

Affaire C-266/22

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

20 avril 2022

Jurisdiction de renvoi :

Curtea de Apel București (Roumanie)

Date de la décision de renvoi :

23 mars 2022

Parties requérantes :

CRRC Qingdao Sifang CO LTD

Astra Vagoane Călători S.A.

Parties défenderesses :

Autoritatea pentru Reformă Feroviară

Alstom Ferroviaria S.P.A.

[OMISSIS]

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI (cour d'appel de Bucarest, Roumanie)

SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL (huitième
chambre du contentieux administratif et fiscal)

ORDONNANCE

Audience publique du 23 mars 2022

[OMISSIS]

La juridiction de céans est saisie des recours joints introduits par les requérantes **CRRC Qingdao Sifang CO LTD, Astra Vagoane Călători S.A. et Alstom Ferroviaria S.P.A.** [Ndt : Alstom Ferroviaria S.P.A. semble figurer par erreur en

tant que partie requérante étant donné qu'il ressort de ce qui suit qu'il s'agit d'une partie défenderesse] contre la décision du Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (conseil national pour la résolution des contestations, ci-après le « CNSC ») [OMISSIS] du 31 janvier 2022 (ci-après la « décision attaquée »), dans le cadre d'une procédure les opposant à l'**Autoritatea pentru Reformă Feroviară** (autorité chargée de la réforme des chemins de fer, ci-après l'« ARF »), ayant pour objet un litige en matière de marchés publics.

[OMISSIS]

LA JURIDICTION DE CÉANS,

Statuant sur la demande visant à saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande de décision préjudicielle, présentée par les requérantes **CRRC Qingdao Sifang CO LTD** et **Astra Vagoane Călători S.A.**, constate :

I. L'OBJET DU LITIGE. LA PROCÉDURE DEVANT LA JURIDICTION DE RENVOI

Par recours introduit le 14 février 2022 devant la Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal (cour d'appel de Bucarest, huitième chambre du contentieux administratif et fiscal), les requérantes CRRC Qingdao Sifang CO LTD et Astra Vagoane Călători S.A. ont demandé, dans le cadre d'une procédure les opposant aux défenderesses ARF et Alstom Ferroviaria S.P.A., la modification de la décision attaquée en ce sens que le recours introduit par CRRC Qingdao Sifang CO LTD soit accueilli dans son intégralité et que le rapport de la procédure de passation de marché n° 22/410/28.10.2021, publié dans le [Sistemul Electronic de Achiziții Publice (système d'achat électronique, ci-après le « SEAP »)] le 2 novembre 2021, par lequel l'offre du consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. a été exclue de la procédure et l'offre d'Alstom Ferroviaria S.P.A. a été déclarée recevable et gagnante, soit annulé.

À titre subsidiaire, les requérantes ont demandé que la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle, Roumanie) soit saisie de l'exception d'inconstitutionnalité des dispositions de l'article V de l'Ordonanța de urgență a Guvernului (ordonnance d'urgence du gouvernement, ci-après « OUG ») n° 25/2021 et de l'OUG n° 25/2021 dans son intégralité, et, subséquentement, que le recours soit accueilli et que la décision attaquée soit modifiée dans le sens de l'accueil intégral du recours introduit par CRRC Qingdao Sifang CO LTD et du rejet intégral de la demande d'intervention introduite par Alstom Ferroviaria S.P.A.

À l'appui de leur recours, les requérantes font valoir qu'elles ont participé à une procédure de passation de marché qui a débuté le 3 avril 2020.

Les requérantes font valoir également que l'ARF a fondé le rapport de la procédure de passation de marché n° 22/410/28.10.2021, publié dans le SEAP le

2 novembre 2021, par lequel l'offre de CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. a été exclue de la procédure, sur l'OUG nr. 25/2021 privind modificarea și completarea unor acte normative în [domeniul achizițiilor] publice (OUG n° 25/2021 modifiant et complétant certains actes normatifs dans le domaine des marchés publics), publiée au *Monitorul Oficial al României*, partie I, n° 346 du 5 avril 2021.

Conformément à l'article V de l'OUG n° 25/2021, les procédures de passation de marché dans le cadre desquelles les opérateurs économiques ont soumis des offres à la date d'entrée en vigueur de ladite OUG sont régies par la législation en vigueur à leur date de début.

L'OUG n° 25/2021 est une loi nouvelle, entrée en vigueur un an après le début de la procédure de passation de marché de laquelle le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. a été exclu au moyen du rapport de la procédure de passation de marché n° 22/410/28.10.2021, publié dans le SEAP le 2 novembre 2021.

L'article V de l'OUG n° 25/2021 dispose que les procédures dans le cadre desquelles des offres ont été soumises sont régies par la loi ancienne déjà en vigueur. Cet article ne prévoit pas que la loi nouvelle s'appliquerait rétroactivement dans le cas des autres procédures déjà lancées, mais dans le cadre desquelles aucune offre n'a été soumise.

Les requérantes ont également fait valoir que la publication d'un avis de marché fait naître une situation juridique consolidée, qui décrit pleinement les conditions de participation à l'appel d'offres. Quelles que soient les manifestations de volonté ultérieurement exprimées par l'autorité qui a annoncé l'appel d'offres, la situation juridique déjà créée ne peut plus être modifiée, l'autorité devant respecter les règles de participation qu'elle a elle-même créées, à savoir le droit de l'opérateur économique à être évalué strictement à l'aune de ces règles.

Il est évident qu'une loi édictée après que cette situation juridique est devenue définitive ne peut pas la modifier rétroactivement.

Conformément à l'article 236 de la Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (loi n° 98/2016 sur les marchés publics), cette loi est applicable aux procédures de passation de marché lancées après la date de son entrée en vigueur. Les procédures de passation de marché en cours à la date d'entrée en vigueur de ladite loi sont régies par la loi en vigueur à la date de début de la procédure de passation de marché.

Le fait de modifier les règles d'une procédure de passation de marché après son début est un comportement qui viole clairement les principes du droit de l'Union, à savoir le principe de protection de la confiance légitime, le principe de sécurité juridique, le principe de non-rétroactivité, le principe de transparence et le principe d'égalité de traitement.

Les requérantes ont également fait valoir qu'il existe une jurisprudence claire de la Cour en vertu de laquelle une règle nationale d'un État membre ne saurait être utilisée pour modifier les règles déjà établies dans les rapports avec un particulier.

Par exemple, dans l'arrêt du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C- 17/10, EU:C:2012:72), la Cour a jugé que :

« 50. De telles règles de fond ne sauraient en principe faire l'objet d'une application rétroactive, indépendamment des effets favorables ou défavorables qu'une telle application pourrait avoir pour les intéressés. En effet, le principe de sécurité juridique exige que toute situation de fait soit normalement, et sauf indication expresse contraire, appréciée à la lumière des règles de droit qui en sont contemporaines (voir, en ce sens, arrêt du 22 décembre 2010, *Bavaria*, C-120/08, Rec. p. I-13393, points 40 et 41).

51. Il résulte d'une jurisprudence constante que des règles de fond du droit de l'Union doivent être interprétées, en vue de garantir le respect des principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, comme ne visant des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur que dans la mesure où il ressort clairement de leurs termes, de leurs finalités ou de leur économie qu'un tel effet doit leur être attribué (voir arrêt du 24 mars 2011, *ISD Polska e.a./Commission*, C-369/09 P, Rec. p. I-2011, point 98 et jurisprudence citée). »

Dans l'arrêt du 24 mars 2011, *ISD Polska e.a./Commission* (C- 369/09 P, EU:C:2011:175), la Cour a jugé que :

« 98. Certes, il résulte d'une jurisprudence constante que les règles communautaires de droit matériel doivent être interprétées, en vue de garantir le respect des principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, comme ne visant des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur que dans la mesure où il ressort clairement de leurs termes, de leurs finalités ou de leur économie qu'un tel effet doit leur être attribué [...] »

[OMISSIS] Ainsi, le principe de non-rétroactivité de la loi, consacré comme un droit fondamental (notamment) par la jurisprudence de la Cour, empêche une juridiction nationale d'apprécier une situation juridique déjà née à la lumière d'une loi adoptée bien postérieurement. En outre, la loi nouvelle concernée, en l'espèce, l'OUG n° 25/2021, ne prévoit pas d'application rétroactive, le CNSC ayant déduit à tort une telle application.

[OMISSIS] En outre, l'impossibilité de revenir sur des règles de participation à un appel d'offres déjà établies découle de l'applicabilité en l'espèce des principes fondamentaux régissant le droit de l'Union en matière de marchés publics, à savoir l'égalité de traitement, la non-discrimination et le principe de transparence. Ainsi, comme il ressort de la jurisprudence constante de la Cour, une modification des règles de participation au moment de l'évaluation des offres constitue une violation substantielle des principes fondamentaux susmentionnés, puisqu'elle constitue une modification des règles de la concurrence à la fin de celle-ci.

[OMISSIS] Ainsi, une modification apportée aux conditions de participation au marché public au moment de l'évaluation des offres, sous la forme de l'introduction d'une nouvelle règle d'exclusion des soumissionnaires de certains pays, viole les principes susmentionnés étant donné qu'elle comporte un changement des règles communes d'évaluation qui avaient été consolidées à compter de la publication des documents de marché.

[OMISSIS] La jurisprudence de la Cour a constamment retenu qu'un État membre ne saurait modifier les conditions de recevabilité au cours de l'évaluation de la procédure.

[OMISSIS] Conformément à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), « [l]es pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée ». Ce texte reprend l'article 2 de l'ancienne directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114).

La Cour a jugé à plusieurs reprises que les règles de la procédure de passation de marché ne sauraient être modifiées après qu'elle a débuté :

« [L]es principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures d'adjudication impliquent pour les pouvoirs adjudicateurs l'obligation de s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure [...] S'agissant des critères d'attribution eux-mêmes, il convient d'admettre, à plus forte raison, que ceux-ci ne doivent subir aucune modification au cours de la procédure d'adjudication » [arrêts du 18 novembre 2010, Commission/Irlande (C- 226/09, EU:C:2010:697, points 59 et 60), et du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom (C- 448/01, EU:C:2003:651, points 92 et 93)].

Les requérantes ont en outre fait valoir que l'illégalité de l'acte attaqué découle également de l'applicabilité directe en l'espèce du principe de sécurité juridique, qui est un principe fondamental du droit de l'Union et qui a pour corollaire le principe de protection de la confiance légitime. L'interprétation donnée à ce principe par la jurisprudence de la Cour, selon laquelle l'interprétation des règles de droit doit être certaine et leurs effets doivent être prévisibles pour un particulier, notamment lorsqu'elles sont susceptibles d'affecter ses droits, s'oppose à la possibilité pour un État membre (ou une autorité de celui-ci) [OMISSIS] de revenir sur les critères déjà établis pour la participation à un marché public.

Dans l'arrêt du 17 octobre 2018, Klohn (C- 167/17, EU:C:2018:833, points 50 et 51), la Cour a jugé que « le principe de sécurité juridique, qui a pour corollaire le

principe de protection de la confiance légitime, exige, notamment, que les règles de droit soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets, en particulier lorsqu'elles peuvent avoir sur les individus et les entreprises des conséquences défavorables [...]. Par ailleurs, le droit de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'autorité compétente, en lui fournissant des assurances précises, a fait naître, chez lui, des espérances fondées (voir, en ce sens, arrêt du 14 octobre 2010, Nuova Agricast et Cofra/Commission, C- 67/09 P, EU:C:2010:607, point 71). »

Par conséquent, la protection de la confiance légitime empêche une autorité nationale de revenir sur une règle consolidée portant sur les exigences légales applicables à une procédure de passation de marché.

Les requérantes ont fait valoir que la manière dont l'article IV de l'OUG n° 25/2021 autorise les modifications ultérieures de la loi n° 98/2016 entraîne une violation tant de l'article 73, paragraphe 1, que de l'article 115, paragraphe 4, de la Constitution roumaine.

Dans son **mémoire en défense**, la défenderesse ARF a conclu au rejet comme non fondé du recours introduit par les défenderesses [OMISSIS] CRRC Qingdao Sifang CO LTD et Astra Vagoane Călători S.A.

La défenderesse ARF a fait valoir que le rejet de l'offre de CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. était dû au fait que le soumissionnaire, à savoir le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A., ne remplissait pas les conditions d'éligibilité prévues par l'OUG n° 25/2021, en ce qui concerne la modification de la définition de l'« opérateur économique » figurant à l'article 3, paragraphe 1, sous jj), de la loi n° 98/2016, et par l'arrêté de l'Agentia Națională pentru Achiziții Publice (agence nationale des marchés publics) n° 549 du 22 avril 2021 portant approbation de la liste des pays relevant des catégories prévues à l'article 3, paragraphe 1, sous jj), iii).

CRRC Qingdao Sifang CO LTD est une société enregistrée en République populaire de Chine, État qui ne figure pas sur la liste des pays ayant ratifié l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (ci-après l'« AMP »), ni sur la liste des pays tiers en voie d'adhésion à l'Union européenne ou sur la liste des pays tiers signataires des accords internationaux en vertu desquels l'Union européenne est tenue d'accorder le libre accès au marché dans le domaine des marchés publics.

La procédure de passation de marché visant l'« achat de 20 nouvelles rames électriques interrégionales, dénommées RE-IR, et l'achat de services de maintenance et de réparation nécessaires au fonctionnement desdites rames » a été lancée par la publication de l'avis de marché CN1020204 du 3 avril 2020, la loi applicable étant la loi n° 98/2016, mise à jour par l'Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 23 din 4 februarie 2020 pentru modificarea și completarea unor

acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice (OUG n° 23 du 4 février 2020 modifiant et complétant certains actes normatifs ayant une incidence sur le système des marchés publics).

Conformément à l'article 236 de la loi n° 98/2016, cette loi est applicable aux procédures de passation de marché lancées après la date de son entrée en vigueur. Les procédures de passation de marché en cours à la date d'entrée en vigueur de ladite loi sont régies par la loi en vigueur à la date de début de la procédure de passation de marché.

Conformément à l'article V de l'OUG n° 25/2021, « les procédures de passation de marché dans le cadre desquelles les opérateurs économiques ont soumis des offres à la date d'entrée en vigueur de [ladite] OUG sont régies par la législation en vigueur à leur date de début. »

Il résulte de l'examen des deux actes normatifs que la loi qui régit les marchés publics est la loi n° 98/2016, et que les procédures de passation de marché en cours à la date d'entrée en vigueur de ladite loi sont régies par la loi en vigueur à la date de début de la procédure de passation de marché.

L'OUG n° 25/2021 modifie et complète l'article 3, paragraphe 1, sous jj), de la loi n° 98/2016 comme suit :

[OMISSIS] [Ce texte normatif figure dans la section sur le droit national applicable.]

Contrairement à ce qui a été soutenu par la requérante [Ndt : la juridiction de renvoi ne précise pas de quelle requérante il s'agit. Il semble que ladite juridiction utilise le singulier pour désigner le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A., auquel cas il conviendrait de lire « le requérant »], l'OUG n° 25/2021 modifie et complète certains actes normatifs dans le domaine des marchés publics, notamment la loi n° 98/2016 sur les marchés publics, sur la base de laquelle l'ARF a mené la procédure de passation de marché.

Même si l'OUG n° 25/2021 a été adoptée un an après la publication de l'avis de marché, son applicabilité renvoie clairement au fait que les offres soumises à la date d'entrée en vigueur de ladite OUG sont régies par la législation en vigueur à la date de début des procédures de passation de marché.

Étant donné que la date limite de soumission des offres dans le cadre de la procédure CN1020204/03.04.2020 était le 19 avril 2021, après la publication, le 5 avril 2021, au *Monitorul Oficial al României* et donc l'entrée en vigueur de l'OUG n° 25/2021, les offres soumises étaient régies par la loi n° 98/2016, telle que modifiée et complétée par l'OUG n° 25/2021.

L'OUG n° 25/2021 délimite clairement son applicabilité par rapport au moment de la soumission des offres.

À la date d'entrée en vigueur de l'OUG n° 25/2021, à savoir le 5 avril 2021, les offres n'avaient pas été soumises, étant précisé que le comité d'évaluation a eu la possibilité de consulter les offres soumises après l'expiration du délai de soumission le 19 avril 2021 à 15 heures.

Ainsi, la particularité de l'OUG n° 25/2021 est évidente. En effet, eu égard au fait que la disposition relative à l'applicabilité fait référence au moment de la soumission de l'offre, les soumissionnaires potentiels devaient tenir compte des modifications législatives en vigueur.

La loi n° 98/2016, telle que modifiée et complétée après l'entrée en vigueur de l'OUG n° 25/2021, est devenue applicable uniquement aux offres soumises après la modification.

La requérante a soumis son offre après l'entrée en vigueur de l'OUG n° 25/2021, de sorte que la relation juridique a été nouée par la soumission de l'offre, le 19 avril 2021, date à laquelle l'OUG n° 25/2021 était déjà en vigueur et la requérante savait que la relation juridique nouée entre cette dernière et le pouvoir adjudicateur allait être régie par la loi n° 98/2016 telle que modifiée et complétée.

La relation juridique ne peut pas être considérée comme ayant été nouée au moment de la publication des documents de marché, puisqu'on ne saurait considérer que l'opérateur économique a manifesté sa volonté de s'engager juridiquement avant la soumission de l'offre.

Les dispositions transitoires de l'OUG n° 25/2021 indiquent expressément qu'elles ne sont pas applicables aux procédures de passation de marché dans le cadre desquelles les opérateurs économiques ont soumis des offres avant leur entrée en vigueur, lesdites dispositions ne dérogent pas aux dispositions de la loi n° 98/2016 car elles respectent le principe de non-rétroactivité de la loi et l'acte normatif concerné ne laisse nullement supposer qu'il contiendrait des dispositions dérogatoires.

Dans son **mémoire en défense**, la défenderesse Alstom Ferroviaria S.P.A., établie en Italie, a conclu au rejet du recours introduit par les défenderesses CRRC Qingdao Sifang CO LTD et Astra Vagoane Călători S.A. et au maintien de la décision attaquée en ce qu'elle a exclu le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. de la procédure de passation de marché.

La défenderesse Alstom Ferroviaria S.P.A. a fait valoir que l'application des dispositions de l'OUG n° 25/2021 justifiait pleinement le rejet de l'offre du consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A.

Toujours selon la même défenderesse, c'est à juste titre que la décision attaquée a maintenu le rejet de l'offre du consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. En effet, les dispositions légales imposaient expressément l'application de cette mesure aux offres soumises après la date de

leur entrée en vigueur par un opérateur ne relevant pas des catégories régies par la loi.

L'OUG n° 25/2021 a modifié l'article 53, paragraphe 11, de la loi n° 98/2016, en établissant explicitement la catégorie d'entités juridiques pouvant relever de la définition de la notion d'opérateur économique et la mesure d'exclusion visant celles qui ne relèvent pas de cette définition. La loi n° 98/2016, telle que modifiée et complétée, était connue des soumissionnaires à la date de soumission des offres, ladite loi étant entrée en vigueur avant cette date.

La défenderesse Alstom Ferroviaria S.P.A. a également fait valoir que la loi n° 98/2016, telle que modifiée et complétée par l'OUG n° 25/2021, est applicable aux procédures de passation de marché dans lesquelles les offres ont été soumises après le 5 avril 2021.

Par ailleurs, il est naturel qu'une procédure de passation de marché soit régie par la loi en vigueur au moment de la soumission des offres, puisque c'est à ce moment-là que se noue la relation juridique entre les opérateurs économiques intéressés et le pouvoir adjudicateur.

Les modifications intervenues à la suite de l'adoption de l'OUG n° 25/2021 ont été intégrées, à compter du 5 avril 2021, dans la loi n° 98/2016.

L'OUG n° 25/2021 n'est pas une « loi nouvelle », mais un acte normatif qui complète et modifie la même loi n° 98/2016, demeurée applicable.

Les modifications de la loi n° 98/2016, introduites par l'OUG n° 25/2021, sont applicables à la procédure de passation de marché en cause puisque les soumissionnaires ont soumis leurs offres le 19 avril 2021, soit après la date d'entrée en vigueur de ladite OUG, à savoir le 5 avril 2021.

L'article V de l'OUG n° 25/2021 régit la situation transitoire dans laquelle les opérateurs économiques ont déjà soumis leurs offres à la date d'entrée en vigueur de ladite OUG, ce qui vise des rapports et des situations juridiques nés antérieurement entre les soumissionnaires et les pouvoirs adjudicateurs, mais qui n'ont pas produit leurs effets, puisque les offres n'ont même pas été soumises.

En ce qui concerne la procédure de passation de marché de l'espèce, le principe de non-rétroactivité constitue un faux problème juridique puisque la loi n° 98/2016, seule loi applicable, telle que modifiée et complétée après l'entrée en vigueur de l'OUG n° 25/2021, n'est devenue applicable qu'aux offres soumises après la modification.

En l'espèce, il n'est pas question d'appliquer l'OUG n° 25/2021 à des offres déjà soumises, mais, au contraire, cet acte normatif ne s'applique qu'après son entrée en vigueur, aux offres soumises après cette date.

L'offre constitue l'unique acte juridique par lequel la relation juridique entre un opérateur économique et le pouvoir adjudicateur est nouée. Avant la soumission de l'offre, il ne saurait être question de (non-)rétroactivité puisqu'il n'existe pas de relation juridique entre le soumissionnaire et le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique n'est pas encore devenu un sujet de droit (du moins pas en relation avec la procédure de passation de marché en cause).

En l'espèce, le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. a soumis son offre après l'entrée en vigueur de l'OUG n° 25/2021, la relation juridique entre ledit consortium [et l'ARF] ayant été nouée par la soumission de l'offre, le 19 avril 2021, date à laquelle l'OUG n° 25/2021 était déjà en vigueur et la requérante savait que la relation juridique entre elle et l'ARF allait être régie par la loi n° 98/2016.

La relation juridique ne peut pas être considérée comme ayant été nouée au moment de la publication des documents de marché, ainsi que le prétend à tort le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A., puisqu'on ne saurait considérer que l'opérateur économique a manifesté sa volonté de s'engager juridiquement avant la soumission de l'offre. En d'autres termes, le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. propose l'application de la non-rétroactivité à un droit que [les membres dudit consortium] n'ont en réalité jamais acquis puisque, au moment de la soumission de l'offre, ils savaient que CRRC Qingdao Sifang CO LTD ne pouvait pas être considérée comme un opérateur économique au sens de la loi n° 98/2016. La simple manifestation de volonté de l'ARF de lancer une procédure de passation de marché ne suffit pas à conférer à la requérante la qualité de soumissionnaire.

En outre, étant donné que l'offre est « l'acte juridique par lequel l'opérateur économique manifeste sa volonté de s'engager juridiquement dans un marché public », la relation juridique entre l'opérateur économique et le pouvoir adjudicateur ne saurait naître ou être considérée comme née avant la soumission de l'offre.

Par conséquent, l'OUG n° 25/2021 ne devrait pas contenir de dispositions transitoires applicables à la situation où les offres n'ont pas encore été soumises dans le cadre des procédures de passation de marché, étant donné qu'il n'y a pas de rapports ou situations juridiques nés sous l'empire de l'ancienne réglementation qui devraient être considérés comme affectés.

Les dispositions transitoires de l'OUG n° 25/2021 prévoient expressément qu'elles ne sont pas applicables aux procédures de passation de marché dans le cadre desquelles les opérateurs économiques ont soumis des offres avant leur entrée en vigueur. Ainsi, l'OUG n° 25/2021 elle-même protège les situations où les relations juridiques peuvent être considérées comme nées.

Le caractère urgent de l'acte normatif ayant complété et modifié la loi n° 98/2016 justifie son application à toutes les procédures de passation de marché dans le cadre desquelles les offres n'ont pas encore été soumises.

Au moment où le législateur a considéré qu'il convenait de modifier et compléter la loi n° 98/2016, il a estimé que cela s'inscrivait dans une situation extraordinaire et urgente, de sorte qu'il a choisi d'agir par une ordonnance d'urgence.

La défenderesse Alstom Ferroviaria S.P.A. a également fait valoir que l'exclusion de l'offre du consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. n'était pas contraire au droit de l'Union et/ou à la Constitution roumaine, mais qu'il s'agissait, au contraire, d'une mesure qui respectait pleinement les dispositions de la directive 2014/24, le principe d'égalité de traitement et le principe de transparence, tels qu'établis au niveau de l'Union.

Le troisième alinéa du préambule de l'OUG n° 25/2021 a été adopté conformément à l'article 25 de la directive 2014/24, « qui prévoit l'obligation pour les États membres d'assurer l'égalité de traitement avec les opérateurs économiques des États membres de l'Union uniquement pour les opérateurs économiques des États signataires des accords auxquels ledit texte se réfère ».

L'exposé des motifs de l'OUG n° 25/2021 indique expressément que, dans le contexte actuel, il convient de transposer les dispositions de l'article 25 de la directive 2014/24 et de clarifier les définitions en ce sens.

L'article 25 de la directive 2014/24 dispose que, dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5 et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'AMP ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les pouvoirs adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union.

La jurisprudence de la Cour invoquée par le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. concernait des situations fondamentalement différentes de celle de l'espèce.

Dans l'arrêt du 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. (C- 17/10, EU:C:2012:72), la Cour a examiné une relation juridique qui avait produit des effets avant l'entrée en vigueur des dispositions du droit de l'Union invoquées, les faits se distinguant de ceux de l'espèce puisque la relation juridique entre le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. et l'ARF n'avait même pas été nouée/préfigurée au moment de l'entrée en vigueur de l'OUG n° 25/2021.

Il n'existe aucune relation juridique entre l'opérateur (potentiellement) intéressé et le pouvoir adjudicateur avant la soumission de l'offre.

C'est à juste titre que la décision attaquée a maintenu la mesure d'exclusion du consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A., dès lors que les dispositions modifiant et complétant la loi n° 98/2016, intervenues avant la date de soumission des offres, sont pleinement applicables et n'enfreignent aucune disposition légale explicite.

Les droits déjà acquis par les opérateurs économiques qui ont soumis des offres sont notamment protégés par l'OUG n° 25/2021.

En revanche, aucun acte normatif ne saurait protéger ce qui n'existe pas. Or, CRRC Qingdao Sifang CO LTD savait, au moment de la soumission de l'offre, qu'elle ne pouvait pas être considérée comme un opérateur économique au sens de la loi n° 98/2016. Ainsi, elle a assumé le risque d'être exclue de la procédure de passation de marché.

L'OUG n° 25/2021 n'est ni une loi nouvelle ni une loi successive, elle ne fait que compléter et modifier la loi n° 98/2016, en l'intégrant.

Le 2 mars 2022, les requérantes CRRC Qingdao Sifang CO LTD [OMISSIS] et Astra Vagoane Călători S.A. [OMISSIS] ont **demandé à ce que la Cour soit saisie des questions préjudicielles suivantes**, relatives à l'interprétation des dispositions du droit de l'Union :

[OMISSIS] [Les questions proposées par les deux requérantes sont reformulées par la juridiction de renvoi dans le dispositif de l'ordonnance.]

Par observations écrites du 11 mars 2022, [la défenderesse] Alstom Ferroviaria S.P.A. [OMISSIS] a conclu au rejet de la demande visant à saisir la Cour des questions préjudicielles formulées par les requérantes CRRC Qingdao Sifang CO LTD et Astra Vagoane Călători S.A.

Le 16 mars 2022, la défenderesse ARF a conclu au rejet comme non fondée de la demande visant à saisir la Cour des questions préjudicielles formulées par les requérantes CRRC Qingdao Sifang CO LTD et Astra Vagoane Călători S.A.

II. LES FAITS PERTINENTS

Le 3 avril 2020, l'ARF a lancé une procédure de passation de marché, par appel d'offres ouvert, visant l'« achat de 20 nouvelles rames électriques interrégionales, dénommées RE-IR, et l'achat de services de maintenance et de réparation nécessaires au fonctionnement desdites rames », par la publication dans le SEAP de l'avis de marché CN1020204 du 3 avril 2020 et des documents de marché y relatifs.

Le 19 avril 2021, deux opérateurs économiques, à savoir le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. et Alstom Ferroviaria S.P.A., ont soumis des offres.

Conformément au rapport final de la procédure de passation de marché n° 22/410/28.10.2021, l'offre soumise par le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. a été exclue de la procédure et l'offre d'Alstom Ferroviaria S.P.A. a été déclarée gagnante.

Le motif d'exclusion était tiré de ce que le leader du consortium, la société CRRC Qingdao Sifang CO LTD, ne relevait pas de la définition figurant à l'article 3, paragraphe 1, sous jj) de la loi n° 98/2016, telle que modifiée et complétée par l'OUG n° 25/2021.

Le 11 novembre 2021, le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. a introduit un recours contre ce résultat d'exclusion, enregistré par le CNSC sous le n° 59206/12.11.2021.

Dans le cadre dudit recours, le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. a demandé l'annulation du rapport de la procédure de passation de marché n° 22/410/28.10.2021 et qu'il soit enjoint au pouvoir adjudicateur de procéder à une nouvelle appréciation des offres soumises dans le cadre de la procédure et d'émettre un nouveau rapport de la procédure de passation de marché.

Le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. a fait valoir que le 3 avril 2020, lorsque la procédure de passation de marché a été lancée, la loi n° 98/2016 telle que modifiée par l'OUG n° 23/2020 était applicable et que l'acte d'exclusion de son offre était fondé sur l'OUG n° 25/2021, publiée au *Monitorul Oficial al României*, partie I, n° 346 du 5 avril 2021, un an après le début de la procédure de passation de marché. Ledit consortium a également indiqué que le pouvoir adjudicateur avait appliqué rétroactivement une loi à une procédure déjà lancée, ce qui était contraire à la Constitution roumaine et au droit de l'Union.

Le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. a également fait valoir que, conformément à l'article 236 de la loi n° 98/2016, cette loi sur les marchés publics est applicable aux procédures de passation de marché lancées après la date de son entrée en vigueur, les procédures de passation de marché en cours à la date d'entrée en vigueur de ladite loi étant régies par la loi en vigueur à la date de début de la procédure de passation de marché.

Par décision [OMISSIS] du 31 janvier 2022, le CNSC a relevé que l'OUG n° 25/2021 avait modifié la loi n° 98/2016 sur les marchés publics, publiée au *Monitorul Oficial al României*, partie I, n° 390 du 23 mai 2016, comme suit :

Article 3, paragraphe 1, sous jj), de la loi n° 98/2016

[OMISSIS] [Ce texte normatif figure dans la section sur le droit national applicable.]

Article 49 de la loi n° 98/2016

[OMISSIS] [Ce texte normatif figure dans la section sur le droit national applicable.]

À l'article 53, un paragraphe 1 bis a été inséré après le paragraphe 1, libellé comme suit :

[OMISSIS] [Ce texte normatif figure dans la section sur le droit national applicable.]

En outre, l'OUG n° 25/2021 dispose :

« Article IV

[1.] Dans un délai de 30 jours à compter de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance d'urgence, un arrêté conjoint du ministre de l'Économie, de l'Entrepreneuriat et du Tourisme et du président de l'agence nationale des marchés publics approuve la liste des pays relevant des catégories visées à l'article 3, paragraphe 1, sous jj), iii) à v), de la loi n° 98/2016 sur les marchés publics, telle que modifiée et complétée ultérieurement, à l'article 3, paragraphe 1, sous ii), iii) à v), de la loi n° 99/2016 sur les marchés sectoriels, telle que modifiée et complétée ultérieurement, et à l'article 5, paragraphe 1, sous x), iii) à v), de la loi n° 100/2016 sur les concessions de travaux publics et de services [...]

Article V

Les procédures de passation de marché dans le cadre desquelles les opérateurs économiques ont soumis des offres à la date d'entrée en vigueur de la présente OUG sont régies par la législation en vigueur à leur date de début. »

Par conséquent, même si l'article 236 de la loi n° 98/2016 prévoit que la loi applicable à la procédure est celle en vigueur au moment où cette dernière a débuté, l'OUG n° 25/2021 prévoit que, à titre exceptionnel, cette OUG s'applique également aux procédures lancées, dans la mesure où les offres ont été soumises. Ainsi, la disposition spéciale est claire, la disposition transitoire en vigueur au moment de l'adoption de la loi n° 98/2016 ne pouvant pas s'appliquer.

La République populaire de Chine, pays d'établissement de CRRC Qingdao Sifang CO LTD, leader du consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A., ne figure pas sur la liste des pays relevant des catégories visées à l'article 3, paragraphe 1, sous jj), iii) à v), de la loi n° 98/2016 sur les marchés publics, telle que modifiée et complétée ultérieurement, prévue à l'annexe de l'arrêté n° 300/549/2021, pris par le ministre de l'économie, de l'entrepreneuriat et du tourisme et l'agence nationale des marchés publics.

Le CNSC a retenu que la République populaire de Chine ne remplissait aucune des conditions prévues à l'article 3, paragraphe 1, sous jj), i) à v), de la loi n° 98/2016.

Le CNSC a également retenu que le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. avait soumis l'offre le dernier jour du délai de soumission, à savoir le 19 avril 2021, donc après l'entrée en vigueur, le 5 avril 2021, de l'OUG n° 25/2021, acte normatif ayant modifié l'article 3, paragraphe 1, sous jj), de la loi n° 98/2016 sur les marchés publics.

Ainsi, le CNSC a établi que la société CRRC Qingdao Sifang CO LTD n'avait pas le droit, le 19 avril 2021, de participer à une procédure de passation de marché en Roumanie, car elle ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 3, paragraphe 1, sous jj), de la loi n° 98/2021, dans sa version en vigueur à la date à laquelle le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. avait soumis son offre.

Le CNSC a rejeté les allégations du consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. concernant l'application rétroactive de la loi, en retenant que les dispositions modifiant et complétant la loi n° 98/2016, introduites par l'OUG n° 25/2021, étaient entrées en vigueur à la date de publication de l'OUG n° 25/2021 au *Monitorul Oficial al României*, à savoir le 5 avril 2021, l'article V de l'OUG n° 25/2021 disposant que seules les procédures de passation de marché dans le cadre desquelles les opérateurs économiques ont soumis des offres à la date d'entrée en vigueur de ladite OUG sont régies par la législation en vigueur à leur date de début.

Per a contrario, les procédures de passation de marché dans le cadre desquelles des offres n'ont pas été soumises jusqu'au 5 avril 2021, date d'entrée en vigueur de l'OUG n° 25/2021, sont régies par cette OUG.

Pour ces raisons, dans la décision attaquée, le CNSC a rejeté comme non fondé le recours introduit par le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – Astra Vagoane Călători S.A. contre le pouvoir adjudicateur, l'ARF.

Le 14 février 2022, les requérantes CRRC Qingdao Sifang CO LTD et Astra Vagoane Călători S.A. ont introduit un recours contre la décision attaquée devant la Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal (cour d'appel de Bucarest, huitième chambre du contentieux administratif et fiscal) [OMISSIS].

Les requérantes ont fait valoir que la modification des règles d'une procédure de passation de marché après son début est un comportement qui viole clairement les principes du droit de l'Union, notamment le principe de protection de la confiance légitime, le principe de sécurité juridique, le principe de non-rétroactivité, le principe de transparence et le principe d'égalité de traitement.

III. LE DROIT NATIONAL APPLICABLE

OUG n° 25/2021 modifiant et complétant certains actes normatifs dans le domaine des marchés publics, publiée au *Monitorul Oficial al României*, partie I, n° 346 du 5 avril 2021 :

« Article I

La loi n° 98/2016 sur les marchés publics, publiée au *Monitorul Oficial al României*, partie I, n° 390 du 23 mai 2016, telle que modifiée et complétée ultérieurement, est modifiée et complétée comme suit :

1. L'article 3, paragraphe 1, sous jj), est modifié comme suit :

[OMISSIS] [Le texte normatif est reproduit ci-dessous, dans la section consacrée à la **loi n° 98/2016 sur les marchés publics, dans sa version en vigueur au 19 avril 2021**]. [...]

Article V

Les procédures de passation de marché dans le cadre desquelles les opérateurs économiques ont soumis des offres à la date d'entrée en vigueur de la présente OUG sont régies par la législation en vigueur à leur date de début.

[*]

La présente OUG transpose les dispositions de l'article 25 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65) et de l'article 43 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243). »

Loi n° 98/2016 sur les marchés publics, dans sa version en vigueur au 3 avril 2020, date à laquelle l'ARF a lancé la procédure de passation de marché, par appel d'offres ouvert, visant l'« achat de 20 nouvelles rames électriques interrégionales, dénommées RE-IR, et l'achat de services de maintenance et de réparation nécessaires au fonctionnement desdites rames » par la publication dans le SEAP de l'avis de marché CN1020204 du 3 avril 2020 :

Article 3, paragraphe 1, sous jj)

« Aux fins de la présente loi, on entend par :

[...] **opérateur économique** – toute personne physique ou morale, de droit public ou privé, ou tout groupement ou association de ces personnes, y compris toute association temporaire formée entre deux ou plusieurs de ces entités, qui offre

licitement sur le marché la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services ; »

Article 72

« L'appel d'offres ouvert est lancé par la transmission en vue de la publication d'un avis de marché, conformément à l'article 144, paragraphes 2 et 3, par lequel le pouvoir adjudicateur invite les opérateurs économiques à soumettre des offres. »

Article 154

« Le pouvoir adjudicateur est tenu d'établir les documents de marché qui contiennent toutes les informations nécessaires en vue d'assurer aux opérateurs économiques une information complète, correcte et précise des exigences du marché, de l'objet du marché et du déroulement de la procédure de passation de marché. »

Article 236

« (1) La présente loi s'applique aux procédures de passation de marché lancées après la date de son entrée en vigueur.

(2) Les procédures de passation de marché en cours à la date d'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par la loi en vigueur à la date de début de la procédure de passation de marché.

(3) La présente loi s'applique aux marchés publics/accords-cadres conclus après la date de son entrée en vigueur.

(4) Les marchés publics/accords-cadres conclus avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi sont régis par la loi en vigueur à la date de leur conclusion pour tout ce qui concerne leur conclusion, leur modification, leur interprétation, leurs effets, leur exécution et leur cessation. »

Loi n° 98/2016 sur les marchés publics, dans sa version en vigueur au 19 avril 2020, date à laquelle le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – SC Astra Vagoane Călători S.A. et Alstom Ferroviaria S.P. A. ont soumis leurs offres dans le cadre de la procédure de passation de marché lancée par l'ARF.

Article 3, paragraphe 1, sous jj)

« Aux fins de la présente loi, on entend par : [...]

opérateur économique – toute personne physique ou morale, de droit public ou privé, ou tout groupement ou association de ces personnes, y compris toute association temporaire formée entre deux ou plusieurs de ces entités, qui offre licitement sur le marché la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services, et qui est/sont établi/établies dans :

- (i) un État membre de l'Union européenne ;
- (ii) un État membre de l'Espace économique européen (EEE) ;
- (iii) des pays tiers ayant ratifié l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP), dans la mesure où le marché public passé relève des annexes 1, 2, 4 et 5, 6 et 7 de l'appendice I de l'AMP ;
- (iv) des pays tiers en voie d'adhésion à l'Union européenne ;
- (v) des pays tiers qui ne relèvent pas du point iii), mais qui sont signataires d'autres accords internationaux en vertu desquels l'Union européenne est tenue d'accorder le libre accès au marché dans le domaine des marchés publics ; »

Article 49

« (1) Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.

(2) Dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5, 6 et 7 de l'appendice I de l'AMP ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les pouvoirs adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union. »

Article 53, paragraphe 1 bis

« Le pouvoir adjudicateur exclut de la procédure de passation de marché toute personne physique ou morale, ayant la qualité de soumissionnaire individuel/soumissionnaire associé/candidat/tiers garant/sous-traitant, qui ne relève pas de la définition figurant à l'article 3, paragraphe 1, sous jj), sans qu'il ne soit nécessaire de vérifier l'applicabilité des articles 164, 165 et 167. »

IV. LA JURISPRUDENCE DE LA CURTEA CONSTITUȚIONALĂ (COUR CONSTITUTIONNELLE) INVOQUÉE PAR LA REQUÉRANTE

Arrêt de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) n° 393/2020, publié au *Monitorul Oficial al României*, partie I, n° 773 du 25 août 2020, point 21 :

« Bien que la loi nouvelle puisse régir des conséquences et des effets non réalisés susceptibles d'exécution continue/successive, elle ne pourra pas intervenir en ce qui concerne des faits qui, avant son entrée en vigueur, ont fait naître ou, le cas échéant, ont modifié ou éteint une situation juridique, ou en ce qui concerne les effets que cette situation juridique a produits avant cette même date. »

Arrêt de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) n° 1008/2009, publié au *Monitorul Oficial al României*, partie I, n° 507 du 23 juillet 2009 :

« En outre, bien que la différence entre les deux termes, quant au degré d'écart par rapport à ce qui est habituel ou commun qu'ils traduisent, soit évidente, le même législateur a éprouvé le besoin de la protéger contre toute interprétation susceptible de minimiser une telle différence, en ajoutant l'expression "dont la réglementation ne saurait être différée" et en consacrant ainsi expressément l'impératif d'urgence de la réglementation. Enfin, pour des raisons de rigueur législative, le législateur a institué l'exigence de motivation de l'urgence dans le contenu même de l'ordonnance adoptée en dehors d'une loi d'habilitation. Ainsi, l'invocation de l'élément d'opportunité, par définition subjectif, auquel une efficacité contributive déterminante d'urgence est conférée, ce qui le transforme implicitement en une situation extraordinaire, conduit à conclure que l'urgence ne revêt pas nécessairement et sans équivoque un caractère objectif, mais qu'elle peut également traduire des éléments subjectifs, d'opportunité [...]. Toutefois, étant donné que de tels éléments ne sont pas quantifiables, l'affirmation de l'existence d'une situation extraordinaire, sur la base de ceux-ci ou en les transformant en une telle situation, lui confère un caractère arbitraire, de nature à créer des difficultés insurmontables pour légitimer la délégation législative. Cela aboutirait à ce qu'un critère de constitutionnalité, à savoir la situation extraordinaire, dont le respect est par définition soumis au contrôle de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle), soit en pratique soustrait à ce contrôle, ce qui serait inadmissible. »

IV. DISPOSITIONS PERTINENTES DU DROIT DE L'UNION

Directive 2014/24

Article 18

Principes de la passation de marchés

« [1.] Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée. »

Article 25

Dispositions découlant de l'AMP et d'autres conventions internationales

« Dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5 et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'AMP ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les pouvoirs adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins

favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union. »

Article 27

Procédure ouverte

« 1. Dans une procédure ouverte, tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un appel à la concurrence. [...] »

V. LES MOTIFS QUI ONT CONDUIT LA JURIDICTION DE CEANS A PRESENTER UNE DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE

Conformément à l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, « [l]a Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question [...] ».

En l'espèce, il est question de la nécessité de résoudre un problème de droit de l'Union, étant donné que les allégations des requérantes portent sur l'inapplicabilité de l'OUG n° 25/2021 à la procédure de passation de marché, par appel d'offres ouvert, visant l'« achat de 20 nouvelles rames électriques interrégionales, dénommées RE-IR, et l'achat de services de maintenance et de réparation nécessaires au fonctionnement desdites rames », lancée par la publication dans le SEAP de l'avis de marché CN1020204 du 3 avril 2020.

La juridiction de renvoi estime qu'il est juridiquement pertinent de relever que l'article 25 de la directive 2014/24 a été transposé en droit roumain par l'OUG n° 25/2021, en vigueur depuis le 5 avril 2021.

Le consortium CRRC Qingdao Sifang CO LTD – SC Astra Vagoane Călători S.A. a été exclu de la procédure de passation de marché, par appel d'offres ouvert, visant l'« achat de 20 nouvelles rames électriques interrégionales, dénommées RE-IR, et l'achat de services de maintenance et de réparation nécessaires au fonctionnement desdites rames », lancée le 3 avril 2020, au motif que le 19 avril 2021, date à laquelle il a soumis son offre, la société CRRC Qingdao Sifang CO LTD, leader du consortium, ne pouvait plus être considérée comme un opérateur économique en droit de participer à une procédure de passation de marché, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, sous jj), de la loi n° 98/2016, telle que modifiée par l'OUG n° 25/2021, étant donné qu'elle avait son siège social en République populaire de Chine.

Dans leur recours, les requérantes ont fait référence à l'arrêt du 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. (C- 17/10, EU:C:2012:72) [OMISSIS] [la juridiction de renvoi cite à nouveau les points 50 et 51 de cet arrêt, qui figurent ci-dessus dans la section I relative à l'objet du litige et à la procédure devant la juridiction de renvoi.]

Les requérantes ont également fait référence à l'arrêt du 24 mars 2011, ISD Polska e.a./Commission (C- 369/09 P, EU:C:2011:175)

[OMISSIS] [la juridiction de renvoi cite à nouveau le point 98 de cet arrêt, qui figure ci-dessus dans la section I relative à l'objet du litige et à la procédure devant la juridiction de renvoi.]

En l'espèce, les requérantes ont fait référence aux arrêts du 18 novembre 2010, Commission/Irlande (C-226/09, EU:C:2010:697, points 59 et 60), et du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651, points 92 et 93), dans lesquels la Cour a jugé que « les principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures d'adjudication impliquent pour les pouvoirs adjudicateurs l'obligation de s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure ».

La juridiction de céans tient compte du fait que les projets stratégiques sont des investissements publics d'une importance majeure pour la Roumanie, l'absorption des fonds structurels constituant un intérêt public prioritaire, eu égard à leur importance pour l'économie nationale dans son ensemble et aux effets de l'absorption des fonds structurels sur le potentiel de développement de l'économie nationale.

L'OUG n° 25/2021 a modifié le cadre légal en matière de marchés publics et a redéfini certaines règles générales de participation aux procédures de passation de marché, conformément à l'article 25 de la directive 2014/24, qui prévoit l'obligation pour les États membres d'assurer l'égalité de traitement avec les opérateurs économiques des États membres de l'Union uniquement pour les opérateurs économiques des États signataires des accords auxquels ledit texte se réfère.

Dans le préambule de l'OUG n° 25/2021, le gouvernement roumain a fait référence à la situation de ces dernières années, marquée par une augmentation du nombre de soumissionnaires de pays tiers participant aux procédures de passation de marché, lesdits soumissionnaires offrant des garanties réduites quant au respect de certaines exigences, telles que les normes de qualité certifiées, les normes environnementales et de développement durable, les exigences relatives aux conditions de travail et à la protection sociale, ainsi que les politiques de concurrence. En outre, le gouvernement roumain a indiqué que la participation d'opérateurs de pays tiers aux procédures de passation de marché, notamment dans le domaine des transports, ainsi que dans d'autres domaines stratégiques ayant une incidence sur le développement économique et social durable du pays,

pourrait compromettre de manière décisive les investissements publics majeurs en Roumanie.

Il a été tenu compte du fait que, dans le domaine du transport ferroviaire et routier, des procédures de passation de marché vont être lancées dans le cadre de grands projets d'investissement financés par les fonds structurels et d'investissement afférents à la période de programmation 2014-2020 et, pour la période 2021-2027, par le plan national pour la reprise et la résilience (ci-après le « PNRR ») et par le budget de l'État. Pour ces procédures, il ne sera pas possible d'assurer des conditions de concurrence équitables entre les sociétés des États membres et celles de pays tiers, ni le respect uniforme des normes en matière d'environnement, de travail et de protection sociale et de développement durable. Cette situation est susceptible de bloquer et de retarder le déroulement des procédures de passation de marché.

Des investissements d'environ 20 milliards d'euros étaient attendus dans le domaine des transports, investissements qui auraient pu être gravement affectés par un retard dans l'entrée en vigueur de [l'OUG n° 25/2021].

Eu égard à la nécessité d'accélérer l'absorption des fonds européens et d'investissement pour la période de programmation 2014-2020, ainsi qu'aux contraintes de temps résultant de la mise en œuvre du PNRR, dans le cadre duquel les investissements doivent être achevés jusqu'en 2026, en vue d'atténuer l'impact négatif sur les objectifs fixés au niveau national et européen, de réduire les risques majeurs de retard dans la mise en œuvre des principaux objectifs d'investissement, ainsi que d'augmenter le taux d'absorption des fonds européens pour la période de programmation 2014-2020 et celui prévu pour la période 2021-2027, le gouvernement roumain a décidé qu'il convenait d'adopter des mesures immédiates par l'intermédiaire de [l'OUG n° 25/2021].

La juridiction de renvoi constate que l'article 25 de la directive 2014/24 [OMISSIS] n'opère aucune distinction en ce qui concerne le traitement des opérateurs économiques relevant des annexes 1, 2, 4 et 5 et des notes générales de l'appendice I de l'AMP, en fonction du moment auquel ils ont soumis leurs offres dans le cadre des procédures de passation de marché auxquelles ils participent.

Toutefois, conformément à l'article V de l'OUG n° 25/2021, texte ayant transposé ces dispositions en droit national, les procédures de passation de marché dans le cadre desquelles les opérateurs économiques ont soumis des offres à la date d'entrée en vigueur de ladite OUG sont régies par la législation en vigueur à leur date de début.

En conclusion, la question se pose de savoir dans quelle mesure le respect des principes de sécurité des rapports juridiques et de protection de la confiance légitime, consacrés par le droit de l'Union, ainsi que des principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité, prévus à l'article 18, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 2, paragraphe 1, point 13, et

l'article 49 de la directive 2014/24, est assuré lorsqu'un soumissionnaire est exclu sur la base d'un acte normatif ayant force de loi adopté par le gouvernement de l'État membre qui institue une règle nouvelle modifiant la définition de l'opérateur économique, après la publication de l'avis de marché correspondant à la procédure de passation de marché à laquelle il participe.

La juridiction de renvoi estime qu'il n'existe pas de jurisprudence antérieure de la Cour de justice de l'Union européenne portant précisément sur les mêmes questions ou sur des questions similaires, qu'aucune interprétation ne découle d'une jurisprudence constante de la Cour qui aurait résolu la question juridique en cause, quelle que soit la nature des procédures ayant conduit à cette jurisprudence, et que l'application correcte du droit de l'Union ne s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable quant au règlement de la question posée [arrêt du 6 octobre 1982, Cilfit e.a. (283/81, EU:C:1982:335)].

En tant que moyen de défense juridique, le renvoi préjudiciel est présumé servir les intérêts de toutes les parties au litige, puisqu'il n'a pour effet que d'interpréter une règle de droit de l'Union, la théorie de l'« acte clair » n'étant pas applicable dans ce contexte.

En outre, la juridiction de renvoi tient compte de l'arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49), dans le sens de la reconnaissance de la pleine compétence du juge national dans l'exercice de sa fonction de juge de l'Union.

La juridiction de céans tient également compte du fait que la Cour a jugé au point 59 de son arrêt du 22 septembre 2016 (Microsoft Mobile Sales International e.a., C-110/15, EU:C:2016:717) que « [à] cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, l'interprétation que cette dernière donne d'une règle de droit de l'Union, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 267 TFUE, éclaire et précise la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de son entrée en vigueur. Il en résulte que la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation si, par ailleurs, les conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ladite règle se trouvent réunies ».

La décision que la juridiction de céans prendra dans la présente affaire est définitive dans le système des voies de recours internes de sorte que, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la juridiction de céans est tenue de saisir la Cour concernant l'interprétation du droit de l'Union pertinent en l'espèce.

La juridiction de renvoi estime nécessaire l'application des dispositions relatives à la procédure préjudicielle accélérée prévues à l'article 23 bis du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et à l'article 133 du règlement de procédure de la

Cour, étant donné que la présente affaire a pour objet un recours contre une procédure de passation de marché, de sorte que la durée nécessaire pour la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE ne doit pas être considérée par les parties, en apparence, comme une cause d'incertitude quant à l'efficacité ou à l'effectivité du remède judiciaire qu'elles visent.

Le problème de droit est important, puisque les questions portent sur le traitement accordé dans le cadre des procédures de passation de marché aux opérateurs économiques relevant de l'article 25 de la directive 2014/24 et sont pertinentes pour tout État membre.

Conformément à l'article 412, paragraphe 1, point 7, du Codul de procedură civilă (code de procédure civile roumain), l'instance est suspendue de droit lorsque la juridiction saisit la Cour d'une demande de décision préjudicielle. Par conséquent, la juridiction de céans suspend l'instance dans les affaires jointes ayant pour objet un litige en matière de marchés publics et pour parties les requérantes CRRC Qingdao Sifang CO LTD et Astra Vagoane Călători S.A. [et les défenderesses] ARF et Alstom Ferroviaria S.P.A. jusqu'au prononcé de la décision préjudicielle par la Cour.

PAR CES MOTIFS,

AU NOM DE LA LOI

DÉCIDE :

Conformément à l'article 267, troisième alinéa, TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne est saisie d'une demande de décision préjudicielle visant à ce qu'il soit répondu aux questions préjudicielles suivantes :

Les principes de sécurité des rapports juridiques et de protection de la confiance légitime s'opposent-ils à une législation nationale transposant l'article 25 de la directive 2014/24/UE [du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE], à compter du 5 avril 2021, et prévoyant que les opérateurs économiques qui ne relèvent pas de ces dispositions du droit de l'Union peuvent continuer à participer aux procédures de passation de marché uniquement s'ils ont soumis des offres avant la date d'entrée en vigueur de cette modification législative ?

Les principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité, prévus à l'article 18, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 2, paragraphe 1, point 13, et l'article 49 de la directive 2014/24/UE [du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE], s'opposent-ils à l'exclusion d'un soumissionnaire sur le fondement d'un acte normatif ayant force de loi adopté par le gouvernement de l'État membre qui institue une règle nouvelle modifiant la définition de l'opérateur économique, après la publication de l'avis de marché correspondant à la procédure de passation de marché à laquelle il participe ?

[OMISSIS] [procédure et signatures]

DOCUMENT DE TRAVAIL