

Affaire C-303/22

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

9 mai 2022

Juridiction de renvoi :

Krajský soud v Brně (Česká republika)

Date de la décision de renvoi :

5 mai 2022

Demandeur :

CROSS Zlín a.s.

Défendeur :

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

ORDONNANCE

Le Krajský soud v Brně (tribunal régional de Brno, République tchèque) a décidé [OMISSIS] dans l'affaire opposant

la requérante : **CROSS Zlín, a. s.**

[OMISSIS]

au

défendeur : **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Bureau de protection de la concurrence)**

[OMISSIS] en présence de : **Statutární město Brno**

[OMISSIS] concernant le recours contre la décision du président du défendeur du 9 novembre 2020, portant la référence ÚOHS–34854/2020/321/ZSř,

en ce sens :

I. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie de la question préjudicielle suivante :

La réglementation tchèque qui permet au pouvoir adjudicateur de conclure un contrat de marché public avant l'introduction d'un recours auprès de la juridiction compétente pour contrôler la légalité de la décision d'exclusion d'un soumissionnaire, rendue en deuxième ressort, par l'Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [Bureau tchèque de protection de la concurrence] est-elle conforme à l'article 2, paragraphe 3, et à l'article 2 bis, 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 (JO 1989, L 395, p. 33)], interprétés à la lumière de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ?

II. [OMISSIS]

Motifs :

I. Objet de la procédure

- 1 En l'espèce, le pouvoir adjudicateur, le Statutární město Bmo (ville de Brno) a lancé, le 27 septembre 2019, une procédure ouverte de marché public en vue de l'attribution d'un marché public dénommé « ROZŠÍŘENÍ FUNKCÍ DOPRAVNÍ ÚSTŘEDNÝ SSZ » [EXTENSION DES FONCTIONS DU CENTRE DE CONTROLE DE LA CIRCULATION FS], publié au Věstník veřejných zakázek (Bulletin tchèque des marchés publics) sous la référence n° Z2019-034002 ainsi qu'au Journal officiel de l'Union européenne sous le numéro d'enregistrement 2019-S 190-461538. L'objet du marché public était l'extension du centre de contrôle de la circulation existant ainsi que la fourniture de services consistant à connecter toutes les feux de signalisation (FS) du pouvoir adjudicateur au centre de contrôle de la circulation, à connecter le centre de contrôle de la circulation au système DIC 2 Bmo, à connecter le centre de contrôle de la circulation au système de caméras de surveillance de la ville, à fournir une assistance technique, à former les opérateurs et à assurer la maintenance préventive. La valeur estimée du marché public était de 13 805 000 couronnes tchèques (CZK) hors TVA.
- 2 Dans le délai fixé, le pouvoir adjudicateur a reçu deux offres pour le marché public, à savoir l'offre de la requérante, CROSS Zlín, a.s., déposant l'offre la moins élevée, et l'offre de Siemens Mobility, s.r.o., déposant la deuxième offre la moins élevée. Selon le dossier du marché public, l'adéquation économique des offres devait être évaluée sur la base de l'offre la moins élevée. Par un avis du 6 avril 2020, le pouvoir adjudicateur a exclu la société CROSS Zlín pour non-respect du cahier des charges. Par la suite, le 7 avril 2020, le fournisseur Siemens Mobility a été sélectionné. CROSS Zlín a introduit contre l'avis

d'exclusion une réclamation, que le pouvoir adjudicateur a rejetée par décision du 4 mai 2020. CROSS Zlín a, ensuite, déposé une demande de contrôle des actes du pouvoir adjudicateur auprès de l'Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Bureau tchèque de protection de la concurrence) (ci-après l'« Úřad ») et a demandé l'annulation de l'avis d'exclusion adopté à son encontre ainsi que celle de la sélection du fournisseur Siemens Mobility. Dans le cadre de la procédure administrative devant l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence), il a été ordonné d'office, le 3 juillet 2020, une mesure provisoire consistant à imposer au pouvoir adjudicateur une interdiction de conclure le contrat de marché public jusqu'à la clôture définitive de la procédure administrative. Par décision du 5 août 2020, l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) a rejeté la demande. CROSS Zlín a introduit contre la décision de premier ressort une réclamation, que le président de l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) a rejetée par décision du 9 novembre 2020, le président confirmant la décision de premier ressort ; cette décision est devenue définitive le 13 novembre 2020[0]. Le 18 novembre 2020, le pouvoir adjudicateur a conclu le contrat de marché public avec le soumissionnaire retenu.

- 3 Le 13 janvier 2021, la requérante, CROSS Zlín, a introduit un recours devant le Krajský soud v Brně (tribunal régional de Brno) contre la décision du président du défendeur. Parallèlement à l'introduction de ce recours, la requérante a introduit une demande d'effet suspensif dudit recours et d'adoption d'une mesure provisoire consistant à imposer au pouvoir adjudicateur une interdiction de conclure le contrat de marché public ou à lui imposer une interdiction d'exécution dudit contrat. Par ordonnance du 11 février 2021, le soud (tribunal) a rejeté la demande d'effet suspensif et d'adoption d'une mesure provisoire, jugeant que, lorsque le contrat avait déjà été conclu, il n'y avait pas de sens à imposer au pouvoir adjudicateur une interdiction de conclure le contrat. Même si le recours avait été accueilli et que le soud (tribunal) annulait la décision du président du défendeur, l'Úřad, après le renvoi de l'affaire, clôturerait la procédure par référence à l'article 257, sous j), du zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (loi n° 134/2016 relative à la passation des marchés publics), et il n'examinerait plus l'affaire au fond. Selon le soud (tribunal), il n'était pas possible non plus d'imposer au pouvoir adjudicateur une interdiction d'exécution du contrat étant donné qu'aucun obstacle juridique ne s'opposait à la conclusion du contrat à l'époque concernée [après que la décision du président de l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) est devenue définitive].
- 4 Par lettre du 28 mars 2022, le soud (tribunal) a informé les parties du fait qu'il envisageait de poser une question préjudicielle et leur a accordé un délai pour présenter leurs observations sur cette démarche. Le 8 avril 2022, le défendeur a informé le soud (tribunal) du fait qu'il ne commenterait en détail la démarche du soud (tribunal) que dans le cadre de la procédure préjudicielle, si celle-ci était engagée. Dans ses observations du 26 avril 2022, la requérante a relevé qu'elle avait cherché en vain, par sa demande de mesure provisoire, à empêcher la conclusion du contrat de marché public après que la décision du défendeur est devenue définitive. La conclusion de contrats de marché public après que la

décision du défendeur est devenue définitive est une pratique établie des pouvoirs adjudicateurs, qui interfère avec les droits du soumissionnaire exclu à une protection juridique effective et à un procès équitable. La requérante n'avait ainsi pas d'objection à la demande de décision préjudicielle. Elle a, toutefois, fait valoir que la situation aurait pu être résolue si le défendeur adoptait, dans le cadre de la procédure de contrôle des actes du pouvoir adjudicateur, une mesure provisoire jusqu'à l'expiration du délai pour introduire un recours devant les tribunaux administratifs. [OMISSIS]

II. Droit de l'Union et législation nationale applicables

- 5 Aux termes de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE, les États membres assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer eux-mêmes, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.
- 6 Il résulte de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE que lorsqu'une instance de premier ressort, indépendante du pouvoir adjudicateur, est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché, les États membres s'assurent que le pouvoir adjudicateur ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours. La suspension prend fin au plus tôt à l'expiration du délai de suspension visé à l'article 2 bis, paragraphe 2, et à l'article 2 quinquies, paragraphes 4 et 5.
- 7 L'article 2 bis, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE prévoit que les États membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 1^{er}, paragraphe 3, disposent de délais permettant des recours efficaces contre les décisions d'attribution de marché prises par les pouvoirs adjudicateurs, en adoptant les dispositions nécessaires qui respectent les conditions minimales énoncées au paragraphe 2 dudit article et à l'article 2 quater.
- 8 Aux termes de l'article 2 bis, paragraphe 2, de la directive 89/665/CEE, la conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un contrat relevant du champ d'application de la directive 2014/24/UE ou de la directive 2014/23/UE ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du contrat a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du contrat est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du contrat. Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux

soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

- 9 Aux termes de l'article 47, deuxième alinéa, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.
- 10 La protection contre un comportement fautif du pouvoir adjudicateur est prévue dans la réglementation nationale au chapitre 13 du zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (loi n° 134/2016 relative aux marchés publics). Une réclamation peut être introduite contre la procédure du pouvoir adjudicateur dans un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle le plaignant a connaissance de la violation de la loi par le pouvoir adjudicateur (articles 241 et 242 de la loi).
- 11 En vertu de l'article 245, paragraphe 1, de la loi n° 134/2016, le pouvoir adjudicateur envoie au plaignant, dans les 15 jours de la réception de la réclamation, une décision sur la réclamation. Il indique dans la décision s'il accueille la réclamation ou la rejette ; la décision doit comporter une motivation, dans laquelle le pouvoir adjudicateur commente de manière détaillée et compréhensible toutes les circonstances mentionnées par le plaignant dans la réclamation. Si le pouvoir adjudicateur accueille la réclamation, il indique en même temps dans la décision les mesures correctives qu'il prendra.
- 12 Il résulte, en outre, de l'article 245, paragraphe 4, de la loi n° 134/2016 que si le pouvoir adjudicateur rejette la réclamation, il informe le plaignant, dans la décision sur la réclamation, de la possibilité de déposer, dans le délai prévu à l'article 251, paragraphe 2, une demande en vue de l'ouverture d'une procédure de contrôle des actes du pouvoir adjudicateur devant l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) ainsi que de l'obligation de remettre, dans le même délai, au pouvoir adjudicateur une copie de la demande.
- 13 Les dispositions de l'article 246, paragraphe 1, de la loi n° 134/2016 prévoient que le pouvoir adjudicateur ne peut conclure un contrat avec un fournisseur (a) avant l'expiration du délai pour l'introduction d'une réclamation contre la décision sur l'exclusion d'un participant à la procédure d'attribution du marché, sur le choix du fournisseur ou contre l'acte de notification volontaire de l'intention de conclure le contrat, (b) jusqu'à la remise au plaignant de la décision sur la réclamation si une réclamation a été introduite, (c) avant l'expiration du délai d'introduction d'une demande en vue de l'ouverture d'une procédure de contrôle des actes du pouvoir adjudicateur, si celui-ci a rejeté la réclamation introduite, d) dans les 60 jours à compter de la date d'ouverture de la procédure de contrôle des actes du pouvoir adjudicateur, si une demande d'ouverture d'une procédure a été introduite dans le délai ; toutefois, le pouvoir adjudicateur peut conclure le contrat même dans ce délai si l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) a rejeté la demande ou si la procédure administrative concernant la demande a été close et que cette

décision est devenue définitive. En vertu du paragraphe 2 de cette disposition, le pouvoir adjudicateur ne peut pas non plus conclure un contrat avec un fournisseur dans un délai de 60 jours à compter de la date d'introduction de la procédure de contrôle des actes du pouvoir adjudicateur si l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) engage cette procédure d'office ; le pouvoir adjudicateur peut toutefois conclure un contrat même dans ce délai si la procédure administrative a été close et qu'une telle décision est devenue définitive.

- 14 Il résulte de l'article 254, paragraphe 1, de la loi n° 134/2016 qu'une demande visant à ce que soit imposée une interdiction d'exécution d'un contrat de marché public peut être introduite par un demandeur qui fait valoir que le pouvoir adjudicateur a conclu le contrat (a) sans publication préalable [OMISSIS], (b) en dépit de l'interdiction de conclusion de celui-ci prévue par ladite loi ou par une mesure provisoire, (c) sur la base d'une procédure en dehors de la procédure de passation de marché, [OMISSIS], ou (d) de la manière prévue à l'article 135, paragraphe 3, ou à l'article 141, paragraphe 4 [OMISSIS].
- 15 Les dispositions de l'article 264, paragraphe 1, de la loi n° 134/2016 prévoient que l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) impose au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la procédure initiée par une demande au titre de l'article 254, une interdiction d'exécution du contrat si le contrat de marché public ou le contrat-cadre a été conclu de la manière mentionnée à l'article 254, paragraphe 1. Le contrat pour lequel l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) a imposé une interdiction d'exécution, sans procéder en vertu du paragraphe 3, est invalide ab initio. Ensuite, le paragraphe 2 de la disposition susmentionnée prévoit que le contrat pour l'exécution du marché public ne devient nul, pour violation de la ladite loi, que dans les cas où l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) impose une interdiction d'exécution dudit contrat en vertu du paragraphe 1. La nullité pour d'autres motifs n'est pas concernée.
- 16 En vertu de l'article 257, sous j), de la loi n° 134/2016, l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) clôt, par une ordonnance, la procédure initiée si le pouvoir adjudicateur a conclu, dans le cours de la procédure administrative, un contrat pour l'exécution de l'objet du marché public visé par le contrôle.
- 17 En vertu de l'article 61 du zákon č. 500/2004 Sb., správního řádu (loi n° 500/2004 portant code de procédure administrative), l'autorité administrative peut, d'office ou à la demande d'une partie, ordonner par une décision, avant la fin de la procédure, une mesure provisoire si cela est nécessaire pour régler provisoirement la situation des parties, [OMISSIS]. Une mesure provisoire peut ordonner à une partie ou à une autre personne de faire quelque chose, de s'abstenir de faire quelque chose ou de supporter quelque chose, ou de saisir un objet pouvant servir de preuve ou une chose pouvant faire l'objet d'une exécution forcée (paragraphe 1). Une décision sur la demande de mesure provisoire d'une partie doit être prise dans les 10 jours. La décision est notifiée uniquement à la personne qu'elle concerne ou, le cas échéant, également à une autre partie qui a demandé qu'elle soit adoptée. Le recours contre la décision ordonnant une mesure

provisoire n'a pas d'effet suspensif ; il ne peut être formé que par la partie à laquelle la décision est notifiée (paragraphe 2). L'autorité administrative révoque, sans délai, par une décision, la mesure provisoire après la cessation du motif pour lequel elle a été ordonnée. Si elle ne le fait pas, la mesure provisoire cesse de produire ses effets à la date à laquelle la décision au fond est devenue exécutoire ou a commencé à produire d'autres effets juridiques (paragraphe 3).

- 18 Il résulte de l'article 38 du zákon č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (loi n° 150/2002 portant code de justice administrative) que si une demande introductive de procédure a été déposée et qu'il est nécessaire de régler provisoirement la situation des parties en raison de l'imminence d'un préjudice grave, la juridiction peut, par ordonnance, sur une demande de mesures provisoires, ordonner aux parties de faire quelque chose, de s'abstenir de quelque chose ou de supporter quelque chose. Pour les mêmes raisons, la juridiction peut imposer une telle obligation également à un tiers s'il peut raisonnablement lui être demandé de le faire (paragraphe 1). La juridiction demande, s'il y a lieu, les observations des autres parties sur la demande de mesures provisoires (paragraphe 2). La juridiction statue sur la demande de mesures provisoires sans retard injustifié ; s'il n'y a pas de risque de retard, elle statue dans les 30 jours de l'introduction de la demande. Une ordonnance sur la demande de mesures provisoires doit toujours être motivée (paragraphe 3). La juridiction peut révoquer ou modifier la décision concernant la mesure provisoire si les circonstances changent, et ce même sans demande. La mesure provisoire prend fin, au plus tard, à la date à laquelle la décision de la juridiction mettant fin à la procédure est devenue exécutoire (paragraphe 4).
- 19 En vertu de l'article 72, paragraphe 1, de la loi n° 150/2002, un recours peut être formé dans les deux mois à compter de la date à laquelle la décision a été notifiée au requérant par la remise d'une copie écrite ou de toute autre manière prévue par la loi, si un délai différent n'est pas fixé par une loi spéciale.
- 20 Il résulte des dispositions de l'article 78, paragraphe 1, de la loi n° 150/2002 que si le recours est fondé, la juridiction annule la décision attaquée pour illégalité ou pour vice de procédure. La juridiction annule la décision attaquée pour illégalité également si elle constate que l'autorité administrative a excédé les limites, prévues par la loi, du pouvoir d'appréciation de l'administration ou en a abusé. Ensuite, le paragraphe 4 prévoit que, si la juridiction annule la décision, elle déclare en même temps que l'affaire est renvoyée au défendeur.

III. Analyse de la question préjudicielle déferée

- 21 En l'espèce, la juridiction a des doutes quant au point de savoir si la réglementation tchèque est conforme aux exigences de la directive 89/665/CEE ainsi qu'à l'exigence de garantir un contrôle juridictionnel effectif découlant de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lorsque cette réglementation permet au pouvoir adjudicateur de conclure un contrat de

marché public avant qu'il y ait ouverture du contrôle juridictionnel de la décision de l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) sur la réclamation ou avant que la juridiction puisse statuer sur l'adoption de la mesure provisoire d'interdiction, pour le pouvoir adjudicateur, de conclure le contrat jusqu'à ce que la décision sur le recours soit définitive.

- 22 Si un soumissionnaire est exclu de la procédure de passation de marché, comme c'est le cas en l'espèce, il court, pendant la durée de la procédure relative à la demande du soumissionnaire exclu introduite devant l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence), un délai de blocage de 60 jours, pendant lequel le contrat de marché public ne peut être conclu [article 246, paragraphe 1, sous d), de la loi n° 134/2016]. L'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) peut prolonger ce délai par l'adoption d'une mesure provisoire au titre de l'article 61 de la loi n° 500/2004, consistant à imposer au pouvoir adjudicateur une interdiction de conclure le contrat de marché public jusqu'à ce que la décision de l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) sur la demande soit définitive. La mesure provisoire accordée prend toutefois fin au plus tard à la date à laquelle la décision sur la réclamation devient définitive. Après que la décision du président de l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) sur la réclamation est devenue définitive, rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de conclure le contrat de marché public. Cela conduit souvent à des situations dans lesquelles le pouvoir adjudicateur conclut le contrat de marché public avant qu'un recours contre la décision du président de l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) sur la réclamation ne soit formé devant une juridiction. Un recours devant le juge administratif peut être formé dans les deux mois de la remise de la décision administrative de deuxième ressort au requérant (article 72, paragraphe 1, de la loi n° 150/2002) et le recours peut être assorti d'une demande d'adoption d'une mesure provisoire consistant à imposer au pouvoir adjudicateur une interdiction de conclure le contrat de marché public pendant la durée de la procédure devant la juridiction. Une demande de mesures provisoires ne peut être formée avant l'introduction du recours (article 38 de la loi n° 150/2002).
- 23 S'il y a, avant l'introduction d'un recours assorti d'une demande de mesures provisoires, conclusion du contrat de marché public, la juridiction, selon une jurisprudence constante, ne prononce plus de mesures provisoires étant donné que dans une telle situation, il n'y a plus de nécessité de régler provisoirement la situation des parties [voir, par exemple, ordonnance du Krajský soud v Bmě (tribunal régional de Brno) du 26 novembre 2020, portant la référence n° 30 Af 66/2020-88]. Dans l'hypothèse où la juridiction conclut que l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) a mal apprécié la légalité de l'exclusion du soumissionnaire, elle annule la décision de l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) pour illégalité et lui renvoie l'affaire (article 78, paragraphes 1 et 4, de la loi n° 150/2002). S'il y a toutefois déjà eu auparavant conclusion du contrat de marché public, l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence), après que l'affaire lui a été renvoyée, n'examine pas de nouveau le bien-fondé de la demande de contrôle des actes du pouvoir adjudicateur conformément aux conclusions de la juridiction, mais clôt la procédure sur la demande par référence

à l'article 257, sous j), de la loi n° 134/2016. Il peut ainsi se produire une situation dans laquelle la juridiction approuve l'argumentation du soumissionnaire exclu selon laquelle la démarche du pouvoir adjudicateur consistant en son exclusion est illégale, et annule la décision de deuxième ressort de l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) pour illégalité, mais le soumissionnaire exclu n'aura plus la sanction d'obtenir le marché public étant donné que, dans la période entre le moment où la décision de l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) sur la réclamation devient définitive et l'éventuelle décision de la juridiction sur l'adoption d'une mesure provisoire pour la procédure juridictionnelle, il y a eu conclusion du contrat de marché public. Un tel soumissionnaire n'est, en droit tchèque, fondé qu'à demander la réparation du préjudice causé par le comportement illégal du pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure devant les juridictions civiles en vertu du zákon č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu (loi n° 99/1963 portant code de procédure civile). Toutefois, dans le cadre de la procédure d'indemnisation du dommage, le soumissionnaire illégalement exclu n'obtiendra gain de cause que s'il prouve : 1) le comportement illégal du pouvoir adjudicateur, 2) la survenance d'un dommage, 3) le lien de causalité entre le comportement illégal de l'auteur du dommage et la survenance du dommage et, le cas échéant, également la faute de l'auteur du dommage en vertu de l'article 2911 du zákon č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (loi n° 89/2012 portant code civil) (bien que l'on puisse, par référence à l'arrêt du 30 septembre 2010, Strabag e.a., C-314/09, EU:C:2010:567, constater que, dans le cas de la réparation d'un dommage causé par une violation du droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur sera d'emblée responsable d'un tel dommage). Pour le soumissionnaire illégalement exclu, il est, en pratique, difficile d'établir la survenance d'un dommage réel et le lien de causalité entre le comportement illégal du pouvoir adjudicateur et la survenance du dommage. Il n'est, en effet, pas suffisant d'établir la simple possibilité de survenance d'un dommage en conséquence du comportement illégal du pouvoir adjudicateur, mais il y a lieu d'établir avec certitude la réalité du dommage ainsi que le lien de causalité.

- 24 La réglementation tchèque considère l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) comme une « instance de recours » au sens de la directive 89/66/CEE. En témoigne également la réglementation figurant à l'article 246 de la loi n° 134/2016 contenant les délais durant lesquels il est interdit au pouvoir adjudicateur de conclure le contrat dans le cours de la procédure devant l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence). L'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) ne saurait toutefois être considéré comme un tribunal indépendant et impartial établi par la loi au sens de l'article 47 de la charte.
- 25 La Cour de justice (« Cour »), dans son arrêt du 21 décembre 2021, Randstad Italia (C-497/20, EU:C:2021:1037, point 73) a expliqué que l'article 2 bis, paragraphe 2, de la directive 89/665/CEE doit être interprété à la lumière de l'article 47, deuxième alinéa, de la charte. Dans ces conditions, selon la Cour, les termes « instance de recours indépendante », au sens de cet article 2 bis, paragraphe 2, de la directive 89/665/CEE doivent, aux fins de déterminer si

l'exclusion d'un soumissionnaire est devenue définitive, être compris comme visant un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi, au sens de l'article 47 de la charte.

- 26 La nécessité d'interpréter la notion d'« instance de recours indépendante » à la lumière de l'article 47 de la charte découle également de l'arrêt de la Cour du 15 septembre 2016, *Star Storage e.a.*, C-439/14 et C-488/14, [EU:C:2016:688], qui portait sur l'interprétation tant de la directive 89/665/CEE que 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)]. Au point 41 dudit arrêt, il est expliqué que les directives ont pour objet de « *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* ». Selon la Cour, les États membres sont tenus de « *garantir* » « *aux candidats et aux soumissionnaires lésés par des décisions des pouvoirs adjudicateurs* » « *le respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, consacré à l'article 47 de la Charte* » (voir point 46).
- 27 S'il devait être considéré que l'instance de recours indépendante en vertu de l'article 2 bis, paragraphe 2, ou de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE doit être une juridiction indépendante, la réglementation tchèque, qui permet la conclusion du contrat de marché public immédiatement après que la décision du président de l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) sur la réclamation est devenue définitive, donc avant le début de la procédure devant une juridiction établie en vertu de l'article 47 de la charte, violerait l'article 2 bis, paragraphe 2, de la directive 89/665/CEE et ne garantirait pas un recours juridictionnel effectif aux soumissionnaires exclus du marché public. L'exigence d'effectivité du contrôle juridictionnel consacrée par l'article 47 de la charte découle tant des points 57 et 58 de l'arrêt *Randstad* que, par exemple, des points 35 et 36 de l'arrêt du 17 juillet 2014, *Sánchez Morcillo et Abril García*, C-169/14, [EU:C:2014:2099].
- 28 L'appréciation de la conformité de la législation nationale aux exigences de la directive 89/665/CEE est déterminante pour la procédure de la juridiction lors du contrôle de la légalité de la décision attaquée par le recours. Dans l'hypothèse où la Cour constaterait l'insuffisance de la transposition de la directive par le législateur tchèque, le soud (tribunal) considère qu'il serait tenu, en cas de constat d'illégalité de la décision attaquée, de lier, dans son jugement, l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) par une position juridique contraignante qui conduirait à laisser inappliquées les dispositions du droit national donnant lieu à une telle violation (voir arrêt de la Cour du 18 mai 2021, *Asociația « Forumul Judecătorilor din România » e.a.*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 et C-397/19, EU:C:2021:393, points 250 et 251). En l'espèce, il

apparaîtrait comme une conséquence raisonnable respectant le principe d'effectivité du contrôle juridictionnel que l'Úřad (Bureau de protection de la concurrence), après que sa décision a été, dans le cadre de la procédure juridictionnelle, annulée pour illégalité et que l'affaire lui a été renvoyée, n'applique pas la règle relative à la possibilité de clore la procédure en conséquence de la conclusion du contrat de marché public, telle que prévue à l'article 257, sous j), de la loi n° 134/2016, mais juge le contrat conclu avant l'introduction du recours invalide et impose une interdiction de l'exécuter par une application, par analogie, de l'article 254, paragraphe 1, sous b), en combinaison avec l'article 264, paragraphes 1 et 2, de la loi n° 134/2016. L'Úřad (Bureau de protection de la concurrence) apprécierait ensuite de nouveau la légalité de l'exclusion du soumissionnaire conformément à la position juridique contraignante de la juridiction. Il serait de cette manière préservé une possibilité de succès pour la requérante dans le cadre de la procédure de passation de marché public.

IV. Conclusion

29 [OMISSIS]

30 [OMISSIS]

31 [OMISSIS]

[OMISSIS]