ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)

19 juin 2003 *

Dans l'affaire C-249/01,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 234 CE, par le Bundesvergabeamt (Autriche) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Werner Hackermüller

et

Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG),

Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED),

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1),

* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR (sixième chambre),

composée de M. J.-P. Puissochet, président de chambre, MM. R. Schintgen (rapporteur) et V. Skouris, M^me^ F. Macken et M. J. N. Cunha Rodrigues, juges,

avocat général: M. J. Mischo,
greffier: M^me^ M.-F. Contet, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

— pour M. Hackermüller, par M^e^ P. Schmautzer, Rechtsanwalt,

— pour Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) et Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), par M^es^ J. Olischar et M. Kratky, Rechtsanwälte,

— pour le gouvernement autrichien, par M.M. Fruhmann, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement italien, par M. U. Leanza, en qualité d'agent, assisté de M. M. Fiorilli, avvocato dello Stato,

— pour la Commission des Communautés européennes, par M. M. Nolin, en qualité d'agent, assisté de M^e^ R. Roniger, Rechtsanwalt,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de M. Hackermüller, du gouvernement autrichien et de la Commission à l'audience du 16 janvier 2003,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 25 février 2003,

rend le présent

Arrêt

1 Par ordonnance du 25 juin 2001, parvenue à la Cour le 28 juin suivant, le Bundesvergabeamt a posé, en application de l'article 234 CE, deux questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1, ci-après la «directive 89/665»).

2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant M. Hackermüller, ingénieur-architecte, aux sociétés Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) et Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (ci-après les «parties défenderesses») au sujet de la décision de ces dernières de ne pas retenir l'offre que M. Hackermüller avait faite dans le cadre d'un marché public de services.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

3 L'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665 dispose:

«1. Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE, 77/62/CEE et 92/50/CEE [...], les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2 paragraphe 7, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

[...]

3. Les États membres assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. En particulier, ils peuvent exiger que la personne qui souhaite utiliser une telle procédure ait préalablement informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours.»

4 Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665:

«Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1er prévoient les pouvoirs permettant:

a) 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 d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs;

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;

c) d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation.»

La législation nationale

5 La directive 89/665 a été transposée en droit autrichien par le Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (loi fédérale de 1997 sur la passation des marchés publics, BGBl. I, 1997/56, ci-après le «BVergG»).

6 L'article 113 du BVergG détermine les compétences du Bundesvergabeamt (office fédéral des adjudications). Il prévoit:

«1. Le Bundesvergabeamt est compétent pour examiner les procédures de recours dont il est saisi, conformément aux dispositions du chapitre ci-après.

2. En vue de mettre fin aux violations de la présente loi fédérale et de ses règlements d'application, le Bundesvergabeamt est compétent, jusqu'à l'attribution du marché, pour

1) prescrire des mesures provisoires et

2) annuler des décisions illégales de l'entité adjudicatrice du pouvoir adjudicateur.

3. Après l'attribution du marché ou après la clôture de la procédure d'adjudication, le Bundesvergabeamt est compétent pour constater que, du fait d'une infraction à la présente loi fédérale ou à ses règlements d'application, le marché n'a pas été attribué au mieux-disant. [...]»

7 L'article 115, paragraphe 1, du BVergG dispose:

«Tout entrepreneur qui allègue un intérêt à la conclusion d'un contrat soumis au champ d'application de la présente loi fédérale peut introduire, contre les

décisions prises par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure d'adjudication, une procédure de recours pour illégalité, lorsque cette illégalité l'a lésé ou risque de le léser.»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

8 Les parties défenderesses ont lancé un appel d'offres afin de réunir des projets architecturaux et des paramètres de décision pour la passation de marchés de planification générale en vue de la construction de la nouvelle faculté de génie mécanique de la TU-Wien. La première phase de la procédure s'est déroulée sous la forme d'un concours ayant pour objet la «recherche publique d'intéressés avec définition d'idées».

9 Plusieurs intéressés, dont M. Hackermüller et la société Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (ci-après «Lechner»), ont répondu à l'appel d'offres en soumettant des projets. Au cours de la seconde phase de la procédure — celle de négociation —, le Beratungsgremium (collège consultatif) a recommandé de poursuivre dans l'immédiat la procédure avec Lechner. Par lettre du 10 février 1999, les quatre autres soumissionnaires admis à participer à la procédure de négociation, dont M. Hackermüller, ont été informés que le Beratungsgremium n'avait pas recommandé la réalisation de leur projet.

10 Le 29 mars 1999, M. Hackermüller a introduit un recours devant le Bundesvergabeamt sur le fondement de l'article 113, paragraphe 2, du BVergG aux fins, entre autres, d'entendre déclarer la nullité, d'une part, de la décision par laquelle le Beratungsgremium et/ou les parties défenderesses auraient retenu l'offre d'un soumissionnaire concurrent comme étant la mieux-disante, en recommandant de poursuivre dans l'immédiat la procédure de négociation avec ce dernier, et, d'autre part, de la décision par laquelle la sélection des offres aurait été opérée sans respecter les critères fixés dans l'appel d'offres.

11 Par décision du 31 mai 1999, le Bundesvergabeamt a, en vertu de l'article 115, paragraphe 1, du BVergG, rejeté l'ensemble des demandes de M. Hackermüller, au motif que celui-ci n'avait pas qualité pour agir, car son offre aurait dû être écartée dès la première phase de la procédure, en application de l'article 52, paragraphe 1, point 8, du BVergG.

12 À l'appui de sa décision, le Bundesvergabeamt a exposé d'abord qu'il résulte de l'article 115, paragraphe 1, du BVergG qu'un entrepreneur n'a accès à la procédure de recours que s'il est susceptible de subir un préjudice ou un autre inconvénient. Il a rappelé également que, en vertu de l'article 52, paragraphe 1, point 8, du BVergG, l'entité adjudicatrice doit, avant de choisir l'offre à retenir, écarter sans délai, sur la base des résultats de l'examen des offres auquel elle a procédé, celles qui sont contraires aux dispositions de l'appel d'offres ou incomplètes et erronées, si ces défauts n'ont pas été corrigés ou ne peuvent l'être.

13 Le Bundesvergabeamt a relevé ensuite que le point 1.6.7 de l'appel d'offres fait expressément référence à l'article 36, paragraphe 4, de la Wettbewerbsordnung der Architekten (code de concurrence pour les architectes, ci-après la «WOA»), laquelle dispose que, en présence d'une cause d'exclusion au sens de l'article 8 de la WOA, le projet concerné doit être écarté. Le paragraphe 1, point d), de cette dernière disposition exclut de la participation aux concours d'architectes, entre autres, les personnes qui incluent dans leur dossier des indications permettant d'en distinguer l'auteur.

14 Enfin, après avoir constaté que M. Hackermüller avait indiqué son nom sous la rubrique «organisation prévue de la planification générale», de sorte que son projet aurait dû être écarté en vertu des dispositions combinées des articles 52, paragraphe 1, point 8, du BVergG et 36, paragraphe 4, de la WOA, le Bundesvergabeamt a conclu que ledit projet ne pouvait plus être pris en considération pour l'obtention du marché et que, en conséquence, faute de pouvoir être lésé par d'éventuelles violations du principe du mieux-disant et des règles de la procédure de négociation, M. Hackermüller n'avait pas qualité pour faire valoir les illégalités invoquées dans son recours.

15 Le 7 juillet 1999, M. Hackermüller a saisi le Verfassungsgerichtshof d'un recours en annulation contre la décision du Bundesvergabeamt du 31 mai 1999. Dans son arrêt du 14 mars 2001 (B 1137/99-9), le Verfassungsgerichtshof a jugé que, compte tenu de l'interprétation large qu'il y a lieu de donner, conformément à la jurisprudence de la Cour (voir, notamment, arrêts du 17 septembre 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, point 46, et du 28 octobre 1999, Alcatel Austria e.a., C-81/98, Rec. p. I-7671, points 34 et 35), à la notion de légitimation pour introduire une procédure de recours au titre de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665, il paraît douteux que les conditions de recours établies par les dispositions combinées des articles 115, paragraphe 1, et 52, paragraphe 1, du BVergG puissent être interprétées de telle manière qu'un soumissionnaire n'ayant pas été écarté par le pouvoir adjudicateur puisse être exclu de l'accès à la procédure de recours par une décision de rejet de sa demande de protection juridique prise par l'instance responsable de cette procédure, lorsque celle-ci constate à titre liminaire l'existence d'une raison qui aurait justifié d'écarter le soumissionnaire. Aussi a-t-il annulé la décision du Bundesvergabeamt du 31 mai 1999 pour violation du droit constitutionnel à une procédure devant le juge légal.

16 C'est dans ces conditions que le Bundesvergabeamt a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Faut-il interpréter l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 [...] en ce sens que les procédures de recours sont accessibles à toute personne qui souhaite obtenir l'adjudication d'un marché public?

2) En cas de réponse négative à la première question:

La disposition précitée doit-elle être comprise en ce sens qu'un soumissionnaire est lésé ou risque d'être lésé — de sorte que la procédure de recours

doit lui être accessible — par la violation qu'il allègue, constituée en l'espèce par la décision du pouvoir adjudicateur de considérer l'offre d'un soumissionnaire concurrent comme la meilleure, même si, bien que son offre n'ait pas été écartée par le pouvoir adjudicateur, l'organe saisi de la procédure de recours constate que l'offre du soumissionnaire aurait impérativement dû être écartée par ledit pouvoir?»

Sur la première question

17 À cet égard, il suffit de rappeler que, en vertu de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665, les États membres sont tenus d'assurer que les procédures de recours prévues par ladite directive sont accessibles «au moins» à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée du droit communautaire en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit.

18 Il en découle que cette disposition n'oblige pas les États membres à rendre lesdites procédures de recours accessibles à toute personne souhaitant obtenir l'adjudication d'un marché public, mais qu'elle leur permet d'exiger, en plus, que la personne concernée ait été lésée ou risque d'être lésée par la violation qu'elle allègue.

19 Il convient dès lors de répondre à la première question que l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 ne s'oppose pas à ce que les procédures de recours prévues par ladite directive ne soient accessibles aux personnes qui souhaitent obtenir l'adjudication d'un marché public déterminé que si celles-ci ont été ou risquent d'être lésées par la violation qu'elles allèguent.

Sur la seconde question

20 La seconde question étant posée pour le cas où l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 devrait être interprété en ce sens qu'il permet de subordonner l'accès aux procédures de recours prévues par ladite directive à la condition que la violation alléguée ait lésé ou risque de léser le requérant, il y a lieu d'y répondre.

21 Au vu des faits au principal, cette question doit être comprise comme visant à savoir si un soumissionnaire qui entend contester la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas considérer son offre comme étant la mieux-disante peut se voir refuser l'accès aux procédures de recours prévues par la directive 89/665, au motif que son offre aurait dû être écartée au préalable par le pouvoir adjudicateur pour d'autres raisons et que, de ce fait, il n'a pas été ou ne risque pas d'être lésé par l'illégalité qu'il allègue.

22 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, ainsi qu'il résulte de ses premier et deuxième considérants, la directive 89/665 vise à renforcer les mécanismes existants, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer l'application effective des directives communautaires en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. À cet effet, l'article 1er, paragraphe 1, de ladite directive impose aux États membres l'obligation de garantir que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible (voir, notamment, arrêts Alcatel Austria e.a., précité, points 33 et 34, et du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Rec. p. I-11617, point 74).

23 Or, force est de constater que la réalisation complète de l'objectif poursuivi par la directive 89/665 serait compromise s'il était loisible à une instance responsable des procédures de recours prévues par cette directive de refuser l'accès à celles-ci à

un soumissionnaire invoquant l'illégalité de la décision par laquelle le pouvoir adjudicateur n'a pas considéré son offre comme étant la mieux-disante, au motif que le même pouvoir adjudicateur aurait à tort omis d'écarter ladite offre avant même de procéder à la sélection de la meilleure offre.

24 En effet, il ne saurait faire aucun doute qu'une décision par laquelle le pouvoir adjudicateur écarte l'offre d'un soumissionnaire avant même de procéder à cette sélection constitue une décision contre laquelle un recours doit, en vertu de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665, être possible, cette disposition étant applicable à toutes les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs qui sont soumises aux règles du droit communautaire en matière de marchés publics (voir, notamment, arrêts du 18 juin 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, point 37, et du 23 janvier 2003, Makedoniko Metro et Michaniki, C-57/01, Rec. p. I-1091, point 68) et ne prévoyant aucune restriction en ce qui concerne la nature et le contenu desdites décisions (voir, notamment, arrêts précités Alcatel Austria e.a., point 35, et HI, point 49).

25 Dès lors, si l'offre du soumissionnaire avait été écartée par le pouvoir adjudicateur à un stade antérieur à celui de la sélection de la meilleure offre, il aurait dû être admis, en tant que personne ayant été lésée ou risquant d'être lésée par une telle décision d'exclusion de son offre, à contester la légalité de celle-ci au moyen des procédures de recours prévues par la directive 89/665.

26 Dans ces conditions, le fait, pour une instance responsable des procédures de recours, de refuser l'accès auxdites procédures à un soumissionnaire se trouvant dans une situation telle que celle de M. Hackermüller aurait pour effet de priver celui-ci non seulement de son droit de recours à l'égard de la décision dont il allègue l'illégalité, mais également du droit de contester le bien-fondé du motif d'exclusion soulevé par ladite instance pour lui dénier la qualité de personne ayant été ou risquant d'être lésée par l'illégalité alléguée.

27 Certes, lorsque, afin de pallier cette situation, il est reconnu au soumissionnaire le droit de contester le bien-fondé dudit motif d'exclusion dans le cadre de la procédure de recours engagée par celui-ci en vue de contester la légalité de la décision par laquelle le pouvoir adjudicateur n'a pas considéré son offre comme étant la mieux-disante, il ne peut pas être exclu que, au terme de cette procédure, l'instance saisie aboutisse à la conclusion que ladite offre aurait effectivement dû être écartée au préalable et que le recours du soumissionnaire doive être rejeté au motif que, eu égard à cette circonstance, il n'a pas été ou ne risque pas d'être lésé par la violation qu'il allègue.

28 Toutefois, en l'absence d'une décision d'exclusion de l'offre du soumissionnaire prise par le pouvoir adjudicateur au stade approprié de la procédure d'adjudication, la façon de procéder décrite au point précédent doit être considérée comme étant la seule qui soit de nature à assurer audit soumissionnaire le droit de contester le bien-fondé du motif d'exclusion sur le fondement duquel l'instance responsable des procédures de recours envisage de conclure qu'il n'a pas été ou ne risque pas d'être lésé par la décision dont il allègue l'illégalité et, partant, de garantir l'application effective des directives communautaires en matière de marchés publics à tous les stades de la procédure d'adjudication.

29 Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la seconde question que l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 s'oppose à ce qu'un soumissionnaire se voie refuser l'accès aux procédures de recours prévues par ladite directive pour contester la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas considérer son offre comme étant la mieux-disante, au motif que cette offre aurait dû être écartée au préalable par ledit pouvoir adjudicateur pour d'autres raisons et que, de ce fait, il n'a pas été ou ne risque pas d'être lésé par l'illégalité qu'il allègue. Dans le cadre de la procédure de recours ainsi ouverte audit soumissionnaire, celui-ci doit être admis à contester le bien-fondé du motif d'exclusion sur le fondement duquel l'instance responsable des procédures de recours envisage de conclure qu'il n'a pas été ou ne risque pas d'être lésé par la décision dont il allègue l'illégalité.

Sur les dépens

30 Les frais exposés par les gouvernements autrichien et italien, ainsi que par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (sixième chambre),

statuant sur les questions à elle soumises par le Bundesvergabeamt, par ordonnance du 25 juin 2001, dit pour droit:

1) **L'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin**

1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, ne s'oppose pas à ce que les procédures de recours prévues par ladite directive ne soient accessibles aux personnes qui souhaitent obtenir l'adjudication d'un marché public déterminé que si celles-ci ont été ou risquent d'être lésées par la violation qu'elles allèguent.

2) L'article 1[er], paragraphe 3, de la directive 89/665, modifiée par la directive 92/50, s'oppose à ce qu'un soumissionnaire se voie refuser l'accès aux procédures de recours prévues par ladite directive pour contester la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas considérer son offre comme étant la mieux-disante, au motif que cette offre aurait dû être écartée au préalable par ledit pouvoir adjudicateur pour d'autres raisons et que, de ce fait, il n'a pas été ou ne risque pas d'être lésé par l'illégalité qu'il allègue. Dans le cadre de la procédure de recours ainsi ouverte audit soumissionnaire, celui-ci doit être admis à contester le bien-fondé du motif d'exclusion sur le fondement duquel l'instance responsable des procédures de recours envisage de conclure qu'il n'a pas été ou ne risque pas d'être lésé par la décision dont il allègue l'illégalité.

Puissochet Schintgen Skouris

Macken Cunha Rodrigues

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 19 juin 2003.

Le greffier

R. Grass

Le président de la sixième chambre

J.-P. Puissochet