

**Affaire C-274/21**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

28 avril 2021

**Juridiction de renvoi :**

Bundesverwaltungsgericht (Autriche)

**Date de la décision de renvoi :**

22 avril 2021

**Partie requérante :**

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

**Parties défenderesses :**

République d'Autriche

Bundesbeschaffung GmbH

---

[OMISSIS]

**Ordonnance**

Le Bundesverwaltungsgericht (Cour administrative fédérale, Autriche), [OMISSIS] dans le cadre de la procédure d'adoption d'une ordonnance de référé [OMISSIS], dans laquelle la société EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H. [OMISSIS] a formé un recours en référé à l'encontre d'une part de la République d'Autriche (gouvernement fédéral) et d'autre part de la société Bundesbeschaffung GmbH [OMISSIS] a décidé de ce qui suit :

La Cour de justice de l'Union européenne est saisie conformément à l'article 267 TFUE des questions préjudicielles suivantes :

A)

1. Une procédure en référé prévue à l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE, également

prévue en Autriche devant le Bundesverwaltungsgericht, et dans le cadre de laquelle le demandeur peut obtenir une interdiction temporaire de la conclusion d'accords-cadres ou de contrats de fourniture, constitue-t-elle un litige en matière civile et commerciale au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ? **[Or. 2]** Une telle procédure en référé est-elle au moins, aux termes de la question qui précède, une procédure en matière civile au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ? La procédure en référé au titre de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE est-elle une procédure en vue de l'adoption de mesures provisoires d'après l'article 35 du règlement du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ?

2. Le principe d'équivalence doit-il, eu égard aux autres dispositions du droit de l'Union, être interprété en ce sens qu'il accorde aux particuliers des droits subjectifs vis-à-vis de l'État membre et qu'il fait obstacle à l'application de dispositions juridiques autrichiennes en vertu desquelles le tribunal, avant de traiter une demande en référé telle que prévue à l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE, doit déterminer le type de procédure de passation de marché et la valeur (estimée) du marché ainsi que le nombre total des décisions individuellement attaquables découlant de procédures de passation de marché déterminées ainsi que le cas échéant des lots découlant d'une procédure de passation de marché déterminée, afin que le président de la chambre compétente adopte alors une invitation à régularisation en vue d'une réclamation des taxes et que la chambre compétente pour le recours impose ensuite, en cas d'absence de paiement, les taxes avant ou en même temps que le rejet de la demande en référé pour défaut de paiement sous peine de perdre le droit, alors que, dans les affaires en matière civile en Autriche comme pour les recours en dommages-intérêts ou les actions en cessation pour violation du droit de la concurrence, l'absence de versement de la taxe quel que soit le montant du, ne fait pas obstacle au traitement de la demande en référé et le traitement par les juridictions civiles de demandes en référé indépendantes d'un recours n'est pas bloqué par l'absence de paiement des taxes forfaitaires et que par ailleurs, dans d'autres domaines du droit, l'absence de paiement de taxes de recours contre les décisions administratives ou les taxes de recours ou de « Revision » pour les recours contre les décisions des juridictions administratives adressés au Verfassungsgerichtshof ou au Verwaltungsgerichtshof ne conduit pas au rejet du recours pour absence de versement de la taxe tout comme **[Or. 3]** elle ne conduit pas à ce que les demandes de reconnaissance des effets suspensifs ne puissent être que rejetées ?

2.1. Le principe d'équivalence doit-il, eu égard aux autres dispositions du droit de l'Union, être interprété en ce sens, qu'il fait obstacle à l'application de dispositions juridiques autrichiennes en vertu desquelles, avant de traiter une

demande en référé comme le prévoit l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE, le président de la chambre statuant comme juge unique doit adopter, faute de paiement suffisant des taxes forfaitaires, une invitation à régularisation et rejeter la demande en référé en l'absence de paiement, alors que par ailleurs en vertu de la loi sur les frais de justice, pour les recours en matière civile en Autriche, aucune taxe forfaitaire supplémentaire n'est en principe à payer pour une demande en référé soumise concomitamment à un recours en première instance et que pour les demandes de reconnaissance de l'effet suspensif présentées avec un réclamation sur décision auprès du Verwaltungsgericht, un recours en « Revision » au Verwaltungsgerichtshof ou un recours au Verfassungsgerichtshof et qui du point de vue fonctionnel ont un objectif identique ou similaire à une demande en référé, aucune taxe ne doit être payée pour ces demandes accessoires de reconnaissance de l'effet suspensif ?

3. L'impératif de diligence au titre de l'article 2<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (89/665/CEE) (JO L 395 du 30 décembre 1989, p. 33), dans la version de la directive 2014/24/UE, selon lequel il doit être possible de prendre, *dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés*, doit-il, eu égard aux autres dispositions du droit de l'Union, être interprété en ce sens qu'il accorde un droit subjectif à une décision immédiate sur la demande en référé et [Or. 4] fait obstacle aux dispositions juridiques autrichiennes en vertu desquelles le tribunal, même en cas d'absence de transparence de la passation de marché et avant de traiter une demande en référé visant à empêcher des acquisitions supplémentaires par le pouvoir adjudicateur, doit déterminer sans que cela n'ait de pertinence pour la décision, le type de procédure de passation de marché et la valeur (estimée) du marché ainsi que le nombre total des décisions individuellement attaquables et le cas échéant aussi des lots découlant d'une procédure de passation de marché déterminée, pour qu'ensuite, le président de la chambre compétente du tribunal adopte éventuellement une invitation à régularisation aux fins d'une réclamation des taxes et que la chambre compétente pour statuer sur le recours impose, en cas d'absence de paiement de la taxe, avant ou au plus tard en même temps que le rejet de la demande en référé pour absence de paiement, les dépens, sous peine de perdre le droit ?

4. Le droit à une procédure équitable devant un tribunal en vertu de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2012/C 326/02) FR 26.10.2012 JO UE C 326/391) doit-il, eu égard aux autres dispositions du droit de l'Union, être interprété en ce sens qu'il accorde des droits subjectifs aux particuliers et fait obstacle à l'application de dispositions juridiques autrichiennes en vertu desquelles le tribunal doit même si cela n'a pas de pertinence pour la décision et même en cas de procédures de passation de marchés dénuées de

transparence, déterminer avant de traiter une demande en référé visant à empêcher des acquisitions supplémentaires par le pouvoir adjudicateur, le type de procédure de passation de marché et la valeur (estimée) du marché ainsi que le nombre total des décisions individuellement attaquables découlant de procédures de passation de marché déterminées et le cas échéant des lots découlant d'une procédure de passation de marché déterminée afin que le président de la chambre compétente du tribunal adopte alors le cas échéant une invitation à régularisation en vue d'une réclamation des taxes et que la chambre compétente pour le recours impose, en cas d'absence de paiement, avant ou au plus tard en même temps que le rejet de la **[Or. 5]** demande en référé pour absence de paiement de la taxe les dépens, sous peine de perdre le droit ?

5. Le principe d'équivalence doit-il, eu égard aux autres dispositions du droit de l'Union, être interprété en ce sens qu'il accorde aux particuliers des droits subjectifs vis-à-vis de l'État membre et qu'il fait obstacle à l'application de dispositions juridiques autrichiennes en vertu desquelles en cas d'absence de versement des taxes forfaitaires pour l'introduction d'une demande en référé au sens de la directive 89/665/CEE dans la version en vigueur, une chambre d'un tribunal administratif siégeant en tant que juridiction doit imposer des taxes forfaitaires (avec des possibilités de recours réduites en résultant pour l'assujetti), alors que les taxes de recours et taxes pour demandes en référé dans les procédures en matière civile sont imposées en l'absence de paiement par une décision en vertu de la loi de collecte des frais de justice et les taxes de recours en droit administratif pour les recours devant un tribunal administratif ou au Verfassungsgerichtshof voire pour les recours en « Revision » au Verwaltungsgerichtshof en l'absence de versement de ces taxes sont en règle générale imposées par une décision d'une autorité fiscale contre laquelle (décision d'imposition de la taxe) un recours peut toujours être adressé à un tribunal administratif suivi d'un recours en « Revision » au Verwaltungsgerichtshof ou un recours au Verfassungsgerichtshof ?

6. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE doit-il, eu égard aux autres dispositions du droit de l'Union, être interprété en ce sens que la conclusion d'un accord-cadre avec un unique opérateur économique conformément à l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE est la conclusion du contrat en vertu de l'article 2bis, paragraphe 2, de la directive 89/665/CE dans la version de la directive 2014/23/UE ?

6.1. Le syntagme contenu à l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE – « les marchés fondés sur cet accord-cadre » – doit-il être interprété en ce sens qu'un marché est fondé sur l'accord-cadre lorsque le pouvoir adjudicateur attribue un marché spécifique en s'appuyant explicitement sur l'accord-cadre conclu ? Ce syntagme doit-il au contraire être interprété ainsi que lorsque le volume global de l'accord-cadre au sens de l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-216/17 (point 64) **[Or. 6]** est déjà épuisé il n'y a plus de marché reposant sur l'accord-cadre initialement conclu ?

7. Le droit à une procédure équitable devant un tribunal en vertu de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2012/C 326/02) 26.10.2012 (JO UE C 326/391) doit-il, eu égard aux autres dispositions du droit de l'Union, être interprété en ce sens qu'il fait obstacle à une disposition en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur cité dans le litige en matière de marchés publics doit soumettre dans la procédure en référé l'ensemble des informations et des documents nécessaires – sous peine à chaque fois d'une possible décision par défaut à son détriment – lorsque les administrateurs ou collaborateurs de ce pouvoir adjudicateur qui doivent fournir des informations pour son compte sont le cas échéant même exposés au risque de devoir s'incriminer pénalement par la fourniture des renseignements ou des documents ?

8. Le principe au titre de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (89/665/CEE) (JO L 395 du 30 décembre 1989, p. 33), dans la version de la directive 2014/24/UE, selon lequel les procédures de recours doivent être conduites de manière avant tout efficace doit-il, eu égard notamment au droit à un recours effectif en vertu de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et aux autres dispositions du droit de l'Union, être interprété en ce sens que ces dispositions accordent des droits subjectifs et font obstacle à l'application de dispositions nationales en vertu desquelles il appartient à l'auteur de la demande en référé de citer dans sa demande la procédure de passation de marché et la décision individuellement attaquable concrètes même lorsque ce demandeur dans le cadre d'une procédure de passation de marché sans publication préalable d'un avis de marché ne saura pas en général combien de procédures de passation de marché opaques ont été conduites par le pouvoir adjudicateur et combien de décisions d'attribution dans les procédures opaques ont déjà été adoptées ? [Or. 7]

9. Le principe d'une procédure équitable devant un tribunal en vertu de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit-il, eu égard aux autres dispositions du droit de l'Union, être interprété en ce sens que cette disposition accorde des droits subjectifs et fait obstacle à l'application de dispositions nationales en vertu desquelles il appartient au requérant de citer dans sa demande en référé la procédure de passation de marché concrète et la décision individuellement attaquable concrète du pouvoir adjudicateur, même lorsque ce requérant, face à une procédure de passation de marché sans publication préalable d'un avis de marché, ne peut en général pas savoir combien de procédures de passation de marché opaques ont été conduites par le pouvoir adjudicateur et combien de décisions d'attribution dans les procédures opaques ont déjà été adoptées ?

10. Le principe d'une procédure équitable devant un tribunal en vertu de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit-il, eu égard aux autres dispositions du droit de l'Union, être interprété en ce sens que

cette disposition accorde des droits subjectifs et fait obstacle à l'application de dispositions nationales en vertu desquelles il appartient à l'auteur d'une demande en référé de verser des taxes forfaitaires à concurrence d'un montant impossible à prévoir au préalable parce que celui-ci, face à une procédure de passation de marché opaque sans publication préalable d'un avis de marché, ne peut en général pas savoir si le pouvoir adjudicateur a conduit des procédures de passation de marché opaques, pour quelle valeur estimée du marché, et le cas échéant combien de décisions individuellement attaquables ont déjà été adoptées ?

B)

[OMISSIS] [Droit procédural national]

**Motifs : [Or. 8]**

[OMISSIS]

**1. Informations particulières sur la juridiction de renvoi :**

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Droit procédural national] [Or. 9]

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Compétence de la juridiction de renvoi]

[OMISSIS] [Droit du Bundesverwaltungsgericht (BVwG) à saisir la Cour]

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Organisation des dossiers de procédure]

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Or. 10] [OMISSIS]

[OMISSIS] [Transmission des dossiers de la procédure]

Nous prions la Cour de bien vouloir joindre la demande de décision préjudicielle du juge unique [C-274/21] à la demande de décision préjudicielle présentée le même jour, cette fois pour la chambre [C-275/21], et ce conformément à l'article 54 du règlement de procédure étant donné que les faits de l'affaire au principal sont identiques pour la chambre et le juge unique du BVwG et que les questions préjudicielles concernent fondamentalement et pour l'essentiel les mêmes questions d'interprétation du droit de l'Union.

## 2. Les parties au litige au principal et leurs représentants

### 2.1. La partie requérante devant le BVwG est la société

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H., [OMISSIS]

[OMISSIS] 1040 Vienne [Autriche]

[OMISSIS] [Or. 11]

2.2. La requérante a désigné les deux entités juridiques suivantes comme parties défenderesses et donc comme parties à la procédure :

1. République d'Autriche (gouvernement fédéral), représentée par la ministre fédérale de la défense (Bundesministerin für Landesverteidigung – ci-après « BMLV »)

2. Bundesbeschaffung GmbH (ci-après « BBG »)

[OMISSIS]

[OMISSIS]. [Droit procédural national]

**3. Les faits à l'origine de la demande de décision préjudicielle, les conditions cadre tenant aux taxes forfaitaires pour les procédures de recours devant le Bundesverwaltungsgericht au titre de la directive 89/665/CEE dans sa version en vigueur, et centrales pour ladite demande de décision préjudicielle, l'état actuel de la procédure nationale**

[OMISSIS] [Or. 12] [OMISSIS] [Compétence du juge unique]

Étant donné que les frais de justice en cause, à verser pour une ou plusieurs demandes en référé, sont des taxes au sens du droit autrichien des finances publiques, les taxes forfaitaires non versées doivent être imposées par la chambre compétente en vertu de l'article 328 BVergG (Bundesvergabegesetz 2018 - loi fédérale relative à la passation des marchés publics de 2018) en tout cas en temps utile et en lui accordant le caractère définitif de la décision d'imposition, afin de prévenir en particulier pour les membres de la chambre un risque de responsabilité (actions récursoires) du fait du défaut d'imposition de la taxe.

L'ordre juridique fédéral autrichien ne connaît par ailleurs pas de telles dispositions de déchéance ou de prescription pour les taxes de recours limitant ainsi la durée de la procédure, et ce sont en règle générale – comparés aux délais courts prévus par la loi pour statuer sur un recours (six semaines) ou les demandes en référé (10 ou 15 jours) – des délais significativement plus longs qui s'appliquent à la possibilité d'imposer des frais de justice.

Ces délais sont, par exemple, d'au moins cinq ans pour les frais de justice forfaitaires en matière civile au titre de l'article 8 de la loi relative au recouvrement des frais de justice (Gerichtliches Einbringungsgesetz - GEG) ou au moins de trois ans pour les taxes forfaitaires pour les recours adressés au BVwG ou au VfGH ou les recours en « Revision » au VwGH, conformément à l'article 207, paragraphe 2, du code fédéral des impôts (Bundesabgabenordnung - BAO) (et ce sans tenir compte [Or. 13] des circonstances de suspension ou d'interruption pour ces délais d'imposition).

3.3. Interprétant la loi, le VfGH, en tant juridiction suprême, a ainsi affirmé dans son arrêt E 4474/2018 sur l'état du droit relatif aux taxes forfaitaires en ce qui concerne les taxes de recours pour les procédures prévues dans la directive 89/665/CEE, (au sujet de l'état du droit d'après la loi fédérale sur les marchés publics de 2006 – Bundesvergabegesetz 2006 – matériellement identique) [ECLI:AT:VFGH:2019:E4474.2018] :

« [...] »

*La réponse à la question de droit à trancher en l'espèce découle cependant du lien exposé entre la décision quant à la recevabilité d'un recours en matière de passation de marché public (ou d'une demande en référé) et la décision sur le point de savoir si la taxe afférente à la demande, en dépit de l'invitation à la régulariser, n'a pas été correctement acquittée, la loi faisant du paiement correct une condition de recevabilité d'une telle demande (voir article 322, paragraphe 2, point 3, BVergG 2006 pour le recours et l'article 328, paragraphe 7, BVergG 2006 pour la demande en référé). Étant donné que le législateur rattache la décision quant à la recevabilité de tels recours en matière de marchés publics à la jurisprudence du Bundesverwaltungsgericht (voir articles 291 et 292 BVergG 2006) et qu'il doit d'ailleurs le faire du point de vue du droit constitutionnel (voir article 87 en combinaison avec l'article 134, paragraphe 7 B-VG), il convient de partir du principe que toutes les procédures accessoires de contrôle des taxes forfaitaires au sens du VfSlg. 19.880/2014, qui présentent un lien nécessaire avec une procédure de recours au regard d'une passation de marché parce que le paiement correct des frais est jugé (dans le même temps), doivent être jugées par le Bundesverwaltungsgericht en tant qu'organe juridictionnel et ne constituent précisément pas une question d'administration judiciaire au sens de l'article 3 BVwGG. Le Bundesverwaltungsgericht, en tant qu'organe juridictionnel, est donc dans l'affaire au principal, si les autres conditions sont remplies, compétent à travers la chambre saisie (voir article 292, paragraphe 1, BVergG 2006), pour statuer sur les demandes des sociétés requérantes quant à l'imposition et au remboursement de la taxe forfaitaire versée.*

[...] »

[Or. 14]

3.4. Le VfGH, dans son ordonnance du 26 septembre 2019 (affaire V 64/2019), a enfin interprété comme suit l'état actuel du droit d'après le BVergG 2018 [ECLI:AT:VFGH:2019:V64.2019] :

*« 2.1. L'article 340 BVergG 2018 prévoit pour les procédures de recours au titre de l'article 342, paragraphe 1, BVergG 2018 et les mesures de référé au titre de l'article 350, paragraphe 1, BVergG 2018 le versement d'une taxe forfaitaire, le niveau des différents taux unitaires étant fixé dans le BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 du gouvernement fédéral. L'article 340 BVergG 2018 impose en outre des prescriptions supplémentaires sur le calcul de la taxe forfaitaire.*

*La taxe naît au moment du dépôt de la demande et elle doit être versée dès cet instant au Bundesverwaltungsgericht (voir article 340, paragraphe 1, point 1, BVergG 2018). Les demandeurs qui obtiennent du moins en partie gain de cause ont droit en vertu de certaines autres conditions au remboursement par le pouvoir adjudicateur des taxes qu'ils ont versées en vertu de l'article 340 BVergG 2018 (article 341 BVergG 2018). »*

*Dans son arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2019, E4474/2018, le Verfassungsgerichtshof a affirmé ce qui suit au sujet de l'état du droit d'après le BVergG 2006 :*

*« La réglementation exposée du BVergG 2006 relative aux taxes forfaitaires pour les procédures de recours en matière de marchés publics présente enfin – par rapport aux autres réglementations en lien avec le recours à la protection juridictionnelle (administrative) – une particularité essentielle : le paiement correct de la taxe en vertu du BVergG 2006 constitue d'après l'article 322, paragraphe 2, point 3, BVergG 2006 et l'article 328, paragraphe 7, BVergG 2006 une condition de recevabilité des recours spécifiquement en matière de marchés publics adressés au Bundesverwaltungsgericht. En vertu de ces dispositions, le Bundesverwaltungsgericht doit rejeter un recours ou une demande en référé qui en dépit d'une correction n'a pas été correctement acquittée. »*

*2.2. C'est également le cas pour l'état du droit d'après le BVergG 2018 :*

*Un recours est irrecevable d'après l'article 344, paragraphe 2, point 3, BVergG 2018 lorsque la taxe afférente n'a pas été correctement acquittée en dépit d'une invitation à régulariser la situation. Une demande en référé [Or. 15] est également irrecevable en vertu de l'article 350, paragraphe 7, BVergG 2018 lorsque la taxe afférente n'a pas été correctement acquittée en dépit d'une invitation à régulariser la situation. Le paiement correct des taxes afférentes à un recours et une demande en référé en vertu du BVergG 2018 est donc une condition de recevabilité. Le Bundesverwaltungsgericht ne peut donc en tout cas donner suite au fond à un recours ou à une demande en référé que si la taxe afférente au recours spécifique en matière de marchés publics a été correctement acquittée, le cas échéant après régularisation.*

[...]

*3.2. Le BVergG 2018 ne prévoit d'ailleurs pas de procédure (subséquente ou distincte) relative à l' "imposition des taxes forfaitaires non versées" lorsque le Bundesverwaltungsgericht statue au fond sur un recours ou une demande en référé. Une telle compétence ne saurait en particulier être déduite de l'arrêt du Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle) du 1<sup>er</sup> mars 2019, E4474/2018.*

[...]

5. [...]

*Il en va de même dans l'hypothèse où le Bundesverwaltungsgericht a clos la procédure relative à une demande en référé ou à un recours. Ici aussi les décisions (encore) nécessaires quant au montant de la taxe forfaitaire à verser doivent le cas échéant être adoptées (au plus tard) dans la décision de clôture.*

[...]

3.4.1. L'état du droit national d'après la décision du VfGH dans l'affaire V 64/2019 relative aux taxes dues en lien à des recours spécifiques en matière de marchés publics peut donc être résumé ainsi que sans imposition définitive (et paiement) des taxes forfaitaires dues pour le montant correspondant, un recours spécifique en matière de marchés publics en vue d'un contrôle, d'une constatation ou de l'adoption de mesures de référé ne saurait être traité autrement que par un rejet faut de versement de la taxe – après une invitation à régularisation du juge unique suivant coordination (appropriée au préalable) [Or. 16] entre le juge unique et les autres membres de la chambre quant aux taxes à verser, spécifiques à l'affaire – et ce uniquement après des démarches étendues d'enquêtes – d'autant que dans le cas contraire le juge unique et les membres de la chambre seraient exposés au risque d'être poursuivis par le biais d'une action récursoire en raison de l'absence d'imposition des taxes forfaitaires en violation du droit.

Dans ce contexte, même s'il était déjà clair sans devoir répondre à d'autres questions quant au montant des taxes, que les recours en question sont bien-fondés ou doivent manifestement être rejetés pour des motifs étrangers à la question des taxes, le BVwG serait par conséquent tout de même tenu de procéder à des recherches éventuellement étendues en respectant les droits des parties pour ne pas menacer le droit de l'État à percevoir les taxes, avant que la demande en référé puisse être traitée celle-ci devant, d'après l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665/CEE, être traitée aussi rapidement que possible.

3.5. Les faits au principal au regard du contexte tenant en particulier à la réglementation relative aux taxes sont les suivants :

3.5.1. La requérante a formé le 1<sup>er</sup> décembre 2020 un recours enregistré auprès du BVwG et dans le cadre duquel [OMISSIS] elle a exposé que les parties défenderesses auraient conclu de manière non transparente 21 accords-cadres d'une valeur de 3 millions d'euros en vue de l'acquisition de tests de détection des antigènes Covid 19.

Les accords-cadres ainsi que les commandes spécifiques qui y sont liées porteraient atteinte à la requérante en violation du droit des marchés publics.

À cet égard, la requérante a formulé le 1<sup>er</sup> décembre 2020 les conclusions suivantes au titre de la procédure de recours :

Elle conclut à ce qu'il plaise au Bundesverwaltungsgericht

– d'engager une procédure de recours au sujet de la légalité de la ou des procédures de passation de marché public choisies, des invitations à soumissionner dans le cadre de procédures négociées sans publication d'un avis de marché ainsi que des autres achats et mises en concurrence planifiés au titre des accords-cadres de la BBG,

– [...],

d'annuler

– les décisions des parties défenderesses d'attribuer les marchés de fourniture en cause dans le cadre d'une passation de marché de gré à gré, et [Or. 17]

– les invitations à soumissionner des parties défenderesses dans le cadre d'une procédure négociée sans publication d'un avis de marché, et

– les nouvelles mises en concurrence sur la base des accords-cadres existants de la BBG, et

– les décisions des parties défenderesses d'attribuer les marchés de fourniture en cause dans le cadre d'une procédure négociée sans publication d'un avis de marché, et

– les décisions des parties défenderesses d'attribuer les marchés de fourniture en cause sur la base d'un appel d'offres au titre des accords-cadres de la BBG.

Le 1<sup>er</sup> décembre 2020, la requérante a en outre demandé l'adoption de mesures de référé :

Elle conclut à ce qu'il plaise au Bundesverwaltungsgericht d'interdire

– aux parties défenderesses pour la durée de la procédure de recours de poursuivre la ou les procédures de passation de marché ainsi que la conclusion des contrats de fourniture par voie de passation de marché de gré à gré

et

– les mises en concurrence au titre des accords-cadres de la BBG au sujet de la fourniture de tests de détection d'antigènes et

– la mise en œuvre d’une procédure négociée sans publication d’un avis de marché au sujet de la fourniture de tests de détection d’antigènes.

3.5.2. Étant donné qu’il ne ressortait pas de manière objectivement clair du mémoire introduisant le recours quelles décisions concrètes individuellement attaquables au titre de quelle procédure de passation de marché la requérante souhaitait voir annulées au sens de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE et à l’égard de quelles procédures de passation de marché déterminées la requérante souhaitait obtenir des mesures de référé **[Or. 18]** ayant une certaine teneur, le BVwG a adopté dès le 1<sup>er</sup> décembre 2020 une première invitation à régularisation ayant en particulier le contenu suivant :

« [...] »

*2.1. Les articles 344, paragraphe 1 et 350, paragraphe 2, BVergG sont libellés comme suit :*

*Article 344 (1) Une demande au titre de l’article 342, paragraphe 1, doit contenir en tout état de cause :*

*1. la désignation de la procédure de passation de marché en cause et de la décision individuellement attaquable contestée,*

*2. [...]*

*Article 350 (1) [...]*

*(2) La demande en référé doit contenir :*

*1. la désignation précise de la procédure de passation de marché en cause, de la décision individuellement attaquable ainsi que du pouvoir adjudicateur, du demandeur et le cas échéant de l’entité adjudicatrice y compris son adresse électronique,*

*[...]*

*2.3. La requérante n’a jusqu’à présent pas respecté dans ses écritures les dispositions des articles 342, paragraphe 2, 344, paragraphe 1, point 1 et 350, paragraphe 2, point 1, BVergG*

*(pour ce qui est de la décision du pouvoir adjudicateur tirée du catalogue de l’article 2, point 15, BVergG, concrètement attaquable et rattachable à une procédure de passation de marché individuelle, citée pour chaque demande)*

*La requérante est désormais invitée à amender d’ici au 7 décembre 2020 le mémoire joint afin de présenter une demande de protection juridictionnelle individuelle pour chaque décision du pouvoir adjudicateur concrètement attaquée découlant d’une procédure de passation de marché concrètement désignée, la requérante n’ayant manifestement jusqu’à présent pas attaqué conjointement de*

*décisions de rejet des offres ou d'attribution du marché. Si cette première [Or. 19] demande de régularisation exigée ne devait pas intervenir dans les délais, les conclusions de la demanderesse en vue des annulations et du prononcé des mesures conservatoires seront rejetées – article 13, paragraphe 3 AVG.*

*2.4. Nous nous réservons la possibilité de présenter des demandes de régularisation supplémentaires en particulier en ce qui concerne les taxes à verser.*

*[...] »*

*3.5.3. Les parties défenderesses ont réagi par un premier mémoire [OMISSIS] au recours de la requérante du 1<sup>er</sup> décembre 2020 [OMISSIS].*

*Outre la contestation de la qualification professionnelle de la requérante et donc la contestation de sa qualité pour agir, les parties défenderesses ont affirmé ce qui suit en lien avec la question de la ou des procédures de passation de marché :*

*« [...]*

*Comme le BVwG l'a signalé à juste titre dans son injonction du 1<sup>er</sup> décembre 2020, les demandes en question sont totalement dénuées de précision au sens de la référence légalement exigée à des procédures concrètes de passation de marché ; la requérante cherche manifestement, par des demandes en référé également totalement dénuées de précision, à faire interdire aux parties défenderesses de manière aussi générale que possible toute acquisition de tests de détection d'antigènes.*

*D'après cependant la jurisprudence claire des juridictions suprêmes, le contrôle juridique du comportement d'un pouvoir adjudicateur en général, c'est-à-dire sans lien avec une procédure concrète de passation de marché, est impossible et illégal. Lorsque la requérante estime donc qu'elle aurait simplement à présenter des demandes totalement dénuées de précision, il y a déjà lieu de lui répondre qu'une procédure de recours sert uniquement à la mise en œuvre de droits subjectifs des soumissionnaires et non à un contrôle objectif de légalité.*

*Dans le détail :*

*B. Sur la recevabilité des demandes en vertu de l'article 344, paragraphe 1, BVergG 2018.*

*Il découle déjà de l'article 344, paragraphe 1, BVergG 2018, que la demande en cause est irrecevable car elle ne cite pas la décision concrètement attaquée tout comme elle ne désigne pas la procédure de passation de marché comme l'exige pourtant expressément l'article 344, paragraphe 1, point 1, BVergG 2018. [Or. 20]*

*D'après aussi la jurisprudence récente du VwGH, les recours en matière de marchés publics doivent préciser du point de vue matériel et temporel le comportement incriminé du pouvoir adjudicateur – en effet, le Verwaltungsgericht est, d'une part, tenu par ces développements et la portée de l'autorité de la chose jugée est déterminé, d'autre part, par l'objet de la procédure et ainsi aussi par la demande.*

*Étant donné que dans le cas concret l'ensemble de ces paramètres fait défaut en ce qui concerne les demandes de la requérante, ces dernières doivent être rejetées pour ce motif.*

### *C. Sur l'absence de décision individuellement attaquable*

*En outre, seules les décisions individuellement attaquables peuvent faire l'objet d'une procédure de recours – les demandes qui ne visent pas une décision individuellement attaquable sont irrecevables. D'après la jurisprudence du VwGH, le Verwaltungsgericht ne peut traiter que les décisions du pouvoir adjudicateur dont la partie requérante a explicitement demandé l'annulation.*

*[...]*

*Dans le cas concret, les parties défenderesses n'ont adopté au sujet de l'acquisition des tests de détection d'antigènes aucune décision ou prise de position dans le sens des décisions non spécifiées ici et attaquées par le point 6 du recours.*

*Le BBG a au contraire communiqué le 1<sup>er</sup> décembre 2020 au Supplément du Journal officiel de l'Union européenne la publication d'une procédure ouverte en vue de la conclusion d'un accord-cadre pour la fourniture de tests de détection d'antigènes.*

*En ce qui concerne les opérations de passation de marché insinuées par la requérante, il n'y a donc tout simplement aucune déclaration "vers l'extérieur" des parties défenderesses qui d'après sa valeur indicative objective – et elle seule compte – viserait à "entraîner des conséquences juridiques".*

*Les demandes de la requérante sont par conséquent totalement inopérantes. La requérante cherche au contraire tout simplement à obtenir des preuves par une pêche aux renseignements ce qui est également clairement irrecevable.*

### *III. Présentation d'attestations [Or. 21]*

*La Finanzprokurator [service chargé de représenter les intérêts de l'administration] signale que dans la présente affaire, en l'absence d'une autre procédure de passation de marché ou de décision individuellement attaquable, le BVwG ne peut se voir remettre aucun document.*

3.5.4. Dans [ce mémoire], les parties défenderesses ont affirmé ce qui suit au sujet en particulier de la demande en référé :

*Pour les motifs susmentionnés, les parties défenderesses renvoient tout d'abord à l'article 5 de la loi d'accompagnement Covid 19 – Marchés publics (Covid 19 Begleitgesetz Vergabe) et concluent ci-après au rejet des demandes en référé :*

*A. Les mesures de référé ne peuvent être demandées qu'en lien avec la contestation de décisions individuellement attaquables.*

*L'adoption de mesures de référé dépend d'après la jurisprudence claire du VwGH de l'existence (et de l'illégalité alléguée) d'une décision individuellement attaquant le pouvoir adjudicateur. Une demande en référé ne peut donc d'après le VfGH être formulée qu'en lien avec une procédure de recours correspondante – qui elle-même ne peut viser qu'une décision individuellement attaquant qui a déjà été adoptée.*

[...]

*Les parties défenderesses renvoient en outre à l'article 5 de la loi d'accompagnement Covid 19 – Marchés publics qui a rang constitutionnel et qui est en vigueur du moins jusqu'au 31 décembre 2020 : en vertu de cette disposition, la demande en référé en vue de faire interdire l'ouverture des soumissions, la conclusion d'un accord-cadre ou l'attribution d'un marché n'a pas d'effet suspensif lorsque sur la base des données dans la demande en référé dans le cadre d'une procédure de recours il apparaît ou le pouvoir adjudicateur oppose de manière crédible qu'une procédure de passation de marché au titre des articles 35, paragraphe 1, point 4, 36, paragraphe 1, point 4, 37, paragraphe 1, point 4 ou 206, paragraphe 1, point 5, BVergG 2018 ou au titre de l'article 25, point 4 BVergGVS 2012 sert à la prévention et à la lutte urgente contre la propagation du Covid 19 ou au maintien de l'ordre public en lien avec la prévention et la lutte contre la propagation du Covid 19. Le pouvoir adjudicateur peut dans ce cas, avant l'adoption de la décision quant à la demande, attribuer le marché, conclure l'accord-cadre et ouvrir les soumissions. [Or. 22]*

*Étant donné que dans la présente affaire, il ressort déjà des très longs développements de la requérante qu'il s'agit en l'espèce d'empêcher l'acquisition de tests de détection d'antigènes pour tester la population autrichienne à la recherche d'une infection au Covid 19, il est établi qu'en vertu de l'article 5 de la loi d'accompagnement Covid-19 Marchés publics il n'y a déjà ex lege pas d'effet suspensif si les parties défenderesses devaient avoir à l'avenir l'intention d'acheter des tests de détection d'antigènes en vertu des articles 35, paragraphe 1, point 4, 36, paragraphe 1, point 4, 37, paragraphe 1, point 4 ou 206, paragraphe 1, point 5, BVergG 2018 ou en vertu de l'article 25, point 4, BVergGVS 2012 puisque ces passations de marchés servent à la prévention et à la lutte urgente contre la propagation du Covid 19.*

*Indépendamment de cette disposition législative de rang constitutionnel, la mise en balance des intérêts pencheraient également en défaveur de la requérante.*

3.5.5. Le 7 décembre 2020, les parties défenderesses ont encore présenté les observations suivantes :

*Eu égard à la communication du BVwG du 3 décembre 2020, les parties défenderesses estiment que le BVergGVS 2012 ne vient pas s'appliquer pour les éventuelles acquisitions de tests de détection d'antigènes.*

*Elles signalent par ailleurs que les « accords-cadres conclus avec 21 entreprises en vue de l'acquisition de tests de détection d'antigènes » évoqués par la requérante n'ont été conclus à chaque fois qu'avec un unique partenaire, ce que la requérante pouvait manifestement constater, celle-ci ayant cité dans son mémoire un lien renvoyant au site internet de la BBG. Ces accords-cadres ayant tous été conclus avant l'introduction du présent recours – ce que la requérante savait également – les recours ne sauraient dans leur intégralité prospérer puisque d'après l'économie du BVergG 2018, il n'existe plus de décision individuellement attaquable.*

3.5.6. La requérante a encore formulé des arguments supplémentaires dans le cadre de la procédure sur la question de la ou des procédures de passation de marché dans le cadre desquelles elle souhaite contester certaines décisions par voie de recours avant l'attribution du marché. **[Or. 23]**

3.5.6.1. Par mémoire du 7 décembre 2020 [OMISSIS] la requérante a tout d'abord contesté la nécessité de régulariser son recours, mais a affirmé dans le même document, immédiatement après, ce qui suit :

*Par son recours, la requérante a effectivement, de son point de vue au titre du droit des marchés publics, contesté une unique décision individuellement attaquable des parties défenderesses en lien avec une procédure de passation de marché, à savoir la décision quant au choix de la procédure de passation de marché pour la commande de « Tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid 19) » supplémentaires en vue des tests de masse en Autriche.*

5.3.6.2. Dans le même mémoire [OMISSIS] la requérante critique l'absence de transparence de la procédure d'acquisition et poursuit en affirmant :

*« [...] On ne sait par ailleurs pas si la BBG a conduit pour la conclusion du marché en cause différentes procédures distinctes de passation de marché sans publication d'un avis de marché avec à chaque fois une unique entreprise ou a conduit une unique procédure avec toutes les entreprises.*

*[...]*

*La requérante était/est donc contrainte dans le cadre de la désignation des procédures de passation de marché de tenir également compte de possibles*

*procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché et ainsi de possibles mises en concurrence sur la base d'accords-cadres existants et donc de les citer à titre subsidiaire à titre de précaution. Ainsi qu'il est exposé de manière exhaustive dans le recours, la décision attaquée par la requérante est de facto la seule décision concrète des parties défenderesses, à savoir celle de commander de manière informelle plusieurs millions de tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid-19) (sans le moindre fondement en droit des marchés publics).*

[...]

*Du fait de la violation flagrante du principe de transparence au titre du droit des marchés publics la requérante ne dispose ni de la publication de l'avis de marché ni des documents de la procédure de passation de marché. Il s'agit au contraire d'une forme flagrante de passation de marché de gré à gré d'une valeur de plusieurs millions d'euros qui ne devrait pas – pouvoir – être dissimulée sous couvert d'aspects formels. [Or. 24]*

[...]

*Un recours effectif ne requiert pas de connaître la désignation concrète de la procédure de passation de marché. Dans le cas de l'acquisition d'un bien pour un montant de plusieurs millions d'euros sans publication d'un avis de marché et en l'absence d'autres informations sûres auxquelles la requérante peut accéder (par exemple le dossier de l'appel d'offres), celle-ci ne pouvant se fonder que sur les connaissances tirées des informations dans les médias, on ne saurait faire reposer sur la requérante la charge de la désignation concrète de la procédure de passation de marché. Cela conduirait dans la présente affaire – en particulier en raison de la violation flagrante du principe de transparence – à une mise en échec de la protection juridictionnelle effective.*

[...]

*Renvoyant à la lettre du BVwG du 7 décembre 2020, il convient en outre de retenir du point de vue du droit de l'Union, qu'une interprétation des dispositions du BVergG 2018 et du BVergGVS, en vertu de laquelle la requérante serait tenue d'indiquer le nombre exact et la désignation exacte de la ou des procédures de passation de marché ainsi que la désignation des décisions individuellement attaquables des parties défenderesses sans la moindre possibilité d'en prendre connaissance, du fait de l'absence de transparence offerte par les défenderesses, va à l'encontre des exigences posées par la Cour de justice dans une jurisprudence constante pour un recours juridictionnel effectif (voir notamment arrêts du 28 janvier 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45 ; et du 23 décembre 2009, Spector Photo Group et Van Raemdonck, C-45/08, EU:C:2009:80623).*

[...]

*Les conclusions formulées dans le cadre du recours doivent être comprises conformément à l'argumentation présentée jusqu'ici :*

*Il est conclu à ce qu'il plaise au Bundesverwaltungsgericht :*

*– d'engager une procédure de recours en ce qui concerne la légalité de la procédure de passation de marché choisie portant sur la fourniture de tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid 19), [Or. 25]*

*– d'annuler les décisions des parties défenderesses d'attribuer les marchés de fourniture relatifs aux tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid 19) dans le cadre d'une passation de marché de gré à gré ;*

*– à titre subsidiaire, d'annuler l'invitation à soumissionner relative à la fourniture en cause de tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid 19) par le biais d'une procédure négociée sans publication d'un avis de marché ;*

*Il est en outre conclu pour la durée de la procédure de recours à ce qu'il soit interdit aux parties défenderesses de conclure un contrat relatif à la fourniture de tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid 19) par le biais d'une passation de marché de gré à gré.*

*À titre subsidiaire, il est encore conclu à ce que pour la durée de la procédure de recours il soit interdit aux parties défenderesses de conclure un contrat de fourniture relatif à la fourniture de tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid 19) par le biais d'une procédure négociée sans publication d'un avis de marché. »*

3.5.6.3. Après cette « interprétation » de ses propres conclusions contenues dans son recours du 1<sup>er</sup> décembre 2020, la requérante a encore affirmé dans un mémoire supplémentaire du 9 décembre 2020 [OMISSIS] ce qui suit :

« [...]

*Les développements de la Finanzprokurator dans ses observations complémentaires sont également inopérants étant donné que le présent recours ne vise pas les accords-cadres conclus par la BBG, mais au contraire les achats illégaux effectués par la République d'Autriche (le gouvernement fédéral) représentée par le BMVL au titre de ces accords-cadres étant donné que ces accords-cadres conclus par la BBG sont limités à un volume de 3 millions d'euros. Des achats allant au-delà de cette somme sont donc une passation de marché de gré à gré illégale en vertu du droit des marchés publics.*

[...] »

3.5.6.4. Dans un mémoire supplémentaire du 9 décembre 2020 [OMISSIS] la requérante a affirmé ce qui suit : [Or. 26]

« [...]

*La requérante a déjà indiqué dans son recours que les achats au titre de l'accord-cadre de la BBG [...] avec la société R\*\*\* entre le 29 octobre et le 24 novembre portaient sur une valeur de xx,8 millions d'euros (annexe /15). La conclusion de l'accord-cadre avec la société R\*\*\* a cependant été communiquée (...) comme portant sur un volume maximum des achats de 3 millions d'euros (annexe /14). Tous les achats allant au-delà de cette somme doivent être considérés comme une passation de marché de gré à gré illégale parce qu'ils dépassent de loin le volume prévu par l'accord-cadre. La décision à ce sujet de la République d'Autriche (gouvernement fédéral), représentée par le ministère fédéral de la défense (Bundesministerium für Landesverteidigung - BMLV), d'acheter des tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid 19) par le biais d'une procédure de passation de marché illégale (passation de marché de gré à gré), a été contestée. Il en va également ainsi pour les achats au titre de l'accord-cadre conclu avec la société S\*\*\* et la société \*\*\**

[...] »

La requérante cite dans ce mémoire trois entreprises à l'égard desquelles elle a contesté les décisions d'achat à chaque fois en cause ainsi qu'un achat supplémentaire au titre d'un accord-cadre.

3.5.6.5. Le BVwG a [OMISSIS] entendu la requérante au sujet de la question des taxes forfaitaires qu'elle doit verser en tant que partie – avant d'adopter une invitation formelle à régulariser la situation en ce qui concerne lesdites taxes.

3.5.6.6. La requérante a réagi formellement avec le mémoire [OMISSIS] du dossier de la procédure à la note judiciaire [OMISSIS] et a tenté – pour autant que la juridiction de céans puisse en juger au vu [OMISSIS] du dossier de la procédure – d'engager des démarches informelles au sujet de la question des taxes forfaitaires.

Dans le mémoire [OMISSIS] la requérante a affirmé ce qui suit :

« [...]

*En résumé : la requérante n'a pas contesté la conclusion même des 21 accords-cadres de la BBG ; l'action de la requérante vise exclusivement la passation de marché de gré à gré pour la commande de millions (probablement 2) de tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid 19) supplémentaires par la République d'Autriche (gouvernement fédéral), [Or. 27] représentée par la ministre de la défense à compter du 20 novembre 2020 (toute autre chose ne pourrait plus faire l'objet d'un recours parce qu'elle a [malheureusement] déjà fait l'objet d'une attribution). Une constatation au fond par le BVwG, que les commandes par la République d'Autriche (gouvernement fédéral) ont eu lieu après le 20 novembre 2020 sous forme d'un achat (illégal) au titre d'un accord-cadre de la BBG ne changerait rien à la qualification juridique de la procédure*

*de passation de marché en tant que passation de gré à gré. Il est totalement exclu que la taxe à verser par la requérante doive être calculée sur la base de la valeur totale des 21 accords-cadres de la BBG. Il convient de recourir exclusivement à la valeur des commandes réalisées et projetées.*

[...]

*Renvoyant aux développements qui précèdent, la requérante prie le BVwG de poser les questions suivantes afin d'établir les faits pertinents pour le montant de la taxe :*

- Des entreprises ont-elles été chargées depuis le 20 novembre 2020 par la République d'Autriche (gouvernement fédéral), représentée par la ministre de la défense, de fournir des tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid 19) ?*
- Dans l'affirmative, quelles entreprises ont été engagées, quand, pour quelle valeur de marché et sur quelle base juridique ?*
- La République d'Autriche (gouvernement fédéral) représentée par la ministre de la défense a-t-elle ou avait-elle (depuis le 20 novembre 2020) l'intention de charger des entreprises supplémentaires, avant la conclusion de la procédure en cours de passation de marché, [OMISSIS] de fournir des tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid 19) ? Dans l'affirmative sur quelle base juridique ? Dans l'affirmative, certaines entreprises ont-elles déjà été sélectionnées ? Dans l'affirmative sur quelle base juridique ? Dans l'affirmative, quelles sont ces entreprises et quelle est la valeur prévue du marché ?*

[...] »

Par ces questions [OMISSIS] la requérante démontre sa volonté de voir le tribunal identifier des procédures de passation de marché et des décisions attaquables du pouvoir adjudicateur quelles qu'elles soient, alors que d'après le BVergG la requérante supporte la charge de désigner la ou les procédures de passation de marché [Or. 28] ainsi que la décision attaquée correspondante du pouvoir adjudicateur.

Les parties défenderesses ont notamment affirmé dans leur mémoire du 17 décembre 2020 ce qui suit [OMISSIS] :

« [...]

*Dans la réplique aux observations complémentaires du 15 décembre 2020, la requérante déclare expressément au point I, point 6 : "Il convient ainsi de retenir (on ne saurait malheureusement l'ignorer) qu'une procédure de passation de marché sans publication d'un avis de marché a été conduite de manière illégale".*

*On pourrait attendre de la requérante qui est représentée par un avocat, qu'après une invitation du tribunal à amender son recours, elle désigne correctement le*

*type de procédure et la décision attaquée par le recours en annulation. La demande est donc d'après les propres indications de la requérante tout simplement sans objet.*

*Par ces développements évoluant en permanence, la requérante viole les dispositions claires de l'article 344 BVergG 2018, en vertu duquel un recours au titre de l'article 342, paragraphe 1, BVergG 2018 doit en tout cas contenir la désignation de la procédure de passation de marché concernée ainsi que celle de la décision individuellement attaquant.*

*La requérante a désormais même demandé à ce que le BVwG conduisent des "enquêtes" correspondantes.*

*Puisque d'après les termes clairs de la loi, la requérante est elle-même tenue de désigner précisément dans le recours la décision attaquée, le BVwG n'est en tout cas, d'après la jurisprudence du VwGH, pas tenu de procéder à de telles enquêtes – les recours doivent au contraire être rejetés.*

[...] »

3.5.6.7. Après deux jeux d'observations supplémentaires qui ne sont pas décrits ici, la requérante a affirmé ce qui suit le 5 janvier 2021, en contradiction avec son mémoire [OMISSIS] dans lequel elle désignait encore comme étant attaquée la décision de la République d'Autriche (gouvernement fédéral) [...], d'acheter à la société R\*\*\* des tests de détection d'antigènes SARS-Cov-2 (Covid 19) supplémentaire par le biais d'une procédure de passation de marché illégale [Or. 29] (passation de gré à gré) [OMISSIS] [mise en exergue par le BVwG] :

« [...]

*Dans l'affaire précitée, la requérante signale que les communications relatives à la conclusion d'accords-cadres de la première partie défenderesse avec la société S\*\*\* (annexe /45) ainsi qu'avec la société I\*\*\* (annexe /46) ont eu lieu le 15 décembre 2020.*

[...]

*Ces communications démontrent que – comme la requérante le présume – les deux accords-cadres prévoient un volume d'achat maximal de 3 millions d'euros. Tous les achats qui ont lieu sur la base de ces accords-cadres, mais qui vont au-delà de la valeur maximale de 3 millions d'euros doivent donc clairement être considérés comme des passations de marché de gré à gré illégales comme la requérante l'a longuement exposé dans son recours (voir notamment les points 41 et 42). La présente affaire concerne exclusivement le contrôle de ces achats effectués par la première partie défenderesse (donc depuis le 20 novembre 2020).*

[...] »

Les parties défenderesses ont déclaré à ce sujet dans leur mémoire du 5 mars 2021 [OMISSIS] ce qui suit :

« [...] »

*Les parties défenderesses signalent, renvoyant aux observations de la requérante du 5 janvier 2021, qu'entre la notification du présent recours et aujourd'hui aucun achat n'a été réalisé au titre des accords-cadres relatifs à l'acquisition de tests de détection d'antigènes conclus en novembre 2020 par la BBG tant avec la société S\*\*\* qu'avec la société I\*\*\*, étant donné que la BBG a immédiatement mis un terme à l'option d'achat au titre desdits accords-cadres.*

[...] » [Or. 30]

3.5.7. Le BVwG est ainsi confronté dans la présente affaire à une situation dans laquelle la requérante a désigné et formulé de manières variables l'objet du recours et les demandes de mesures conservatoires, chaque modification de l'objet du recours ou de la demande de mesures conservatoires dans le cadre d'une demande en référé pouvant être aussi une modification admissible ou non du recours et en particulier un retrait de la demande initiale, les recours et les demandes en référé étant cependant liés à des délais.

En Autriche, d'après le régime des taxes du BVergG, les taxes forfaitaires dont l'économie a été présentée ci-dessus, doivent être versées en fonction du nombre de décisions attaquées au titre d'une procédure donnée de passation de marché et en fonction de l'objet d'une procédure de recours ou d'une demande en référé.

Conformément à la jurisprudence du VfGH telle que nous l'avons exposée, le juge unique ou la chambre compétente du BVwG ne saurait, d'après l'opinion de la doctrine nationale quant à cette réglementation sur les taxes, accueillir ou rejeter un recours ou une demande en référé voire clore la procédure après désistement, avant le paiement ou l'imposition par ordonnance des taxes forfaitaires dues, étant donné que les taxes forfaitaires à verser ne peuvent plus être imposées après un traitement du recours.

Si les taxes dues ne sont pas imposées, les administrateurs de justice pourraient être considérés comme ayant causé par leur faute, en violation du droit, un préjudice financier au trésor public.

Ainsi, dans le cas notamment d'opérations d'achat intervenues sans transparence, comme celles en cause dans le cas d'espèce soumis au BVwG, des enquêtes très étendues sont nécessaires au préalable, ces enquêtes pouvant le cas échéant n'être absolument pas nécessaires pour le traitement des recours.

En l'espèce, à moins que les réponses de la Cour de justice aux questions préjudicielles pertinentes n'imposent le contraire, il conviendra de déterminer combien de procédures de passation de marché avec le cas échéant combien de lots ont été conduites par les parties défenderesses et ce que la requérante, d'après

la jurisprudence du VwGH, a objectivement désigné comme acte attaquable avec son argumentation quant au déroulement chronologique des faits ou ce qu'elle a cherché à obtenir comme mesures conservatoires dans le cadre du référé pour chaque procédure de passation de marché. **[Or. 31]**

Face à des opérations d'achat aussi opaques, la requérante ne peut parfois elle-même pas savoir lorsqu'elle introduit son recours – qui fait naître la dette – le montant des frais de justice forfaitaires qu'elle devra en définitive verser, cette somme dépendant du nombre de passations de marché de gré à gré ou de procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché ayant effectivement eu lieu et du nombre de décisions individuellement attaquables adoptées à ce sujet.

Le BVwG doit en outre également déterminer si du point de vue du droit relatif aux taxes, la requérante, par la modification unique ou répétée de ses recours, a le cas échéant procédé à des désistements qui peuvent conduire à une réduction a posteriori des taxes forfaitaires de 25 % par recours soumis à la taxe. Il faut inversement également déterminer et en particulier évoquer avec les parties à l'affaire, si par la modification/reformulation/déclaration quant aux recours, ce ne sont pas en réalité de nouveaux chefs de conclusions supplémentaires qui ont été présentés.

D'après la jurisprudence du Verwaltungsgerichtshof autrichien (VwGH), l'appréciation du point de savoir si des recours sont d'une certaine manière soumis à la taxe forfaitaire ne dépend pas (à titre premier) de la désignation par le requérant, par exemple, de la procédure de passation de marché mais, du point de savoir quel est l'objet visé par le recours car celui-ci détermine le coût de la procédure et son utilité éventuelle. VwGH 19.06.2020, Ra 2017/04/0125 [ECLI:AT:VWGH:2020:RA2017040125.L00].

3.5.8. Même si le nombre des décisions attaquées par le recours, [OMISSIS] découlant des procédures de passation de marché non désignées comme telles et qui doivent encore être identifiées, portant sur des tests de détection d'antigènes Covid 19 n'a actuellement pas encore été établi, le BVwG a jusqu'à maintenant établi d'office sur la base des communications relatives aux marchés attribués consultables dans le système SIMAP, que le pouvoir adjudicateur a à l'automne 2000 conclu (au moins) 15 accords-cadres sur la fourniture de tests de détection d'antigènes Covid 19 à chaque fois dans le cadre d'une procédure négociée sans publication d'un avis de marché. Ces accords-cadres ont été à chaque fois conclus avec un unique opérateur ainsi qu'il ressort de l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE. **[Or. 32]**

– Ces 15 accords-cadres ont été conclus en s'appuyant sur l'article 36, paragraphe 1, point 4, BVergG sans publication préalable d'un avis de marché, cette disposition transposant en droit national l'article 32, paragraphe 2, sous c), de la directive 2014/24/UE.

– Ainsi qu’il a déjà été indiqué, la requérante a exposé dans son mémoire du 5 janvier 2021 [OMISSIS], que sans que cela ne puisse être discerné dans le mémoire du 1<sup>er</sup> décembre 2020 introductif d’instance, celle-ci ne vise désormais plus que les achats au titre des accords-cadres conclus avec les sociétés S\*\*\* et I\*\*\* à compter du 20 novembre 2020. La requérante part à cette occasion du principe que le volume d’achat admissible découlant des accords-cadres avec les sociétés S\*\*\* et I\*\*\* a été dépassé.

– [OMISSIS] D’après la communication, l’accord-cadre avec la société S\*\*\* a été conclu le 18 novembre 2020, tandis que celui avec la société I\*\*\* l’a été le 13 novembre 2020. La requérante ne cherche plus, en tout cas depuis le 5 janvier 2021, qu’à obtenir une protection juridictionnelle spécifiquement au titre des marchés publics en ce qui concerne l’achat des test de détection d’antigènes litigieux auprès des sociétés S\*\*\* et I\*\*\*, la requérante ayant indiqué à plusieurs reprises qu’elle souhaite contester en tant que « passation de marché de gré à gré » (d’après la définition du BVergG national) les achats dépassant la valeur estimée de l’accord-cadre individuellement en cause.

– Sans préjudice de la question du nombre des procédures de passation de marché opaques et du nombre des décisions d’attribution attaquables – ces aspects sont capitaux en particulier pour la poursuite de la procédure avant un traitement des recours et des demandes en référé – la qualité pour agir de la requérante au titre de l’article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE a été mise en doute au cours de la procédure, la requérante n’ayant acquis sa qualification professionnelle pour le commerce de produits pharmaceutiques que le 10 décembre 2020, après son mémoire introductif d’instance du 1<sup>er</sup> décembre 2020 [OMISSIS] ; la requérante n’a présenté jusqu’à maintenant au sujet de son intérêt à conclure un contrat et de son droit à distribuer un test de détection d’antigènes déterminé que des déclarations [Or. 33] qui juridiquement peuvent être appréciés de diverses manières et des documents variables ce qui au cours de la procédure à suivre devra encore être examiné et évoqué.

3.5.9. En ce qui concerne les questions préjudicielles liées à l’interdiction de l’auto-incrimination (nemo tenetur, se ipsum accusare), telle que précisée par la Cour par exemple dans l’affaire C-204/00 aux points 64 et suivants de l’arrêt, les faits doivent être précisés : d’après un article de presse [OMISSIS] des membres du gouvernement fédéral ont sur le plan formel manifestement été poursuivis pénalement (au sens de l’article 80 du code de procédure pénale - Strafprozessordnung – StPO). Le dépôt d’une plainte a été confirmé par le bureau du procureur compétent par le biais de l’entraide administrative, des démarches pénales pouvant ainsi intervenir à l’avenir sans que cela ne doive naturellement être le cas compte tenu de la situation de fait et de droit.

3.5.10. Eu égard aux questions préjudicielles A) 9. et 10., [OMISSIS] il y a lieu d’indiquer au sujet de l’exposé des faits de la procédure, qu’en ce qui concerne la ou les opérations d’achat exécutées sans transparence du point de vue

de la requérante – sans préjudice de la nécessité de poursuivre l'enquête pour obtenir une preuve définitive – il semble du moins vraisemblable et possible que la requérante, au moment du dépôt du mémoire introductif d'instance, [OMISSIS] n'ait pas su combien de procédures de passation de marché de quel type (passation de gré à gré, procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché) sont ou ont été conduites par les parties défenderesses et combien de décisions individuellement attaquables des parties défenderesses ont déjà été adoptées dans la ou les procédures de passation de marché.

– La requérante s'est éventuellement vue imposer, sans qu'il y ait pour elle de transparence sur le sujet, une charge de la preuve en ce qui concerne les procédures de passation de marché et les décisions individuellement attaquables à désigner de manière précise et la requérante a partant [OMISSIS] avancé dans la procédure des allégations dénuées de précision.

– D'un autre côté, tout requérant dans une procédure civile en Autriche doit, dans le cadre de la charge de la preuve qui pèse sur lui, exposer les faits fondant son recours et il supporte en l'absence de réglementation divergente au sujet de la charge de la preuve, en vertu du principe général, l'obligation objective d'établir les faits si les faits fondant son recours ne peuvent pas être démontrés ou seulement partiellement. [OMISSIS] [Or. 34] [OMISSIS]

– De tels risques liés à la charge de la preuve semblent donc d'une manière générale immanents à l'ordre juridique autrichien, en particulier dans le domaine du droit civil. Ainsi, le requérant réclamant des dommages-intérêts dans le cadre d'un recours fondé sur la responsabilité pour faute doit alléguer le dommage et le lien de causalité avec l'acte illicite fautif et c'est le requérant qui du point de vue procédural supporte la charge de démontrer que la preuve du comportement du défendeur, illicite et portant préjudice, ne peut pas être apportée tout comme c'est en principe le requérant, dans un recours en matière de concurrence, qui supporte la charge de démontrer que la preuve de la violation alléguée du droit de la concurrence par le défendeur ne peut pas être établie.

– La question de l'effectivité et de l'équité procédurale suffisantes sera brièvement évoquée dans le cadre de l'exposé de l'état du droit.

#### **4. Les dispositions juridiques pertinentes**

##### **4.1. Les dispositions nationales et la jurisprudence**

Il convient de préciser d'emblée que les lois et les règlements autrichiens sont cités dans la présente demande de décision préjudicielle dans leur version actuellement en vigueur pour autant que le contraire n'est pas indiqué et par ailleurs que la version consolidée peut être consultée sur internet à l'adresse [www.ris.bka.gv.at/bundesrecht/bundesrecht](http://www.ris.bka.gv.at/bundesrecht/bundesrecht).

4.1.1. Les dispositions relatives aux taxes et autres dispositions de la loi fédérale sur la passation des marchés publics de 2018 (Bundesvergabegesetz 2018, BGBl I 2018/65, - BVergG) pertinentes en l'espèce sont libellées comme suit :

[...]

Article 2 : Les définitions suivantes s'appliquent dans le domaine d'application de la présente loi fédérale :

[...]

15. Toute disposition prise par le pouvoir adjudicateur au cours de la procédure d'appel d'offres est une décision.

a) Les décisions rendues publiques suivantes peuvent être attaquées individuellement : **[Or. 35]**

[...]

ee) dans les procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché : l'invitation à soumissionner ; le dossier d'appel d'offres ; les autres décisions prises pendant la phase de négociation ou la période de soumission des offres ; le rejet d'une offre ; la décision de retrait d'une offre ; la décision d'attribution ;

[...]

[OMISSIS]

[...]

jj) dans le cas d'accords-cadres : en ce qui concerne la procédure conduisant à la conclusion de l'accord-cadre, les décisions individuellement attaquables visées aux points aa), bb), dd) ou ee), à l'exception de la décision d'attribution ; la décision désignant l'entreprise ou les entreprises avec laquelle ou lesquelles l'accord-cadre doit être conclu ; la remise en concurrence ; le rejet d'une offre ; la décision de retrait ; la décision d'attribution.

[...]

Point 50 L'attribution du marché (attribution) est la déclaration faite au soumissionnaire que son offre est acceptée.

[Observation du BvwG : l'attribution du marché est ainsi en vertu du droit national, en tant qu'acceptation de l'offre, la déclaration du pouvoir adjudicateur portant conclusion du contrat, voir à ce sujet en outre l'article 145, paragraphe 1, BVergG.]

Article 31 [...] **[Or. 36]**

(6) Dans le cadre de la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, un nombre limité d'entrepreneurs appropriés est invité à soumettre des offres. Le contenu du marché peut alors être négocié.

(7) Un accord-cadre est un accord sans obligation d'achat entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs entrepreneurs, ayant pour objet d'établir les conditions régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne le prix envisagé et, le cas échéant, la quantité envisagée. Sur la base d'un accord-cadre, après la présentation des offres, un service est acquis par une partie à l'accord-cadre avec ou sans remise en concurrence.

[...]

(11) En cas d'attribution de gré à gré, un service est acquis sans formalités et contre rémunération auprès d'un entrepreneur approprié sélectionné, le cas échéant après avoir invité un ou plusieurs entrepreneurs à présenter des offres ou des informations non contraignantes sur les prix.

(12) En cas d'attribution de gré à gré avec publication préalable d'un avis de marché [...]

[...]

Article 46 (1) L'attribution de marchés par les pouvoirs adjudicateurs par le biais d'une attribution de gré à gré est régie exclusivement par les règles suivantes [OMISSIS]

(2) Une attribution de gré à gré n'est admissible que si la valeur estimée du marché ne dépasse pas 50 000 euros (note 1).

[...]

Article 142 (1) Le marché est à attribuer conformément aux indications dans l'appel d'offres, parmi les offres restantes après élimination, à l'offre techniquement et économiquement la plus avantageuse ou à l'offre présentant le prix le plus bas. **[Or. 37]**

(2) Les motifs de la décision d'attribution doivent être documentés.

Communication de la décision d'attribution

Article 143 [OMISSIS]

[OMISSIS]

[...]

Article 144 (1) Le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché avant l'expiration du délai de suspension en cas de nullité absolue. Le délai de suspension commence à courir avec la transmission ou la mise à disposition de la notification de la décision d'attribution. Il est de 10 jours en cas de transmission ou de mise à disposition par voie électronique et de 15 jours en cas de transmission par voie postale ou par tout autre moyen approprié.

[...]

Article 145 [OMISSIS]

[OMISSIS]

[...] **[Or. 38]**

Article 154 [OMISSIS]

[OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 39]** [OMISSIS]

[OMISSIS]

[OMISSIS]

[...]

Article 155 [OMISSIS] **[Or. 40]**

[OMISSIS]

[...]

Article 327 [OMISSIS]

Article 328 [OMISSIS]

[...] **[Or. 41]**

[...]

Article 333 [OMISSIS]

[...]

Article 334 (1) Le Bundesverwaltungsgericht statue, conformément aux dispositions de la présente section, sur les demandes visant à l'ouverture d'une procédure de recours (deuxième section), à l'adoption de mesures provisoires (troisième section) et à l'ouverture d'une procédure déclaratoire (quatrième

section). De telles demandes sont portées directement devant le Bundesverwaltungsgericht.

(2) Jusqu'à l'attribution du marché ou la révocation d'une procédure d'adjudication, le Bundesverwaltungsgericht est compétent en vue de remédier aux violations de la présente loi fédérale et des ordonnances qui en découlent ou aux violations du droit de l'Union directement applicable

1. pour adopter des mesures provisoires et
2. annuler les décisions individuellement attaquables du pouvoir adjudicateur dans le cadre des moyens invoqués par le requérant.

(3) Le Bundesverwaltungsgericht est compétent après l'attribution du marché

1. pour constater, dans le cadre des moyens invoqués par le requérant, si, du fait d'une violation de la présente loi fédérale, de ses règlements d'application ou d'une disposition du droit de l'Union directement applicable, le marché n'a pas été attribué, conformément aux informations contenues dans l'avis de marché, au soumissionnaire ayant présenté l'offre la moins disante ou l'offre techniquement et économiquement la plus avantageuse ;

2. dans une procédure engagée par le pouvoir adjudicateur conformément aux points 1, 4 et 5, pour déterminer si le requérant n'aurait eu aucune chance réelle d'obtenir le marché même si les dispositions en cause avaient été respectées ;  
[Or. 42]

3. pour déterminer si une procédure de passation de marché a été illégalement menée sans publication préalable d'un avis de marché ;

4. pour déterminer si le marché a été illégalement attribué sans notification de la décision d'attribution ;

5. pour déterminer si l'attribution d'un marché pour la fourniture d'un service sur la base d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique était illégale en raison d'une violation de l'article 155, paragraphes 4 à 9, de l'article 162, paragraphes 1 à 5, de l'article 316, paragraphes 1 à 3, ou de l'article 323, paragraphes 1 à 5 ;

6. dans une procédure d'annulation ou de révocation du contrat visées aux points 3 à 5 ;

7. dans le cadre d'une procédure au titre des points 3 à 5, pour prononcer des sanctions conformément à l'article 356, paragraphe 9.

[...]

Article 336 (1) Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices relevant du champ d'application de la présente loi fédérale doivent fournir au

Bundesverwaltungsgericht toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches et lui remettre en bonne et due forme tous les documents requis à cet effet. Il en va de même pour les entrepreneurs impliqués dans une procédure de passation de marché.

(2) Si un pouvoir adjudicateur, une entité adjudicatrice, ou un entrepreneur n'a pas remis certains documents, n'a pas fourni certaines informations ou a fourni des informations mais n'a pas remis les documents de la procédure de passation de marché, le Bundesverwaltungsgericht peut, si l'entité adjudicatrice ou l'entrepreneur a été expressément informé au préalable des conséquences de l'omission, statuer sur la base des allégations du participant non défaillant.

[...]

Article 340 (1) Le demandeur doit verser une taxe forfaitaire pour chaque demande présentée en vertu des articles 342, paragraphe 1, 350, paragraphe 1 et 353, paragraphes 1 et 2, conformément aux dispositions suivantes :

1. La taxe forfaitaire doit être versée au moment de l'introduction de la demande conformément aux taux fixés par le gouvernement fédéral par voie d'ordonnance. [OMISSIS] [Or. 43] [OMISSIS]

[OMISSIS]

4. Pour les demandes présentées en vertu de l'article 350, paragraphe 1, il y a lieu de verser une somme s'élevant à 50 % de la taxe fixée.

5. Si un demandeur a déjà présenté une demande en vertu de l'article 342, paragraphe 1 ou de l'article 353, paragraphe 1 ou 2, pour la même procédure de passation de marché, il doit verser pour chaque demande supplémentaire au titre de l'article 342, paragraphe 1 ou de l'article 353, paragraphe 1 ou 2, une somme s'élevant à 80 % de la taxe fixée.

[OMISSIS] [Or. 44] [OMISSIS]

7. Si une demande est retirée avant la tenue de l'audience ou, si aucune audience n'a lieu, avant l'adoption de l'arrêt ou de l'ordonnance, seule doit être versée une somme s'élevant à 75 % de la taxe fixée pour la demande en cause ou une taxe réduite conformément au point 5. Les montants déjà versés en trop doivent être remboursés.

[OMISSIS]

[OMISSIS]

Remboursement de la taxe

Article 341 [OMISSIS]

[OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 45]**

Article 342 (1) Jusqu'à l'adjudication ou jusqu'à la déclaration de rétractation, un entrepreneur peut engager un recours en illégalité contre toute décision individuellement attaquable que le pouvoir adjudicateur a adoptée dans la procédure de passation du marché dans la mesure où

1. il fait valoir un intérêt à la conclusion d'un contrat soumis au champ d'application de la présente loi fédérale, et
2. cette illégalité alléguée l'a lésé ou risque de le léser.

[OMISSIS]

(3) Le dépôt du recours n'a aucun effet suspensif sur la procédure de passation du marché en cours.

[OMISSIS]

[...]

Article 344 (1) Une demande au titre de l'article 342, paragraphe 1, doit en tout cas contenir :

1. la désignation de la procédure de passation de marché concernée ainsi que de la décision individuellement attaquable contestée,
2. la désignation du pouvoir adjudicateur, du demandeur et, le cas échéant, de l'entité adjudicatrice, y compris son adresse électronique, **[Or. 46]**
3. une présentation des faits pertinents, y compris de l'intérêt à conclure le contrat, et notamment, en cas de contestation de la décision d'attribution, le nom du soumissionnaire retenu pour l'attribution,
4. des indications relatives au préjudice allégué que le demandeur subit ou risque de subir,
5. la désignation des droits dont le requérant prétend qu'ils ont été violés (communication des griefs) et les motifs sur lesquels se fonde l'allégation d'illégalité,
6. une demande d'annulation de la décision individuellement attaquable contestée et
7. les informations nécessaires pour évaluer si la demande a été introduite en temps utile.

- (2) La demande est en tout irrecevable lorsque
1. elle ne vise pas une décision individuellement attaquant ou
  2. elle n'est pas présentée dans le délai fixé à l'article 343 ou
  3. la taxe afférente n'a pas été correctement acquittée en dépit d'une invitation à la régulariser.
- (3) Si une demande au titre de l'article 342, paragraphe 1, est déposée après l'attribution du marché ou la révocation de la procédure d'attribution, le Bundesverwaltungsgericht la traite comme une demande de décision déclaratoire au titre de l'article 353, paragraphe 1, si le demandeur ne pouvait pas avoir connaissance de l'attribution du marché ou de la révocation et si la demande a été déposée dans le délai visé à l'article 354, paragraphe 2. À la demande du Bundesverwaltungsgericht, le requérant doit, dans un délai raisonnablement fixé par le Bundesverwaltungsgericht, préciser de manière plus détaillée quelle constatation en vertu de l'article 353, paragraphe 1, il souhaite. Si aucune décision au titre de l'article 353, paragraphe 1, n'est demandée à l'expiration de ce délai, la demande est rejetée. [Or. 47]

[...]

Article 350 (1) Le Bundesverwaltungsgericht doit à la demande d'un entrepreneur qui manifestement remplit les conditions d'application de l'article 342, paragraphe 1, ordonner sans délai, par voie de référé, les mesures conservatoires qui semblent nécessaires et appropriées pour réparer ou prévenir tout préjudice aux intérêts du demandeur causé ou qui risque d'être causé de façon imminente par l'illégalité alléguée d'une décision susceptible d'être individuellement attaquée.

(2) La demande en référé doit contenir :

1. la désignation exacte de la procédure de passation de marché concernée, de la décision individuellement attaquable, ainsi que du pouvoir adjudicateur, du demandeur et, le cas échéant, de l'entité adjudicatrice, y compris son adresse électronique,
2. un exposé des faits pertinents et de la réunion des conditions visées à l'article 342, paragraphe 1,
3. la désignation exacte de l'illégalité alléguée,
4. la présentation précise du préjudice menaçant directement les intérêts du demandeur et une présentation crédible des faits pertinents,
5. la désignation exacte de la mesure conservatoire demandée et

6. les indications qui sont nécessaires pour juger si la demande a été présentée en temps utile.

[...]

(5) Le Bundesverwaltungsgericht notifie immédiatement au pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, à l'entité adjudicatrice, la réception d'une demande en référé demandant l'interdiction de l'attribution du marché, l'interdiction de la conclusion d'un accord-cadre, l'interdiction de la déclaration de révocation ou l'interdiction de l'ouverture des offres. Les demandes en référé demandant l'interdiction de l'attribution du marché, l'interdiction de la conclusion d'un accord-cadre, l'interdiction de la déclaration de révocation ou de non-ouverture des offres ont un effet suspensif à compter de la réception [Or. 48] de l'avis de réception de la demande jusqu'à la décision sur la demande. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne peut pas, tant qu'une décision sur la demande n'a pas été prise

1. attribuer le marché ou conclure l'accord cadre ou
2. révoquer la procédure de passation de marché ou
3. ouvrir les offres.

[OMISSIS]

(7) Une demande en référé est irrecevable si la taxe afférente n'a pas été correctement acquittée en dépit d'une invitation à la régulariser.

Article 351 [OMISSIS]

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Or. 49]

[OMISSIS]

[OMISSIS]

[...]

Article 353 (1) Un entrepreneur qui avait un intérêt à conclure un contrat soumis au champ d'application de la présente loi fédérale peut, s'il a subi ou risque de subir un préjudice du fait de l'illégalité alléguée, demander à faire constater que

1. le marché n'a pas été attribué à l'offre la plus basse ou à l'offre techniquement et économiquement la plus avantageuse selon les indications de l'appel d'offres, et ce en raison d'une violation de la présente loi fédérale, des règlements édictés à cet égard ou du droit de l'Union directement applicable, ou

2. la mise en œuvre d'une procédure d'attribution de marché sans publication préalable d'un avis de marché était illégale en raison d'une violation de la présente loi fédérale, des règlements édictés à cet égard ou du droit de l'Union directement applicable,

3. l'attribution du marché sans notification de la décision d'attribution était illégale en raison d'une violation de la présente loi fédérale, des règlements édictés à cet égard ou du droit de l'Union directement applicable, ou

4. l'attribution d'un marché pour la fourniture d'un service sur la base d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique était illégale en raison d'une violation de l'article 155, paragraphes 5 à 9, de l'article 162, paragraphes 1 à 5, de l'article 316, paragraphes 1 à 3, ou de l'article 323, paragraphes 1 à 5, ou **[Or. 50]**

[...]

Le demandeur peut, dans le cadre d'une demande, solliciter plusieurs constatations en vertu de l'article 334, paragraphe 3, points 3 et 4. Dans le cadre d'une demande en constatation au titre des points 1 et 3 à 5, le pouvoir adjudicateur peut demander à faire constater que même s'il avait respecté les dispositions pertinentes, le demandeur n'aurait pas eu de chance réelle de se voir attribuer le marché. Dans le cas d'une demande en constatation en vertu des points 2 à 4, l'entité adjudicatrice peut demander à ne pas devoir annuler le contrat ou à annuler le contrat au plus tôt à compter de la date de la décision du Bundesverwaltungsgericht.

[...]

Article 354 (1) Une demande au titre de l'article 353, paragraphes 1, 2 ou 4, doit en tout état de cause contenir :

1. la désignation de la procédure de passation de marché en cause,
2. la désignation du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et du demandeur ainsi que de son adresse électronique,
3. dans la mesure du possible, la désignation exacte de l'éventuel soumissionnaire retenu,
4. la présentation des faits déterminants y compris l'intérêt à la conclusion du contrat,
5. les indications sur le préjudice allégué à venir ou déjà intervenu pour le demandeur,
6. la désignation des droits dont le demandeur allègue la violation (griefs) ainsi que les motifs sur lesquels repose l'allégation de l'illégalité,

7. des conclusions précises et

8. les indications qui sont nécessaires pour juger si la demande a été présentée en temps utile. **[Or. 51]**

[OMISSIS]

[...]

(4) Une demande en constatation au titre de l'article 353, paragraphe 1, est irrecevable si la violation alléguée aurait pu être invoquée dans le cadre d'une procédure de recours.

(5) Une demande en constatation au titre de l'article 353, paragraphes 1 et 2 est irrecevable si en dépit d'une invitation à la régulariser la taxe afférente n'a pas été correctement acquittée.

Article 356 (1) Le Bundesverwaltungsgericht ne doit procéder à une constatation au titre de l'article 334, paragraphe 3, points 1 et 5 et paragraphe 4, points 1 et 3 que si l'illégalité a eu une incidence décisive sur l'issue de la procédure de passation de marché.

[OMISSIS] **[Or. 52]**

[OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 53]**

[OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 54]** [OMISSIS]

[...]

Article 382. La présente loi fédérale transpose et tient compte des actes juridiques suivants de l'Union :

[...]

2. 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 (directive recours) JO L 395 du 30 décembre 1989, p. 33 modifiée en dernier lieu par la directive 2014/23/UE relative à l'attribution de concessions, JO L 94 du 28 mars 2014, p. 1.

[...]

16. 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, JO L 94 du 28 mars 2014, p. 65, modifiée en dernier lieu par le règlement (UE) 2017/2365 de la Commission du 18 décembre 2017 modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, JO L 337 du 19 décembre 2017, p. 19.

[...]

4.1.1.1. Le règlement national au titre du BGBl II 2018/212, reposant sur l'article 340 BVergG dispose dans les parties ici pertinentes ce qui suit :

*212. Règlement du gouvernement fédéral relatif aux taxes forfaitaires pour la saisine du Bundesverwaltungsgericht dans les affaires en matière de marchés publics (BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 – BVwG-PauschGebV Vergabe 2018) [Or. 55]*

*Sur la base, premièrement, de l'article 340, paragraphe 1, point 1, du Bundesvergabegesetz 2018 (loi fédérale de 2018 sur les passations de marchés publics - BVergG 2018), BGBl. I n° 65/2018,*

2. (...) il est ordonné :

*Taux unitaires*

*Article 1<sup>er</sup> – Pour les demandes présentées au titre des articles 342, paragraphe 1, et 353, paragraphes 1 et 2, du BVergG 2018, pour les demandes présentées au titre de l'article 135 du BVergGVS 2012 en combinaison avec les articles 342, paragraphe 1, et 353, paragraphes 1 et 2, du BVergG 2018 et pour les demandes présentées au titre des articles 86, paragraphe 1, et 97, paragraphes 1 et 2, de la BVergGKonz 2018, le demandeur doit payer une taxe forfaitaire dans chaque cas individuel conformément aux dispositions suivantes :*

*Attributions de marchés de gré à gré 324 €*

*[OMISSIS]*

*[OMISSIS] [Or. 56]*

*Taxes majorées*

*[OMISSIS]*

*Taxes réduites*

*[OMISSIS] [Or. 57]*

*[OMISSIS]*

*Entrée en vigueur*

*[OMISSIS]*

*[...]*

4.1.1.2. Les dispositions susmentionnées du BVergG et du règlement relatif aux taxes forfaitaires peuvent, eu égard aux questions préjudicielles posées, être décrites et résumées comme suit :

- Les recours présentés avant l’attribution du marché et permettant d’annuler, au sens de la directive 89/665/CEE dans la version en vigueur, des décisions d’attribution individuellement attaquables, présupposent que le marché n’ait pas encore été attribué dans le cadre de la procédure de passation de marché.
- Les recours ne peuvent viser qu’à obtenir l’annulation d’une décision individuellement attaquable, la question de savoir ce qu’est une décision individuellement attaquable devant être déduite à chaque fois, en fonction du type de procédure de passation de marché, du catalogue de l’article 2, point 15, sous a), BVergG.
- Ainsi que le prévoit l’article 46 BVergG, les attributions de marché de gré à gré ne sont actuellement admissibles sur la base du règlement BGBI II 2018/211, que jusqu’ à un montant de 100 000 euros et elles ne seraient admissibles d’après les termes de la loi, sans ce règlement, que jusqu’à un montant de 50 000 euros.
- L’adoption de mesures de référé telle que prévue aux articles 350 et suivants BVergG et posée comme condition en droit de l’Union à l’article 2 de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE, n’est de même admissible que pour garantir les recours visant des décisions individuellement attaquables découlant de certaines procédures de passation de marché. À compter de l’attribution du marché, l’adoption de mesures de référé reposant sur l’article 351 BVergG n’est plus possible.
- L’article 344, paragraphe 1 et l’article 350, paragraphe 2, BVergG prévoient qu’un demandeur doit désigner la procédure de passation de marché et la décision du pouvoir adjudicateur qui en découle, **[Or. 58]** les décisions devant être individuellement attaquables d’après le catalogue de l’article 2, point 15, BVergG.
- Ainsi qu’il ressort de l’article 344, paragraphe 1, et de l’article 350, paragraphe 2, BVergG, un recours et une demande en référé formée pour le garantir doivent toujours être formés à l’égard d’une unique décision du pouvoir adjudicateur ; une exception n’existe en vertu de l’article 342, paragraphe 2, BVergG que pour le cas où une décision de rejet est supposée être contestée en même temps qu’une décision d’adjudication ou de révocation. La loi autorise ici une contestation groupée de deux décisions du pouvoir adjudicateur par un unique recours en vertu d’une condition temporelle supplémentaire sans pertinence en l’espèce.

- Pour les recours et les demandes en référé tels qu'ils viennent d'être présentés, la loi prévoit à l'article 340 BVergG une obligation de verser une taxe forfaitaire.
- Pour les recours concernant les attributions de marché de gré à gré, il y a lieu de verser par procédure d'attribution de marché et par décision individuellement attaquable une taxe forfaitaire de 324 euros. Pour une demande en référé présentée à cet égard à titre complémentaire, 50 % de cette taxe viennent s'ajouter pour un total donc de 486 euros (par attribution de gré à gré).
- En cas de procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, il y a lieu de verser pour le recours visant un marché d'une valeur au-delà d'un certain seuil une taxe de 2 160 euros, ainsi que de nouveau 50 % de la taxe en complément en cas de demande en référé.
- Si la valeur estimée du marché dépasse de vingt fois la valeur seuil, il y a lieu de verser, par exemple, pour chaque procédure de passation de marché et chaque décision attaquée du pouvoir adjudicateur y compris pour une demande en référé une taxe de 19 440 euros.
- S'il apparaît dans ce contexte, d'après une interprétation objective, qu'un recours conteste à chaque fois *une* décision d'un pouvoir adjudicateur découlant de 21 procédures différentes de passation de marché et accompagnée d'une demande en référé, il y a lieu de verser en vertu des termes de la réglementation nationale 21 fois la taxe forfaitaire de 19 440 euros.
- Le BVwG a ainsi signalé à la requérante [OMISSIS] ce qui suit : **[Or. 59]**

*Dans le cadre de marchés de fourniture et de services ayant une valeur de trois millions d'euros, impliquant un pouvoir adjudicateur central comme le BMLV ou le BBG, conformément au BGBl II 2018/18, si la valeur du marché est de  $(144\ 000 \times 20 =) 2\ 880\ 000$  euros, la taxe forfaitaire due pour un recours est de  $(2\ 160 \times 1,5 \times 6 =) 19\ 440$  euros pour chaque décision plus demande en référé correspondante ce qui, pour un recours qui pourrait concerner 21 accords-cadres qui pourraient devoir être considérés comme des marchés de fourniture, pourrait conduire à une obligation de verser une taxe forfaitaire de  $(19\ 440 \times 21 =) 408\ 240$  euros.*

- Si dans un recours présenté pour chaque procédure de passation de marché, la requérante désigne comme étant contestées plusieurs décisions qui pourraient être considérées comme individuellement attaquables, viennent s'y ajouter en cas de demande en référé une somme supplémentaire de taxe forfaitaire réduite de 20 % par recours et demande en référé.
- Il en serait par exemple ainsi, comme nous l'avons déjà exposé, en cas de procédure de passation de marché concernant un marché dont la valeur est de vingt fois le seuil, la taxe forfaitaire due pour la première décision contestée du pouvoir adjudicateur plus demande en référé est de 19 440 euros.

À compter de la deuxième décision attaquée au titre de cette même passation de marché impliquant une demande en référé, si deux autres décisions sont par exemple attaquées et font à chaque fois l'objet d'une demande en référé la taxe à verser pour ces contestations de deux décisions supplémentaires est de  $19\,440 \times 80\% \times 2 = 15\,552$  euros fois 2 = 31 104 euros.

– Cela aboutirait en cas de recours portant sur des marchés de fourniture, par exemple, de tests de détection d'antigènes [Covid 19] ayant une valeur estimée de 3 millions d'euros passés par des pouvoirs adjudicateurs centraux comme la République d'Autriche ou la société Bundesbeschaffung GmbH, pour chaque accord-cadre et trois décisions attaquées plus demande en référé et 21 accords-cadres invoqués :

$21 \text{ fois } (19\,440 + 31.104) = 21 \text{ fois } 50\,544 \text{ euros} = 1\,061\,424 \text{ euros.}$

La requérante n'a jusqu'à présent versé que 486 euros de taxes forfaitaires.

– En cas de passation de marché opaque et d'argumentation présentée de manière correspondante par le requérant à titre de précaution, une partie comme la requérante peut le cas échéant être confrontée, pour 21 procédures de passation de marché et trois décisions individuellement attaquables en résultant, [Or. 60] le marché ayant une valeur de plus de 20 fois la valeur seuil pour les marchés de fourniture, à une invitation à verser un complément de taxe forfaitaire de l'ordre du million d'euros par le biais d'une invitation à régularisation, ce à quoi elle ne pouvait pas nécessairement s'attendre auparavant.

– Ainsi qu'il a déjà été exposé ci-dessus, le BVwG doit désormais, conformément à la jurisprudence du VfGH dans l'affaire V 64/2019, adopter tout d'abord, en l'absence de versement suffisant de la taxe due, une invitation à régularisation et ensuite, en l'absence de versement des taxes forfaitaires réclamées, les imposer afin de créer un titre exécutoire avant que les recours et demandes en référé exposés à titre d'exemple puissent être traités au fond.

– Il y a lieu de préciser à cet égard que d'après les termes de la législation nationale, l'obligation de verser les taxes ne disparaît pas, même si les recours et demandes en référé sont rejetés faute de versement de la taxe.

– Il faut de plus préciser que dans l'affaire au principal et du point de vue du droit relatif aux taxes forfaitaires, il faudra le cas échéant examiner/établir, en comparant le recours introductif d'instance avec l'argumentation présentée par la requérante le 5 janvier 2021, et selon laquelle elle ne contesterait plus que les attributions de marchés concernant deux entreprises, si celle-ci procède à des désistements implicites par rapport à des recours soumis à la taxe auparavant plus larges étant donné qu'en cas de désistement avant l'audience ou la décision, 25 % de la taxe de recours doivent être remboursés – voir article 340, paragraphe 1, point 7, BVergG.

4.1.2. Les dispositions constitutionnelles suivantes ont en particulier été adoptées en Autriche avec l'article 38 de la communication de la loi au journal officiel national, BGBl I 2020/24, – ces dispositions ont désormais été prolongées jusqu'au 30 juin 2021 par le BGBl I 2021/5 :

Dispositions procédurales spéciales

[OMISSIS] **[Or. 61]** [OMISSIS]

*Suspension des effets des demandes dans les procédures devant les juridictions administratives*

*Article 5. S'il apparaît, sur la base des informations contenues dans la demande en référé en matière de recours dans le cadre d'une attribution de marché conformément à la loi fédérale sur les marchés publics de 2018 - BVergG 2018, BGBl. I n° 65/2018, ou à la loi fédérale sur les marchés publics en matière de défense et de sécurité de 2012 - BVergGVS 2012, BGBl. I n° 10/2012, ou si le pouvoir adjudicateur affirme de manière crédible qu'une procédure de passation de marché [OMISSIS] sert à prévenir et combattre de manière urgente la propagation du COVID-19 ou à maintenir l'ordre public en relation avec la prévention et la lutte contre la propagation du COVID-19, la demande en référé visant à faire interdire l'ouverture des offres, la conclusion d'un accord-cadre ou l'attribution du marché n'a pas d'effet suspensif. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur peut attribuer le marché, conclure l'accord-cadre ou ouvrir les offres avant de se prononcer sur la demande.*

Les deux parties défenderesses ont signalé dans leur mémoire en ce qui concerne les accords-cadres qu'elles ont conclu [OMISSIS] que l'article 5 susmentionné est applicable au recours de la requérante.

4.1.3. L'état du droit en ce qui concerne les taxes forfaitaires à verser pour les recours et demandes en référé a déjà été présenté ci-dessus.

4.1.3.1. En ce qui concerne les questions préjudicielles portant sur le principe d'équivalence au titre du droit de l'Union il y a aussi lieu d'observer à titre complémentaire ce qui suit.

– L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du règlement n° 1215/2012 énumère les domaines du droit civil qui échappent au champ d'application dudit règlement.

– Le droit matériel de la passation de marchés publics en tant que somme des normes qui règlent avant tout les obligations de comportement précontractuelles des pouvoirs adjudicateurs liés par le droit des marchés publics et des entrepreneurs souhaitant contracter relève selon nous, en tant que droit de conclure des contrats, du droit civil spécial et donc du champ d'application du règlement n° 1215/2012. **[Or. 62]**

– L'article 25 du règlement n° 1215/2012 prévoit la possibilité d'une convention attributive de juridiction.

– Dans l'arrêt dans l'affaire 2013/04/0097 [ECLI:AT:VWGH:2015:2013040097.X00], le VwGH autrichien a exclu dans le domaine du droit des marchés publics les conventions attributives de juridiction conformément au droit procédural national – article 6 de la loi générale relative à la procédure administrative (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz – AVG) ; cette dernière disposition vaut aussi d'après la législation nationale pour le BVwG.

– Il pourrait ainsi être conclu que le droit des marchés publics réglé en Autriche dans le BVerG ne relève pas du droit civil.

– La qualité de droit civil du droit matériel des marchés publics, telle que mise en cause dans la première question préjudicielle, est un préalable aux questions préjudicielles concernant le principe d'équivalence.

– Le Bundesverwaltungsgericht allemand – à titre de comparaison internationale – part lui en tout cas du principe que le droit des marchés publics relève du droit privé et donc du droit civil (BVerwG 02.05.2007, BVerwG 6 B 10.07 avec d'autres références).

– Compte tenu du fait que, comme le prévoient la directive 89/665/CEE dans la version en vigueur et le BVerG national, les possibilités de conclure les contrats peuvent être fortement limitées dans le temps par le biais des mesures de référé, nous sommes d'avis que la procédure d'adoption de mesures de référé conformément à l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE est une procédure portant sur un recours de droit civil au sens de l'arrêt de la Cour EDH du 15 octobre 2009, 15BSW 17056/06 *Micaleff contre Malte*.

4.1.3.2. Nous avons déjà exposé ci-dessus l'état du droit national au sujet des taxes forfaitaires pour les procédures de recours, procédures en constatation et demandes en référé au titre du BVerG tel qu'interprété par le Verfassungsgerichtshof national (Cour constitutionnelle) dans l'arrêt V 64/2019. Il y a lieu de rappeler à titre de points saillants que le versement suffisant des taxes est une condition d'une décision au fond et que d'après l'interprétation de la Cour constitutionnelle le traitement d'un recours ou d'une demande en référé avant l'imposition des taxes dues conduit à ce que lesdites taxes ne puissent plus être imposées plus tard.

En cas de procédure de passation de marché opaque pour une requérante, celle-ci n'apprend le cas échéant, après une longue procédure d'établissement des faits par le BVwG, que dans le cadre d'une invitation à régulariser les taxes avant le rejet du recours ou dans le cadre de **[Or. 63]** l'imposition des taxes par une chambre du BVwG agissant en tant que juridiction, quel est le montant de son obligation de paiement des taxes forfaitaires déjà déclenchée par son recours.

À titre comparaison, sur le plan national, les autres systèmes de versement de taxes en lien avec des procédures de protection des droits individuels en matière civile ou en matière de recours administratif se présentent comme suit :

4.1.3.2.1. D'après le modèle général, dans les litiges de droit civil qui sont introduits en première instance auprès d'une juridiction de district ou régionale, des frais de justice forfaitaires d'après la position tarifaire 1 de la loi sur les frais de justice (Gerichtsgebührengesetz – GGG) sont dues et sont fonction de la valeur du litige que le requérant, comparable à un demandeur en droit des marchés publics, connaît en règle générale à l'avance. Le requérant a en général conscience du montant des taxes forfaitaires auquel il doit s'attendre en première instance.

– Tandis que d'après le BVergG, il faut verser pour une demande en référé au titre de l'article 340, paragraphe 1, point 4, une taxe forfaitaire de 50 % de la taxe due pour le recours proprement dit même si les mesures de référé sont demandées en combinaison avec le ou les recours introductifs d'instance, on ne paye pas de taxe forfaitaire spéciale auprès des juridictions civiles en Autriche pour de telles demandes en référé liées à un recours, par principe soumis à l'obligation de verser une taxe – abstraction faite de certaines exonérations dans des cas individuels : voir à ce sujet l'article 15, paragraphe 4, GGG et la remarque 2 sur la position tarifaire 1 GGG ainsi que l'interprétation à ce sujet du VwGH dans l'arrêt du 29 avril 2013, 2012/16/0212 [ECLI :AT :VWGH :2013 :2012160212.X01].

– Le point clé semble cependant être ici qu'en ce qui concerne ces taxes forfaitaires au titre du GGG pour les recours et demandes en référé, le versement déjà opéré de la taxe n'est pas une condition pour que le juge puisse traiter le recours ou la demande en référé sans que l'État perde de ce fait son droit à la taxe.

– Au contraire, et à la différence fondamentale avec les taxes forfaitaires d'après le BVergG, les taxes forfaitaires d'après le GGG sont imposées en l'absence de versement sur la base d'une décision administrative adoptée en vertu de la loi sur le recouvrement des frais de justice (Einbringungsgesetz – GEG) sans que cela n'ait d'incidence sur le traitement du recours ou de la demande en référé. La condition que les frais de justice aient été déjà versés à un niveau suffisant [Or. 64] n'est pas prévue dans les autres procédures de recours de droit civil (ou de droit administratif).

– Il existe ensuite contre la décision d'imposition en vertu du GEG le moyen du recours auprès du BVwG en tant que juridiction ayant compétence de pleine juridiction. Les décisions sur les taxes rendues à ce sujet par le BVwG en vertu du GGG en combinaison avec le GEG peuvent par la suite être encore contestées par le biais du recours en « Revision » auprès du Verwaltungsgerichtshof ou du recours auprès du Verfassungsgerichtshof.

– Ainsi, les auteurs de recours et de demandes en référé devant le BVwG, qui engagent les procédures de recours imposées par le droit de l'Union en vertu de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE, sont à plusieurs

égards placés dans une plus mauvaise situation que dans le cadre d'une procédure de recours purement nationale.

– À la différence de ce qui est le cas dans la procédure civile devant le tribunal de district ou le tribunal régional, il faut, en règle générale, toujours verser des taxes forfaitaires supplémentaires pour la demande en référé liée au recours auprès du BVwG.

– L'auteur du recours et de la demande en référé voit son action rejetée d'après le BVergG, s'il n'a pas versé les taxes forfaitaires à concurrence du montant que la juridiction juge dû après une invitation à régularisation ; il perd le droit de voir son recours traité au fond déjà du fait de l'absence de paiement de la taxe. Un recours ou une demande en référé d'après le BVergG ne saurait non plus être rejeté pour d'autres motifs que le non-paiement de la taxe avant l'imposition de celle-ci, même si l'affaire est le cas échéant déjà en l'état d'être jugée. Les pouvoirs adjudicateurs qui sont confrontés à des demandes en référé à effet suspensif prescrit par la loi seront éventuellement affectés négativement en particulier du fait que la question de la taxe doit être tout d'abord traitée – avec sinon responsabilité potentielle du juge pour non-imposition des taxes forfaitaires – avant que les demandes en référé puissent être traitées.

– Si l'imposition des taxes forfaitaires d'après le BVergG intervient à travers une ordonnance de la chambre du BVwG agissant en tant que juridiction, le demandeur soumis à l'obligation de verser la taxe n'a pas comme ce serait normalement le cas, le droit de former recours auprès d'une juridiction administrative ayant compétence de pleine juridiction ; il ne lui reste plus que le recours en « Revision » auprès du VfGH, [Or. 65] où les questions d'appréciation des preuves ne peuvent être examinées que de manière très restreinte ou le droit de recours au VfGH, où un recours ne peut en principe être introduit qu'en raison de l'application de normes générales abstraites illégales ou de l'application du droit en violation de la constitution nationale dans le cas particulier. (En ce qui concerne ces voies de recours nationales devant les juridictions suprêmes précitées dont l'objet est limité voir, par exemple, Müller /Édit. Verfahren vor dem VfGH, dem VwGH und den VwG, point 177 ; sur le critère de contrôle limité du VfGH ou du VwGH, voir par exemple l'arrêt du VwGH du 13 novembre 2020, Ra 2020/07/0101 [ECLI:AT:VWGH:2020:RA2020070101.L00], où celui-ci a indiqué dans le sens de la jurisprudence constante :

[...]

*Le Verwaltungsgerichtshof, qui est appelé à contrôler le droit, n'est pas habilité à apprécier la justesse d'une appréciation des preuves qui a été effectuée par le Verwaltungsgericht et qui résiste à l'examen du point de vue de l'exhaustivité et du caractère définitif, et il ne peut pas la rejeter au motif qu'un autre déroulement des événements ou un autre ensemble de faits pourrait également être justifié de*

*manière convaincante. (voir VwGH 26 février 2015, Ra 2015/07/0028 et le même jour Ra 2015/07/0005, avec d'autres références).*

[...]

4.1.3.2.2. Sans préjudice de l'opinion défendue ici et selon laquelle le régime des taxes pour les recours de droit civil et les demandes en référé qui y sont liées ainsi que le système des taxes pour les recours, actions en constatation et demandes en référé doivent être aménagés aussi avantageusement l'un que l'autre conformément au principe d'équivalence du droit de l'Union, il y a lieu, aux fins d'une comparaison supplémentaire avec d'autres domaines du droit, d'exposer aussi le système des taxes en lien avec les réclamations sur décision adressées aux juridictions administratives, les recours en « Revision » auprès du VwGH et les recours contre les arrêts et les ordonnances d'un tribunal administratif adressées au VfGH.

[Nous ne nous pencherons pas ici sur les exonérations de taxes et les situations particulières – il s'agit ici uniquement d'exposer la règle – la situation au regard des taxes pour les autres formes de recours judiciaires dans le domaine du droit administratif]

– Les réclamations sur décisions administratives adressées au Bundesverwaltungsgericht sont soumises en vertu de l'article 14 TP 6 point 5, sous b), du Gebührengesetz 1957 et du règlement national, BGBl II 2014/387 dans la version en vigueur à une **[Or. 66]** taxe forfaitaire de dépôt de 30 euros, qui en vertu de l'article 340, paragraphe 2, BVergG n'a pas à être versée si les taxes forfaitaires déjà citées plus haut doivent être versées en vertu de l'article 340, paragraphe 1, BVergG.

– Pour les recours contre les arrêts et les ordonnances des juridictions administratives comme le BVwG, une taxe de 240 euros est due en vertu de l'article 17bis VfGG, et cette somme doit également être versée en vertu de l'article 24bis VwGG en cas de recours en « Revision » auprès du Verwaltungsgerichtshof.

– Si dans le cadre de réclamations sur décisions administratives adressées au tribunal administratif ou de recours au VfGH ou de recours en « Revision » au VwGH, des demandes de reconnaissance (ou de rejet) d'effet suspensif sont présentées, ce qui du point de vue fonctionnel pourrait le cas échéant entraîner la même chose que des mesures de référé à savoir des effets suspensifs de recours, le VwGH a jusqu'à présent à ce sujet toujours défendu le point de vue selon lequel de telles demandes en vue d'un effet suspensif qui sont présentées conjointement avec la réclamation ou le recours en « Revision », en tant que demandes accessoires, ne sont pas soumises à ces taxes forfaitaires supplémentaires – voir à ce sujet par exemple le VwGH arrêt du 15 novembre 1984, 84/15/0136 [ECLI:AT:VWGH:1984:1984150136.X00] et arrêt du 20 décembre 2001, 2001/16/0414 [ECLI:AT:VWGH:2001:2001160414.X00]. C'est ce qu'affirme

désormais expressément l'article 1<sup>er</sup> et l'article 2, paragraphe 1, du règlement BGBl II 2014/387 dans la version en vigueur.

– Dans aucun des régimes de taxes exposés ci-dessus pour le domaine du droit administratif le paiement des taxes n'est une condition de recevabilité pour le traitement au fond du recours en cause.

– Si ces trois taxes dues pour former recours, telles qu'exposées ci-dessus, ne sont pas versées, le bureau des contributions compétent les impose par décision (avec les suppléments éventuels). Le débiteur de la taxe a alors le droit de présenter un recours au Bundesfinanzgericht (tribunal fédéral des finances, Autriche) en tant que tribunal ayant compétence de pleine juridiction. Il a ensuite encore le droit de former contre les décisions du Bundesfinanzgericht un recours en « Revision » auprès du VfGH ou un recours auprès du VfGH, et ce avec les compétences de pleine juridiction déjà exposées du VfGH et du VfGH.

4.1.4. La [question] A) 7 évoque la question de l'obligation de renseignement eu égard à l'interdiction de l'auto-incrimination. [Or. 67]

Du point de vue du droit procédural autrichien, en vertu de l'article 333 BVerG, c'est à titre subsidiaire la loi relative à la procédure administrative (Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz – AVG) qui vient en grande partie s'appliquer devant le BVwG en ce qui concerne le droit de refuser de témoigner.

L'article 49, paragraphe 1, point 1, AVG, règle un droit essentiel du témoin de refuser de témoigner et il dispose pour autant que cela soit pertinent en l'espèce ce qui suit :

*Article 49 (1) Un témoin peut refuser de témoigner :*

*1. au sujet de questions dont la réponse entrainerait pour le témoin, l'un de ses proches [...] un préjudice pécuniaire direct, le risque de poursuites pénales voire le déshonneur ;*

*[...]*

En vertu de l'article 51 AVG, le droit de refuser de témoigner s'applique également aux parties à la procédure, ce droit n'existant cependant pas en cas de préjudice pécuniaire.

Aux termes de l'article 51 AVG :

*« Les articles 48 et 49 sont également applicables à l'audition des parties à des fins probatoires ; toutefois, le motif de refus relatif au risque de préjudice pécuniaire visé à l'article 49, paragraphe 1, point 1, n'est pas applicable. ».*

L'article 336 BVergG autorise le BVwG à rendre une décision par défaut sur la base des assertions de l'autre partie à la procédure si une partie à la procédure ne

fournit pas les renseignements ou les documents réclamés, et ce dans le cadre d'une décision relevant de l'appréciation du juge.

L'article 336 BVergG ne contient cependant pas de tels droits de refuser de témoigner ou de fournir des informations comme cela est réglé à l'article 49, paragraphe 1, point 1, AVG.

Selon le BVwG, il pourrait être contraire à l'interdiction d'auto-incrimination que les administrateurs ou collaborateurs du pouvoir adjudicateur, à travers lesquels ce dernier doit en tant que personne morale en définitive agir, doivent fournir des renseignements ou des informations pour écarter le risque d'une décision par défaut au détriment du pouvoir adjudicateur, même si cela peut le cas échéant entraîner que ces informations fournies dévoilent des faits [Or. 68] qui pourraient par la suite être utilisés au pénal (ou en vue de recours en dommages-intérêts) contre les administrateurs et les collaborateurs du pouvoir adjudicateur.

Si à l'inverse il n'existait pas de possibilité de rendre une telle décision par défaut en l'absence de fourniture des renseignements ou des documents réclamés, l'effectivité de la protection juridique accordée par le droit des marchés publics, telle que prévue par la directive 89/665/CEE, serait fortement restreinte.

L'article 336 BVergG ne contient en tout cas aucun droit de refuser de fournir des informations ainsi que le fait l'article 49, paragraphe 1, point 1, BVergG.

4.1.5. Il convient encore d'exposer ce qui suit au sujet de la réglementation de la procédure de recours et de demande en référé aux fins de la description de l'état du droit national en l'espèce en ce qui concerne les questions préjudicielles qui évoquent l'opacité de la procédure de passation de marché ainsi que la quasi-impossibilité souvent de présenter les éléments matériels obligatoires des recours et demandes en référé.

En vertu du BVerG autrichien, seules peuvent être abrogées au sens de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE et donc annulées au sens de la formulation adoptée par le BVergG, les décisions individuellement attaques découlant d'une procédure de passation de marché déterminée conformément aux types de procédures de passation de marché du BVergG.

Il s'agit donc en l'espèce, soit *du choix de l'attribution de gré à gré* dans le cas d'une procédure d'attribution de gré à gré d'après le BVergG, soit des décisions correspondantes du pouvoir adjudicateur énumérées à l'article 2, point 15, de la loi dans le cas d'une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché en vue de la conclusion d'un accord-cadre avec un unique opérateur économique/entrepreneur.

La requérante doit donc dans son recours et la demande en référé qui y correspond désigner la procédure de passation de marché et la décision individuellement attaqué. Si plusieurs procédures de passation de marché sont contestées, il doit

clairement ressortir du recours quelle décision individuellement attaquable découlant de quelle procédure de passation de marché est attaquée.

Dans le cas d'un accord-cadre conclu avec un unique entrepreneur/opérateur économique dans une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché la dernière décision attaquable [Or. 69] par les concurrents de l'entrepreneur retenu est la décision par laquelle il est décidé avec quel entrepreneur conclure l'accord-cadre.

D'après la juridiction de céans et en fonction de la réponse de la Cour, une personne cherchant à obtenir une protection juridique au titre de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE ne disposerait donc plus, en cas de passation de marché opaque, que la voie de recours spécifique aux marchés publics du recours en constatation ou d'après les termes de la législation nationale de la demande en constatation en vertu de l'article 334, paragraphe 3, point 3, BVergG et elle disposerait éventuellement encore, eu égard à l'éventuelle assimilation, examinée dans la présente procédure préjudicielle, entre la décision d'attribution, d'une part, et la décision avec quel entrepreneur conclure l'accord-cadre, d'autre part, de la demande en constatation en vertu de l'article 334, paragraphe 3, point 4, BVergG.

Si effectivement, d'après le résultat de l'examen des preuves, il devait y avoir une passation de marché de gré à gré au sens de l'article 31, paragraphe 11, BVergG, seul le choix de recourir à la procédure de passation de marché de gré à gré pourrait faire l'objet d'un recours et selon le BVwG, les recours en constatation en vertu de l'article 334, paragraphe 3, points 3 et 4, entrent en ligne de compte en tant qu'action en constatation [possible].

– En ce qui concerne les recours, la question qui se pose en l'espèce pour le BVwG est tout d'abord celle de savoir si une protection juridique posant de telles obligations de désignation de la procédure de passation de marché en cas de recours et de demande en référé est équivalente, effective et équitable si la procédure de passation de marché est opaque pour la requérante.

Si ces obligations de désignation ne devaient pas être couvertes par le droit de l'Union, être par conséquent sans effets et écartées, il serait envisageable sur le plan national d'accepter une compétence d'office du BVwG pour constater et annuler les décisions identifiables du pouvoir adjudicateur, découlant de certaines procédures de passation de marché, ces décisions pouvant alors être abrogées avant l'attribution du marché. Si les obligations de désignation mises en cause sont au contraire conformes au droit de l'Union, le BVwG doit le cas échéant rejeter l'action en l'absence de désignation après une procédure de régularisation en vertu de l'article 13, paragraphe 3, AVG.

– En ce qui concerne le système national des frais de justice spécifiquement créé pour les recours en matière de passation de marchés publics, le BVwG se pose en outre la question de savoir s'il peut être conforme au droit de l'Union,

effectif, équitable, équivalent et allant dans le sens d'une célérité de la procédure qu'il faille même verser des frais de justice, lorsque **[Or. 70]** dans le cadre d'une procédure de passation de marché opaque on déclenche au moment de l'introduction du recours une obligation de verser les frais de justice dont on ne connaît éventuellement pas le montant à ce moment (précisément parce que le nombre de procédures de passation de marché et le nombre des décisions du pouvoir adjudicateur à attaquer et la valeur estimée du marché ne sont pas encore connus et donc non transparents).

La question se pose de savoir s'il est conforme au droit de l'Union, et en particulier équivalent, effectif et équitable, voire allant dans le sens d'une procédure rapide de recours et de référé, que le BVwG, même si le recours et la demande en référé sont potentiellement en l'état d'être jugés, doive néanmoins sur un autre plan examiner tout d'abord combien de décisions du pouvoir adjudicateur, adoptées à quel moment et à la suite de combien de procédures de passation de marché ont été contestées par la requérante au moment de l'engagement de la procédure d'après la volonté objectivement exprimée par cette partie dans le recours et la demande en référé l'accompagnant, et combien de recours et de mesures de référé la requérante a maintenues par la suite – en l'espèce par exemple au 5 janvier 2021 [OMISSIS] – le tout parce que d'après le système national de taxes spéciales pour les recours d'après le BVergG tel qu'interprété par le VfGH dans l'arrêt V 64/2019, les taxes doivent en l'absence de versement être réclamées par invitation à régularisation et doivent ensuite être imposées en l'absence de versement – sauf à déclencher la responsabilité de l'administrateur de justice – avant qu'un recours ou une demande en référé puisse être accueilli ou rejeté voire que la procédure soumise à l'obligation de verser la taxe puisse être même close en cas de désistement (partiel).

#### 4.2. Dispositions du droit de l'Union et jurisprudence

4.2.1. Au sujet des taxes forfaitaires, il y a lieu de citer tout d'abord l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-61/14 (point 58) :

*« [...] les frais de justice à verser pour l'introduction d'un recours dans les procédures administratives en matière de marchés publics, qui n'excèdent pas 2 % de la valeur du marché concerné, ne sont pas susceptibles de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union en matière des marchés publics. » [Or. 71]*

4.2.2. Par cet arrêt, la Cour a déjà évoqué le principe d'effectivité du droit de l'Union en vertu duquel les dispositions nationales ne sauraient rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits accordés par le droit de l'Union dans le domaine des marchés publics. Ce principe d'un exercice effectif des droit est également évoqué à l'article 1<sup>er</sup> de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE et dans l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

4.2.3. Le principe d'équivalence du droit de l'Union [impose] que la mise en œuvre de droits accordés par l'ordre juridique de l'Union ne soit pas plus difficile de manière injustifiée que la mise en œuvre de droits qui découlent de l'ordre juridique national.

– C'est ainsi que s'exprime par exemple le VwGH autrichien le 25 septembre 2019 [OMISSIS] citant notamment la Cour [arrêt du 26 juin 2019, Craeynest e.a., C-723/17, EU:C:2019:533, point 54] :

« [...]

*À cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour que, en l'absence de règles du droit de l'Union, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent d'un acte du droit de l'Union, tel que la directive 2008/50. Toutefois, les modalités prévues ne doivent pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) (voir, en ce sens, arrêts du 6 octobre 2015, East Sussex County Council, C-71/14, EU:C:2015:656, point 52, et du 22 février 2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, point 42). Pour ce qui est de ce dernier principe, il convient de rappeler que le droit à un recours effectif devant un tribunal impartial est consacré à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui constitue une réaffirmation du principe de protection juridictionnelle effective (voir, en ce sens, arrêts du 26 juillet 2017, Sacko, C-348/16, EU:C:2017:591, point 31, et du 27 septembre 2017, Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725, point 59).*

[...] » [Or. 72]

– C'est ainsi que s'exprime en outre aussi le VwGH autrichien le 27 septembre 2013 dans l'arrêt ZI 2010/05/0202 [ECLI:AT:VWGH:2013:2010050202.X00] :

*Les procédures régissant les recours visant à assurer la protection des droits conférés aux citoyens par l'effet direct du droit communautaire ne peuvent être moins favorables que celles régissant les recours correspondants concernant uniquement le droit interne (principe d'équivalence), [...] (voir ex multis, par exemple, les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 décembre 1995, dans l'affaire C-312/93, Peterbroek, et du 12 mai 2011, dans l'affaire C-115/09, Trianel, point 43).*

– Le principe d'équivalence du droit de l'Union interdit ainsi une discrimination procédurale dans l'exercice des droits découlant du droit de l'Union par rapport aux règles procédurales si ces dernières visent à l'exercice des droits créés purement par le droit national.

– Au sujet du principe d'équivalence, il y a lieu de citer ici la Cour qui au point 67 de son arrêt dans l'affaire C-61/14 a affirmé ce qui suit :

*« En effet, le principe d'équivalence, ainsi qu'il a été rappelé au point 46 du présent arrêt, implique un traitement égal des recours fondés sur une violation du droit national et de ceux, similaires, fondés sur une violation du droit de l'Union [...] »*

4.2.4. La directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE – c'est à dire la directive recours dans la version en vigueur – est supposée garantir des procédures de recours rapides et effectives pouvant conduire à l'abrogation de décisions du pouvoir adjudicateur. Les mesures de référé sur la base de cette directive sont supposées permettre d'adopter aussi rapidement que possible des mesures provisoires au sujet de la demande principale et la déclaration de nullité.

En vertu de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, les accords-cadres sont également des marchés au sens de la directive. **[Or. 73]**

Ainsi que la Cour l'a affirmé, par exemple dans son arrêt dans l'affaire C-391/15, les dispositions inconditionnelles et suffisamment précises de cette directive peuvent faire naître le cas échéant des droits subjectifs pour les particuliers.

Le BVwG est à cet égard également d'avis qu'il existe du point de vue du droit de l'Union un droit subjectif à ce que les recours et les demandes en référé puissent être traités aussi rapidement que possible et indépendamment de questions liées aux frais de justice forfaitaires.

4.2.5. Du point de vue du droit matériel des marchés publics, la directive 2014/24/UE (sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE) semble en l'espèce applicable d'autant que – contrairement à certaines formulations employées par la requérante dans son mémoire introductif d'instance du 1<sup>er</sup> décembre 2020 – la requérante n'a pas allégué, arguments à l'appui, que la directive 2009/81/CE était pertinente et le pouvoir adjudicateur ne l'a certainement pas désignée comme telle en réfutant l'applicabilité du Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS.

4.2.6. L'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne accorde des droits subjectifs au titre du droit primaire de l'Union en ce qui concerne les procédures judiciaires et donc aussi en ce qui concerne la procédure de recours devant le BVwG en transposition de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE ; [OMISSIS] le droit primaire de l'Union établit ainsi déjà un droit à une procédure judiciaire équitable et effective.

L'interdiction d'auto-incrimination est consacrée en droit primaire de l'Union à l'article 48 de la Charte – voir, par exemple, Jarass, Charta der Grundrechte der EU, Art 48, point 31 et le renvoi à l'arrêt de la Cour dans l'affaire C- 204/00.

4.2.7. En ce qui concerne l'obligation d'interprétation conforme au droit de l'Union et la primauté du droit de l'Union, il y a lieu de citer l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-327/00 et ses points 62 à 64 (comme exemple du principe d'application conforme au droit de l'Union) :

« 62. La juridiction de renvoi étant seule compétente pour interpréter et appliquer la réglementation nationale, il lui appartient, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, d'interpréter, dans toute la mesure du possible, les règles [...] de manière à assurer le respect du principe d'effectivité découlant de la directive 89/665. [Or. 74]

63. En effet, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit communautaire (voir, notamment, arrêts du 5 octobre 1994, Van Munster, C-165/91, Rec. p. I-4661, point 34, et du 26 septembre 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321, point 39).

64. Si une telle application conforme n'est pas possible, la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition nationale dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au droit communautaire (voir, notamment, arrêts du 5 mars 1998, Solred, C-347/96, Rec. p. I-937, point 30, et Engelbrecht, précité, point 40). »

Il y a lieu de renvoyer au sujet de l'effet direct de dispositions de directives accordant des droits, dont le délai de transposition comme celui de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE a expiré et qui sont suffisamment précises et inconditionnelles, à Hetmeierin (Lenz/Borchardt, EU – Verträge Art 288 AEUV point 13).

## 5. Motivation des questions préjudicielles et proposition de réponses

5.1. De manière générale, il convient de renvoyer tout d'abord aux points 12 et 13 des Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles qui disposent – pour autant que cela soit pertinent en l'espèce :

« 12. Une juridiction nationale peut adresser à la Cour une demande de décision préjudicielle dès qu'elle constate qu'une décision sur l'interprétation ou la validité du droit de l'Union est nécessaire pour rendre son jugement. C'est cette juridiction, en effet, qui est la mieux placée pour apprécier à quel stade de la procédure il convient d'adresser cette demande.

13. Dans la mesure, toutefois, où cette demande servira de fondement à la procédure qui se déroulera devant la Cour et où cette dernière doit pouvoir disposer de tous les éléments qui lui permettent tant de vérifier sa compétence

*pour répondre aux questions posées que d'apporter, dans l'affirmative, une réponse utile à ces questions, [Or. 75] il est nécessaire que la décision d'opérer un renvoi préjudiciel soit prise à un stade de la procédure où la juridiction de renvoi est en mesure de définir, avec suffisamment de précisions, le cadre juridique et factuel de l'affaire au principal, ainsi que les questions juridiques qu'elle soulève. [...] »*

Du point de vue du BVwG (outre le principe de célérité de la directive 89/665/CEE), le principe de l'économie de la procédure impose, comme le prévoit en l'espèce l'article 333 BVerG en combinaison avec l'article 39 AVG pour le BVwG au plan national, d'apporter tout d'abord des précisions, en ce qui concerne les questions déferées, sur l'état du droit de l'Union et le cas échéant sa primauté sur le droit national ainsi que sur l'effet direct du droit de l'Union et l'inapplicabilité des normes nationales contraires, avant que, sur la base de l'état du droit applicable ainsi déterminé, des déterminations supplémentaires des faits, plus ou moins étendues ne soient effectuées au sujet de l'état du droit pertinent en vigueur et spécifique à l'affaire.

## 5.2. Sur les différentes questions

[Sur la question] A) 1

Cette [question] [concerne] le point de savoir si le droit matériel des marchés publics relève du droit civil et elle constitue un préalable aux questions touchant au principe d'équivalence.

Si le droit matériel des marchés publics constitue une partie déterminée du droit civil, il semblerait approprié, d'après le principe d'équivalence du droit de l'Union, de ne pas aménager l'exercice par la requérante de ses droits dans le domaine des marchés publics – par le biais d'une discrimination en droit des marchés publics – de manière moins avantageuse que dans le reste du droit civil purement national.

Nous suggérons de répondre à cette question en ce sens que le droit matériel des marchés publics, en tant que somme de normes qui imposent des droits et des obligations précontractuels pendant la négociation du contrat, est équivalent aux autres normes relatives à la conclusion des contrats ; les mesures de référé en vertu de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE sont de même des procédures de droit civil ou du moins des procédures au sens de l'article 35 du règlement 1215/2012.

Sur la question A) 2. [Or. 76]

Par cette question, la juridiction de céans interroge la Cour sur le point de savoir si le principe d'équivalence au titre du droit de l'Union, ainsi que le reste du droit de l'Union, conduisent à ce qu'un système national de taxe ne puisse pas être appliqué lorsque ce système spécial prévoit le rejet inconditionnel de la demande en référé en l'absence de versement de la taxe après invitation au préalable à

régulariser la situation et qu'il devient ainsi impossible de traiter les demande en référé avant la réclamation et l'éventuelle imposition par décision de la taxe sans perte du droit à ladite taxe alors que dans le cadre de litiges de droit civil d'après le modèle de base applicable, les taxes de recours peuvent être réclamées en l'absence de versement même après le traitement du recours ou du référé (quelle que soit la forme du règlement) et que dans le cadre des recours de droit administratif de protection des droits individuels les recours formés auprès des juridictions administratives, le Verfassungsgerichtshof et le Verfassungsgerichtshof doivent aussi être traités au fond et peuvent même être rejetés pour d'autres motifs, même si les taxes de recours correspondantes n'ont pas encore été versées, mais ont précisément été imposées du fait de l'absence de paiement.

Si la Cour devait répondre à la question en ce sens que le droit de l'Union conduit à ce que la demande en référé ainsi que les autres actions de protection des droits individuels en Autriche peuvent être traités sans préjudice de la question des taxes forfaitaires et de leur paiement, le BVwG pourrait en l'espèce considérer dans un premier temps les mesures d'enquête nécessaires à la fixation de la taxe comme étant subsidiaires et il pourrait en vertu du principe de l'économie de la procédure, en fonction du résultat de l'examen, très probablement traiter la demande en référé très rapidement, sans devoir procéder au préalable à des recherches étendues quant au nombre des procédures de passation de marché et des lots envisageables en découlant à partir desquels diverses décisions ont initialement été attaquées, la requérante ayant le 5 janvier 2021 restreint les procédures de passation de marché pertinentes à certaines entreprises spécifiques.

Nous soulignons dans ce contexte que le recours introductif d'instance a été introduit le 30 novembre 2020 après les heures officielles de bureau et a été enregistré auprès du BVwG le 1<sup>er</sup> décembre 2020 ; la requérante a précisé à cet égard qu'elle ne souhaite voir contrôlés que les « achats » à compter du 20 novembre 2020. D'un point de vue logique cependant, seul peut être soumis à un contrôle que ce qui existait à compter du 20 novembre 2020 et jusqu'au moment de l'introduction du recours le 30 novembre 2020 à 23 h 40 :55 (moment du dépôt) en tant que décision individuellement attaquable. [Or. 77] Vient encore s'y ajouter d'après les résultats de l'enquête le fait que la requérante ne peut pas produire pour la période courant jusqu'au 10 décembre 2020 de qualification professionnelle propre pour le commerce de médicaments en Autriche et que, d'après les observations du pouvoir adjudicateur non contestées de manière argumentée dans le mémoire [OMISSIS] son fournisseur qui n'est manifestement pas établi en Autriche n'avait, jusqu'au 10 décembre 2020, pas fourni en Autriche de déclaration de service au titre de l'article 373bis, paragraphe 4, du code portant réglementation des professions industrielles, commerciales et artisanales (Gewerbeordnung - GewO).

Par la question A).2.1., la juridiction de céans demande à la Cour si, eu égard au droit de l'Union et en particulier à son principe d'équivalence, la demande en référé peut du point de vue du droit de l'Union être soumise à une taxe forfaitaire

propre en vertu de l'article 340, paragraphe 1, point 4, BVerG si elle est présentée en combinaison avec un recours alors que dans le reste du droit civil la demande en référé liée à un recours ne déclenche pas de taxe supplémentaire s'ajoutant aux taxes de recours et que par ailleurs dans le domaine du droit administratif, les recours liés à une réclamation sur décision adressée par exemple au BVwG, un recours en « Revision » au VwVG ou un recours au VfGH, et relatifs à l'effet suspensif ne déclenchent pas de taxe supplémentaire.

Si la Cour devait déclarer en d'autres termes que du point de vue du droit de l'Union, du fait de la discrimination procédurale subie par le requérant par rapport aux autres auteurs de recours en Autriche, aucune taxe supplémentaire ne saurait être collectée pour les mesures de référé demandées en combinaison avec le recours, la demande en référé de la requérante pourrait être traitée significativement plus rapidement et en particulier sans exigences d'enquête spécifiques (avec le risque sinon de responsabilité des administrateurs de justice en l'absence d'imposition de la taxe).

Sur la question A) 3.

Par cette question, la juridiction de céans interroge la Cour sur le point de savoir si en vertu du droit de l'Union il serait illégal, eu égard au principe de célérité au titre de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE, et de l'impératif de diligence de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de cette directive de faire dépendre le traitement rapide d'une demande en référé du fait que les frais de justice dus pour une telle demande ont été payés [tout de suite] ou après une invitation à régularisation faute de quoi le recours serait rejeté pour absence de paiement [Or. 78] alors que la demande en référé pourrait le cas échéant être traitée très rapidement abstraction faite de la question des taxes.

Nous suggérons de répondre à cette question en ce sens qu'en vertu du droit de l'Union et de l'impératif de diligence en cause ici, il est illicite de faire dépendre le traitement des demandes en référé – portant sur des questions matérielles relatives aux taxes sans pertinence pour la décision – de ce que les faits relatifs aux taxes soient établis, qu'une invitation à régularisation soit ensuite le cas échéant envoyée et que les taxes dues soient alors imposées en l'absence de paiement au plus tard au moment du rejet du recours pour absence de paiement.

Sur la question A) 4.

Par cette question, la juridiction de céans interroge la Cour, en ce qui concerne la demande en référé, quant à la légalité du point de vue du droit de l'Union d'un système de frais de justice et ce avant tout du point de vue de l'équité et de la transparence étant donné qu'il est selon nous inéquitable pour toutes les parties à la procédure que le juge doive, comme en l'espèce dans le cadre d'une procédure opaque de passation de marché, procéder à de longues démarches comme la détermination des faits pertinents pour le calcul de la taxe, adopter éventuellement

une invitation à régularisation faute de versement suffisant des frais de justice et ne peut le cas échéant faire autrement que rejeter la demande en référé faute de versement correspondant de la taxe. Si un tel système devait du point de vue de l'équité être illicite en vertu de droit de l'Union et ainsi inapplicable sur le plan national, le BVwG pourrait traiter beaucoup plus rapidement les présents recours qu'en les traitant dans le respect des exigences d'enquête tenant aux taxes.

Sur la question A) 5.

Par cette question, la juridiction de céans interroge la Cour, en ce qui concerne la demande en référé quant à la légalité du point de vue du droit de l'Union d'un système de frais de justice, avant tout du point de vue de la garantie de l'accès au juge et du principe d'équivalence, étant donné que la requérante potentiellement soumise à l'obligation de verser la taxe dans le cadre du système des frais de justice spécifique aux marchés publics ici en cause, en cas de réclamation de la taxe par une invitation à régularisation du juge organisant la procédure, se voit imposer les taxes [Or. 79] par une chambre du tribunal, et que par la suite seul un recours en « Revision » auprès du VwGH ou un recours au VfGH contre l'imposition de la taxe est admissible et ces deux juridictions suprêmes n'ont, ainsi que nous l'avons exposé, pas de compétence de pleine juridiction.

À titre de comparaison : en ce qui concerne les autres frais de justice pour les recours dans les procédures civiles ou les recours en droit administratif, une décision administrative imposant la taxe est tout d'abord adoptée celle-ci pouvant toujours être contestée par un recours auprès du tribunal administratif compétent et ensuite par un recours en « Revision » auprès du VwGH ou un recours au VfGH.

En d'autres termes : il existe en règle générale, en cas d'imposition par décision administrative des frais de justice, un droit de recours auprès d'un tribunal administratif ayant compétence de pleine juridiction, tandis qu'en ce qui concerne les frais de justice spécifiques aux marchés publics en vertu du BVerG, il n'existe plus pour les recours, actions en constatation et demandes en référé après une décision en première instance d'une chambre du tribunal au sujet des taxes que la voie de recours auprès du VfGH et du VwGH contre l'imposition de la taxes, ces deux juridictions suprêmes n'ayant pas de compétence de pleine juridiction. Il y a lieu de répéter que devant le VwGH l'appréciation des preuves ne peut être contestée que de manière limitée ; le VfGH examine en règle générale soit uniquement la violation des droits accordés par la constitution soit la violation du droit en raison de l'application d'une norme générale eu égard à l'illégalité éventuelle de cette norme générale soutenant la décision attaquée.

Une telle réglementation nationale relative aux frais de justice dans le domaine des marchés publics au titre du BVerG, discriminatoire en ce qui concerne la protection des droits si on la compare aux autres possibilités de voies de recours qui imposent d'autres frais de justice est selon nous d'une manière générale contraire au droit de l'Union, en particulier si on tient compte en plus de la

réglementation des frais de recours en matière de marchés publics en vertu de laquelle le versement de ces taxes, à la différence des autres frais de justice, est même une condition de la décision au fond pour les recours spécifiques aux marchés publics devant le BVwG.

Sur la question A) 6. **[Or. 80]**

Par cette question, la juridiction de céans demande si eu égard à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE dans la version de la directive 2014/23/UE, la conclusion de l'accord-cadre avec un unique opérateur économique est, du point de vue du pouvoir adjudicateur, la conclusion du contrat en vertu de la directive précitée et ainsi l'attribution du marché en vertu du droit national.

Si la Cour devait admettre cette assimilation, telle que mise en cause en l'espèce, il serait clair pour la procédure d'enquête poursuivie devant le BVwG conformément au droit de l'Union, qu'en ce qui concerne la conclusion d'accords-cadres, ce qui devra être examinée plus en détail, seules les actions en constatation au titre de l'article 334 BVerG sont recevables sur le plan national et que les demandes en référé doivent être rejetées au seul motif que le marché a déjà attribué.

Nous suggérons de répondre à ces deux questions en ce sens que la conclusion de l'accord-cadre avec un unique opérateur économique est la conclusion du contrat et l'attribution du marché étant donné que l'article 1<sup>er</sup> de ladite directive prévoit déjà cette assimilation.

Sur la question 6.1.

Il s'agit par cette question de préciser si en vertu du droit de l'Union, des marchés publics au titre d'un accord-cadre reposent effectivement sur celui-ci même lorsque le volume global dudit accord-cadre au sens de l'arrêt C-216/17 a déjà été dépassé. En cas de réponse positive, il faudrait, si les résultats de l'examen vont en ce sens, partir du principe qu'en vertu du droit national, les marchés allant au-delà du volume global parce que commandés après la conclusion de l'accord-cadre ne pourraient plus être contestés que par un recours en constatation au titre de l'article 334, paragraphe 3, point 3 et le cas échéant [selon la réponse à la question A) 6.] au titre de l'article 334, paragraphe 4, point 4 sans que des mesures de référé au titre de l'article 334, paragraphe 2, point 1, BVerG ne soient admissibles.

Si la Cour parvenait au contraire à la conclusion que des marchés spécifiques ne reposent plus sur l'accord-cadre initial après dépassement du volume global dudit accord-cadre, il conviendrait dans un tel cas d'examiner si de nouvelles attributions de marchés spécifiques sont (étaient) soit des attributions de gré à gré en vertu du droit national soit un marché de fourniture envisagé dans le cadre d'une procédure opaque de passation de marché voire devaient être considérés comme des attributions individuelles sur la base d'un nouvel accord-cadre conclu

de manière opaque. Dans ce cas, de nouveaux recours [Or. 81] et des demandes en référé pour les garantir sont encore possibles avant l'attribution du marché. Il y a alors lieu d'apprécier selon le résultat de l'examen si de telles nouvelles acquisitions peuvent faire l'objet de recours, d'actions en constatation ou de demandes en référé d'après le catalogue de l'article 334 BVerG en vertu des autres conditions légales.

La réponse à ces questions semble importante en particulier eu égard au dernier mémoire de la requérante du 5 janvier 2021 où celle-ci [OMISSIS] a affirmé ce qui suit :

*« [...] Ainsi qu'il a également déjà été exposé dans les observations du 7 décembre 2020 (point 14), l'ensemble des achats pour la livraison de tests de détections d'antigènes auprès des deux entreprises citées constituent des attributions de gré à gré illicites pour autant qu'elles vont au-delà du volume d'achat des deux accords-cadres. Tel est manifestement le cas dans les deux instances. Pour autant qu'on le sache, cinq millions de tests au prix unitaire de x,xx euros ont déjà été commandés à la société S\*\*\*. Les achats auprès de la société I\*\*\* dépassent cependant aussi – pour autant qu'on le sache – avec un prix unitaire de x,xx euros (ainsi qu'il ressort d'une question parlementaire adressée au ministre fédéral des finances [...]) et un million de tests commandés, les limites du montant maximal, et ce de loin [...] »*

Pour des raisons d'économie de la procédure nous suggérons de répondre à la question en ce sens que les marchés qui ont été conclus sur la base d'un accord-cadre reposent sur cet accord-cadre même lorsque le volume global au titre dudit accord-cadre a déjà été épuisé.

À la suite de la réponse de la Cour, le BVwG devra déterminer en conformité avec le droit de l'Union ce que la requérante souhaitait objectivement contester avec son recours du 5 janvier 2021 à compter de cette date – sans préjudice de leur désignation subjective. Il y a lieu de renvoyer une fois de plus à l'arrêt du VwGH ZI Ra 2017/04/0125 celui-ci y ayant indiqué :

*« [...] il n'y a pas lieu de s'appuyer uniquement sur le type de procédure que le requérant a cité dans son recours ; le facteur déterminant est au contraire celui de savoir ce que le recours visait au fond parce que cela détermine les coûts de la procédure et son utilité éventuelle [...] ».*

Sur la question A) 7. [Or. 82]

Cette question préjudicielle touche à l'interdiction d'auto-incrimination et à son rapport avec la disposition nationale de l'article 336 BVerG. Selon la réponse aux deux questions posées pour la procédure de recours et la demande en référé, l'article 336 BVerG étant également applicable dans la procédure en constatation, il sera clair dans quelle mesure la loi nationale en conformité avec le droit de l'Union impose une décision par défaut au détriment d'une partie dans le cadre d'une décision discrétionnaire même si l'article 336 BVerG ne prévoit pas

de droit de renonciation comme c'est le cas à l'article 49, paragraphe 1, point 1, AVG.

L'éventuelle pertinence future de la réponse à cette question sera démontrée en l'espèce par les enquêtes à venir réalisées dans le cadre de poursuites pénales, rapportées par les médias, visant certains administrateurs et concernant les achats en cause des tests de détection des antigènes.

Pour des motifs tenant aux droits fondamentaux, nous suggérons de répondre à ces questions en ce sens qu'il n'y a pas d'obligations d'information et de présentation des documents si celles-ci font naître pour les personnes physiques agissant pour le pouvoir adjudicateur une obligation d'auto-incrimination, *nemo tenetur, se ipsum accusare*.

Sur les questions A)8. et A)9.

Par ses questions, la juridiction de céans interroge la Cour quant à l'effectivité et l'équité suffisante des règles nationales du BVerG dans le cadre d'un recours et d'une demande en référé à l'égard d'une opération de passation de marché opaque pour le requérant, et ce d'autant que les principes juridiques suivants doivent s'appliquer : *impossibilium nulla obligatio est. - Ultra posse nemo tenetur*.

Lorsque le BVerG exige pour l'admissibilité d'un recours ou d'une demande en référé la désignation de la décision individuellement attaquable concrètement contestée découlant d'une procédure de passation de marché déterminée avec rejet sinon après une invitation à régularisation, il sera le cas échéant très difficile voire impossible pour un requérant de déterminer à temps, avant l'attribution du marché au sens de l'article 334 BVerG, de manière suffisamment certaine combien de décisions individuellement attaquables dans combien de procédures de passation de marché ont déjà été adoptées et doivent être désignées dans les délais dans cadre du recours et de la demande en référé en cause. **[Or. 83]**

Si on examine cependant ce manque de transparence pour le requérant en le comparant à la situation dans les autres systèmes de protection juridique et en particulier dans les recours devant les juridictions civiles autrichiennes, il apparaît que là aussi le requérant cherchant à obtenir protection juridique est en vertu du modèle de base soumis tout d'abord à la charge de l'allégation et ensuite à la charge objective de la constatation et donc au risque que les faits allégués ne puissent pas être démontrés.

Dans ces circonstances, nous suggérons de répondre aux questions posées en ce sens que de telles obligations de désignation ne semblent pas suggérer que le système de protection juridique du BVerG est en soi inefficace ou inéquitable au regard du droit de l'Union.

Sur la question A) 10.

Par cette question, la juridiction de céans interroge la Cour sur le point de savoir si le droit à une procédure judiciaire équitable en vertu de l'article 47 de la Charte autorise en cas de passation de marché opaque pour le requérant l'application d'un système de frais de justice où le montant des frais à payer en définitive dépend de la valeur estimée du marché, du nombre des procédures de passation de marché ayant une certaine valeur conduites et du nombre des décisions individuellement attaquables contestées. Nous renvoyons une fois de plus à l'approche objective qui s'impose au sens de l'arrêt du VwGH ZI Ra 2017/04/0125 lors de l'appréciation des recours.

Si les recours sont à interpréter, d'après la décision précitée du VwGH, selon l'utilité (visée) de la protection juridique, l'absence de transparence pour la requérante dans la présente espèce conduit selon nous à ce qu'il semble inéquitable d'exiger des taxes forfaitaires pour des recours et demandes en référé pour chaque décision individuellement attaquant découlant d'une procédure de passation de marché déterminée dès que le tribunal a dûment établi combien de décisions individuellement attaquables, découlant de combien de procédures de passation de marché avec quelle valeur estimée la requérante voulait contester. Ce serait inéquitable parce que, par comparaison, dans le GGG, le requérant devant la juridiction civile, sait en règle générale clairement dès l'introduction de son recours et de sa demande en référé combien de frais de justice au titre du GGG il doit payer. Dans le système des frais de justice au titre de l'article 340 BVerG, les exemples de calculs comme ceux [Or. 84] au point 4.1.1.2 de la présente ordonnance, montrent au contraire à quelles « surprises » éventuelles tenant aux taxes le requérant pourrait devoir s'attendre.

Si on devait répondre aux questions A) 8. et 9. en ce sens qu'il est opportun du point de vue du droit de l'Union de considérer qu'il n'y a pas d'obligations de désignation pour la décision attaquée et la procédure de passation de marché concernée dès l'introduction du recours en cas de contestation de passations de marché opaques, mais que le montant de la taxe à verser en vertu de l'article 340 BVerG et du règlement BGBI II 2018/212, doit être déterminé au cours de la procédure de recours et de demande en référé à l'aide des procédures de passation de marché alors identifiables avec une valeur estimée déterminée et à l'aide du nombre des décisions à annuler, l'absence de prévisibilité des frais de justice apparaîtrait de manière renforcée.

Nous suggérons par conséquent de répondre à la question posée en ce sens qu'il est inéquitable du point de vue du droit de l'Union, et que les dispositions nationales sur les taxes doivent donc demeurer inappliquées, si lesdites dispositions nationales imposent au requérant de payer des taxes qu'il ne pouvait pas encore prévoir au moment de l'introduction du recours déclenchant la dette en raison de l'absence de transparence de l'opération de passation de marché public.

**Indication :**

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Droit procédural national]

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

[OMISSIS], le 22 avril 2021

[OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL