CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 17 février 2000 *

1. La société d'ingénierie et de conseil de droit italien TEAM Srl a formé un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance [1] rejetant son recours en indemnité. Le préjudice prétendument subi résulterait, d'une part, d'une décision de la Commission portant annulation d'une procédure d'appel d'offres relative à une étude de faisabilité pour la modernisation d'une jonction ferroviaire à Varsovie et, d'autre part, d'un appel d'offres restreint ultérieur pour une autre étude de faisabilité du même type.

Les antécédents du litige et la procédure devant le Tribunal

2. Le programme PHARE, fondé sur le règlement (CEE) n° 3906/89 du Conseil, du 18 décembre 1989, relatif à l'aide économique en faveur de la république de Hongrie et de la république populaire de Pologne [2], et étendu par la suite à d'autres pays de l'Europe centrale et orientale, constitue le cadre dans lequel la Communauté européenne canalise l'aide économique en vue de mener les actions destinées à soutenir le processus de réforme économique et sociale en cours dans ces pays.

3. L'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 3906/89 prévoit:

«Le choix des actions à financer, sur la base du présent règlement, est fait en tenant compte, entre autres, des préférences et des voeux exprimés par les pays bénéficiaires concernés.»

4. L'article 23 des «General Regulations for Tenders and the Award of Service Contracts financed from PHARE/TACIS Funds» («Réglementation générale relative aux appels d'offres et à l'attribution des marchés de services financés par des fonds PHARE/TACIS», ci-après la «réglementation générale»), dans sa version applicable

* Langue originale: l'anglais.

1 — Arrêt du 29 octobre 1998, TEAM/Commission (T-13/96, Rec. p. II-4073).

2 — JO L 375, p. 11, modifié par les règlements (CEE) n° 2698/90 du Conseil, du 17 septembre 1990 (JO L 257, p. 1), n° 3800/91 du Conseil, du 23 décembre 1991 (JO L 357, p. 10), n° 2334/92 du Conseil, du 7 août 1992 (JO L 227, p. 1), n° 1764/93 du Conseil, du 30 juin 1993 (JO L 162, p. 1), et n° 1366/95 du Conseil, du 12 juin 1995 (JO L 133, p. 1).

à l'époque des faits de la présente affaire [3], dispose:

« Annulation de la procédure d'appel d'offres

1. Avant d'attribuer le marché, le pouvoir adjudicateur peut, sans de ce fait encourir aucune responsabilité à l'égard des soumissionnaires et quel que soit l'état d'avancement de la procédure pour la conclusion du marché, soit décider de clôturer ou d'annuler la procédure d'appel d'offres conformément au paragraphe 2, soit ordonner que la procédure soit recommencée, si nécessaire, sur d'autres bases.

2. L'annulation ou la clôture d'une procédure d'appel d'offres peut notamment avoir lieu dans les cas suivants:

...

d) si des circonstances exceptionnelles rendent impossible l'exécution normale de la procédure d'appel d'offres ou du marché;

...

3. En cas d'annulation d'une procédure d'appel d'offres, les soumissionnaires, qui sont encore engagés par leurs offres, en sont informés par le pouvoir adjudicateur. Ils n'ont droit à aucune indemnisation. »

5. Le 13 juin 1995, la Commission a lancé un appel d'offres restreint pour la réalisation d'une étude de faisabilité relative à la modernisation d'une jonction ferroviaire à Varsovie, sur la ligne E-20 (ci-après l'« appel d'offres de juin 1995 »), devant être financée dans le cadre du projet PHARE PL 9406 (programme d'infrastructure de transport 1994). Cet appel d'offres a été envoyé, notamment, à TEAM et à Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego (Kolprojekt) (ci-après « Kolprojekt »), une société de droit polonais à capital public, exerçant des activités de prestation de services d'ingénierie dans le secteur ferroviaire. Ayant constitué un consortium pour participer conjointement à la procédure, avec Kolprojekt comme chef de file, les deux entreprises ont présenté leur offre.

6. Par télécopie du 16 novembre 1995, la Commission a informé les entreprises soumissionnaires que l'appel d'offres avait été annulé en raison de l'introduction de nouveaux objectifs et de la modification du cahier des charges (ci-après la « décision litigieuse »).

3 — Reproduit au point 4 de l'arrêt du Tribunal.

7. Le 4 décembre 1995, la Commission, «au nom du gouvernement polonais», a lancé un nouvel appel d'offres restreint pour la réalisation d'une étude de faisabilité relative à la modernisation d'un noeud ferroviaire à Varsovie, sur la ligne E-20 TEN (ci-après l'«appel d'offres litigieux»). La requérante figurait sur la liste restreinte de cet appel d'offres, mais pas Kolprojekt. Toutefois, dans le cahier des charges accompagnant l'appel d'offres litigieux, sous la rubrique «Personnel et participation locale», il était indiqué que l'adjudicataire devait travailler avec Kolprojekt et que le budget alloué pour la participation de cette dernière société s'élèverait à 25 % de l'offre financière. Il semble que, pour le reste, le cahier des charges ait été identique à celui qui était prévu dans l'appel d'offres de juin 1995.

8. Par télécopie du 21 décembre 1995, le chef de l'unité compétente de la Commission a annoncé que, à la suite de questions et de remarques de plusieurs soumissionnaires révélant le manque de clarté du cahier des charges en ce qui concernait les informations disponibles, la collecte des données et l'engagement des institutions polonaises, la Commission s'apprêtait à clarifier les aspects concernés avec les autorités polonaises, dans le but de fixer un cahier des charges plus précis dans le courant du mois de janvier, ainsi qu'une nouvelle échéance pour la soumission des offres. La télécopie précisait que, en attendant, la soumission des offres était suspendue et l'échéance reportée.

9. Le 26 janvier 1996, la requérante et Kolprojekt ont introduit un recours devant le Tribunal visant à l'annulation de la décision litigieuse et de l'appel d'offres litigieux, à l'octroi d'une réparation au titre du préjudice subi et à la condamnation de la Commission aux dépens.

10. Par télécopie du 28 mai 1996, le ministère du Transport et de l'Économie maritime polonais a demandé à la Commission de retirer du programme PHARE PL 9406 l'étude relative à la jonction ferroviaire à Varsovie et de la remplacer par d'autres projets ferroviaires urgents. À cet effet, il a fait valoir que la soumission d'offres était suspendue depuis plusieurs mois et que l'étude ne pouvait être menée. Il s'est également référé à des facteurs extérieurs relatifs à la modernisation prévue de ladite jonction, en particulier l'amélioration de la ligne ferroviaire E-20 sur la section Varsovie-Terespol, ainsi qu'à de nouvelles activités prioritaires de préinvestissement sur une autre ligne.

11. Le directeur général adjoint de la DG IA a, par lettre du 3 juin 1996, informé le ministère polonais que la Commission avait accueilli sa demande. Il précisait que, dans la mesure où il n'y avait plus de raison de poursuivre la procédure d'appel d'offres relative à l'étude, la Commission avait décidé d'annuler toute la procédure sur la base de l'article 23, paragraphe 2, sous d), de la réglementation générale.

12. Par lettre datée du même jour, le directeur de la direction compétente a informé la requérante et Kolprojekt de la

demande du ministère polonais ainsi que de la décision consécutive de la Commission d'annuler toute la procédure d'appel d'offres sur la base de l'article 23, paragraphe 2, sous d), de la réglementation générale.

13. Par ordonnance du 13 juin 1997[4], rendue dans le cadre d'une demande de non-lieu à statuer formulée par la Commission, le Tribunal (quatrième chambre) a déclaré qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions en annulation et a joint au fond la demande visant à faire constater l'irrecevabilité des conclusions en indemnité.

14. Par ordonnance du 8 mai 1998[5], le président de la quatrième chambre du Tribunal, ayant été informé dans le mémoire en réplique par les conseils des requérantes que la requérante Kolprojekt se désistait du présent recours, a radié le nom de cette dernière du registre du Tribunal.

L'arrêt du Tribunal

15. C'est aux points 68 à 79 de son arrêt que le Tribunal a exposé les motifs de sa décision sur le fond. Ses considérations sont résumées brièvement ci-après.

16. Tout d'abord[6], le Tribunal a estimé que les charges et frais encourus par un soumissionnaire pour sa participation à un appel d'offres ne sauraient en principe constituer un préjudice susceptible d'être réparé par l'octroi de dommages-intérêts, car, premièrement, l'article 23 de la réglementation générale applicable à la procédure d'appel d'offres permet au pouvoir adjudicateur de clôturer ou d'annuler la procédure sans de ce fait encourir aucune responsabilité et, deuxièmement, il est précisé dans les instructions aux soumissionnaires, faisant partie du dossier d'appel d'offres de juin 1995, que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'accepter l'offre la plus basse ou d'attribuer le marché.

17. Ensuite[7], le Tribunal a examiné les questions de l'illégalité et du lien de causalité, étant entendu que l'article 23 ne saurait s'appliquer lorsque les chances d'un soumissionnaire de se voir attribuer le marché ont été affectées par une violation du droit communautaire dans la conduite de la procédure d'appel d'offres. Le Tribunal a constaté que TEAM n'avait pas établi l'existence d'une telle violation et que, en tout état de cause, c'était le retrait du programme PHARE PL 9406 de l'étude de faisabilité (et l'acceptation de ce retrait par la Commission en application de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 3906/89) qui avait affecté ses chances d'obtenir le marché. TEAM n'a pas démontré que ce

4 — TEAM et Kolprojekt/Commission (T-13/96, Rec. p. II-983).
5 — Non publiée au Recueil.
6 — Points 69 à 71.
7 — Points 72 à 75.

retrait était contraire au droit communautaire ou qu'il a été causé par le comportement fautif allégué de la Commission.

18. Le Tribunal s'est également penché sur le préjudice résultant prétendument du non-octroi du contrat [8] et a conclu que, puisque la requérante n'avait aucune garantie d'obtenir le contrat, il ne s'agissait pas d'un préjudice né et actuel, mais futur et hypothétique. Quant à l'atteinte qui aurait été portée à son image, il n'y avait pas de lien de causalité entre un comportement illégal de la Commission et le préjudice en résultant prétendument.

19. Le Tribunal a donc rejeté les conclusions en indemnité comme non fondées [9].

20. Le Tribunal s'est en outre prononcé sur deux documents que TEAM a tenté d'invoquer à l'audience, à savoir une lettre, datée du 21 août 1995, du ministère du Transport et de l'Économie maritime polonais à la Commission et une version confidentielle du procès-verbal d'une réunion entre des représentants de la Commission et du ministère, concernant l'évaluation des offres soumises dans le cadre de l'appel d'offres de juin 1995, tenue à Bruxelles le 13 septembre 1995. Le Tribunal a estimé que ces documents ne présentaient aucun intérêt pour la solution du litige et ne les a donc pas pris en considération aux fins de l'arrêt [10]. Toutefois, il ne s'est pas prononcé sur l'admissibilité des deux documents contestée par la Commission.

Les moyens du pourvoi tirés de prétendus vices de procédure commis par le Tribunal

21. Les deux premiers moyens soulevés par TEAM à l'appui de son pourvoi peuvent être regroupés sous ce titre. Ces moyens comportent des allégations selon lesquelles le Tribunal aurait commis, dans son traitement des deux documents susmentionnés, des violations de son règlement de procédure ayant porté atteinte aux intérêts de TEAM.

L'historique des deux documents en question

22. Par une question écrite envoyée le 11 mai 1998, le Tribunal a demandé à la Commission, au titre de l'article 64 de son règlement de procédure, de produire, avant le 20 mai 1998, les procès-verbaux, notes et mémorandums relatifs à la décision litigieuse et à l'appel d'offres litigieux ainsi que la correspondance écrite qu'elle a échangée avec les autorités polonaises,

8 — Points 76 et 77.
9 — Point 78.
10 — Point 79.

entre le 13 juin et le 4 décembre 1995, au sujet du déroulement des deux appels d'offres. Le 20 mai 1998, la Commission a envoyé ces documents au Tribunal sous couvert d'une lettre affirmant qu'ils étaient sans rapport avec le litige et, de toute façon, confidentiels, et a donc demandé au Tribunal de ne pas les verser au dossier et de ne pas les communiquer à la requérante sans avoir pris connaissance de nouvelles observations de sa part. Le 4 juin 1998, le Tribunal a renvoyé les documents à la Commission en lui demandant d'en produire une version non confidentielle. La Commission a répondu à cette demande par lettre du 5 juin 1998, déclarant qu'il ne lui appartenait pas de fournir les documents émanant des autorités ou du gouvernement polonais, envoyant les autres documents dûment expurgés de tout contenu confidentiel et réitérant son avis selon lequel les documents étaient, en tout état de cause, sans rapport avec le litige.

23. Le Tribunal a transmis les documents à TEAM le 12 juin 1998. Il s'agissait notamment d'une lettre, datée du 21 août 1995, du ministère du Transport et de l'Économie maritime polonais à la Commission et d'une version non confidentielle du procès-verbal d'une réunion, tenue à Bruxelles le 13 septembre 1995 entre des représentants de la Commission et de ce ministère, concernant l'évaluation des offres soumises dans le cadre de l'appel d'offres de juin 1995.

24. La lettre du 21 août 1995 constituait une réponse à une lettre de la Commission du 11 août 1995 dans laquelle celle-ci avait déclaré n'être en mesure d'approuver ni le rapport d'évaluation des offres (qui avait recommandé l'attribution du marché à TEAM et à Kolprojekt) ni l'issue de la procédure d'appel d'offres et avait indiqué que, si les autorités polonaises souhaitaient que l'étude continue de bénéficier d'un financement PHARE, une nouvelle évaluation devrait avoir lieu. La lettre du 21 août 1995 exprimait la surprise du ministère à cet égard et demandait des éclaircissements à la Commission, tout en reconnaissant que la décision finale concernant le choix de l'adjudicataire revenait à la Commission.

25. Le procès-verbal de la réunion du 13 septembre 1995, convoquée dans le but de clarifier la position de la Commission, rapporte l'avis de la Commission selon lequel les deux offres les plus avantageuses économiquement étaient, à égalité, celles présentées par des sociétés autres que TEAM, avec TEAM en troisième place. Une annexe, accompagnée d'un tableau allouant des points de pourcentage à l'ensemble des cinq soumissionnaires en fonction de différents critères, fournit les motifs détaillés de cet avis.

26. Au cours de l'audience du 25 juin 1998, TEAM a demandé à ce que ces deux documents soient versés au dossier. Le Tribunal, estimant qu'ils étaient sans rapport avec le litige, a rejeté cette demande.

Résumé des arguments

27. TEAM fait observer que c'est dans la requête formée le 26 janvier 1996 qu'elle a demandé pour la première fois au Tribunal d'inviter la Commission à produire tous les procès-verbaux de réunions pertinents et la correspondance en cause, soit deux ans et demi avant que la demande formelle du Tribunal n'intervienne. Elle soutient que le comportement du Tribunal constitue une violation manifeste des droits de la défense, dès lors que la décision demandant la production des documents a été prise de façon excessivement tardive, lorsqu'elle n'était plus en mesure de présenter des observations écrites et avait peu de temps pour utiliser ces documents aux fins de l'audience.

28. TEAM affirme également que le Tribunal a commis une violation encore plus grave des droits de la défense en refusant de prendre en considération les deux documents: le Tribunal a décidé de questions essentielles pour l'exercice des droits de la défense de la requérante, telles que la pertinence et la confidentialité des documents à produire, sans lui donner l'occasion d'exprimer son point de vue. De surcroît, le Tribunal a commis de graves erreurs de procédure en estimant, sans motivation, que les documents n'étaient pas pertinents et en refusant de les prendre en considération.

29. TEAM ajoute que le Tribunal a dénaturé les éléments de preuve dans la mesure où il a estimé qu'ils n'avaient aucun intérêt aux fins de la solution du litige: au contraire, les documents en question sont pertinents pour une correcte appréciation d'au moins deux éléments du recours, à savoir l'illégalité du comportement de la Commission et le rôle décisif joué par celle-ci en modifiant le déroulement de l'appel d'offres et en en empêchant la poursuite.

30. Enfin, TEAM déclare que le Tribunal n'a fourni aucune motivation de sa décision concernant la pertinence des documents, ce qui suffit en soi à invalider l'arrêt attaqué.

31. La Commission fait remarquer qu'il s'est écoulé deux ans et dix mois entre l'introduction du recours devant le Tribunal et le prononcé de l'arrêt. Elle attire l'attention, toutefois, sur les aspects inhabituels de l'affaire, à savoir le fait que le Tribunal s'est vu demander de statuer sur des faits intervenus après le début de la procédure, le fait que TEAM n'a quantifié ses conclusions en indemnité que dans le mémoire en réplique déposé le 8 octobre 1997 (soit un an et dix mois après l'introduction du recours) et le fait que le souhait de Kolprojekt de se désister de son recours n'a été notifié au Tribunal qu'à cette même date. Le Tribunal n'a donc pas pu se faire une idée précise de la situation avant la clôture de la procédure écrite, c'est-à-dire à la fin du mois de novembre 1997. Dans ces circonstances, il est impossible de prétendre que les mesures d'instruction adoptées en mai 1998 l'ont été avec un retard excessif ou injuste.

32. Quant au prétendu défaut de motivation du refus de prendre en considération les documents, la Commission soutient que le point 79 de l'arrêt, qui contient l'expression «il résulte de ce qui précède» et qui doit donc être lu en association avec les points 12 [11], 73, 74 et 75, fait apparaître clairement la logique sous-tendant la décision du Tribunal.

Analyse

33. TEAM reproche essentiellement au Tribunal: i) d'avoir ordonné la production des documents avec un retard excessif; ii) d'avoir décidé de questions touchant aux droits de la défense de TEAM — à savoir la pertinence et la confidentialité des documents — sans l'avoir entendue; iii) d'avoir, à tort, refusé de prendre en considération les documents et d'avoir dénaturé les éléments de preuve en concluant qu'ils n'étaient pas pertinents, et iv) de n'avoir pas motivé sa décision sur ce point.

34. Bien que les mesures d'organisation interne du Tribunal ne relèvent généralement pas du contrôle de la Cour [12], la durée excessive de la procédure devant le Tribunal peut constituer un moyen de pourvoi [13]. Dans la présente affaire, toutefois, rien ne vient étayer l'allégation selon laquelle le Tribunal aurait indûment tardé à ordonner la production des documents. Ce n'est que dans son ordonnance du 13 juin 1997 que le Tribunal a décidé de surseoir à statuer sur l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission jusqu'à ce qu'il se prononce sur le fond des conclusions en indemnité. Le mois suivant, la Commission, dans son mémoire en défense déposé le 16 juillet 1997, a mentionné l'existence d'un acte notarié par lequel les représentants de Kolprojekt déclaraient révoquer le mandat de représentation de leurs avocats (qui représentaient également TEAM), observant qu'ils avaient demandé à ces avocats de s'abstenir de toute action au nom de Kolprojekt. Cet acte a ensuite été joint à la réplique déposée par TEAM le 8 octobre 1997. Dans son ordonnance du 8 mai 1998, le Tribunal a déclaré que cet acte devait être considéré comme un désistement au sens de l'article 99 de son règlement de procédure et a donc radié le nom de la requérante Kolprojekt du registre du Tribunal. Trois jours plus tard, le Tribunal a demandé pour la première fois à la Commission de lui fournir tous documents pertinents. Étant donné les circonstances décrites ci-dessus, le délai écoulé entre le dépôt du recours de TEAM et cette première demande ne peut être considéré comme déraisonnable ou excessif.

35. Pour ce qui est des griefs relatifs à la manière dont le Tribunal est parvenu à sa décision sur la pertinence et la confidentialité des documents, la Cour a souligné à plusieurs reprises qu'il appartient au seul

11 — Qui résume la télécopie du ministère du Transport et de l'Économie maritime polonais demandant à la Commission de retirer du programme PHARE l'étude de faisabilité: voir le point 10 des présentes conclusions.

12 — Ordonnance de la Cour du 14 décembre 1995, Hogan/Cour de justice (C-173/95 P, Rec. p. I-4905, point 15).

13 — Arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, Baustahlgewebe/Commission (C-185/95 P, Rec. p. I-8417).

Tribunal d'apprécier la valeur qu'il convient d'attribuer aux éléments de preuve produits devant lui et que cette appréciation ne constitue pas, sous réserve du cas de la dénaturation de ces éléments, une question de droit soumise au contrôle de la Cour [14]. Rien dans l'arrêt du Tribunal ne laisse à penser que ce dernier ait dénaturé les éléments de preuve dont il disposait.

36. S'agissant, plus spécifiquement, de l'argument relatif à la confidentialité, c'est au Tribunal et, plus précisément, à la chambre à laquelle l'affaire a été attribuée qu'il incombe de statuer sur les incidents de procédure soulevés par les parties et, notamment, sur les questions que peut soulever la communication entre parties de pièces secrètes ou confidentielles [15]. De plus, et en tout état de cause, le Tribunal a examiné les versions confidentielles et les a exclues comme étant sans pertinence: puisque, comme il vient d'être indiqué, cette décision ne peut pas faire l'objet d'un contrôle par la Cour, il nous paraît que le grief du pourvoi portant sur la confidentialité n'a plus d'objet autonome.

37. Quant aux arguments relatifs aux droits de la défense de TEAM, il apparaît clairement que TEAM a eu l'occasion de s'exprimer au sujet des deux documents. Elle a reçu la lettre et la version non confidentielle du procès-verbal presque deux semaines avant l'audience; en outre, elle admet avoir entre-temps obtenu ses propres copies des deux documents, comprenant selon toute probabilité la version confidentielle du procès-verbal, qui est annexée à son pourvoi.

38. Enfin, TEAM affirme que le Tribunal a omis de motiver la constatation selon laquelle les documents étaient dénués de pertinence. S'il est vrai que le Tribunal est soumis au principe général qui impose à toute juridiction l'obligation de motiver ses décisions, en indiquant notamment les raisons qui l'ont amenée à ne pas retenir un grief formellement invoqué devant elle [16], ce principe ne signifie pas que le Tribunal soit tenu de motiver chaque décision en matière procédurale ou de preuve: en vertu de ce principe, le Tribunal doit répondre à tous les moyens de droit invoqués devant lui, mais n'est pas forcément tenu d'examiner tous les arguments supplémentaires [17]. Il n'est notamment pas obligé de motiver chaque appréciation des preuves: de telles appréciations sont, comme il est indiqué plus haut, des constatations de fait et non des décisions sur des questions de droit.

39. Les moyens du pourvoi soulevés par TEAM et tirés de prétendus vices de

14 — Voir par exemple l'arrêt du 16 septembre 1997, Blackspur DIY e.a./Conseil et Commission (C-362/95 P, Rec. p. I-4775, point 29).

15 — Ordonnance du Tribunal du 10 décembre 1997, NMH Stahlwerke e.a./Commission (T-134/94, T-136/94 à T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 et T-157/94, Rec. p. II-2293, point 41).

16 — Arrêt de la Cour du 1er octobre 1991, Vidrányi/Commission (C-283/90 P, Rec. p. I-4339, point 29).

17 — Arrêt Vidrányi, précité, point 31; voir également les conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire Moritz/Commission (arrêt de la Cour du 17 décembre 1992, C-68/91 P, Rec. I-6849, point 7).

procédure commis par le Tribunal sont donc dénués de fondement.

Les moyens du pourvoi concernant la qualification par le Tribunal des arguments invoqués par TEAM

40. TEAM soutient que, sur deux points, le Tribunal s'est fondé sur une qualification incorrecte des arguments exposés dans la requête et donc sur une détermination erronée de leurs implications juridiques: le premier point concerne le préjudice prétendument subi et le second, le lien de causalité.

La notion de préjudice réparable

41. TEAM critique tout d'abord le Tribunal pour avoir estimé que le préjudice invoqué, à savoir notamment la non-obtention du contrat, ne pouvait être réparé que si elle avait un droit au contrat. Elle fait observer qu'elle avait souligné, tant dans ses mémoires écrits qu'à l'audience, que le préjudice qu'elle invoque ne consistait pas dans la non-obtention du contrat, mais résultait de l'apparition d'une situation juridique différente. Conformément à un principe bien établi, en cas d'irrégularité dans un appel d'offres, le participant qui a respecté la procédure prescrite peut demander réparation à la fois pour la perte de chances à l'attribution du marché et pour les charges et frais supportés dans le cadre de sa participation à l'appel d'offres; et ce indépendamment de la manière dont s'est terminée ou aurait pu se terminer la procédure d'attribution du marché. Ce principe se fonde sur l'idée que le soumissionnaire dispose au moins d'une chance d'obtenir le marché et que c'est précisément en vue de cette chance qu'il effectue les dépenses liées à l'élaboration de l'offre. Le Tribunal a dénaturé la thèse de TEAM sur le préjudice, ignorant totalement les principes juridiques invoqués, et a donc commis une grave erreur de droit.

42. La Commission rétorque que le Tribunal a bel et bien examiné la demande relative à la perte de chances à l'attribution du marché et qu'il est parvenu à la conclusion que cette perte n'avait pas été déterminée par une violation éventuelle du droit communautaire par la Commission mais par un acte du gouvernement polonais, à savoir le retrait de l'étude. TEAM l'a d'ailleurs admis dans sa réplique devant le Tribunal, dans laquelle elle a déclaré que la décision de retrait de l'étude prise par les autorités polonaises, loin d'avoir supprimé le préjudice invoqué, l'avait rendu irrémédiable. En outre, le Tribunal a estimé que TEAM n'avait pas démontré l'existence d'une violation du droit communautaire par la Commission.

43. Le pourvoi de TEAM sur ce point est, à notre avis, irrecevable. Dans sa requête déposée devant le Tribunal, TEAM décompose ses conclusions en indemnité en trois éléments: i) charges et frais; ii) perte découlant de la non-attribution du marché,

et iii) tort causé à l'image de marque. Cette formule est répétée dans la réponse de TEAM, déposée le 8 août 1996, à la demande de non-lieu à statuer introduite par la Commission et dans la réplique déposée le 8 octobre 1997; elle est confirmée par la quantification des conclusions en indemnité faite dans ces deux documents. Ainsi, il semble que, devant le Tribunal, TEAM demandait incontestablement réparation pour la non-obtention du contrat. Une partie ne peut pas soulever pour la première fois devant la Cour un moyen qu'elle n'a pas soulevé devant le Tribunal [18]. Ce moyen du pourvoi est donc irrecevable.

44. En tout état de cause, ce moyen du pourvoi est dénué de fondement. Ainsi que TEAM le fait elle-même observer, le préjudice pour perte de chances à l'attribution du marché ne pourrait survenir que si la conduite de la procédure avait été irrégulière. Comme il ressort du point 69 de l'arrêt du Tribunal, en vertu de l'article 23, paragraphe 1, de la réglementation générale, le pouvoir adjudicateur peut, avant d'attribuer le marché, sans de ce fait encourir aucune responsabilité à l'égard des soumissionnaires, décider de clôturer ou d'annuler la procédure d'appel d'offres, ou bien prescrire de recommencer la procédure, si nécessaire, sur d'autres bases. Comme l'indique le Tribunal, cette disposition ne saurait valider un comportement de la Commission contraire aux principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime. Toutefois, rien ne suggère que ces principes aient été violés en l'espèce. Ainsi, il n'est pas établi que TEAM ait été «incité[e] par l'institution adjudicatrice à effectuer par anticipation des investissements irréversibles et, partant, à excéder les risques inhérents aux activités considérées, consistant à soumettre une offre, [de sorte que] la responsabilité non contractuelle de la Communauté [puisse] être engagée», selon les termes employés par le Tribunal dans l'arrêt Embassy Limousines & Services/Parlement [19]. Nous ne voyons par conséquent aucune raison de remettre en cause la conclusion du Tribunal selon laquelle TEAM n'a pas démontré l'existence d'une violation du droit communautaire par la Commission.

Caractère erroné des critères relatifs à la détermination du lien de causalité

45. TEAM fait valoir que le Tribunal a procédé à une application erronée des critères relatifs à la détermination du lien de causalité. L'arrêt part en effet de la conviction que le préjudice invoqué n'est pas imputable à des actes et comportements illégaux de la Commission, mais plutôt au retrait du projet décidé de manière autonome par les autorités polonaises. Cette conclusion est erronée, affirme TEAM, à deux égards: d'une part, le préjudice invoqué par la requérante est imputable à des actes et comportements de la Commission dans la gestion de la procédure d'appel d'offres, et est sans rapport avec les décisions prises ultérieurement par les autorités polonaises; d'autre part, ces décisions ont

18 — Arrêt de la Cour du 1er juin 1994, Commission/Brazzelli Lualdi e.a. (C-136/92 P, Rec. p. I-1981, point 59).

19 — Arrêt du 17 décembre 1998 (T-203/96, Rec. p. II-4239).

en tout cas leur cause — ou au moins une cause concomitante — dans ces comportements illégaux de la Commission.

46. TEAM soutient, en se fondant sur l'arrêt Embassy Limousines & Services/Parlement [20], que la Commission a agi illégalement en refusant d'entériner la recommandation du comité d'évaluation. Le Tribunal aurait donc dû conclure que le préjudice invoqué par la requérante — à savoir la perte de chances et les frais et charges — était la conséquence directe des actes de la Commission et n'avait rien à voir avec la décision ultérieure du gouvernement polonais. De plus, étant donné que le retard dans l'attribution du marché — exclusivement imputable aux comportements illégaux de la Commission — a été un motif fondamental qui a contribué à la décision des autorités polonaises de retirer le projet, la conclusion du Tribunal, selon laquelle le retrait ne serait en aucune façon imputable aux comportements reprochés à la Commission, n'apparaît pas justifiée.

47. La Commission déclare que l'inclusion dans l'appel d'offres litigieux de l'obligation, pour l'adjudicataire, de travailler avec Kolprojekt et l'ajout d'une clause aux termes de laquelle la part affectée à la participation de cette dernière aurait été égale à 25 % du montant de l'offre financière montrent que cet appel d'offres était substantiellement différent de celui de juin 1995. Ces modifications, qui ont amendé en profondeur le contenu économique et les méthodes de travail du projet mis en adjudication, ont été introduites à la demande expresse du gouvernement polonais. La Commission s'attache à distinguer les faits de l'espèce de ceux de l'affaire Embassy Limousines & Services/Parlement: dans cette dernière affaire, il a été prouvé que le comportement du Parlement avait déterminé l'existence d'une confiance légitime susceptible de faire naître la responsabilité extracontractuelle pour le pouvoir adjudicateur; en tout état de cause, le Tribunal, dans cette même affaire, avait statué que les coûts liés à la préparation de l'offre doivent rester à la charge de l'entreprise qui a choisi de participer à la procédure, la faculté de concourir pour un marché n'impliquant pas la certitude de l'adjudication qui en résulte [21], et que la requérante n'était pas fondée à exiger une compensation pour sa perte de profit, car cela serait revenu à donner effet à un contrat qui n'avait jamais existé [22]. Ce principe s'appliquerait a fortiori dans la présente affaire, car non seulement le contrat n'a jamais existé, mais il ne pouvait plus exister dès lors que le gouvernement polonais avait retiré le projet.

48. Ce moyen du pourvoi comporte deux aspects distincts mais liés. Il s'agit, d'une part, de l'argument selon lequel le préjudice invoqué est dû aux actes et aux manquements illégaux de la Commission et non à la décision du gouvernement polonais de retirer l'étude, ainsi que l'a jugé le Tribunal et, d'autre part, de l'argument selon lequel cette décision a, de toute façon, été provoquée en grande partie par le comportement illégal de la Commission.

20 — Précité dans la note 19.

21 — Point 75 de l'arrêt.

22 — Point 96 de l'arrêt.

49. À notre sens, les constatations du Tribunal relatives au lien de causalité sont des constatations de fait et, comme telles, ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle par la Cour. Même si ce n'était pas le cas, et même si le préjudice invoqué ou la décision des autorités polonaises résultait de la gestion par la Commission de la procédure d'appel d'offres, nous n'estimons pas que l'issue du litige aurait été ou aurait dû être différente, car, comme nous l'avons indiqué auparavant, aucun élément ne laisse à penser que la Commission ait agi illégalement.

50. Il s'ensuit qu'aucun des moyens du pourvoi ne saurait prospérer.

Conclusion

51. En conséquence nous estimons qu'il appartient à la Cour de:

i) rejeter le pourvoi;

ii) condamner TEAM aux dépens.