en assurant la possibilité d'appliquer des sanctions plus sévères en vertu du droit national. Les États membres sont tenus de prévoir dans leur droit interne des sanctions alternatives pour sanctionner les infractions qui sont de moindre importance et qui ne justifient donc pas nécessairement l'invalidité du contrat conclu.
- [24] En vertu de l'article 165, paragraphe 3, sous d), la commission arbitrale, lorsqu'elle constate une infraction, peut, dans sa décision, infliger une amende à l'entité ou la personne contrevenante ainsi qu'à la personne responsable de l'infraction ou à l'entité ou la personne responsable de l'infraction qui entretient une relation juridique avec l'entité. Les dispositions de la réglementation en matière de recours ne précisent pas à cet égard quels sont les acteurs de la procédure de passation de marché qui peuvent être sanctionnés. Il va de soi que ceux qui enfreignent les règles purement matérielles, les auteurs d'actes prohibés, peuvent être sanctionnés de cette manière. Mais la question de savoir quelle personne ou quel sujet de droit peut-être considéré comme ayant enfreint la règle suppose de déterminer qui doit être considéré comme le destinataire de la disposition enfreinte. L'objectif de la sanction qu'est l'amende est toutefois de contraindre ceux qui relèvent du champ d'application *ratione personae* des règles en matière de marchés publics, et cette sanction alternative doit être interprétée en relation avec la personne tenue de mener une procédure de passation de marché, c'est-à-dire uniquement avec le pouvoir adjudicateur. L'amende n'est pas le propre de l'obligation ; elle découle uniquement des exigences spécifiques des marchés publics. Le tiers qui n'apparaît pas dans le contrat, l'organe de l'État membre choisi pour assurer la mission objective de sauvegarde du droit inflige une telle amende du fait qu'il a l'obligation légale d'intervenir de l'extérieur dans la relation d'engagements réciproques entre les parties contractantes afin d'assurer la réalisation des objectifs poursuivis par le droit des marchés publics, indépendamment de la question de savoir s'il existe un non un litige entre les parties au contrat. La sanction qu'est l'amende a pour caractéristique qu'elle est de nature répressive en ce qu'elle doit frapper effectivement l'auteur de l'infraction.
- [25] La procédure de recours en matière de marchés publics qui a été menée par la première partie requérante, la commission arbitrale des marchés publics, est en droit hongrois une procédure administrative à laquelle s'appliquent [Or. 12] l'az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2004. évi CXL. törvény (loi CXL de 2004 sur la procédure administrative générale), en vigueur au moment où la procédure a été entamée, et la loi sur les marchés publics, avec les règles

déroatoires en matière de procédure administrative que contient cette dernière. Bien que la commission arbitrale des marchés publics puisse, conformément à l'interprétation autonome du droit de l'Union, être qualifiée de « juridiction » au sens du droit de l'Union, elle est, au sens du droit interne et en vertu des règles de droit susmentionnées, un organe administratif et une entité administrative et la procédure qui se tient devant elle est donc une procédure quasi judiciaire, une procédure administrative de règlement des litiges, et non une procédure juridictionnelle. La commission arbitrale des marchés publics (comme d'ailleurs l'autorité des marchés publics, dont le président est l'initiateur de la procédure) est un organe administratif autonome, elle ne relève ni sur le plan organisationnel ni sur le plan statutaire de l'organisation juridictionnelle hongroise. La législation nationale antérieure au 1^{er} janvier 2018 prévoyait, pour la période suivant l'attribution du contrat, l'examen des infractions susceptibles d'entraîner l'invalidité (nullité) du contrat au moyen d'une procédure double, administrative et judiciaire. La constatation des violations de la LMP et la sanction des infractions relevaient de la compétence de la commission arbitrale, mais c'est au juge qu'il appartenait, comme dans la présente affaire, de prononcer l'invalidité prévue lorsqu'une infraction définie dans la loi a été constatée, comme c'est le cas également dans la présente affaire, et d'appliquer des sanctions alternatives. La commission arbitrale était tenue d'entamer devant le juge une action tendant à faire constater l'invalidité du contrat, car les juridictions étaient les organes désignés par la loi pour examiner la question de l'invalidité et appliquer les conséquences juridiques de cette invalidité. En pareils cas, comme dans la présente affaire, lorsque les intéressés ont demandé au juge d'exercer son contrôle juridictionnel sur l'infraction constatée et l'amende infligée dans la décision de la commission arbitrale, le contentieux entamé de cette manière, tendant au contrôle juridictionnel de la décision administrative, doit être joint au contentieux que doit entamer la commission d'arbitrage à l'encontre des parties au contrat du fait de l'invalidité dudit contrat, et le juge administratif doit statuer dans les deux contentieux (légalité de la décision de la commission arbitrale et invalidité du contrat). Les modifications législatives intervenues depuis le 1^{er} janvier 2018, qui ne trouvent pas à s'appliquer dans la présente affaire, ont abouti à l'extension des compétences de la commission d'arbitrage qui, dans sa décision, se prononce désormais également sur l'invalidité du contrat.

[26] En cas d'infraction susceptible d'entraîner la nullité du contrat, l'auteur de l'infraction peut se voir infliger la sanction d'une amende en vertu des règles applicables, du fait de l'infraction constatée par la commission d'arbitrage, et se voit ou peut se voir en outre infliger une amende à titre de sanction alternative, si le juge déclare valide le contrat conclu sur la base de la procédure de passation de marché.

[27] La jurisprudence des juridictions nationales sur la sanction à appliquer en cas de rupture du contrat susceptible d'entraîner la nullité du contrat est illustrée par un certain nombre de décisions caractéristiques. Dans son arrêt définitif 5.Pf.20.090/2018/3, le Fővárosi ítéltábla (Cour d'appel régionale de Budapest-Capitale), en fin de compte, après avoir constaté l'invalidité du contrat

conclu en écartant illégalement la procédure de passation de marchés mais l'avoir déclaré valide avec effet rétroactif à la date de la conclusion du contrat, a dispensé le pouvoir adjudicateur du paiement de l'amende. Dans son arrêt, la juridiction s'est référé à l'[arrêt du 10 avril 1984, von Colson et Kamann, 14/83, EU:C:1984:153] et au point 58 de l'[arrêt du 21 mars 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180] en relation avec l'application de la directive « recours ». Compte tenu des caractéristiques spécifiques du contrat, le Fővárosi ítélőtábla (Cour d'appel régionale de Budapest-Capitale) a estimé injustifié l'application d'une sanction de substitution, notamment parce que la commission d'arbitrage avait déjà infligé une amende pour les mêmes faits (« ne bis in idem »). Dans son arrêt 5.Pf.21.151/2016/3, le Fővárosi Ítéltábla (Cour d'appel régionale de Budapest-Capitale) a réformé le jugement de première instance constatant l'invalidité du contrat du fait que la procédure de passation de marché avait été illégalement écartée, prononçant la validité des contrats d'entreprises jusqu'à la date de la décision et condamnant conjointement les parties au contrat au paiement d'une amende et a dispensé l'opérateur économique partie au contrat du paiement de l'amende. Le Fővárosi Ítéltábla (Cour d'appel régionale de Budapest-Capitale) a justifié sa décision en invoquant le fait que c'est au pouvoir adjudicateur qu'il incombe d'organiser la procédure de passation de marché et que le motif de l'invalidité du marché public est que ledit pouvoir adjudicateur ne s'est pas acquitté de cette obligation. Le juge de première instance ne disposait d'aucune information dont pouvait être déduite la mauvaise foi de l'opérateur économique, ou, en d'autres termes, le juge de première instance aurait dû établir que l'opérateur en question savait ou devait savoir que les contrats entraîneraient la violation de la LMP. Dans son jugement définitif 3.Kf.650.105/2015/6, le Fővárosi Törvényszék (Cour de Budapest-Capitale), en motivant sa décision de façon similaire celle dont le Fővárosi ítélőtábla (Cour d'appel régionale de Budapest-Capitale) a motivé son arrêt 5.Pf.21.151/2016/3, a considéré qu'aucun [Or. 13] fondement juridique ne permettait de justifier l'amende infligée à l'opérateur économique et la condamnation conjointe des parties au paiement de cette amende.

- [28] Conformément à l'article 240, paragraphe 1, de l'ancien Code civil, de façon identique à la réglementation actuelle, l'accord de volonté entre les parties était nécessaire à la modification du contrat et l'attributaire du marché est le destinataire inévitable des dispositions de la LMP relatives à la modification du contrat, mais tout cela n'implique cependant pas ou pas nécessairement que la responsabilité de l'attributaire du marché pour la modification du contrat, du point de vue du droit des marchés publics puisse, comme conséquence des règles de droit civil, être considérée comme identique à celle du pouvoir adjudicateur. Dans le cadre de la procédure, la commission d'arbitrage, habilitée à examiner la légalité de la modification du contrat, n'est pas autorisée à apprécier les aspects du droit des obligations (par exemple, défaut de conformité), mais les aspects du droit des marchés publics régis de manière identique par le droit de l'Union et le droit national (par exemple, prévisibilité ou absence de prévisibilité, diligence, apparition de besoins supplémentaires) peuvent faire partie de l'examen auquel procède la commission d'arbitrage. Si la responsabilité de toutes les parties au

contrat peut être mise en cause du point de vue du droit des marchés publics, il convient de leur assurer la possibilité de fournir des éléments probants de nature à clarifier leur implication dans la modification du contrat et, en fin de compte, dans la création de la situation infractionnelle. On ne peut tirer du droit des obligations (volonté commune) une présomption de droit des marchés publics qui excluerait cette possibilité pour les parties (arrêt du 16 décembre 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731 et arrêt du 3 mars 2005, Fabricom, C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127).

- [29] Le Fővárosi Törvényszék (Cour de Budapest-Capitale) se demande, dans le cadre du champ d'application *ratione personae* défini par le droit de l'Union qui est considéré comme étant applicable, quelles sont les limites des pouvoirs de l'État membre qui peuvent être tracées, en ce qui concerne les instruments de recours, tout maintenant la garantie d'un recours effectif, proportionné et dissuasif. En ce qui concerne les questions posées dans la présente affaire, la jurisprudence de l'Union ne fournit pas d'indications claires pour le juge national et c'est pourquoi le Fővárosi Törvényszék (Cour de Budapest-Capitale) a décidé de saisir la Cour.

Dispositions finales

- [30] Le Fővárosi Törvényszék (Cour de Budapest-Capitale) a formulé sa demande de décision préjudicielle en tenant compte des recommandations de la Cour à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles (2012/C-338601, JO C 338, 6.11.2012., p. 1) ; l'écart par rapport aux dix pages recommandées au point 22 des recommandations se justifie par la complexité particulière de l'affaire.

[OMISSIS] [éléments de procédure de droit national]

Budapest, le 7 mars 2019.

[OMISSIS]

[OMISSIS] [signatures]