Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 8 septembre 2016 [1]

Affaire C-391/15

Marina del Mediterráneo SL e.a.
contre
Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía e.a.

[demande de décision préjudicielle formée par le Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Cour supérieure de justice d'Andalousie, Espagne)]

«Demande de décision préjudicielle — Marchés publics — Procédure de passation — Décision d'admettre un candidat — Illégalité alléguée — Acte préparatoire — Contrôle juridictionnel immédiat ou différé — Effet direct»

I – Introduction

1. Marina del Mediterráneo SL et autres (ci-après les « requérantes ») ont remis une offre pour un contrat de concession de travaux publics portant sur l'extension d'un port en Espagne. Un second groupement d'entreprises a également remis une offre pour ce contrat. Les requérantes ont considéré que le second groupement ne remplissait pas les conditions pour soumissionner. Elles ont donc formé un recours spécial en matière de marchés publics contre l'admission du second groupement d'entreprises à la procédure de passation. La juridiction de renvoi a informé toutefois les requérantes qu'un recours administratif contentieux tel que le leur pouvait être irrecevable au motif que son objet était un simple acte préparatoire, à savoir l'admission d'un candidat.

2. Dans la présente affaire, la Cour est appelée à préciser le principe que le droit de l'Union fixe en matière de contrôle des actes préparatoires, tels qu'une décision d'admettre une entreprise à remettre une offre, dans le cadre d'une procédure de marché public. La question qui lui est plus spécifiquement posée est celle de savoir si la directive 89/665/CEE [2] impose aux États membres de prévoir un contrôle *immédiat* et *autonome* de *toute* décision du pouvoir adjudicateur ou s'il est possible que le contrôle soit reporté à un stade ultérieur de la procédure de passation.

1 — Langue originale : l'anglais.

2 — Directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33, ci-après la « directive recours »).

II – Le cadre juridique

A – Le droit de l'Union

3. La directive recours, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE [3], vise à garantir l'application des directives de l'Union en matière de marchés publics en imposant aux États membres de prévoir des recours efficaces et rapides en cas de violation du droit de l'Union ou des règles nationales transposant ce droit.

4. Le deuxième considérant de cette directive précise que « les mécanismes existant actuellement, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer cette application ne permettent pas toujours de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées ».

5. L'article 1er de la directive recours dispose :

« 1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services [4], sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive.

Les marchés au sens de la présente directive incluent les marchés publics, les accords-cadres, les concessions de travaux publics et les systèmes d'acquisition dynamiques.

Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE, 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 2 à 2 septies de la présente directive, 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 s'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 déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. »

6. L'article 2, paragraphe 1, exige des États membres qu'ils « 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 qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur ;

3 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665 et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (JO 2007, L 335, p. 31).

4 — JO 2004, L 134, p. 114.

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 et intérêts aux personnes lésées par une violation. »

7. La directive 92/13/CEE du 25 février 1992, telle que modifiée par la directive 2007/66, coordonne les dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications [5].

8. L'article 1er de la directive 92/13 correspond à l'article 1er de la directive 89/665 mais diverge sur deux points : tout d'abord, il s'applique aux secteurs régis par la directive 2004/17/CE [6] (au lieu de ceux régis par la directive 2004/18) ; ensuite, il ne concerne pas explicitement les concessions de travaux publics.

9. Dans une large mesure, l'article 2, paragraphe 1, de la directive 92/13 correspond également à l'article 2, paragraphe 1, de la directive recours mais, à la différence de cette dernière disposition, il comprend explicitement, sous b), la possibilité d'annuler les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis de marché, l'avis périodique indicatif et l'avis sur l'existence d'un système de qualification.

B – Le droit espagnol

10. L'acte administratif attaquable est défini à l'article 25, paragraphe 1, de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (loi 29/1998 relative au contentieux administratif), du 13 juillet 1998, qui prévoit que « [l]e recours contentieux administratif est recevable concernant les dispositions à caractère général, ainsi que contre les actes explicites et implicites de l'administration publique qui mettent fin à la voie administrative, qu'ils soient définitifs ou préparatoires, si ces derniers tranchent, directement ou indirectement, le fond de l'affaire, entraînent l'impossibilité de poursuivre la procédure ou de se défendre, ou occasionnent des préjudices irréparables à des droits ou à des intérêts légitimes ».

11. L'article 107, paragraphe 1, de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (loi 30/1992 relative au régime juridique des administrations publiques et de la procédure administrative commune), du 26 novembre 1992, telle que modifiée par la Ley 4/1999 du 13 janvier 1999, limite la possibilité de recours administratifs dans les termes suivants :

« Contre les décisions et les actes préparatoires qui tranchent, directement ou indirectement, le fond de l'affaire, qui entraînent l'impossibilité de poursuivre la procédure ou de se défendre, ou qui occasionnent des préjudices irréparables à des droits ou à des intérêts légitimes, les intéressés peuvent introduire les recours hiérarchique et gracieux facultatif fondés sur tout motif de nullité ou d'annulation prévu aux articles 62 et 63 de la présente loi.

L'opposition aux autres actes préparatoires pourra être invoquée par les intéressés afin d'être prise en considération dans la décision mettant un terme à la procédure. »

5 — JO 1992, L 76, p. 14, ci-après la « directive 92/13 ».

6 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO 2004, L 134, p. 1).

12. La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (loi 30/2007 relative aux marchés publics, ci-après la « loi relative aux marchés publics »), du 30 octobre 2007, telle que modifiée par la Ley 34/2010 du 5 août 2010, établit les règles en matière de recours spéciaux qui peuvent être formés dans le cadre des procédures de marchés publics. En matière de marchés publics, la règle générale de l'article 107, paragraphe 1, de la loi 30/1992 relative au régime juridique des administrations publiques et de la procédure administrative commune trouve son expression dans l'article 310, paragraphe 2, de la loi relative aux marchés publics. Ce dernier dispose que « les actes suivants pourront faire l'objet du recours :

a) les avis de marché, les cahiers des charges et les documents contractuels fixant les conditions régissant l'adjudication,

b) les actes préparatoires pris pendant la procédure d'adjudication, dès lors qu'ils décident, directement ou indirectement, de l'adjudication, empêchent de poursuivre la procédure, entraînent l'impossibilité de se défendre ou causent des préjudices irréparables à des droits ou à des intérêts légitimes. Les actes de la commission d'adjudication décidant d'exclure des soumissionnaires sont considérés comme des actes préparatoires empêchant de poursuivre la procédure.

c) les décisions d'adjudication adoptées par les pouvoirs adjudicateurs. »

III – Le litige au principal et les questions préjudicielles

13. L'Agencia Pública de Puertos de Andalucía (Agence publique des ports d'Andalousie, Espagne) est un organisme (ad hoc) à finalité spécifique, disposant d'une autonomie fonctionnelle et d'une personnalité juridique propre. Elle est rattachée à la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía (département des Marchés publics et du Logement du gouvernement régional d'Andalousie, Espagne).

14. L'Agence publique des ports d'Andalousie a lancé une procédure pour la passation d'un contrat de concession de travaux publics portant sur l'extension du port de La Bajadilla à Marbella (Espagne). Dans le cadre de cette procédure, la commission d'adjudication a admis la participation de deux groupements d'entreprises : i) celui des requérantes, qui est une *unión temporal de empresas* (groupement temporaire d'entreprises) opérant sous le nom de Marina internacional de Marbella, et ii) un autre groupement temporaire d'entreprises constitué de l'Ayuntamiento de Marbella (municipalité de Marbella), de l'entreprise municipale Puerto Deportivo de Marbella SA et de la société commerciale Nasir Bin Abdullah and Sons SL.

15. Le 12 avril 2011, les requérantes ont formé devant le directeur exécutif de l'Agence publique des ports d'Andalousie un recours spécial en matière de marchés publics (*recurso especial en materia de contratación*) contre la décision de la commission d'adjudication d'admettre le second groupement temporaire d'entreprises à déposer une offre.

16. Les requérantes ont considéré qu'il y avait eu une violation du droit de l'Union et de la législation nationale. Selon elles, le second groupement temporaire d'entreprises n'aurait pas dû être admis comme soumissionnaire, parce que : a) la municipalité de Marbella est une autorité publique qui n'a pas la qualité d'« entreprise » à laquelle la législation nationale fait référence dans la définition du terme « soumissionnaire » ; b) le second groupement temporaire d'entreprises ne remplit pas les conditions de solvabilité économique et financière requises ; et c) la municipalité de Marbella ne peut pas être considérée comme un opérateur économique parce que les principes de libre concurrence et d'égalité des soumissionnaires en seraient faussés.

17. Le 3 mai 2011, le directeur exécutif de l'Agence publique des ports d'Andalousie a rendu la décision attaquée par laquelle il a rejeté les arguments des requérantes, jugeant, d'une part, que les autorités publiques peuvent participer à une procédure de passation sans porter atteinte au principe de libre concurrence et, d'autre part, que la solvabilité du second groupement temporaire d'entreprises avait été établie.

18. Le 5 juillet 2011, les requérantes ont alors introduit un recours administratif contentieux devant la juridiction de renvoi. Elles demandent l'annulation de la décision attaquée et des actes postérieurs, en particulier la décision d'attribution du contrat au second groupement temporaire d'entreprises. Elles demandent également à être déclarées seul soumissionnaire et à être indemnisées du préjudice qu'elles ont subi.

19. Par ordonnance du 19 février 2015, la juridiction de renvoi a informé les parties de la possible existence d'un motif d'irrecevabilité du recours contentieux administratif qu'elles ont introduit, en ce que la législation nationale s'oppose au contrôle d'actes purement préparatoires. Selon cette législation nationale, la décision d'une commission d'adjudication qui n'exclut pas un soumissionnaire mais l'admet à participer à la procédure de passation du marché ne constitue pas un acte pouvant faire l'objet d'un recours juridictionnel.

20. Par ordonnance du 9 juillet 2015, le Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Cour supérieure de justice d'Andalousie, Espagne) a sursis à statuer et a saisi la Cour des questions préjudicielles suivantes :

« 1) À la lumière des principes de coopération loyale et d'effet utile de la directive, les articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous a) et b), de la directive 89/665 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition nationale telle que l'article 310, paragraphe 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (désormais article 40, paragraphe 2, du Real Decreto Legislativo 3/2011 portant approbation du texte codifié de loi relative aux marchés publics), dans la mesure où cette disposition empêche les actes préparatoires du pouvoir adjudicateur, comme la décision d'admettre une offre d'un soumissionnaire, dont il est allégué qu'elle ne respecte pas les dispositions relatives à la justification de la solvabilité technique et économique prévues par la législation nationale et la législation de l'Union, de faire l'objet du recours spécial en matière de marchés publics ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, les articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous a) et b), de la directive 89/665 produisent-ils un effet direct ? »

21. Les requérantes, le département des Marchés publics et du Logement du gouvernement régional d'Andalousie, l'Agence publique des ports d'Andalousie, les gouvernements autrichien, italien et espagnol, ainsi que la Commission européenne, ont déposé des observations écrites. Tous les participants à la procédure écrite, à l'exception du gouvernement italien, ont présenté des observations orales lors de l'audience du 29 juin 2016.

IV – Appréciation

22. J'attire d'emblée l'attention sur deux points préliminaires. Tout d'abord, comme il a été signalé lors de l'audience, la valeur du marché public est en l'espèce de l'ordre de 77 000 000 euros. Il apparaît donc que la valeur du marché atteint les seuils d'application que fixent l'article 7 de la directive 2004/18 et l'article 16 de la directive 2004/17.

23. Ensuite, le gouvernement espagnol soutient que la présente demande de décision préjudicielle devrait néanmoins être déclarée irrecevable, parce que la directive recours ne s'applique qu'aux marchés visés par la directive 2004/18, qui régit les marchés publics des secteurs classiques. Il fait valoir que la présente affaire relève du champ d'application de la directive 2004/17 (et qu'elle est dès lors régie par la directive 92/13), étant donné que l'article 7, sous b), de la directive 2004/17 prévoit qu'elle s'applique aux activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport.

24. Il appartient à la juridiction nationale de déterminer, en pleine connaissance des faits de l'affaire, des particularités du marché public en cause et de la nature précise de l'activité envisagée par ce marché, laquelle des deux directives (la directive recours ou la directive 92/13) est applicable en l'espèce. Étant donné que la juridiction de renvoi a posé ses questions expressément sur la base de la directive recours, je me limiterai dans les présentes conclusions à l'interprétation de cette directive. Toutefois, il y a également lieu de garder à l'esprit que les dispositions pertinentes des deux directives sont en grande partie similaires.

A – Sur la première question préjudicielle

25. Par la première question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande essentiellement si la directive recours exige le contrôle *immédiat* de *toute* décision du pouvoir adjudicateur, y compris des actes préparatoires tels que l'admission d'un candidat à remettre une offre dans une procédure de passation.

26. Pour répondre à cette question, je procéderai dans cette partie des présentes conclusions de la manière suivante : après avoir exposé quelques observations générales (voir ci-dessous, sous 1), j'expliquerai pourquoi, à mon sens, la directive recours permet de manière générale le report du contrôle d'actes purement préparatoires d'un pouvoir adjudicateur (voir ci-dessous, sous 2). La décision d'admettre un autre concurrent à participer à une procédure de mise en concurrence ouverte constituerait un tel acte préparatoire (voir ci-dessous, sous 3).

1. Considérations générales

27. Premièrement, le gouvernement espagnol affirme que, dans l'arrêt Commission/Espagne[7], la Cour a déjà jugé que l'article 310, paragraphe 2, de la loi relative aux marchés publics (ou plutôt la loi qui l'a précédée et qui était formulée dans des termes similaires) n'était pas contraire à la directive recours.

28. Dans cette affaire, la Commission soutenait que le Royaume d'Espagne avait méconnu la directive recours en omettant, notamment, « de permettre l'introduction de recours contre toutes les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, y compris *tous les actes de procédure, durant la procédure de passation d'un marché public* ». Dans son rejet de ce grief spécifique, la Cour a déclaré que « la Commission n'a pas établi que cette réglementation ne garantit pas une protection juridictionnelle adéquate des particuliers lésés par des violations des règles pertinentes du droit communautaire ou des règles nationales transposant ce droit »[8].

7 — Voir arrêt du 15 mai 2003, Commission/Espagne (C-214/00, EU:C:2003:276).

8 — Arrêt du 15 mai 2003, Commission/Espagne (C-214/00, EU:C:2003:276, point 80).

29. À mon sens, dans son arrêt Commission/Espagne (C-214/00, EU:C:2003:276), la Cour a simplement rejeté le grief de la Commission, et ce sans porter de jugement sur le bien-fondé de ce grief, parce que la Commission n'avait pas démontré à suffisance l'existence d'une violation du droit de l'Union. C'est pourquoi cette décision ne peut pas être interprétée, selon moi, comme une déclaration de conformité du droit espagnol au droit de l'Union. Cette question n'a pas été réglée.

30. Deuxièmement, il convient de souligner que la question posée dans la présente demande de décision préjudicielle ne porte pas sur l'*exclusion* du contrôle des actes préparatoires. Elle concerne la possibilité du *report* du contrôle à un stade ultérieur. Selon la législation espagnole pertinente, des actes purement préparatoires ne sont pas attaquables de manière autonome dans le cadre du recours (juridictionnel) spécial en matière de marchés publics. Ainsi que le gouvernement espagnol l'a déclaré, cette exclusion répond à l'objectif d'économie procédurale. Elle tend à éviter des retards indus dans la procédure de passation. Toutefois, il a aussi été souligné que cette exclusion n'empêchait pas l'appréciation des actes préparatoires à un stade ultérieur, lors du contrôle de la décision finale d'attribution.

31. Troisièmement, la première question de la juridiction de renvoi invoque uniquement l'article 1er, paragraphe 1, et l'article 2, paragraphe 1, sous a) et b), de la directive recours. Or, l'article 1er, paragraphe 3, de la directive recours est également pertinent dans la présente affaire. La notion de « décision du pouvoir adjudicateur susceptible de recours » présente un lien logique avec la question de la qualité pour agir. Conformément à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive recours, les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

32. La question qui doit être appréciée ci-après, sous 2, est donc celle de savoir si ces trois dispositions, prises dans leur ensemble, imposent un contrôle *immédiat* et *autonome* de *toute* décision du pouvoir adjudicateur, en ce compris des actes préparatoires tels que l'admission d'un candidat à remettre une offre.

2. Le report du contrôle d'actes préparatoires en application de la directive recours

33. Si elle est poussée à la limite de son sens littéral, la seconde partie de l'article 1er, paragraphe 3, pourrait être interprétée, il est vrai, comme exigeant que *toute* décision prise au cours d'une procédure de passation soit susceptible d'un contrôle pourvu que deux conditions portant sur la qualité pour agir soient remplies : la partie requérante doit i) avoir un intérêt à obtenir un marché déterminé *et* ii) avoir été ou risquer d'être lésée par une violation alléguée.

34. Une telle interprétation aurait toutefois des conséquences extrêmes. Une définition aussi large et en quelque sorte illimitée de la qualité pour agir signifierait que la moindre décision, si marginale ou accessoire soit-elle, pourrait immédiatement être attaquée et que la procédure de passation soit effectivement bloquée. Or, à mon sens, il faut atteindre un équilibre raisonnable entre les différents intérêts qui sont en jeu dans le cadre des procédures de marchés publics [9], à savoir, d'une part, le droit d'accès à un juge et à un recours juridictionnel pour contester des aspects de la procédure et, d'autre part, l'efficacité de la procédure dans son ensemble ainsi que l'économie de la justice.

9 — Voir arrêt du 11 septembre 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, point 63), ainsi qu'ordonnance du 23 avril 2015, Commission/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, points 31 et 34].

35. Certes, comme le soutient la Commission, la Cour a adopté une interprétation large de la notion de « décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs ». La Cour a déclaré que l'article 1er, paragraphe 1, de la directive recours ne prévoit aucune restriction en ce qui concerne la nature et le contenu de ces décisions [10] ; que la portée du contrôle juridictionnel ne saurait être interprétée de manière restrictive [11], et que constitue une décision susceptible de recours, au sens de l'article 1er, paragraphe 1, tout acte du pouvoir adjudicateur, adopté en rapport avec un marché public de services relevant du champ d'application matériel des directives sur les marchés publics et susceptible d'avoir des effets juridiques [12].

36. Toutefois, selon moi, les termes « susceptible de recours » ne signifient pas nécessairement « susceptible d'une procédure de recours *immédiate* et *autonome* ». Je ne pense pas que la directive recours exige des États membres de prévoir un contrôle immédiat pour chaque étape de la procédure de passation, telle l'admission d'un candidat à remettre une offre. C'est ce qui découle du libellé, de la nature, de l'évolution et de l'objectif de la directive recours.

37. Premièrement, il y a lieu de garder à l'esprit que, la définition relativement large de la qualité pour agir contenue à l'article 1er, paragraphe 3, est précédée d'une précision importante : « [l]es États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, *selon des modalités que les États membres peuvent déterminer*, au moins à […] » [13].

38. Ce libellé, qui comporte une référence explicite au droit des États membres, confirme la nature de la directive recours en tant qu'instrument d'harmonisation minimale. Ainsi que son intitulé l'indique, le but de la directive recours est de *coordonner* les 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. Elle ne définit pas expressément la portée des voies de recours que les États membres doivent mettre en place à cet effet [14]. Elle établit uniquement les conditions minimales auxquelles doivent répondre les procédures de recours instaurées dans les ordres juridiques nationaux, afin de garantir le respect des prescriptions du droit de l'Union en matière de marchés publics [15].

39. Ainsi, les États membres disposent d'un large pouvoir discrétionnaire dans le choix des garanties de procédure mentionnées dans la directive recours [16]. En l'absence de réglementation de l'Union en la matière, il appartient à chaque État membre, en vertu de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive recours et du principe d'autonomie procédurale des États membres, de mettre en place des procédures administrative et juridictionnelle dont les modalités permettent de sauvegarder les droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. Les États membres doivent toutefois exercer leur pouvoir discrétionnaire dans le respect du principe d'effectivité. Ils ne peuvent donc pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits qu'un particulier tire du droit de l'Union [17].

10 — Voir arrêt du 28 octobre 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, EU:C:1999:534, point 35).

11 — Voir arrêt du 18 juin 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, point 61).

12 — Voir arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, point 34).

13 — Mise en italique par mes soins.

14 — Voir arrêt du 18 juin 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, points 58 et 59).

15 — Voir arrêts du 27 février 2003, Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, point 47), et du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, point 46).

16 — Voir arrêts du 18 juin 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, point 62) ; du 9 décembre 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a. (C-568/08, EU:C:2010:751, point 57), ainsi que du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, point 44).

17 — Voir arrêt du 6 octobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, point 46 et jurisprudence citée).

40. La Cour a admis, en particulier, que le droit national peut subordonner le contrôle des actes pris en matière de marchés publics à certaines conditions, tel un délai de forclusion au-delà duquel il n'est plus possible de contester les décisions du pouvoir adjudicateur [18], ou d'autres sortes de restrictions procédurales, y compris la concentration des procédures [19].

41. De même, dans l'exercice de leur autonomie procédurale, les États membres peuvent aussi prévoir des règles empêchant les parties requérantes d'attaquer, à tout moment, certains actes dans le cadre des procédures de marchés publics, étant donné que la directive recours n'impose pas de moments spécifiques pour opérer le contrôle [20]. Loin d'imposer un contrôle *immédiat* de *tout* type d'acte au cours de la procédure de passation, la directive précise uniquement, au deuxième considérant, que le respect des dispositions de l'Union doit être assuré « à un stade où les violations peuvent encore être corrigées ». Cette précision a été interprétée par la Cour, conformément à d'autres versions linguistiques, comme signifiant « où les violations peuvent *encore* être corrigées » [21].

42. Ainsi, dès lors que la seconde partie de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive recours est examinée à la lumière de son libellé, de son contexte plus large et de la jurisprudence de la Cour, elle ne semble pas imposer le contrôle immédiat, en tout temps, de toute illégalité éventuelle. Le contrôle peut être opéré à un stade ultérieur, pourvu que l'illégalité alléguée peut encore être corrigée.

43. Deuxièmement, la genèse et l'évolution de la directive indiquent que le législateur de l'Union n'a pas entendu exiger un contrôle immédiat pour chacun des actes adoptés au cours de la procédure de passation.

44. Dans sa proposition initiale, la Commission avait rédigé l'article 1er, paragraphe 1, de la façon suivante : « [l]es États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir, *à quelque stade de la procédure de passation de marché public que ce soit*, la possibilité de recours administratifs et/ou juridictionnels efficaces […] » [22]. Dans sa proposition modifiée à la suite de l'avis du Parlement européen en première lecture, la Commission a maintenu une formulation similaire [23]. Si le texte initial avait été retenu, on pourrait soutenir qu'il signifie effectivement que tout acte adopté au cours de la procédure de passation devrait être immédiatement attaquable. Or, puisque le Conseil a abandonné en fin de compte l'exigence formulée dans les termes « à quelque stade de la procédure de passation de marché public que ce soit », il semble que la volonté définitive du législateur est allée plutôt dans un sens contraire.

45. En outre, cette volonté législative n'a pas changé depuis lors, comme le montre la directive 2007/66, qui a modifié la directive recours. En effet, cette dernière n'a souligné aucune faiblesse particulière dans les mécanismes de recours offerts par les États membres *antérieurement* à la décision de passation. Elle a instauré principalement un délai de suspension minimal, prenant cours immédiatement après la décision d'attribution du marché, afin d'éviter la signature précipitée du contrat et d'assurer le contrôle effectif de la décision de passation elle-même.

18 — Voir arrêt du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, EU:C:2002:746, point 79).

19 — Voir arrêt du 9 décembre 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a. (C-568/08, EU:C:2010:751).

20 — Voir arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, point 38).

21 — Voir arrêts du 28 octobre 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, EU:C:1999:534, point 33) ; du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, EU:C:2002:746, point 74), ainsi que du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, point 39). Mise en italique par mes soins.

22 — COM(87) 134 final (JO 1987, C 15, p. 6). Mise en italique par mes soins.

23 — COM(88) 733 final (JO 1989, C 15, p. 8) : « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir, *à quelque stade de la procédure de passation de marché public que ce soit*, que tout entrepreneur […] participant à une procédure de passation de marchés publics […] et tout tiers habilité puissent introduire des recours administratifs et juridictionnels efficaces et rapides à l'encontre de toute décision d'un pouvoir adjudicateur […] violant les règles communautaires ou nationales relatives aux marchés publics » (mis en italique par mes soins).

46. Troisièmement, tant dans les observations écrites que lors de l'audience, l'attention s'est largement focalisée sur l'objectif de la directive recours. L'objectif général, ou l'effet utile, de la directive recours serait-il affecté si *tout* acte adopté au cours de la procédure de passation pouvait (ou ne pouvait pas) être immédiatement attaqué ?

47. La réponse à cette question dépend évidemment de celle de savoir quel est l'objectif *spécifique* de la directive recours. Cet objectif spécifique, qui n'étonnera personne, est d'assurer, d'une part, des voies de recours efficaces aux entreprises pour que le manque de protection sur ce plan ne les dissuade pas, comme les considérants de la directive le précisent, de tenter leur chance et, d'autre part, un renforcement des garanties de transparence et de non-discrimination dans le cadre des procédures de marchés publics.

48. Toutefois, comme dans chaque domaine du droit, toute procédure et tous droits procéduraux qu'elle garantit doivent rester liés à la substance et à l'objectif général de la procédure. Des droits procéduraux ne peuvent pas se muer en une série de droits qui ne se rattachent à rien, ayant perdu tout rapport perceptible avec la situation juridique de la personne concrète. En d'autres termes, pour le résumer en une métaphore, la procédure peut être un bon serviteur, mais elle est un mauvais maître.

49. Selon moi, la directive recours et les droits qu'elle instaure ne sont pas des fins en soi. Ils constituent un moyen pour atteindre une fin qui est que la décision relative à l'attribution d'un marché public soit éclairée, juste, conforme aux règles de la concurrence, transparente ainsi que non discriminatoire et adoptée, si possible, de manière raisonnablement prompte. Dans cette reformulation en termes généraux, il apparaît clairement que, pour arriver à cet objectif, un équilibre doit être atteint entre, d'une part, l'accès à un contrôle juridictionnel effectif et, d'autre part, la conclusion du contrat dans des délais raisonnables.

50. S'il devait être possible, comme la Commission le suggère, d'attaquer tout acte en tout temps devant le juge, la rapidité des procédures de marchés publics (qui ne sont sans doute pas à l'heure actuelle, dans un certain nombre d'États membres, les procédures administratives les plus rapides [24]) ne s'en trouverait guère améliorée. Par ailleurs, la possibilité d'attaquer tout acte préparatoire individuellement aboutirait, en réalité, non pas à une protection juridictionnelle effective accrue, mais plutôt à l'engorgement du système [25]. Ainsi que la Cour l'a elle-même clairement énoncé, la réalisation complète de l'objectif poursuivi par la directive recours serait compromise s'il était loisible aux candidats et soumissionnaires d'invoquer, *à tout moment de la procédure d'adjudication*, des infractions aux règles de passation des marchés, obligeant ainsi le pouvoir adjudicateur à reprendre la totalité de la procédure afin de corriger ces infractions [26].

51. Enfin, dans la recherche d'un équilibre raisonnable entre les intérêts contradictoires que constituent, d'une part, un accès sans restriction au contrôle juridictionnel et, d'autre part, l'économie du procès ainsi que l'effectivité générale de la procédure, il peut être utile de rappeler que ni le droit de l'Union ni les systèmes juridiques des États membres de manière générale [27] n'exigent un contrôle immédiat des actes préparatoires.

24 — Pour un aperçu comparatif général, voir notamment les rapports par pays et le rapport général dans Neergaard, U. et autres (eds.), *Public Procurement Law : Limitations, Opportunities and Paradoxes : The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014, Congress Publications*, volume 3, DJØF Publishing, Copenhague, 2014 ; ainsi que Delvolvé, P. (ed.), « Le contentieux des contrats publics en Europe », dans *Revue française de droit administratif*, nº 1, 2011, p. 1 et suiv.

25 — Ce qui peut ainsi faire dire des procédures complexes, sans que cette boutade relève de la seule satire politique, qu'elles « rendent la construction d'un bungalow, aujourd'hui, plus lente que la construction d'une cathédrale, au XIIe siècle » (*Yes Minister*, série 1, épisode 1 : « Open Government », diffusé pour la première fois, par la BBC, le 25 février 1980).

26 — Arrêt du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, EU:C:2002:746, point 75).

27 — Voir, notamment, pour la France : Guyomar, M., et Seiller, B., *Contentieux administratif*, 3e éd., Dalloz, 2014, p. 295 et suiv. ; pour l'Allemagne : Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12e éd., Verlag C. H. Beck, Munich, 1999, p. 181 et suiv. ainsi que p. 480 et suiv. ; pour l'Italie : Gallo, C. E., *Manuale di Giusitizia Amministrativa*, 6e éd., G. Giappichelli Editore, 2012, p. 143 et suiv. ; pour l'Espagne, García de Enterría, E., et Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 15e éd., Civitas, 2011, p. 595 et suiv.

52. Pour ce qui concerne les actes préparatoires adoptés par l'Union européenne, si des mesures de nature purement préparatoire ne peuvent en tant que telles faire l'objet d'un recours en annulation, les illégalités éventuelles qui les entacheraient pourraient être invoquées à l'appui du recours dirigé contre l'acte définitif dont elles constituent un stade d'élaboration [28].

53. De même, pour ce qui concerne les États membres, la Cour a jugé, dans le cadre d'actes internes adoptés au cours d'une procédure de passation, que le droit national devrait sauvegarder la possibilité de soulever des moyens de droit tirés d'une violation du droit de l'Union, par une décision antérieure du pouvoir adjudicateur, à l'appui de recours formés à l'encontre d'autres décisions de celui-ci [29].

54. En conclusion, je ne crois pas que les règles nationales qui reportent le contrôle juridictionnel d'actes préparatoires à un stade ultérieur devraient être, en soi, considérées comme incompatibles avec la directive recours, à condition que le contrôle efficace de ces actes soit rendu possible à un stade ultérieur et, tout au moins, lorsque la décision d'attribution (« la décision la plus importante du pouvoir adjudicateur » [30]) est prise.

3. Une décision d'admettre un candidat à la procédure de passation

55. Si le report du contrôle de certains types d'actes préparatoires est jugé compatible avec la directive recours, la question fondamentale suivante est de déterminer quels types d'actes peuvent faire l'objet d'un report.

56. À mon sens, la ligne de démarcation entre les actes qui doivent être immédiatement susceptibles d'un contrôle et ceux qui n'ont pas à l'être se trouve entre les actes qui ont des *effets juridiques défavorables* pour les entreprises et ceux qui ne produisent pas de tels effets. Un contrôle immédiat doit être prévu pour les premiers mais ne doit pas nécessairement l'être pour les seconds.

57. Dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, la Cour a déjà fait une distinction entre des actes purement préparatoires qui ne sont pas susceptibles de recours (tels que de simples études préliminaires du marché ou des actes qui sont purement préparatoires et s'insèrent dans le cadre de la réflexion interne du pouvoir adjudicateur) [31] et des décisions du pouvoir adjudicateur qui doivent pouvoir être attaquées. Elle a jugé en particulier que les décisions de ce dernier type sont les décisions qui sont *susceptibles de comporter des effets juridiques*. La Cour n'a pas donné d'autres précisions dans le cadre de cette affaire [32].

58. Pour développer davantage l'approche de la Cour dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), je suggère que, en application de la directive recours, les États membres soient tenus de prévoir un contrôle immédiat pour des actes illégaux qui affectent défavorablement la situation juridique d'un soumissionnaire potentiel d'une façon telle qu'il lui est excessivement difficile ou impossible de participer encore utilement à une procédure de passation, compromettant ainsi la transparence de celle-ci et la concurrence loyale qu'elle doit garantir.

28 — Voir arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission (60/81, EU:C:1981:264, point 12), et du 18 mars 1997, Guérin automobiles/Commission (C-282/95 P, EU:C:1997:159, point 34).

29 — Voir arrêt du 27 février 2003, Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, points 64 et 65).

30 — Voir arrêt du 28 octobre 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, EU:C:1999:534, point 38). De même, aux termes du considérant 13 de la directive 2007/66, une passation illégale de marchés de gré à gré équivaut à la « violation la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics ».

31 — Voir arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, point 35).

32 — Voir arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, point 34).

59. Tel serait notamment le cas lorsqu'une entreprise ne peut plus participer effectivement à la procédure de mise en concurrence du marché ou, si elle le peut encore, lorsque la concurrence apparaît faussée de manière significative en raison de l'acte contesté [33]. Dans l'arrêt Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93), la Cour a jugé qu'une personne doit immédiatement introduire un recours contre une décision du pouvoir adjudicateur fixant les spécifications d'un appel d'offres qu'elle estime discriminatoires, dans la mesure où ces spécifications l'empêchent de participer utilement à la procédure de passation. La Cour a jugé qu'obliger une personne à attendre jusqu'à la notification de la décision d'attribution du marché avant qu'elle puisse attaquer la légalité des spécifications ne correspondait pas aux objectifs de rapidité et d'efficacité de la directive recours. Un tel retard dans l'introduction des procédures de recours a été jugé de nature à nuire à l'application effective des directives en matière de passation de marchés publics [34].

60. En appliquant spécifiquement ces principes à la décision d'admettre un candidat à remettre une offre, il semble qu'une telle décision ne porte pas atteinte à la situation juridique des autres candidats, tout particulièrement dans une procédure ouverte où la concurrence doit être aussi large que possible.

61. À cet égard, il faut faire une distinction entre des effets *juridiques* défavorables qui ont des répercussions immédiates sur la situation juridique d'une entreprise et des conséquences purement *factuelles* pour une entreprise qui participe à une procédure de remise d'offres. Je reconnais sans hésiter que la décision d'admettre un autre concurrent dans une procédure de mise en concurrence ouverte peut avoir des répercussions de fait sur la position des autres concurrents. Ils peuvent être obligés de réagir de certaines façons et d'adapter éventuellement leur stratégie. Toutefois, sauf à analyser toutes les règles en matière de marchés publics comme des maximes de légalité objective et abstraite que tout concurrent potentiel peut faire valoir comme un droit subjectif dont il serait titulaire, la décision d'admission d'un candidat ne porte pas (encore) préjudice à sa situation juridique.

62. Enfin, le fait que la distinction entre les critères de sélection et les critères d'attribution tend progressivement à disparaître vient également à l'appui du report du contrôle d'une décision d'admission d'un candidat. Dans les procédures ouvertes, les nouvelles directives en matière de marchés publics autorisent explicitement l'examen des offres avant la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection [35]. De même, certains éléments qui font habituellement partie de la procédure de sélection des candidats, tels que l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel, peuvent désormais être appréciés au stade de l'attribution [36].

63. Ainsi, il irait également à l'encontre de l'approche la plus récente du législateur de l'Union de considérer qu'un contrôle autonome de la décision d'admission d'un candidat, séparé du contrôle de la décision d'attribution du marché, devrait découler de l'existence d'une phase séparée, autonome, dans la procédure de passation dès lors que les deux phases se rapprochent en fait de plus en plus [37].

33 — Voir arrêt du 12 février 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93).

34 — Voir arrêt du 12 février 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93, points 37 et 38).

35 — Voir notamment article 56, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18 (JO 2014, L 94, p. 65). Voir également article 76, paragraphe 7, de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17 (JO 2014, L 94, p. 243).

36 — Voir article 67, paragraphe 2, sous b), de la directive 2014/24 et article 82, paragraphe 2, sous b), de la directive 2014/25.

37 — Dans son exposé des motifs du projet de directive, la Commission a déclaré que « [l]a distinction entre sélection des soumissionnaires et attribution du contrat, qui est souvent source d'erreurs et d'incompréhensions, a été assouplie » [proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, COM (2011) 896 final, p. 9].

64. Pour ces raisons, j'estime que la directive recours n'impose pas à un État membre de prévoir le contrôle immédiat et autonome d'une décision d'admettre un autre concurrent à une procédure de marché public ouverte. Toutefois, les règles des États membres doivent garantir qu'un moyen tiré de l'illégalité de cette décision peut être soulevé à l'appui d'un recours contre la décision finale d'attribution du marché qui a été prise sur le fondement des décisions antérieures d'admission des candidats.

65. Pour ce qui concerne l'article 310, paragraphe 2, de la loi relative aux marchés publics, j'observe qu'il y est fait une distinction entre deux types d'actes préparatoires adoptés dans le cadre des procédures de passation : i) ceux qui décident directement ou indirectement de l'attribution, empêchent de poursuivre la procédure, entraînent l'impossibilité de se défendre ou causent des préjudices irréparables à des droits ou à des intérêts légitimes ; et ii) ceux qui ne remplissent aucun de ces trois critères. Les premiers peuvent faire l'objet d'un contrôle immédiat par un recours spécial en matière de marchés publics. Les seconds ne sont pas susceptibles d'un tel recours.

66. Il n'appartient pas à la Cour d'interpréter le droit national pour déterminer si l'ensemble de l'article 310, paragraphe 2, de la loi relative aux marchés publics ainsi que tous les actes préparatoires éventuels susceptibles de relever ou non de cette disposition sont compatibles avec le droit de l'Union. La réponse suggérée dans les présentes conclusions ne se rapporte qu'à un seul type d'acte préparatoire : une décision d'admission d'un concurrent à une procédure ouverte de marché public. Pour ce qui est d'autres actes préparatoires qui peuvent être adoptés en droit espagnol, c'est à la juridiction nationale qu'il appartient de décider in concreto si l'article 310, paragraphe 2, de la loi relative aux marchés publics s'oppose au contrôle immédiat d'actes préparatoires qui comportent des effets juridiques défavorables pour des entreprises.

67. Par conséquent, j'estime que l'article 1er, paragraphe 1, l'article 1er, paragraphe 3, et l'article 2, paragraphe 1, de la directive recours ne s'opposent pas à une législation nationale, telle celle en cause dans le litige au principal, à condition que :

— la législation nationale ne fasse pas obstacle au contrôle immédiat d'actes préparatoires qui produisent des effets juridiques défavorables à l'égard des entreprises ;

— et qu'un moyen tiré de l'illégalité d'actes préparatoires qui ne produisent pas d'effets juridiques défavorables à l'égard des entreprises, telle une décision d'admettre un candidat à une procédure de passation, puisse être invoqué à l'appui d'un recours contre la décision finale d'attribution du marché qui a été prise sur le fondement de ces actes préparatoires.

B – Sur la deuxième question préjudicielle

68. Eu égard à la réponse que je suggère pour la première question posée par la juridiction de renvoi, il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question, du moins aux termes de la formulation donnée par la juridiction de renvoi aux questions. Néanmoins, par souci d'exhaustivité, et afin d'assister pleinement la Cour, ma réponse concise à la seconde question relative à l'effet direct de l'article 1er, paragraphe 1, et de l'article 2, paragraphe 1, sous a) et b), de la directive recours serait la suivante.

69. Dans l'arrêt Koppensteiner, la Cour a déjà jugé que l'article 1er, paragraphe 1, et l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive recours sont inconditionnels et suffisamment précis pour fonder un droit en faveur d'un particulier qui peut s'en prévaloir [38]. Ces dispositions ont donc assurément un effet direct.

38 — Voir arrêt du 2 juin 2005, Koppensteiner (C-15/04, EU:C:2005:345, points 38 et 39).

70. Je ne vois pas pourquoi la conclusion ne serait pas la même pour l'article 2, paragraphe 1, sous a), eu égard tant à son libellé clair et précis qu'à la proximité fonctionnelle de cette disposition et de l'article 2, paragraphe 1, sous b).

71. À mon sens, les dispositions de l'article 1er, paragraphe 1, de l'article 2, paragraphe 1, sous a), et de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive recours ont toutes les trois un effet direct.

C – En guise de post-scriptum

72. La directive recours exige un contrôle qui soit effectif sans être nécessairement uniforme. Un équilibre doit être trouvé entre l'accès au contrôle juridictionnel sans restriction au cours de la procédure de passation et l'économie procédurale et juridictionnelle afin de garantir une protection juridictionnelle *effective*. En fin de compte, ce qui importe, c'est qu'il y ait un contrôle effectif et prompt de la décision d'attribution elle-même dans le cadre duquel toutes les étapes antérieures peuvent être mises en cause pour garantir qu'une éventuelle illégalité puisse être redressée en temps utile.

73. La directive recours fixe ainsi un seuil minimal de protection. Pour les raisons qui précèdent, je ne pense pas que cette protection minimale requiert que toute décision du pouvoir adjudicateur soit obligatoirement soumise à un contrôle immédiat et autonome.

74. En effet, on peut concevoir différents modèles se conformant aux règles minimales que la directive recours prévoit : un État membre peut choisir de concentrer le contrôle autant que possible à un moment donné, dans une décision finale unique. Inversement, un autre État membre peut décider d'admettre le contrôle de chacune des étapes de la procédure mais d'exclure alors du contrôle éventuel de la décision finale les aspects déjà traités antérieurement. Il y a donc une certaine souplesse, pourvu qu'il puisse y avoir, à un moment donné, un contrôle juridictionnel prompt et effectif de toutes les étapes de la procédure de passation.

75. Par ailleurs, le fait que les États membres ne soient pas obligés d'agir dans le cas d'une harmonisation minimale ne les empêche pas de le faire. En particulier, rien ne s'oppose assurément à ce que les États membres prévoient des recours plus étendus, y compris, le cas échéant, un contrôle juridictionnel autonome et immédiat des actes préparatoires ayant pu être adoptés au cours d'une procédure de passation.

V – Conclusion

76. Eu égard aux considérations qui précèdent, je recommande à la Cour de répondre à la première question posée par le Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Cour supérieure de justice d'Andalousie) comme suit :

L'article 1er, paragraphes 1 et 3, et l'article 2, paragraphe 1, 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 ne s'opposent pas à une législation nationale, telle celle en cause dans le litige au principal, à condition que :

— la législation nationale ne fasse pas obstacle au contrôle immédiat d'actes préparatoires qui produisent des effets juridiques défavorables à l'égard des entreprises ;

— et qu'un moyen tiré de l'illégalité d'actes préparatoires qui ne produisent pas d'effets juridiques défavorables à l'égard des entreprises, telle une décision d'admettre un candidat à une procédure de passation, puisse être invoqué à l'appui d'un recours contre la décision finale d'attribution du marché qui a été prise sur le fondement de ces actes préparatoires.