CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. L. A. GEELHOED
présentées le 20 novembre 2003 [1]

I — Introduction

1. Dans cette affaire, la Cour est appelée à se prononcer sur quatre questions préjudicielles en interprétation 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 [2], 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 (ci-après la «directive 89/665») [3].

2. Ces questions s'inscrivent dans un litige entre d'une part Siemens AG Österreich (ci-après «Siemens») et ARGE Telekom & Partner (ci-après «ARGE Telekom») et d'autre part le Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (ci-après le «Hauptverband»), en sa qualité de pouvoir adjudicateur.

3. Le contexte en fait et en droit du litige dans lequel les questions préjudicielles s'inscrivent est complexe. Il sera exposé plus bas au point III des présentes conclusions. Il ressort de ce contexte que l'on peut raisonnablement douter de la recevabilité de ces questions préjudicielles devenues hypothétiques en tout ou en partie depuis que le litige au principal est devenu sans objet.

4. Les questions mêmes sont certes formulées de manière compliquée mais elles présentent suffisamment d'éléments pour apporter une réponse quand on les lit avec les motifs de la décision de renvoi. C'est la raison pour laquelle les passages pertinents de cette décision seront résumés au point III des présentes conclusions. Le Bundesvergabeamt (Office fédéral des adjudications) (Autriche) se demande en substance en tant que juridiction de renvoi si la transposition que le législateur autrichien a faite de la directive 89/665 est bel et bien conforme quand on connaît les compétences (limitées) conférées au Bundesvergabeamt.

1 — Langue originale: le néerlandais.
2 — JO L 395, p. 33.
3 — JO L 209, p. 1.

II — Le cadre juridique

A — *La réglementation communautaire*

5. L'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665, se lit comme suit:

«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 et 77/62/CEE, les mesures nécessaires pour assurer 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 risquent 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.»

6. L'article 2, paragraphes 1, 6, 7 et 8, de la directive 89/665 se lit comme suit:

«1. 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.

[...]

6. Les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur le contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national. En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi des dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation.

7. Les États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace.

8. Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions doivent toujours être motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base compétente ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui soit une juridiction au sens de l'article 177 du traité et qui soit indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base.

La nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée de leur mandat et leur révocabilité. Au moins le président de cette instance indépendante doit avoir les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. L'instance indépendante prend ses décisions à l'issue d'une procédure contradictoire, et ces décisions ont, par les moyens déterminés par chaque État membre, des effets juridiques contraignants.»

7. L'article 25 de la directive 92/50 se lit comme suit:

«Dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers. Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité du prestataire de services principal.»

8. L'article 32 de la directive 92/50 dispose:

«1. La capacité des prestataires de fournir les services peut être évaluée en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité.

2. La capacité technique du prestataire de services peut être justifiée d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité et l'utilisation des services à fournir:

[...]

c) l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise du prestataire de services, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité;

[...]

h) l'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter.

3. Le pouvoir adjudicateur précise, dans l'avis ou dans l'invitation à soumissionner, celles de ces références qu'il entend obtenir.

4. L'étendue des informations visées à l'article 31 et aux paragraphes 1, 2 et 3 du présent article ne peut aller au-delà de l'objet du marché, et le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération les intérêts justifiés des prestataires de services en ce qui concerne la protection des secrets techniques ou commerciaux de leur entreprise.»

B — *La réglementation nationale*

9. Les directives 89/665 et 92/50 ont été transposées dans la législation autrichienne par le Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 1997 (loi fédérale de 1997 sur la passation de marchés publics, BGBl. I, 1997/56, dans la version du BGBl. I, 2000/125, ci-après le «BVergG»).

10. L'article 31 du BVergG vise les prestations de sous-traitants en disposant:

«1. Les documents relatifs à l'appel d'offres doivent comprendre des dispositions relatives à l'admissibilité de prestations effectuées par des entre-

prises sous-traitantes. La sous-traitance de l'ensemble du marché est interdite, à l'exception des contrats d'achat et de la sous-traitance à des entreprises du même groupe. Dans le cas de marchés de construction immobilière, la sous-traitance d'une partie prépondérante des prestations formant l'objet de l'entreprise n'est pas autorisée. [...] Le pouvoir adjudicateur doit s'assurer que les entreprises sous-traitantes de l'adjudicataire effectuent elles-mêmes la partie prépondérante du marché qui leur a été confié. Dans des cas exceptionnels, dûment motivés, la sous-traitance d'une partie prépondérante du marché peut être prévue par le pouvoir adjudicateur dans les documents relatifs à l'appel d'offres. La sous-traitance de prestations partielles n'est en outre admissible que pour autant que l'entreprise sous-traitante dispose de la capacité nécessaire aux fins de l'exécution de sa partie.

2. Dans les documents relatifs à l'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit inviter le soumissionnaire à indiquer, dans son offre, la partie du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers. La responsabilité de l'adjudicataire n'est pas affectée par cette indication.»

11. L'article 40 du BVergG, intitulé «Révocation de l'appel d'offres pendant le délai de remise des offres», dispose:

«1. À l'intérieur du délai de remise des offres, l'appel d'offres doit être révoqué en cas de raisons impérieuses, notamment lorsque, avant l'expiration du délai de présentation des offres, des éléments sont portés à la connaissance du pouvoir adjudicateur, qui, s'ils avaient été connus plus tôt, auraient exclu un tel appel d'offres ou auraient abouti à un appel d'offres substantiellement différent.

2. La révocation doit être rendue publique selon les mêmes modalités que l'appel d'offres.

3. La révocation de l'appel d'offres doit être portée à la connaissance des soumissionnaires et des candidats auxquels les documents relatifs à l'appel d'offres avaient déjà été remis, et les raisons de la révocation doivent leur être indiquées.»

12. Les articles 52, 53, 53 bis, 54, 55 et 56 du BVergG, — «Examen des offres» —, sont libellés comme suit:

«Article 52 (Élimination des offres)

1. Avant de procéder au choix de l'offre à laquelle sera attribué le marché, le

pouvoir adjudicateur, se fondant sur les résultats de l'examen, éliminera sans délai les offres suivantes:

1) offres de soumissionnaires ne présentant pas l'autorisation ou la capacité économique, financière et technique, ou la crédibilité nécessaire;

[...]

8) offres contraires aux dispositions de l'appel d'offres ainsi qu'offres incorrectes ou incomplètes, si les vices n'ont pas été éliminés ou ne peuvent pas l'être, ou offres partielles, si elles n'étaient pas admises;

9) offres de soumissionnaires ayant convenu avec d'autres soumissionnaires des ententes préjudiciables au pouvoir adjudicateur, qui sont contraires aux bonnes mœurs ou enfreignent le principe de la concurrence;

[...]

Article 53 (Choix de l'offre retenue aux fins de l'attribution; principe du mieux-disant)

Parmi les offres qui demeurent après l'élimination des offres, l'attribution se fait au profit de l'offre techniquement et économiquement la plus favorable conformément aux critères fixés à cet égard dans l'appel d'offres (principe du mieux-disant). Les motifs de la décision d'adjudication doivent être consignés par écrit et en tout cas dans le procès-verbal, conformément aux dispositions de l'article 50.

Article 53 bis (Notification de la décision d'attribution)

1. Le pouvoir adjudicateur informe sans délai, par écrit ou par téléfax et de manière à ce que la preuve puisse en être rapportée, les soumissionnaires restés en compétition, de l'identité du soumissionnaire auquel il envisage d'attribuer le marché. Cette communication peut d'ores et déjà comporter, eu égard aux dispositions du paragraphe 4, à l'attention des soumissionnaires non retenus, les motifs du rejet de leur offre.

2. Sous peine de nullité, l'attribution ne peut pas intervenir avant l'expiration d'un délai de deux semaines à compter

de la notification de la décision d'attribution prévue au paragraphe 1, sauf en cas de procédure accélérée pour cause d'urgence au titre de l'article 69 ou de procédure de gré à gré au titre des articles 74, paragraphe 3, points 3 à 5, 76, paragraphe 3, points 2 à 5, ou 81, paragraphe 3, points 2 à 5. En cas de procédure accélérée pour cause d'urgence, le délai d'attente est réduit à une semaine.

3. Dans un délai d'une semaine ou, en cas de procédure accélérée pour cause d'urgence au titre de l'article 69, dans un délai de trois jours, après notification de la décision d'attribution, les soumissionnaires non retenus peuvent solliciter par écrit la communication des motifs pour lesquels leur offre n'a pas été retenue ainsi que les caractéristiques et avantages de l'offre retenue.

4. Après réception de la demande, le pouvoir adjudicateur communique sans délai — pour autant que la demande ait été présentée en temps utile — et au plus tard trois jours avant l'expiration du délai d'attente, aux soumissionnaires non retenus, le nom du soumissionnaire retenu ainsi que le montant de l'adjudication. Le soumissionnaire non retenu doit également recevoir communication des caractéristiques et avantages de l'offre retenue, sous réserve que la communication de ces informations ne soit pas contraire à des intérêts publics ou des intérêts commerciaux légitimes dans le chef des entreprises ou qu'elle ne soit pas préjudiciable à une concurrence libre et loyale.

5. Au cas où il estimerait que la décision d'attribution prise par le pouvoir adjudicateur enfreint les dispositions de la présente loi et qu'une telle décision serait de nature à lui faire subir un préjudice, le soumissionnaire non retenu doit alerter le pouvoir adjudicateur sans délai, de manière à ce que la preuve puisse en être rapportée, de son intention d'introduire une procédure de recours, en en indiquant les motifs.

Article 54 (Attribution et contrat de prestations)

1. Pendant le délai d'attribution, le rapport contractuel naît à l'instant où le soumissionnaire reçoit la notification écrite de ce que son offre a été acceptée. Si le délai d'attribution est dépassé ou si le marché diffère de l'offre, le rapport contractuel ne naît qu'avec la déclaration écrite du soumissionnaire d'accepter le marché. Le soumissionnaire doit pouvoir disposer d'un délai approprié à cette fin.

2. [...].

Article 55 (Révocation de l'appel d'offres après l'expiration du délai de remise des offres)

1. Après l'expiration du délai de remise des offres, l'appel d'offres doit être révoqué en cas de raisons impérieuses.

2. L'appel d'offres peut être révoqué lorsque, après avoir écarté des offres au titre de l'article 52, seule une offre subsiste.

3. L'appel d'offres est réputé révoqué lorsqu'une seule offre ou aucune offre n'est parvenue.

4. Les soumissionnaires sont immédiatement informés de la révocation de l'appel d'offres et de son motif.

5. La révocation de l'appel d'offres au titre des paragraphes 1 à 3 doit être rendue publique de la même manière que l'appel d'offres.

Article 56 (Clôture de la procédure de passation de marché)

1. La procédure de passation de marché se termine par la conclusion du contrat de prestations ou par la révocation de l'appel d'offres.

2. Les soumissionnaires, auxquels le marché n'a pas été attribué, doivent en être informés par écrit immédiatement après la clôture de la procédure de marché. [...]»

13. L'article 113 du BVergG détermine les compétences du Bundesvergabeamt. Il se lit comme suit:

«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 Bundesvergabe-

amt 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 de passation de marché, 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 en raison d'une violation de la présente loi fédérale ou de ses règlements. Dans une procédure de cet ordre, l'office fédéral des adjudications est en outre compétent pour déterminer, à la demande du pouvoir adjudicateur, si un candidat ou un soumissionnaire évincé n'aurait pas eu de chance réelle de se voir attribuer le marché dans une application conforme des dispositions de la présente loi fédérale et de ses règlements.»

14. Aux termes de l'article 117, paragraphes 1 et 3, du BVergG:

«1. Le Bundesvergabeamt annule, par voie de décision administrative et en tenant compte de l'avis rendu par la commission de conciliation dans cette affaire, une décision du pouvoir adjudicateur intervenue dans le cadre d'une procédure de passation de marché, lorsque la décision en cause

1) est contraire aux dispositions de la présente loi fédérale ou de ses règlements d'application et

2) a une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication.

[...]

3. Après l'attribution du marché, le Bundesvergabeamt, en respectant les conditions énoncées au paragraphe 1, constate uniquement si l'illégalité alléguée est réelle ou non.»

15. Conformément à l'article 122, paragraphe 1, du BVergG, «[e]n cas de violation fautive de la loi fédérale ou de ses règlements d'application par les organes d'une entité adjudicatrice, un candidat ou un soumissionnaire non retenu peut faire valoir un droit au remboursement des frais engagés pour élaborer son offre et des autres coûts supportés du fait de sa parti-

cipation à la procédure d'adjudication à l'encontre du pouvoir adjudicateur auquel le comportement des organes de l'entité adjudicatrice est imputable».

16. En vertu de l'article 125, paragraphe 2, du BVergG, une demande de dommages-intérêts, laquelle doit être introduite devant les juridictions civiles, n'est recevable que si une constatation du Bundesvergabeamt au titre de l'article 113, paragraphe 3, est intervenue auparavant. La juridiction civile, appelée à statuer sur une telle demande de dommages-intérêts, ainsi que les parties à l'instance devant le Bundesvergabeamt sont liées par cette constatation.

17. Le Verwaltungsvollstreckungsgesetz (loi sur les voies d'exécution administratives, ci-après le «VVG») dispose, à son article 5:

«1. L'obligation de tolérer un acte, de s'en abstenir ou de le poser, qui ne peut pas être mise en œuvre par un tiers en raison de ses particularités, s'exécute en recourant à l'instance d'exécution qui enjoint au débiteur de se conformer à son obligation sous peine d'amende ou de réclusion.

2. L'exécution doit être entamée en invoquant à titre comminatoire l'inconvénient qui découlera de l'infraction ou de la défaillance. Le moyen de contrainte comminatoire doit être exécuté à la première infraction ou à l'expiration sans résultat du délai fixé pour poser l'acte. Un moyen de contrainte encore plus comminatoire doit être invoqué en même temps en cas de récidive ou de nouveau retard. Un moyen de contrainte comminatoire ne doit pas être exécuté dès que l'obligation est accomplie.

3. Les moyens de contrainte ne peuvent pas dépasser dans chaque cas la somme de 10 000 ATS s'ils sont exprimés en argent, et une durée de 4 semaines s'ils sont exprimés en réclusion.

4. L'exécution par voie d'amende comme moyen de contrainte est aussi autorisée contre les personnes morales, les sociétés de personnes de droit commercial et les sociétés enregistrées à but lucratif à l'exception des personnes morales de droit public.»

18. Aux termes de l'article 879 de l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (code civil général, ci-après l'«ABGB»):

«1. Un contrat est nul lorsqu'il enfreint une interdiction légale ou est contraire aux bonnes mœurs:

2. Les contrats suivants sont en particulier nuls:

[...]»

III — Les faits et les procédures

A — *Faits et procédures devant les instances nationales*

19. Le 21 septembre 1999, le Hauptverband a annoncé dans la série S du *Journal officiel des Communautés européennes* qu'il envisageait de lancer une procédure de passation de marché en deux phases. Le marché à passer portait sur la conception, l'élaboration et la réalisation d'un système de traitement électronique de données basé sur des cartes à puce, en ce compris la livraison, l'initialisation, la personnalisation, la distribution et l'évacuation des cartes ainsi que l'installation et la maintenance des terminaux dans toute l'Autriche et enfin l'appui à l'unité de traitement électronique des données du système, l'appui à un centre d'appels pour la gestion des cartes et d'autres services nécessaires au fonctionnement du système.

20. Le 22 février 2000, le comité dit «des cartes à puces» du pouvoir adjudicateur a décidé d'inviter cinq groupements de soumissionnaires à présenter une offre et d'évincer le sixième soumissionnaire. Au point 1.19 du formulaire de candidature du 21 septembre 1999 ainsi qu'au point 1.8 du formulaire de passation du marché du 15 mars 2000, intitulé «appel d'offres», les limites dans lesquelles la sous-traitance était admise étaient fixées comme suit: «la sous-traitance de parties du marché n'est admise que dans la limite maximale de 30 % des prestations et pour autant que le candidat ou le groupement de candidats conservent les prestations caractéristiques du contrat, à savoir la gestion du projet, la conception du système, le développement, la réalisation, la livraison et le fonctionnement des composants centraux du système global spécifiques au projet, le développement, la livraison et la gestion des cartes selon leur cycle de vie ainsi que le développement des terminaux».

21. D'après le pouvoir adjudicateur, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, ce critère de sélection n'avait été fixé que pour assurer que le marché soit exécuté de manière conforme sur le plan technique, car la responsabilité personnelle du fournisseur de cartes devait stimuler davantage l'exécution conforme du marché et permettre au pouvoir adjudicateur d'exercer une influence plus effective.

22. Trois des quatre groupements à avoir effectivement soumissionné (parmi lesquels

Siemens et ARGE Telekom) incluaient toutefois le fournisseur de cartes Austria Card qui assumait toujours la «livraison des cartes». Le seul groupement de soumissionnaires qui ne comprenait pas Austria Card avait été constitué par l'entreprise EDS/ORGA.

23. En sa qualité de pouvoir adjudicateur, le Hauptverband a avisé trois groupements de soumissionnaires par lettre du 18 décembre 2000, conformément à l'article 53 bis du BVergG, qu'il envisageait d'attribuer le marché à EDS/ORGA.

24. Les groupements de soumissionnaires évincés du marché ont alors sollicité une conciliation par la Bundesvergabekontrollkommission (commission fédérale de contrôle des adjudications). La Bundesvergabekontrollkommission a refusé la conciliation dans un cas et a tenté dans les deux autres cas d'aboutir à un arrangement amiable sans pour autant y parvenir. Les trois groupements de soumissionnaires évincés du marché ont alors introduit des recours devant le Bundesvergabeamt. Ils demandaient en ordre principal d'annuler la décision du pouvoir adjudicateur d'attribuer au groupement de soumissionnaires EDS/ORGA le marché visé dans l'appel d'offres en question et, en ordre subsidiaire, d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de révoquer l'appel d'offres.

25. Par décision du 19 mars 2001, le Bundesvergabeamt (huitième chambre) a rejeté l'ensemble des demandes pour défaut de qualité et d'intérêt et a exposé dans ses motifs que les offres des demandeurs auraient dû être rejetées par le pouvoir adjudicateur au titre de l'article 52, paragraphe 1, car Austria Card appartenait aux trois groupements de soumissionnaires et que l'échange d'informations que cela permettait ainsi que les négociations forcément provoquées par cette triple appartenance sur les termes des offres doivent, selon lui, être considérés comme des ententes entre soumissionnaires heurtant le principe de la concurrence.

26. Il ressort des pièces de procédure que cette décision du Bundesvergabeamt a été annulée par arrêt du Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle) (Autriche) du 12 juin 2001, au motif que les trois groupements avaient été lésés dans leur droit constitutionnel à une procédure devant le juge légal, dans la mesure où le Bundesvergabeamt, avant de prendre sa décision, avait omis de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle portant sur la question de savoir si un soumissionnaire dont l'offre n'a pas été éliminée par le pouvoir adjudicateur peut être privé du droit d'introduire un recours devant l'instance nationale compétente.

27. Les 28 et 29 mars 2001, Debis, le troisième soumissionnaire évincé, et ARGE Telekom ont alors introduit successivement de nouveaux recours auprès du Bundesvergabeamt, dans lesquels ils ont notam-

ment demandé que la décision du Hauptverband de ne pas révoquer l'appel d'offres soit annulée et que, par voie de mesure provisoire, il soit interdit au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché dans les deux mois à compter de l'introduction de la procédure (Debis) ou jusqu'à ce que le Bundesvergabeamt ait statué à titre principal (ARGE Telekom).

28. Par décision du 5 avril 2001, le Bundesvergabeamt, statuant sur les demandes de mesures provisoires, a interdit au Hauptverband d'attribuer le marché jusqu'au 20 avril 2001.

29. Dans leurs recours, Debis et ARGE Telekom ont soulevé des arguments tirés à la fois de la législation interne et de la réglementation communautaire pour étayer l'irrégularité alléguée de l'adjudication. À leurs yeux, l'adjudication aurait dû être révoquée car il découlait de la décision du Bundesvergabeamt du 19 mars 2001 qu'il ne subsistait qu'une seule entreprise susceptible d'emporter le marché. En effet, si les offres de Siemens, ARGE Telekom et Debis peuvent être écartées au titre de l'article 52, paragraphe 1, du BVergG, au motif qu'elles porteraient atteinte au principe de concurrence, il découlerait alors des dispositions de l'article 55, paragraphes 2 et 3, du BVergG que l'appel d'offres devait être révoqué. Il ne subsisterait en effet plus qu'un soumissionnaire (EDS/ORGA). L'appel d'offres heurterait au surplus le droit communautaire en ce que le point 1.8 du formulaire d'appel d'offres du 15 mars 2000 comportait un critère de sélection illicite. Il interdisait en effet de sous-traiter des parties des prestations au-delà de 30 % du marché total, et en tous cas de sous-traiter tous les services caractéristiques du contrat et en particulier la livraison et la gestion des cartes selon leur cycle de vie. Cela forçait les requérants à inclure Austria Card dans le groupement de soumissionnaires qu'ils avaient constitué. Si ledit point 1.8 n'avait pas énoncé cette condition pour soumissionner, les requérants auraient pu recourir à un sous-traitant pour ce poste. Ils estiment que cette condition heurte la réglementation communautaire. Ils ont invoqué l'arrêt que la Cour a rendu le 2 décembre 1999 dans l'affaire Holst Italia [4]. Il en découlerait que l'on doit pouvoir faire accomplir par des tiers le service qui fait l'objet de l'appel d'offres.

30. Par décision du 20 avril 2001, le Bundesvergabeamt (neuvième chambre) a fait droit aux demandes principales de Debis et ARGE Telekom et, en application de l'article 113, paragraphe 2, sous 2, du BVergG, a annulé la décision du Hauptverband de ne pas révoquer l'appel d'offres. Il a en substance motivé sa décision en indiquant que l'appel d'offres aurait dû être révoqué en raison du fait qu'il comportait une disposition fondamentale illégale, dans la mesure où l'interdiction de sous-traiter qu'il énonçait à son point 1.8 enfreindrait le droit du soumissionnaire, que celui-ci tire du droit communautaire, tel que développé par la Cour dans l'arrêt Holst Italia [5], de pouvoir également recourir à un sous-traitant pour justifier ses capacités.

4 — C-176/98, Rec. p. I-8607.

5 — Cité à la note 4.

31. Malgré cette décision, le Hauptverband a décidé, le 23 avril 2001, d'attribuer le marché à EDS/ORGA, permettant ainsi la conclusion du contrat avec ce groupement de soumissionnaires. Considérant que la mesure provisoire décidée par le Bundesvergabeamt le 5 avril 2001 avait expiré le 20 avril 2001 sans qu'elle ait été prorogée et que la décision du Bundesvergabeamt du 20 avril 2001 ne contenait qu'une indication difficilement compréhensible relative à l'«annulation d'une non-révocation», le Hauptverband a estimé qu'il n'avait pas été décidé d'une façon juridiquement contraignante que sa décision d'envisager d'attribuer le marché au groupement de soumissionnaires le mieux-disant n'aurait pas été valide ou aurait dû être annulée.

32. Le Hauptverband a de surcroît décidé de saisir le Verfassungsgerichtshof d'un recours tendant à l'annulation de la décision du Bundesvergabeamt du 20 avril 2001. Il ressort du dossier que le Verfassungsgerichtshof a rejeté dans un premier temps, par ordonnance du 22 mai 2001, la demande du Hauptverband de reconnaître à son recours un effet suspensif de la décision attaquée du Bundesvergabeamt, au motif que, en tout état de cause, le marché litigieux avait déjà été attribué et que, dans un deuxième temps, par arrêt du 2 mars 2002, il a annulé la décision.

33. Le 30 avril 2001, Siemens a saisi le Bundesvergabeamt d'un recours tendant à l'annulation de plusieurs décisions prises par le Hauptverband dans le contexte de sa décision d'attribuer le marché, à EDS/ORGA. Siemens estime que l'annulation de la décision du Hauptverband de ne pas révoquer la procédure de passation de marché lancée en 1999 frappe d'illégalité la décision du Hauptverband d'attribuer le marché, car il s'agit d'une deuxième procédure de passation de marché qui n'aurait cependant pas fait l'objet des publications requises. Sa demande en annulation était assortie d'une demande de mesures provisoires. Par décision du 11 mai 2001, le Bundesvergabeamt a rejeté la demande de mesures provisoires de Siemens en réservant à statuer au surplus.

34. Le 17 mai 2001, ARGE Telekom a également introduit des demandes de mesures provisoires ainsi que des demandes en annulation de différentes décisions prises par le Hauptverband dans le contexte de sa décision de ne pas révoquer la procédure de passation de marché.

35. Le 18 mai 2001, Siemens a formé de nouvelles demandes de mesures provisoires ainsi que des demandes en annulation des décisions du pouvoir adjudicateur de ne pas révoquer la procédure de passation de marché, d'attribuer le marché à EDS/ORGA, d'envoyer une lettre d'attribution et de mettre ainsi en œuvre le contrat avec EDS/ORGA sans avoir valablement rendu publique la décision d'attribution du marché.

36. Par décision du 9 juillet 2001, le Bundesvergabeamt a rejeté les demandes de mesures provisoires introduites par ARGE Telekom et Siemens tout en réservant à statuer au surplus.

37. Estimant que la solution des litiges dont il avait été saisi par Siemens, les 30 avril et 18 mai 2001, et par ARGE Telekom, le 17 mai 2001, requérait l'interprétation de plusieurs dispositions de la directive 89/665, le Bundesvergabeamt (neuvième chambre) a décidé, par ordonnance du 11 juillet 2001, de poser les questions préjudicielles suivantes:

B — *Les questions préjudicielles et les explications données*

«1) Faut-il interpréter les dispositions de la directive 89/665/CEE, en particulier l'article 2, paragraphe 1, sous b), lu au besoin conjointement avec l'article 2, paragraphe 7, en ce sens qu'une décision d'une instance nationale de recours, au sens de l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665/CEE, ayant pour objet l'annulation de la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas révoquer la procédure de passation de marché, a pour effet juridique de clore d'emblée la procédure de passation de marché en question sans que le pouvoir adjudicateur ne doive encore poser lui-même un acte, si l'ordre juridique interne n'offre aucune base juridique permettant une exécution efficace et forcée de la décision de l'instance de recours contre le pouvoir adjudicateur ?

2) Découle-t-il des dispositions de la directive 89/665/CEE, en particulier de l'article 2, paragraphe 7, lu au besoin conjointement avec les dispositions de la directive 92/50/CEE, en particulier l'article 25 et l'article 32, paragraphe 2, sous c), ou une autre disposition de droit communautaire, en particulier au regard du principe de l'effet utile qui préside à l'interprétation du droit communautaire, qu'une disposition de l'appel d'offres, qui, du fait de l'interdiction de sous-traiter des éléments essentiels du marché en dépit de la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire C-176/98 'Holst Italia contre Commune di Cagliari', empêche le soumissionnaire d'établir, en produisant comme preuve le contrat intervenu avec le sous-traitant, qu'il dispose effectivement des moyens de tiers et le prive donc du droit d'invoquer les moyens de tiers pour établir son efficacité et d'établir qu'il dispose effectivement des moyens de tiers, est à ce point manifestement contraire au droit communautaire qu'un contrat conclu à la suite d'un tel appel d'offres doit être considéré comme nul, en particulier si l'ordre juridique interne comporte de toute façon des dispositions frappant de nullité les contrats contraires à la loi?

3) Découle-t-il des dispositions de la directive 89/665/CEE, en particulier de l'article 2, paragraphe 7, ou d'une autre disposition de droit communautaire, en particulier au regard du principe de l'effet utile qui préside à l'interprétation du droit communautaire, qu'un contrat conclu au mépris des termes d'une décision d'une instance nationale de recours, au sens de l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665/CEE sur les procédures de recours, ayant pour objet l'annulation de la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas révoquer la procédure de passation de marché, est nul en particulier lorsque l'ordre juridique interne comporte de toute façon des dispositions frappant de nullité les contrats contraires aux bonnes mœurs ou à la loi et que d'autre part l'ordre juridique interne n'offre aucune base juridique permettant l'exécution efficace et forcée de la décision de l'instance de recours contre le pouvoir adjudicateur?

4) a) Faut-il interpréter les dispositions de la directive 89/665/CEE, en particulier l'article 2, paragraphe 1, sous b), lu au besoin conjointement avec l'article 2, paragraphe 7, en ce sens que si l'ordre juridique interne n'offre par ailleurs aucune base juridique permettant l'exécution efficace et forcée de la décision de l'instance de recours contre le pouvoir adjudicateur, l'instance de recours a le pouvoir, par application directe de l'article 2, paragraphe 1, sous b), lu conjointement avec l'article 2, paragraphe 7, de contraindre le pouvoir adjudicateur, dans une injonction susceptible d'exécution forcée, de faire annuler la décision illégale bien que, dans la procédure relative aux recours des soumissionnaires au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE sur les procédures de recours, l'ordre juridique interne permet seulement aux instances de recours de prononcer à l'égard des décisions des pouvoirs adjudicateurs des annulations insusceptibles d'exécution forcée?

b) Si la quatrième question, sous a), appelle une réponse affirmative: dans un tel cas, l'instance de recours tire-t-elle de l'article 2, paragraphe 7, de la directive 89/665/CEE, lu au besoin conjointement avec d'autres dispositions de droit communautaire, la compétence pour menacer elle-même par voie d'astreintes les pouvoirs adjudicateurs d'amendes évaluées en bonne justice ou les membres de l'organe de direction du pouvoir adjudicateur d'amendes et de peines de réclusion et même pour les leur infliger afin d'assurer l'exécution des injonctions au cas où les pouvoirs adjudicateurs ou les membres de l'organe de direction du pouvoir adjudicateur ne se conforment pas aux injonctions de l'instance de recours?»

38. Le Bundesvergabeamt a abondamment expliqué les questions préjudicielles posées dans sa décision de renvoi. On peut en résumer les éléments principaux comme suit.

39. Le Bundesvergabeamt développe la première question en indiquant que, aux termes de l'article 113, paragraphe 2, sous 2, du BVergG, ses décisions ne comportent pas d'injonctions au pouvoir adjudicateur qui soient susceptibles d'exécution forcée à la demande du requérant obtenant gain de cause. Les compétences du Bundesvergabeamt divergent sur ce point des compétences d'instances nationales analogues dans d'autres domaines, tels que le droit de la construction, la réglementation des eaux ou des professions industrielles ou commerciales. Celles-ci peuvent bel et bien rendre des décisions susceptibles d'exécution directe. Cela implique que les parties intéressées ont une position nettement plus faible dans la réglementation des marchés publics que celle dont les parties bénéficient dans d'autres réglementations. La juridiction de renvoi se demande si ce résultat auquel conduit la législation interne est bel et bien compatible avec les exigences de la réglementation communautaire telles qu'elles figurent en particulier à l'article 2, paragraphe 7, de la directive 89/665.

40. À l'endroit de la deuxième question, le Bundesvergabeamt relève que, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, il a considéré dans sa décision du 20 avril 2001 que tout soumissionnaire peut établir ses capacités en invoquant celles de ses sous-traitants lorsqu'il peut démontrer pouvoir effectivement disposer de leurs moyens. Le Bundesvergabeamt estime donc qu'il peut considérer qu'une disposition relative aux conditions requises pour soumissionner qui exclut d'emblée en grande partie le recours à des sous-traitants heurte la réglementation communautaire et qu'une procédure de passation de marché comportant une telle condition ne peut pas être poursuivie mais doit être révoquée.

Les textes communautaires relatifs aux marchés publics ne comportent certes pas de dispositions indiquant expressément dans quelle mesure des adjudications illégales entraînent la nullité des contrats conclus sur leur base. Il s'ensuit que la question de la validité du contrat peut être considérée comme étant une question de droit interne.

Un tel résultat ne serait toutefois pas satisfaisant au regard de l'effet utile présidant au droit communautaire. En effet, un pouvoir adjudicateur qui ne se conforme pas aux dispositions de droit communautaire ni ne donne suite aux décisions de l'instance de recours peut déjouer la mise en œuvre du droit communautaire sans devoir craindre la moindre sanction si, comme en l'espèce, l'ordre juridique interne ne peut pas garantir l'exécution forcée des décisions de l'instance de recours.

Dans ce contexte, le Bundesvergabeamt estime qu'il est utile de savoir si un contrat né d'un marché passé à l'issue d'une procédure méconnaissant des dispositions de droit communautaire doit être considéré comme nul sur le plan civil, car illégal ou heurtant les bonnes mœurs.

41. S'agissant des deux premières questions, le Bundesvergabeamt relève encore que si le contrat conclu doit être tenu pour nul, il resterait toujours compétent pour annuler des décisions du pouvoir adjudicateur [et en tout cas pour prendre d'autres mesures si la Cour donne une réponse affirmative à la quatrième question, sous a) et b)], parce que si le contrat n'a pas été conclu de manière conforme, on doit alors considérer que l'adjudication est nulle elle aussi. D'après la juridiction de renvoi, les textes communautaires appellent dès lors une interprétation plus précise pour déterminer la compétence du juge national pour statuer sur la validité à la fois de l'adjudication et du contrat conclu sur la base de celle-ci.

42. À l'endroit de la troisième question, le Bundesvergabeamt affirme que le Hauptverband, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, a conclu le contrat non seulement en violant les textes communautaire sur les marchés publics mais en méconnaissant au reste délibérément la décision de l'instance nationale de recours au sens de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665. Une telle attitude doit être qualifiée d'attentatoire aux bonnes mœurs avec les conséquences qui en découlent sur la validité du contrat.

43. À l'endroit de la quatrième question, sous a) et b), le Bundesvergabeamt expose que les dispositions nationales ne garantissent pas que les décisions de l'instance de recours puissent être valablement exécutées parce que la législation interne n'organise pas d'exécution forcée de l'annulation d'une décision du pouvoir adjudicateur. Certes, l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 laisse aux États membres un large éventail dans les compétences à conférer à l'instance de recours, mais si cela débouche sur une insuffisance de l'effet utile des textes communautaires sur les marchés publics, il convient de considérer, ainsi que la juridiction de renvoi semble le penser, l'application directe des compétences de l'instance de recours prévues dans ladite directive. C'est dans cette perspective que le Bundesvergabeamt se demande encore si les moyens de contrainte que la législation administrative interne prévoit sont bel et bien suffisants pour faire dûment respecter les textes communautaires.

IV — La procédure devant la Cour

44. Dans la décision de renvoi, le Bundesvergabeamt a sollicité la Cour de statuer sur

les questions préjudicielles posées par la voie de la procédure accélérée visée à l'article 104 bis du règlement de procédure. Une procédure accélérée pourrait éviter que le pouvoir adjudicateur puisse déjouer, par la politique du fait accompli, l'application du droit communautaire, dans l'interprétation que lui en aura donnée la Cour. Si les questions posées recevaient une réponse affirmative, on pourrait éviter un grave dommage, car le contrat passé entre le Hauptverband et EDS/ORGA n'avait pas encore reçu un début d'exécution au moment où la décision de renvoi a été rendue.

45. Par ordonnance du 13 septembre 2001, le président de la Cour a rejeté cette demande au motif que les circonstances exposées par la juridiction de renvoi ne paraissaient pas faire ressortir une urgence extraordinaire à répondre aux questions.

46. La demande de décision préjudicielle est parvenue au greffe de la Cour le 9 août 2001. ARGE Telekom, le Hauptverband, EDS/ORGA, le gouvernement autrichien et la Commission des Communautés européennes ont présenté des observations écrites au titre de l'article 20 du statut (CE) de la Cour de justice. Le Hauptverband, le gouvernement autrichien et la Commission ont développé leurs positions plus avant à l'audience du 18 septembre 2003.

V — Appréciation

A — *Observations préalables*

47. La genèse de la décision de renvoi, que nous avons abondamment rappelée aux points 19 à 37, ainsi que les développements que la juridiction de renvoi a consacrés à ses questions préjudicielles nous incitent à faire quelques observations préalables.

48. Dès que le Hauptverband a indiqué, au titre de l'article 53 du BVergG, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, aux soumissionnaires restants qu'il avait l'intention d'attribuer le marché à EDS/ORGA, trois groupements ont saisi le Bundesvergabeamt de recours:

1) Dans un premier ensemble de recours, les requérants au principal ont sollicité l'annulation de la décision du Hauptverband d'attribuer le marché à EDS/ORGA et la révocation de la procédure de passation du marché. Leurs recours

n'ont pas abouti, car ils ont été rejetés pour irrecevabilité par décision du 19 mars 2001.

2) Dans un deuxième ensemble de recours, les soumissionnaires évincés ont demandé au Bundesvergabeamt notamment d'annuler la décision — fictive — du Hauptverband de ne pas opérer de révocation en qualité de pouvoir adjudicateur. Ils étaient contraints d'emprunter cette voie, car il n'était plus possible, ainsi que le Hauptverband et le gouvernement autrichien l'ont souligné dans leurs observations écrites et orales, d'attaquer une deuxième fois la décision d'adjudication elle-même devant le Bundesvergabeamt. Ce deuxième recours des soumissionnaires évincés a abouti. Par mesure provisoire du 5 avril 2001, le Hauptverband s'est entendu interdire toute attribution du marché jusqu'au 20 avril 2001. Par ordonnance du 20 avril 2001, le Bundesvergabeamt a ensuite annulé la décision fictive de ne pas révoquer la procédure de passation du marché. Cette décision n'a toutefois pas empêché le pouvoir adjudicateur de conclure le contrat quelques jours plus tard avec EDS/ORGA.

3) Un troisième ensemble de recours est alors intervenu dans lesquels les soumissionnaires évincés concluent en substance à l'annulation des décisions que le Hauptverband a prises après sa décision de sélectionner EDS/ORGA comme «mieux-disant», c'est-à-dire en méconnaissant la décision du Bundesvergabeamt du 20 avril 2001 d'où il ressortait que la procédure de passation du marché devait être révoquée. C'est dans le contexte de ce troisième ensemble de recours que le Bundesvergabeamt a posé les présentes questions préjudicielles. Il ressort de la décision de renvoi que, dans cette procédure, les parties requérantes fondent leurs recours sur deux idées principales:

— la décision attribuant le marché, du 18 décembre 2000, serait nulle dès le départ en ce que le comité dit «des cartes à puces» n'avait pas encore donné l'autorisation requise;

— les décisions qui ont débouché sur la conclusion du contrat entre le Hauptverband et EDS/ORGA seraient toutes nulles en ce qu'elles ont été prises dans le cadre d'une procédure de passation de marché nulle.

49. Il est établi que le Hauptverband et EDS/ORGA ont conclu un contrat qui a clos la deuxième phase de la procédure de passation de marché entamée le 22 février 2000. En droit autrichien, seul le juge civil

est compétent pour statuer sur la validité de ce contrat et sur les dommages-intérêts éventuels qui y sont liés.

50. Il ressort de la teneur des questions posées et des développements qui y sont consacrés que le Bundesvergabeamt doute que les compétences qui lui sont conférées soient bel et bien suffisantes pour assurer la mise en œuvre efficace de la directive 89/665 puisque la procédure de passation de marché qu'il a estimée contraire au droit communautaire a tout de même débouché sur l'adjudication et sur la conclusion d'un contrat portant sur un marché important.

51. Dans la mesure où la juridiction de renvoi estime que le contexte dans lequel les questions s'inscrivent l'incitait à mettre en cause dans ses questions, implicitement voire explicitement, la compatibilité en tant que telle du régime de la réglementation autrichienne des marchés publics avec la directive 89/665, elle déborde ce faisant du champ assigné par l'article 234 CE à la procédure préjudicielle qui limite la procédure de coopération entre le juge national et la Cour à l'interprétation du droit communautaire aux fins de résoudre le litige au fond.

52. Il convient dès lors de rechercher si la réponse que la Cour est appelée à donner aux questions préjudicielles posées peut être utile à la solution du litige au fond.

53. C'est notamment en ayant ces limites à l'esprit qu'il convient d'apprécier à présent la recevabilité des questions.

B — *La recevabilité*

54. Le Hauptverband, le gouvernement autrichien et la Commission ont exposé dans leurs observations écrites et dans les indications données à l'audience que les questions ne sont pas recevables, il est vrai pour des raisons diamétralement opposées.

55. La Commission doute que la juridiction de renvoi soit une instance juridictionnelle car celle-ci a admis dans la décision de renvoi même que ses décisions ne comportent pas «d'injonction au pouvoir adjudicateur susceptible d'exécution forcée». Elle se demande dès lors si les questions posées par le Bundesvergabeamt sont recevables au regard de la jurisprudence de la Cour, et notamment des arrêts Victoria Film [6] et Salzmann [7], voulant que les juridictions nationales ne soient habilitées à saisir la Cour que si un litige est pendant devant elles et si elles sont appelées à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel.

6 — Arrêt du 12 novembre 1998 (C-134/97, Rec. p. I-7023, point 14).

7 — Arrêt du 14 juin 2001 (C-178/99, Rec. p. I-4421, point 14).

56. Le gouvernement autrichien estime que les questions sont irrecevables parce qu'elles sont énoncées en des termes incompréhensibles pour ceux qui ne sont pas familiarisés avec les règles de fond et les règles de procédure de la réglementation autrichienne des marchés publics. Il estime que l'on peut exiger de la juridiction de renvoi que les questions préjudicielles qui ont pour objet des aspects complexes et fondamentaux de l'économie du régime interne soient énoncées dans des termes clairs et également compréhensibles pour ceux qui ne sont pas familiarisés avec l'ordre juridique interne en cause.

57. Le Hauptverband estime que les questions posées sont irrecevables en ce que la décision de renvoi donnerait une description insuffisante des faits du litige au principal. En l'espèce, le litige ne porte pas sur une seule procédure au fond mais sur trois différentes. De plus, le Bundesvergabeamt aurait négligé d'évoquer dans sa décision de renvoi les procédures pendantes devant le Verfassungsgerichtshof et devant le Handelsgericht Wien (tribunal de commerce) (Autriche).

58. De surcroît, le Bundesvergabeamt ne serait pas compétent pour poser des questions préjudicielles parce que, après sa décision du 19 mars 2001, il ne pouvait plus connaître d'aucun recours dirigé contre la décision d'attribuer le marché. Le Bundesvergabeamt n'a dès lors plus compétence pour statuer sur la validité de cette décision ni sur les décisions que le Hauptverband a prises par la suite. Enfin, le Bundesvergabeamt n'a aucune compétence pour apprécier la validité ou la nullité d'un contrat de droit civil conclu à l'issue de la procédure de passation de marché.

59. Enfin, le gouvernement autrichien et le Hauptverband ont relevé à l'audience les conséquences de l'arrêt du Verfassungsgerichtshof du 2 mars 2002 sur la recevabilité de la demande de décision préjudicielle. Cet arrêt a annulé la décision du Bundesvergabeamt du 20 avril 2001. Le Verfassungsgerichtshof estime qu'il est logiquement impossible d'annuler une décision si celle-ci consiste à ne pas faire quelque chose. Le recours engagé à cette fin par les groupements de soumissionnaires évincés aurait dû être déclaré irrecevable. Le Bundesvergabeamt ayant examiné le fond de l'affaire en étant saisi d'un recours irrecevable, il s'est approprié une compétence qui ne lui revient pas. Le droit du Hauptverband à une procédure devant le juge légal a ainsi été méconnu.

60. Le gouvernement autrichien et le Hauptverband affirment que cet arrêt du Verfassungsgerichtshof prive les questions posées à la Cour de leur intérêt pour la solution du litige au fond et les rend hypothétiques, à tout le moins en partie, là où elles se rapportent expressément ou implicitement à la décision du 20 avril 2001 du Bundesvergabeamt. D'après la jurisprudence de la Cour, cela les rendrait irrecevables. Cela vaudrait en tout cas pour la

première et peut-être pour la troisième question et la quatrième question, sous a) et b).

61. On peut répondre brièvement au premier argument avancé par la Commission à l'appui de son moyen d'irrecevabilité. Très récemment, dans l'arrêt GAT [8], la Cour a expressément indiqué que les décisions du Bundesvergabeamt ont bel et bien un caractère juridictionnel et que la Cour est dès lors compétente pour répondre aux questions posées par cette instance. La Cour a indiqué à cet égard qu'il résulte des termes mêmes de l'article 125, paragraphe 2, du BVergG qu'une constatation du Bundesvergabeamt au titre de l'article 113, paragraphe 3, de la même loi est non seulement une condition de recevabilité de toute demande de dommages-intérêts introduite devant les juridictions civiles en raison d'une violation fautive de ladite réglementation, mais, de surcroît, lie tant les parties à l'instance devant le Bundesvergabeamt que la juridiction civile saisie. Il s'ensuit que la Cour est compétente pour répondre aux questions posées par le Bundesvergabeamt.

62. Il nous semble également que le deuxième moyen d'irrecevabilité soulevé par le gouvernement autrichien est vain. La décision de renvoi circonstanciée et les développements qu'elle comporte permettent bel et bien de saisir ce que la juridiction de renvoi vise par les questions qu'elle a posées même si leur énoncé n'est pas toujours très clair à première vue. Au reste, le gouvernement autrichien paraît perdre de vue dans ce moyen, qui vise surtout la législation interne, que la procédure de l'article 234 CE n'a pas pour objet l'interprétation et la validité de la législation interne mais bien l'interprétation et la validité de la réglementation communautaire et en particulier ici l'interprétation d'un certain nombre de dispositions des directives 89/665 et 92/50 [9].

63. Le troisième moyen d'irrecevabilité du renvoi soulevé par le Hauptverband est plus convaincant notamment quand on le lit à la lumière des observations préalables que nous avons faites plus haut aux points 48 à 53. Certes une jurisprudence constante de la Cour veut que ce soit la juridiction nationale qui détermine si la décision de renvoi est conforme aux règles internes de fond et de procédure [10] et qu'il lui appartienne d'établir les faits pertinents [11] et de les apprécier [12], mais cette compétence n'est pas sans limite. S'il ressort de la décision de

8 — Arrêt du 19 juin 2003 (C-315/01, Rec. p. I-6351, points 25 à 29).

9 — Voir, notamment, arrêt du 16 décembre 1976, Inzirillo (63/76, Rec. p. 2057, point 6).

10 — Voir, notamment, arrêts du 16 mars 1978, Oehlschläger (104/77, Rec. p. 791, point 4), et du 28 janvier 1999, Wilkens (C-181/96, Rec. p. I-399, point 33).

11 — Voir, notamment, arrêts du 5 octobre 1999, Lirussi et Bizzaro (C-175/98 et C-177/98, Rec. p. I-6881, points 37 et 38); du 22 janvier 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607, point 18), et du 30 septembre 2003, Inspire Art (C-167/01, Rec. p. I-10155, point 43).

12 — Voir, notamment, arrêts du 16 juillet 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Rec. p. I-4673, point 14), et Canal Satélite Digital (cité à la note 11, point 43).

renvoi, du dossier de procédure, ainsi que des observations écrites et orales, que la réponse aux questions posées ne peut manifestement pas avoir d'incidence sur la solution du litige au fond et que celles-ci revêtent dès lors un caractère hypothétique, une jurisprudence constante veut également qu'elles soient rejetées sans que la Cour ne statue [13].

64. C'est la raison pour laquelle on devra examiner, au vu de ce qui précède, si les questions posées par la juridiction de renvoi intéressent la solution du litige au principal.

65. Ainsi que nous l'avons déjà relevé plus haut aux points 48 à 51, le Hauptverband a conclu un contrat avec EDS/ORGA sans donner suite à la décision du Bundesvergabeamt qui avait annulé la décision — fictive — du Hauptverband de ne pas révoquer la procédure de passation du marché. Dans le litige au principal, les parties requérantes affirment à présent notamment que les décisions du Hauptverband qui ont finalement abouti à la conclusion du contrat sont toutes nulles en ce qu'elles auraient été prises dans le cadre d'une procédure irrégulière de passation de marché.

66. Comme il est établi que, dans l'ordre juridique autrichien, ce n'est pas le Bundesvergabeamt mais bien le juge civil qui est compétent pour statuer sur la validité du contrat conclu le 23 avril 2002 entre le Hauptverband et EDS/ORGA, la réponse aux questions posées ne peut en principe pas contribuer à la solution du litige au principal.

67. Aux termes de la législation autrichienne, le juge civil est l'instance compétente pour connaître des contrats nés après l'attribution d'un marché. Conformément à l'article 2, paragraphe 6, dernière phrase, de la directive 89/665, cette législation limite les compétences de cette instance juridictionnelle à l'octroi de dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation des règles de passation de marché.

68. Comme il semble établi que dans le contexte dans lequel se meut le litige au principal cette décision d'attribution prise par le pouvoir adjudicateur n'a pas été annulée par le Bundesvergabeamt et qu'elle a été mise en œuvre par un ou plusieurs contrats intervenus à la suite de l'attribution du marché, on doit considérer que seul le juge civil est compétent pour connaître des contrats auxquels la présente procédure de passation de marché a abouti.

69. Au vu de ce qui précède, on doit considérer à notre sens que les questions posées par le Bundesvergabeamt, qui reviennent en substance à demander si les compétences

13 — Voir, notamment, arrêts du 16 décembre 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045, point 21); du 21 mars 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Rec. p. I-3193, point 26), et Inspire Art (cité à la note 11, point 47).

qui lui sont conférées par le BVergG répondent aux conditions minimales fixées à l'article 2, paragraphe 7, de la directive 89/665, sont purement hypothétiques.

70. Le caractère hypothétique des questions ressort au reste également de leur teneur. Quand on les lit conjointement, elles consistent, ainsi que nous l'avons déjà relevé plus haut au point 51, à inviter la Cour à contrôler la conformité au droit communautaire applicable du régime de protection juridictionnel dans son ensemble, figurant dans le dispositif interne de passation des marchés publics, dans un rapport très éloigné avec le différend qui oppose effectivement les parties dans le litige au principal. Ce faisant, la juridiction de renvoi perd de vue la fonction confiée à la Cour par la procédure de l'article 234 CE, qui est de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres et non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques [14].

71. Le dernier aspect à aborder pour apprécier la recevabilité des questions posées sont les conséquences de la décision du Verfassungsgerichtshof du 2 mars 2002.

72. D'après la décision de renvoi, le Bundesvergabeamt a essentiellement posé ses questions parce que sa décision du 20 avril 2001, annulant la décision — fictive — du pouvoir adjudicateur de ne pas révoquer la procédure de passation du marché, n'était pas susceptible d'exécution forcée en droit autrichien. Cela ressort incontestablement de l'énoncé des première et troisième questions ainsi que de la quatrième question, sous a) et b). Le Verfassungsgerichtshof ayant précisément annulé la décision du 20 avril 2001, au motif que le Bundesvergabeamt n'était pas compétent pour prendre une telle décision, les questions directement liées à cette décision ont perdu tout fondement. Elles sont ainsi devenues purement hypothétiques indépendamment même des arguments que nous avons déjà développés plus haut.

73. Bien que la deuxième question ne vise pas directement la décision du 20 avril 2001, il nous semble que cette question est elle aussi bel et bien affectée par la décision précitée du Verfassungsgerichtshof. Sur le fond en effet, les motifs de la décision — annulée — du 20 avril 2001 se fondaient sur la supposition que la procédure de passation du marché serait nulle en raison d'une condition imposée aux soumissionnaires qui serait contraire à la réglementation communautaire dans l'interprétation qu'en a donnée la Cour dans l'arrêt Holst Italia [15]. Il se trouve que cette

14 — Arrêt Inspire Art (cité à la note 11, point 45).

15 — Cité à la note 4.

supposition est au cœur de la deuxième question. Quelle qu'en soit la justesse, il n'appartient pas à la Cour de l'aborder puisqu'elle figure dans une décision du Bundesvergabeamt qui ne peut plus avoir la moindre incidence sur le litige au principal.

74. Par ces motifs, nous concluons que les questions que le Bundesvergabeamt a posées à la Cour dans cette affaire n'intéressent pas la solution du litige au principal et qu'elles doivent dès lors être déclarées irrecevables en ce qu'elles sont purement hypothétiques.

C — *Au fond*

75. En ordre simplement subsidiaire, au cas où la Cour ne voudrait pas nous suivre dans nos conclusions sur l'irrecevabilité pour toutes les questions posées mais uniquement pour les questions directement affectées par la décision du Bundesverfassungsgerichtshof du 2 mars 2002, à savoir les première et troisième questions ainsi que la quatrième question, sous a) et b), nous revenons sur la deuxième question.

76. Sur ce point, la Commission a relevé pour de bonnes raisons, à notre sens, que la prémisse sur laquelle se fonde cette question est inexacte, à savoir qu'il découlerait de l'arrêt Holst Italia [16] que la condition d'admission de la sous-traitance posée au point 1.8 de l'appel d'offres du 15 mars 2000 est contraire à la réglementation communautaire.

77. La directive 92/50 applicable à la présente procédure de passation de marché ne comporte en effet aucune disposition qui impliquerait que l'interdiction de sous-traiter serait interdite en tant que telle. Il ressort de l'article 25 de cette directive que le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers. De plus, l'article 32, paragraphe 2, sous h), de ladite directive dispose que la capacité technique du prestataire de services peut être justifiée notamment, selon la nature, la quantité et l'utilisation des services à fournir, par l'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter.

78. Ainsi que le Hauptverband, le gouvernement autrichien et la Commission l'ont relevé à juste titre, pour apprécier si une interdiction de sous-traiter peut être admise, il convient de faire la distinction entre une interdiction de cet ordre jouant dans l'examen de la capacité des candidats

16 — Cité à la note 4.

et une interdiction jouant dans l'exécution du marché une fois qu'il est attribué.

79. L'arrêt Holst Italia [17] cité par le Bundesvergabeamt a trait à la phase d'examen et de sélection de la procédure de passation de marché.

Au point 26 de cet arrêt, la Cour a indiqué à cet égard qu'«[i]l résulte tant de l'objet que du libellé de ces dispositions qu'une personne ne peut être écartée d'une procédure de passation d'un marché public de services au seul motif qu'elle entend mettre en œuvre, pour exécuter le marché, des moyens qu'elle ne détient pas en propre mais qui appartiennent à une ou plusieurs entités autres qu'elle-même».

Au point 31 du même arrêt, la Cour conclut ses motifs en ces termes: «[...] la directive 92/50 doit être interprétée en ce sens qu'elle permet à un prestataire, pour établir qu'il satisfait aux conditions économiques, financières et techniques de participation à une procédure d'appel d'offres en vue de conclure un marché public de services, de faire état des capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qu'il entretient avec elles, à condition qu'il soit en mesure de prouver qu'il a effectivement la disposition des moyens de ces entités nécessaires à l'exécution du marché [...]».

80. Nous interprétons cet arrêt comme suit: les adjudicataires potentiels d'un marché ne peuvent pas être exclus au motif qu'ils ne peuvent pas disposer eux-mêmes de toutes les capacités nécessaires à l'exécution d'un marché. Une interdiction de cette nature pourrait avoir pour conséquence de limiter d'emblée sérieusement le nombre de soumissionnaires, surtout dans les marchés plus importants et techniquement sophistiqués. Cela compromettrait la finalité de la directive 92/50. Toutefois, pour être assuré de la bonne exécution du marché une fois qu'il aura été attribué, le maître d'œuvre peut exiger du candidat, qui recourt aux capacités d'autres entités, qu'il réponde de la disponibilité des moyens de ces entités.

81. Il ressort toutefois des termes du point 1.8 des conditions de l'appel d'offres, que nous avons cités plus haut au point 20 des présentes conclusions, que ces conditions ne visent pas la phase d'examen et de sélection de la procédure de passation du marché mais la phase dans laquelle est conclu le contrat portant sur l'exécution du marché.

82. Dans cette phase, la directive 92/50 ne s'oppose pas à une interdiction ou à une restriction du recours à la sous-traitance, par laquelle le maître d'œuvre vise à éviter

17 — Cité à la note 4.

que l'exécution de parties essentielles du marché soient confiée à des entités dont il n'a pas pu vérifier les capacités et les qualités au cours de la procédure de passation du marché. D'après son énoncé, l'article 25 de cette directive s'applique expressément à la phase d'examen et de sélection de la procédure de passation du marché. Cette disposition vise à donner au pouvoir adjudicateur une vue sur les capacités des entités concernées, laquelle est nécessaire à une juste appréciation des offres faites. On ne peut en tirer aucun argument en faveur d'une interdiction de recourir à la sous-traitance au stade de la conclusion du contrat conclu à l'issue de l'attribution du marché avec le candidat choisi pour exécuter le marché.

83. Il s'ensuit que la prémisse sur laquelle se fonde la décision du Bundesvergabeamt du 20 avril 2001, à savoir que le point 1.8 des conditions de l'appel d'offres heurte la réglementation communautaire et que, de ce fait, la procédure de passation du marché devrait être révoquée dans son intégralité, est inexacte en elle-même.

84. Bien que l'instance de renvoi n'ait pas sollicité dans ses questions le contrôle de l'interprétation donnée à l'arrêt que la Cour a rendu dans l'affaire Holst Italia [18], nous estimons que la Cour peut difficilement éviter de récuser une interprétation manifestement erronée de sa jurisprudence. Qui plus est lorsqu'elle fonde la décision de la juridiction de renvoi visée par ses questions préjudicielles ce qui peut les rendre hypothétiques pour cette raison-là aussi.

85. Au reste, abstraction faite de la prémisse de fond de la décision du 20 avril — à supposer qu'il y ait eu une passation de marché dont l'appel d'offres comportait une condition contraire à la réglementation communautaire ou que celle-ci se soit poursuivie au mépris d'une décision qu'une instance de recours, visée à l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665, a rendue en ayant en vue cette contrariété —, la validité et, éventuellement, l'annulation des contrats déjà conclus s'apprécient selon la législation interne applicable.

86. Cette analyse trouve un appui notamment dans l'arrêt que la Cour a rendu dans l'affaire Alcatel Austria e.a. [19] et dans les conclusions que l'avocat général Alber a présentées dans l'affaire Commission/Autriche [20].

18 — Cité à la note 4.

19 — Arrêt du 28 octobre 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, Rec. p. I-7671, point 49).

20 — Arrêt du 28 octobre 1999 (C-328/96, Rec. p. I-7479, point 48 des conclusions).

VI — Conclusion

87. Par ces motifs, nous suggérons à la Cour:

— de déclarer irrecevables les questions que le Bundesvergabeamt a posées par décision de renvoi du 11 juillet 2001,

— en ordre subsidiaire, de déclarer irrecevables les première et troisième questions ainsi que la quatrième question, sous a) et b), et de répondre comme suit à la deuxième question:

«Si une procédure de passation de marché a eu lieu alors que l'appel d'offres comportait une condition contraire à la réglementation communautaire ou que celle-ci s'est poursuivie au mépris d'une décision qu'une instance de recours, visée à l'article 2, paragraphe 8, 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, a rendue en ayant en vue cette contrariété, la validité et, éventuellement, l'annulation des contrats déjà conclus s'apprécient selon la législation interne applicable.»