

Recours précontractuel : l'intérêt pour agir des soumissionnaires non définitivement exclus

L'influence du droit européen sur le droit grec

Constantin Yannakopoulos

Professeur de la Faculté de Droit de l'Université d'Athènes

Professeur invité à l'Université Jean Moulin – Lyon 3

Ancien référendaire à la Cour de justice des communautés européennes

www.cyannakopoulos.gr

Introduction

La détermination de l'intérêt pour agir des opérateurs économiques qui revendiquent l'attribution d'un marché public met en exergue, de manière paradigmatique, les différentes tensions que suscite la géométrie complexe de la réglementation tant procédurale que matérielle régissant la passation des marchés publics.

D'une part, cette détermination met en évidence la tension entre, d'un côté, l'objectif d'une protection juridictionnelle complète, visant à assurer le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement, et, de l'autre côté, l'objectif d'accélération des procédures de passation des marchés publics, motivé tant par l'intérêt général que par celui des opérateurs économiques de bonne foi.

D'autre part, cette détermination met aussi en évidence la tension entre la suprématie revendiquée des objectifs fixés par le droit de l'Union européenne et la résistance exercée sous la forme des limites opposées par les autorités nationales.

Étant donné que les tensions susmentionnées mettent en jeu l'État de droit lui-même, les évolutions en matière de détermination de l'intérêt pour agir des opérateurs économiques qui revendiquent l'attribution d'un marché public sont continues. Parmi les plus récentes, il convient de distinguer l'évolution qui concerne l'intérêt pour agir des soumissionnaires non définitivement exclus.

L'objectif de mon intervention est de montrer que, face à l'élargissement de cet intérêt pour agir promu par le droit de l'Union, le juge national semble opposer la nécessité d'éviter tout retard susceptible d'être considéré comme injustifié -voire de promouvoir l'accélération- des procédures d'attribution. Cependant, derrière la mise au premier plan de cette nécessité raisonnable, se profilent souvent des pathologies organisationnelles des juridictions nationales et des dysfonctionnements dans leur dialogue avec la Cour de justice de l'Union européenne. Dans le cadre d'une soi-disant « hétérogonie des fins », ces pathologies et dysfonctionnements, outre l'insécurité juridique, provoquent des complications et des retards dans les procédures d'attribution elles-mêmes.

Je vais essayer d'illustrer ces propos en vous présentant, d'une part, les exigences du droit de l'Union (A) et, d'autre part, la réticence du Conseil d'État de Grèce à respecter ces exigences (B).

A. Les exigences du droit de l'Union

Les articles 1er, paragraphe 3, des directives « recours » (89/665 et 92/13) prévoient que les États membres s'assurent que des procédures de recours efficaces et rapides soient accessibles au moins à toute personne ayant ou

ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée¹.

Un tel intérêt pour agir doit en principe être reconnu à tout soumissionnaire, la présentation d'une offre à la procédure de passation concernée étant normalement une condition nécessaire² mais pas toujours suffisante. Le droit de l'Union n'oblige pas les États membres à rendre les procédures de recours accessibles à toute personne souhaitant obtenir l'adjudication d'un marché public, mais leur permet d'exiger, en plus, que la personne concernée ait été lésée ou risque d'être lésée par la violation qu'elle allègue³.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, lorsque les États membres encadrent l'intérêt pour agir des soumissionnaires, ils doivent prévoir la possibilité d'invoquer un intérêt actuel et peut être même éventuel. Sur ce plan, il est admis que le respect des règles européennes doit être assuré en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées⁴, que les États membres ne sont pas autorisés à subordonner l'exercice du droit de recours au fait que la procédure de marché public en cause a formellement atteint un stade déterminé⁵ et que le droit national ne peut pas exiger que le soumissionnaire attende la décision d'attribution du

¹ Voir, en ce sens, les arrêts du 21 octobre 2010, C-570/08, *Symvoulío Apochetefseon Lefkosias*, point 37, et du 26 mars 2020, C-496/18 και C-497/18, *HUNGEOD e.a.*, point 71.

² À défaut d'avoir présenté une offre, un opérateur économique peut difficilement démontrer qu'il dispose d'un intérêt à obtenir un marché déterminé ou qu'il est lésé ou risque de l'être par une violation alléguée, à moins qu'il ne prouve que la présentation d'une offre n'eût aucune chance en raison de la présence, dans les documents relatifs à l'appel d'offres ou dans le cahier des charges concernés, de certaines spécifications qu'il n'aurait pas pu respecter. Voir, en ce sens, les arrêts du 12 février 2004, C-230/02, *Grossmann Air Service*, points 28-29, et du 28 novembre 2018, C-328/17, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità e.a.*, points 46-47.

³ Voir, en ce sens, les arrêts du 19 juin 2003, C-249/01, *Hackermüller*, point 18, et du 17 mai 2022, C-787/21, *EstaleirosNavais de Peniche*, point 22.

⁴ Voir, en ce sens, l'arrêt du 11 janvier 2005, C-26/03, *Stadt Halle et RPL Lochau*, point 39.

⁵ Voir, par analogie, l'arrêt du 5 avril 2017, C-391/15, *Marina del Mediterráneo e.a.*, point 31.

marché en cause avant de pouvoir introduire un recours contre la décision d'admission d'un autre soumissionnaire⁶.

Dans ce cadre, la Cour de justice a progressivement formé une jurisprudence très favorable aux soumissionnaires non définitivement exclus, en se fondant sur les dispositions du paragraphe 2 de l'article 2bis des directives « recours », qui prévoient que « [l]es soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus ». Plus précisément, il a été jugé que les soumissionnaires dont l'exclusion n'est pas devenue définitive en vertu d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, ont un intérêt légitime équivalent à celui des autres soumissionnaires aux fins de l'obtention du marché, et ce quel que soit le nombre de participants à la procédure de passation du marché public concerné, le nombre des recours introduits ou encore la divergence des motifs soulevés dans ces recours. Car, en tout cas, dans l'hypothèse d'une exclusion de tous les soumissionnaires et de l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché public, chacun des soumissionnaires d'origine pourrait y participer et, ainsi, obtenir en fin de compte le marché⁷.

La Cour de justice a ainsi admis que quelle que soit l'irrégularité qu'il a commise, un candidat ayant présenté une offre irrégulière pourra toujours soulever des moyens relatifs tant à l'irrégularité des offres des autres participants qu'à l'irrégularité de toute décision du pouvoir adjudicateur ultérieure à son exclusion qui serait susceptible de lui porter préjudice dans

⁶ Voir, par analogie, l'arrêt du 5 avril 2017, C-391/15, Marina del Mediterraneo e.a., point 34.

⁷ Voir, en ce sens, les arrêts du 4 juillet 2013, Fastweb, C-100/12, du 5 avril 2016, PFE, C-689/13, du 21 décembre 2016, C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, du 11 mai 2017, C-131/16, Archus et Gama, du 5 septembre 2019, C-333/18, Lombardi, du 24 mars 2021, C-771/19, NAMA e.a., du 29 février 2023, C-53/22, VZ, du 17 mai 2022, C-787/21, EstaleirosNavais de Peniche, ainsi que du 16 mars 2023, C-493/22, Armaprocare SRL.

l'hypothèse où son exclusion serait annulée⁸. La Cour de justice ne reconnaît toutefois pas un *locus standi* inconditionnel pour tout soumissionnaire évincé. La protection d'un tel soumissionnaire est intrinsèquement liée à la persistance de son double intérêt, à savoir, d'une part, son intérêt pour agir contre la décision qui l'a exclu de la procédure en cause et, d'autre part, son intérêt à se voir, le cas échéant, attribuer le marché dans l'hypothèse de lancement d'une nouvelle procédure d'attribution⁹. Cela étant, si le soumissionnaire ne conteste pas à temps l'ensemble des motifs de rejet de son offre, la décision de son exclusion sera définitive et il n'aura plus d'intérêt pour agir contre les décisions ultérieures¹⁰. Par ailleurs, bien que le soumissionnaire non définitivement exclu ne soit pas obligé d'apporter la preuve de ce que le pouvoir adjudicateur sera amené à réitérer la procédure de passation de marché public¹¹, les moyens de ce soumissionnaire contre un autre candidat ne seront pas opérants, s'il ne conteste pas les offres de l'ensemble des autres participants qui revendiquent sérieusement l'attribution du marché en cause¹² ou si le marché a été déjà signé¹³. De même, bien que la Cour de justice ne se soit pas prononcée encore sur ce point¹⁴, il y a lieu d'admettre que le requérant ne risque pas d'être lésé, si, en raison du motif de son exclusion, il n'a aucune chance de se voir attribuer le marché dans l'hypothèse de lancement d'une nouvelle procédure d'attribution, comme c'est, par exemple, le cas d'un requérant généralement exclu de la participation à n'importe quelle procédure de passation de marchés publics.

⁸ Voir, en ce sens, les arrêts du 21 décembre 2016, C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, point 34, et du 24 mars 2021, C-771/19, *NAMA e.a.*, points 39-41.

⁹ Voir, en ce sens, l'arrêt du 11 mai 2017, C-131/16, *Archus et Gama*, points 51-59.

¹⁰ Voir, en ce sens, l'arrêt du 17 mai 2022, C-787/21, *EstaleirosNavais de Peniche*, point 29.

¹¹ Voir, en ce sens, l'arrêt du 5 septembre 2019, C-333/18, *Lombardi*, point 29.

¹² Voir, en ce sens, l'arrêt du 11 mai 2017, C-131/16, *Archus et Gama*, points 55.

¹³ Voir l'arrêt du Conseil d'État de Grèce n° 1418/2021.

¹⁴ Voir la troisième question préjudicielle dans l'affaire *NAMA e.a.*, que la Cour de justice a considéré comme irrecevable dans le point 26 de son arrêt.

La jurisprudence européenne n'a donc pas excessivement élargi l'intérêt pour agir des soumissionnaires non définitivement exclus. Elle a évolué dans le cadre dessiné par les articles 1er, paragraphe 3, des directives « recours », à savoir en tenant compte, d'une part, de l'intérêt à obtenir un marché déterminé et, d'autre part, du risque d'être lésé par une violation alléguée. En revanche, la Cour de justice semble concevoir d'une manière trop stricte l'intérêt pour agir des soumissionnaires définitivement exclus, en restant attachée à la lettre des dispositions du paragraphe 2 de l'article 2bis des directives « recours » et en passant outre le fait que l'exclusion de tout intérêt pour agir de ces soumissionnaires risquerait, le cas échéant, de mettre en cause l'effet utile des principes de transparence et d'égalité de traitement. En effet, jusqu'aujourd'hui la Cour de justice n'a pas été appelée à se prononcer -et n'a pas non plus saisi l'occasion de se prononcer à la marge d'une demande préjudicielle- sur la question de savoir si les soumissionnaires définitivement exclus aurait quand même intérêt à provoquer le contrôle juridictionnel des modifications substantielles de l'avis de marché qui pourraient survenir après leur exclusion et concerner directement ou indirectement le motif de cette exclusion : par exemple lorsque l'autorité adjudicatrice abroge une exigence sur la base de laquelle elle avait justifié l'exclusion du soumissionnaire intéressé ou dont l'absence lors de la préparation des offres pourrait avoir permis à celui-ci de préparer une offre essentiellement différente qui ne contiendrait pas les défauts qui ont finalement justifié son exclusion. Or, il y a quand même lieu d'envisager l'application -même dans la phase de passation des marchés publics- de l'esprit de la jurisprudence *Commission c/ CAS Succhi di Frutta*¹⁵.

¹⁵ Voir l'arrêt du 29 avril 2004, C-496/99 P, not. points 48-66.

Cela étant, les motifs de la réticence des juges nationaux de se conformer directement et pleinement à la jurisprudence susmentionnée de la Cour de justice en matière d'intérêt pour agir des soumissionnaires non définitivement exclus doivent être recherchés plutôt dans des considérations concernant les conditions d'exercice de leurs fonctions dans le contexte des ordres juridiques nationaux, ainsi que dans la déréglementation éventuelle de leur dialogue avec la Cour de justice.

B. La réticence du Conseil d'État de Grèce

En Grèce, le Conseil d'État admet que l'intérêt pour agir des soumissionnaires doit être actuel¹⁶, bien que non précoce¹⁷. Par ailleurs, en suivant la jurisprudence de la Cour de justice sur le caractère possiblement éventuel de cet intérêt¹⁸, la Haute juridiction administrative a jugé que l'attributaire provisoire a l'intérêt et, par conséquent, la charge de contester en temps utile les offres des candidats qui ont été classés aux postes suivants et pourraient à l'avenir contester les pièces justificatives que l'attributaire provisoire présentera avant l'attribution finale¹⁹. Enfin, c'est également dans les limites tracées par la Cour de justice que le juge grec a significativement restreint l'intérêt des opérateurs économiques de contester les clauses d'un avis de marché, lorsque de tels opérateurs ne participent pas à la procédure de passation en cause²⁰ ou lorsqu'ils y participent sous réserve²¹.

¹⁶ Voir l'arrêt de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 351/2005, point 6.

¹⁷ Voir l'arrêt de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 679/2006, point 6.

¹⁸ Voir l'ordonnance du 14 février 2019, C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco*, point 36.

¹⁹ Voir l'arrêt du Conseil d'État de Grèce n° 1573/2019, point 10.

²⁰ Voir l'arrêt de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 31/2019, point 6, et l'arrêt du Conseil d'État de Grèce n° 2631/2020, point 8.

²¹ Voir les arrêts de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 124/2015, 107/2021, point 6. Il est à noter que la Haute juridiction administrative a considéré que les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas à justifier un intérêt pour agir spécifique lorsqu'ils contestent les décisions de l'instance de nature

S'agissant de l'intérêt pour agir des soumissionnaires non définitivement exclus, le Conseil d'État s'est progressivement plus ou moins aligné avec la jurisprudence de la Cour de justice²². Or, pour y arriver, sa jurisprudence a connu d'importantes fluctuations avant de se former au fur et à mesure des réponses apportées par la Cour de justice dans le cadre d'un dialogue qui a été entamé, paraît-il, tardivement²³.

Selon une jurisprudence constante, le juge grec admettait que si, dans le cadre d'un référé précontractuel exercé par un soumissionnaire évincé, les allégations de ce dernier à l'encontre de son exclusion n'étaient pas admises, ce soumissionnaire n'avait plus intérêt pour contester l'offre d'un autre candidat. Le requérant était désormais devenu un tiers à la procédure de passation en cause et ne pouvait pas non plus solliciter le retrait de cette procédure, car le fait d'espérer l'engagement d'une nouvelle procédure n'était pas considéré comme un intérêt légitime. À titre tout à fait exceptionnel, un tel soumissionnaire se voyait, pourtant, reconnaître l'intérêt d'invoquer la violation éventuelle du principe de l'égalité de traitement pour soutenir qu'un autre soumissionnaire n'avait pas été exclu bien que son offre fût entachée de la même irrégularité pour laquelle l'offre du requérant avait été exclue²⁴.

Malgré l'évolution contraire de la jurisprudence européenne, la Commission des sursis de la Haute juridiction administrative ayant du mal

non juridictionnelle, responsable des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. Voir l'arrêt de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 122/2021, point 6.

²² Voir les arrêts du Conseil d'État de Grèce n° 1194/2021, 1646/2022 et les arrêts de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 196, 73, 72, 71/2021 e.a..

²³ Voir l'arrêt de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 235/2019.

²⁴ Voir l'arrêt de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 154/2016, point 10. Voir aussi, à titre indicatif, les arrêts de la même Commission n° 174/2016, 411/2013, 106/2013, 733/2012, 430/2012, 274/2012, 877/2010, 684/2009, 506/2009.

à abandonner totalement sa propre jurisprudence a, tout d'abord, admis, à l'unanimité, dans son arrêt n° 349/2018, sans renvoyer l'affaire à la Cour de justice, que l'intérêt du soumissionnaire non définitivement exclu à demander l'exclusion de ses concurrents et, par conséquent, le retrait de la procédure d'adjudication en cause existe seulement au dernier stade de cette procédure et seulement si l'exclusion du requérant n'est pas encore devenue définitive²⁵. Il s'agissait pourtant d'une construction interprétative fondée sur des arguments déjà écartés par la Cour de justice dans l'affaire *Marina del Mediterraneo e.a.*²⁶.

Ensuite, dans son arrêt n° 106/2018, la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce a admis, également à l'unanimité, que, selon la jurisprudence de la Cour de justice²⁷, tout soumissionnaire exclu peut contester non seulement la décision de son exclusion, mais également, tantqu'il n'y a pas eu de décision définitive sur cette exclusion, les décisions ultérieures qui lui porteraient préjudice dans l'hypothèse où son exclusion serait annulée²⁸. Sans poser de question préjudicielle à la Cour de justice, le Conseil d'État a, dans le même arrêt, refusé d'appliquer l'esprit de la jurisprudence *Commission c/ CAS Succhi di Frutta* au profit des soumissionnaires définitivement exclus.

Or, dans un arrêt rendu par la Commission des sursis postérieurement, dans l'affaire n° 22/2018, et alors que la majorité ait confirmé l'alignement de sa jurisprudence avec les exigences européennes, une opinion dissidente a repris la position problématique de l'arrêt n° 349/2018²⁹. Derrière la

²⁵ Voir l'arrêt Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 349/2018, point 18.

²⁶ Voir l'arrêt du 5 avril 2017, C-391/15, *Marina del Mediterraneo e.a.*, point 34.

²⁷ Voir l'arrêt du 21 décembre 2016, C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, points 34-35.

²⁸ Voir aussi l'arrêt de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 144/2018, point 7.

²⁹ Point 73.

persistance de ces considérations dissidentes se profilait l'idée que, même si le revirement jurisprudentiel imposé par l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice contribuait en principe à la sauvegarde de l'effet utile des directives « recours », il risquerait pourtant de multiplier le nombre de recours exercés –parfois même de manière abusive– par des soumissionnaires qui n'auraient, au final, pas pu participer légalement aux procédures de passation des marchés publics. Cela représenterait un risque de retard des procédures en cause mais aussi un risque de surcharge supplémentaire des juridictions nationales en raison de la multiplication exponentielle non seulement des recours mais également des moyens à examiner. Et l'objectif d'alléger leur travail a été implicitement érigé en préoccupation première pour certains membres des autorités de contrôle nationales, à la lumière de laquelle celles-ci semblent parfois interpréter tant le droit national que le droit européen, au détriment souvent de l'efficacité -voire de la cohérence- de tous les deux.

Dans le cadre d'une crise organisationnelle qui ne permet pas, ces dernières années, au Conseil d'État de Grèce de surpasser facilement les divergences non rarement provoquées entre les multiples formations qui partagent la compétence de statuer en matière de contentieux contractuel, dans l'affaire *NAMA e.a.* la Commission des sursis de la première section de vacances, en adoptant les considérations dissidentes susmentionnées, s'est différenciée de l'opinion majoritaire formée dans les deux sections du contentieux spécialisées en la matière et a renvoyé l'affaire devant la formation d'Assemblée de la Commission des sursis³⁰. Celle-ci a décidé de suspendre l'affaire et d'interroger la Cour de justice, laquelle a, comme on aurait pu s'y attendre, réaffirmé sa jurisprudence sur ce point, défendue par

³⁰ Voir l'arrêt de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 180/2019.

l'opinion majoritaire de la Haute juridiction administrative grecque, à savoir que les principes consacrés par la jurisprudence européenne s'appliquent à n'importe quel stade d'une procédure de passation de marché public³¹. En effet, la valeur ajoutée de l'arrêt *NAMA e.a.* n'est pas aussi importante qu'elle peut paraître à première vue. En considérant, par cet arrêt, que « le soumissionnaire évincé est en droit de soulever tout moyen contre la décision d'admission d'un autre soumissionnaire, y compris ceux qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue »³², la Cour de justice a réaffirmé, en réalité, son arrêt *Caverion*, selon lequel le droit de l'Union permet à tout soumissionnaire non définitivement exclu de soulever des moyens relatifs tant à l'irrégularité des offres des autres participants qu'à l'irrégularité de toute autre décision du pouvoir adjudicateur ultérieure à son exclusion susceptible de lui porter préjudice dans l'hypothèse où son exclusion serait annulée³³.

Il est à noter qu'en attendant l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *NAMA e.a.*, certaines formations du Conseil d'État de Grèce ont refusé d'appliquer, dans certains cas, la jurisprudence, pourtant claire, de la Cour de justice³⁴. Ainsi, dans son arrêt n° 2025/2019, la quatrième section du Conseil d'État de Grèce statuant au principal avait refusé d'appliquer cette jurisprudence dans la première phase d'une procédure restreinte sans renvoyer l'affaire devant la Cour de justice. Durant le même temps, il y avait aussi une incertitude en ce qui concerne le moment auquel l'exclusion d'un requérant devient définitive, bien que, au vu de la jurisprudence de la

³¹ Voir l'arrêt du 24 mars 2021, C-771/19, *NAMA e.a.*, points 37-38.

³² Point 41.

³³ Voir l'arrêt du 21 décembre 2016, C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, points 34.

³⁴ Voir l'arrêt de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° et l'arrêt du Conseil d'État de Grèce n° 388/2021, point 17.

Cour de justice³⁵, il eût fallu clairement prendre en compte la situation juridique du requérant à la date de l'audience tenue dans son affaire³⁶. Ces incohérences révélées dans la jurisprudence du Conseil d'État ont favorisé la déréglementation aussi bien de la jurisprudence des cours administratives d'appel que de la pratique de l'autorité non juridictionnelle chargée de statuer sur les recours préalables aux référés précontractuels.

Après l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *NAMA e.a.*, le Conseil d'État de Grèce s'est, certes, incliné devant l'autorité de chose interprétée de cet arrêt. Toutefois, il convient de mettre l'accent sur deux points significatifs de sa jurisprudence ultérieure. D'une part, la Haute juridiction administrative a, à juste titre, précisé -bien qu'encore une fois sans interroger à cet égard la Cour de justice- que même un soumissionnaire définitivement exclu peut contester les offres de ses concurrents, si ses allégations concernent la même phase de la procédure de passation de marché en cause que celle au cours de laquelle ce soumissionnaire a été exclu³⁷. Il s'agit d'un jugement qui vise à faire face à des arguments tirés du droit européen éventuellement abusifs, favorisés pourtant par le fait que le moment où l'exclusion d'un soumissionnaire devient définitive n'est pas objectivement fixé mais peut dépendre soit du refus ou du retard d'examen de ses allégations devant l'autorité de contrôle non juridictionnel soit du retard circonstanciel de leur examen devant l'instance juridictionnelle compétente. D'autre part, le Conseil d'État de Grèce applique la jurisprudence de la Cour de justice sur l'extension de l'intérêt pour agir des soumissionnaires non définitivement exclus

³⁵ Voir l'arrêt du 11 mai 2017, C-131/16, Archus et Gama, points 57-59.

³⁶ Voir les arrêts de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 242, 196, 47/2021. Cf. les arrêts du Conseil d'État de Grèce Ass. n° 1819-1820/2020 et les arrêts de la Commission des sursis du Conseil d'État de Grèce n° 30/2019, 106/2018.

³⁷ Voir les arrêts du Conseil d'État de Grèce n° 675/2023, point 7, et n° 1341/2023, point 10.

seulement dans les affaires entrant dans le champ d'application du droit de l'Union. Dans les affaires purement internes, il continue à appliquer sa propre jurisprudence qui reste, toujours, à contrecourant de l'évolution prônée par la jurisprudence de la Cour de justice ³⁸. Cette pratique, qui résulte, au final, à une discrimination à rebours, sans doute, à ce titre, contestable, signifie que le juge administratif grec considère que l'extension ci-dessus constitue, pour lui, une obligation et non une solution généralement souhaitable.

Conclusions

La jurisprudence de la Cour de justice sur l'intérêt pour agir des soumissionnaires non définitivement exclus a évolué en tenant compte des deux versants de l'intérêt minimum pour agir figurant dans les articles 1er, paragraphe 3, des directives « recours », à savoir l'intérêt à obtenir un marché déterminé et le risque d'être lésé par une violation alléguée. Quant à l'arrêt *NAMA e.a.*, sa valeur ajoutée n'est pas aussi importante qu'il y peut paraître à première vue. Dans la mesure où cet arrêt ne fait que reprendre les traits généraux de la jurisprudence européenne antérieure, on peut conclure que le renvoi préjudiciel n'était pas vraiment nécessaire, comme il aurait pu l'être deux ans plus tôt³⁹.

Nonobstant sa qualification d'intérêt pour agir proprement dit ou de considération liée au caractère opérant des moyens soulevés, la possibilité d'être lésé du fait d'une illégalité peut toujours être invoquée en tant que

³⁸ Voir les arrêts du Conseil d'État de Grèce n° 1481/2022, points 24, et n° 1484/2022, point 43.

³⁹ Voir C. Yannakopoulos, « Le droit de recours des soumissionnaires non définitivement exclus : 'Le Conte de deux cités' (Symvoulío tis Epikrateias [Conseil d'État de Grèce], 14 septembre 2018, n° 22/2018 [Commission des sursis], www.ste.gr) », in E. Saulnier-Cassia (dir.), « Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne » (chronique), *Revue trimestrielle de droit européen* (RTDE) 1/2019, p. 214 et s..

limite de la protection juridictionnelle des soumissionnaires non définitivement exclus. Les divergences réelles ou apparentes entre la jurisprudence de la Cour de justice et les jurisprudences nationales tiennent sans doute au fait qu'il n'y a pas souvent la même conception sur cette possibilité, car les considérations finalistes sous-jacentes à la concrétisation de celle-ci ne sont pas les mêmes en droit européen et en droits nationaux. Selon les impératifs de leur ordre juridique respectif, les juges n'adoptent pas la même mise en balance entre légalité procédurale et l'efficacité, légalité formelle et légalité matérielle, libéralisme envers les requérants et objectivation des moyens, protection de l'administré et sécurité juridique, rapidité et pleine protection juridictionnelle.

À cet égard, je pense qu'assurer l'ouverture effective des marchés publics à la libre concurrence, dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement, justifie l'élargissement de l'intérêt pour agir des soumissionnaires, notamment de ceux qui ne sont pas définitivement exclus et, dans certains cas, même de ceux qui le sont. Assurer la prestation d'une protection juridictionnelle en temps utile et l'achèvement rapide des procédures d'attribution, tout en évitant la surcharge des différentes instances de contrôle et, en particulier, des juridictions, ne constituent pas d'objectifs légitimes pour restreindre l'intérêt pour agir des opérateurs économiques. Il conviendrait de poursuivre ces objectifs plutôt par la modernisation de l'organisation et du fonctionnement de ces instances.

Enfin, il convient que le juge national rétablisse la cohérence et la systématité de son dialogue avec la Cour de justice, qui ne doit pas être instrumentalisé par des raisonnements finalistes souvent inavoués.