Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (huitième chambre)

21 décembre 2016*

«Renvoi préjudiciel — Marchés publics — Directive 89/665/CEE — Procédures de recours en matière de passation des marchés publics — Article 1er, paragraphe 3 — Intérêt à agir — Article 2 bis, paragraphe 2 — Notion de "soumissionnaire concerné" — Droit d'un soumissionnaire définitivement exclu par le pouvoir adjudicateur d'introduire un recours contre la décision ultérieure d'attribution du marché»

Dans l'affaire C-355/15,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative, Autriche), par décision du 20 mai 2015, parvenue à la Cour le 13 juillet 2015, dans la procédure

Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH

contre

Universität für Bodenkultur Wien,

VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien,

LA COUR (huitième chambre),

composée de M. M. Vilaras, président de chambre, MM. M. Safjan et D. Šváby (rapporteur), juges,

avocat général : M. M. Wathelet,

greffier : M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées :

— pour la Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH, par Me J. Schramm, Rechtsanwalt,

— pour l'Universität für Bodenkultur Wien, par Me O. Sturm, Rechtsanwalt,

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

— pour le gouvernement italien, par Mme G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M. S. Varone, avvocato dello Stato,

* Langue de procédure : l'allemand.

— pour le gouvernement polonais, par M. B. Majczyna, en qualité d'agent,

— pour la Commission européenne, par MM. B.-R. Killmann et A. Tokár, en qualité d'agents,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO 2007, L 335, p. 31) (ci-après la « directive 89/665 »).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant la Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH (ci-après, ensemble, le « groupement ») à l'Universität für Bodenkultur Wien (université des ressources naturelles et des sciences de la vie de Vienne, Autriche, ci-après la « BOKU Wien ») au sujet de l'attribution par cette dernière à VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien (ci-après « Vamed ») d'un accord-cadre portant sur des marchés publics de services.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

La directive 89/665

3 Aux termes des considérants 3, 4, 6, 8, 18, 25 et 27 de la directive 2007/66, directive modificative dont procède la directive 89/665 :

« (3) Les consultations des parties concernées ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice ont révélé un certain nombre de faiblesses dans les mécanismes de recours existant dans les États membres. En raison de ces faiblesses, les mécanismes visés [notamment par la directive 89/665] ne permettent pas toujours de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. [...]

(4) Parmi les faiblesses relevées figure notamment l'absence, entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion dudit marché, d'un délai permettant un recours efficace. Cela conduit parfois les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices désireux de rendre irréversibles les conséquences de la décision d'attribution contestée à précipiter la signature du contrat. Afin de remédier à cette faiblesse, qui compromet gravement la protection juridictionnelle effective des soumissionnaires concernés, c'est-à-dire les soumissionnaires qui n'ont pas encore été définitivement exclus, il y a lieu de prévoir un délai de suspension minimal, pendant lequel la conclusion du contrat concerné est suspendue [...]

[...]

(6) Le délai de suspension devrait donner aux soumissionnaires concernés le temps suffisant pour étudier la décision d'attribution du marché et déterminer s'il est opportun d'engager une procédure de recours. Lorsque la décision d'attribution du marché est notifiée aux soumissionnaires concernés, ceux-ci devraient recevoir les informations pertinentes, qui leur sont indispensables pour introduire un recours efficace. [...]

[...]

(8) [...] [U]n délai de suspension n'est pas nécessaire si le seul soumissionnaire concerné est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés. Dans ce cas de figure, il n'y a plus d'autre partie prenante à la procédure de passation de marché qui aurait intérêt à recevoir la notification et à bénéficier d'un délai de suspension lui permettant d'exercer un recours efficace.

[...]

(18) Afin de prévenir toute violation grave de l'obligation de délai de suspension et de suspension automatique, qui sont des conditions indispensables pour qu'un recours soit efficace, il convient que des sanctions effectives soient appliquées. Il convient dès lors que les marchés conclus en violation du délai de suspension ou de la suspension automatique soient considérés en principe comme dépourvus d'effets s'ils s'accompagnent de violations [notamment, de 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 (JO 2004, L 134, p. 114, et rectificatif, JO 2004, L 351, p. 44)] telles qu'elles ont compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché.

[...]

(25) [...] [L]a nécessité d'assurer dans le temps la sécurité juridique des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices requiert que soit fixé un délai minimal raisonnable de prescription des recours visant à faire constater l'absence d'effet du marché.

[...]

(27) [...] Par souci de sécurité juridique, l'invocabilité de l'absence d'effets d'un marché est limitée dans le temps. L'effectivité de cette limitation dans le temps devrait être respectée. »

4 L'article 1er de la directive 89/665 est libellé comme suit :

« 1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la directive [2004/18], sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive.

[...]

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], 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.

[...] »

5 La directive 89/665 prévoit plusieurs hypothèses dans lesquelles, après l'adoption de la décision d'attribution du marché, il est momentanément interdit au pouvoir adjudicateur de conclure un contrat avec l'entité attributaire. Une telle interdiction résulte notamment de l'effet suspensif automatique attaché aux éventuels recours préalables introduits auprès du pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 1er, paragraphe 5, de cette directive, et aux recours devant une instance responsable des procédures de recours de premier ressort, conformément à l'article 2, paragraphe 3, de ladite directive. Ces interdictions complètent l'obligation faite au pouvoir adjudicateur, par l'article 2 bis de cette même directive, de respecter un délai de suspension entre l'adoption de la décision d'attribution d'un marché et la conclusion du contrat avec l'attributaire de ce marché. Ledit article 2 bis dispose :

« 1. Les États membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 1er, paragraphe 3, disposent de délais permettant des recours efficaces contre les décisions d'attribution de marché prises par les pouvoirs adjudicateurs, en adoptant les dispositions nécessaires qui respectent les conditions minimales énoncées au paragraphe 2 du présent article et à l'article 2 quater.

2. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application de la directive [2004/18] ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

[...]

La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concernés, accompagnée :

— d'un exposé synthétique des motifs pertinents [...], et

— d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable, en vertu des dispositions nationales transposant le présent paragraphe. »

6 Aux termes de l'article 2 ter, premier alinéa, de la directive 89/665 :

« Les États membres peuvent prévoir que les délais visés à l'article 2 bis, paragraphe 2, de la présente directive ne s'appliquent pas dans les cas suivants :

[...]

b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 2 bis, paragraphe 2, de la présente directive est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés ;

[...] »

7 L'article 2 quinquies, paragraphe 1, de cette directive prévoit :

« Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants :

[...]

b) en cas de violation de l'article 1er, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 bis, paragraphe 2, de la présente directive, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation de la directive [2004/18], si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché ;

[...] »

La directive 2004/18

8 Conformément à l'article 7, sous b), de la directive 2004/18, telle que modifiée par le règlement (UE) nº 1251/2011 de la Commission, du 30 novembre 2011 (JO 2011, L 319, p. 17) (ci-après la « directive 2004/18 »), celle-ci s'applique aux marchés publics de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que des autorités gouvernementales centrales, dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure à 200 000 euros.

9 L'article 44, paragraphe 1, de ladite directive dispose :

« L'attribution des marchés se fait sur la base des critères prévus aux articles 53 et 55, compte tenu de l'article 24, après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 45 et 46, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 47 à 52 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3. »

Le droit autrichien

10 L'article 331 du Bundesvergabegesetz 2006 (loi fédérale relative aux marchés publics de 2006, BGBl. I, 17/2006), dans sa version applicable dans la procédure au principal, figure dans la partie de cette loi relative aux procédures déclaratoires. Aux termes du paragraphe 1 de cet article :

« Tout entrepreneur qui a eu un intérêt à la conclusion d'un contrat soumis au champ d'application de la présente loi fédérale peut, lorsque l'illégalité alléguée l'a lésé ou risque de le léser, demander qu'il soit constaté [...] »

Le litige au principal et la question préjudicielle

11 Dans le courant du mois d'octobre 2012, la BOKU Wien a engagé une procédure de passation de marché public, selon la forme de la procédure négociée avec publication d'un avis préalable, en vue de la conclusion avec un adjudicataire unique d'un accord-cadre portant sur la gestion, la maintenance et l'entretien techniques de l'équipement technique de ses bâtiments et installations de laboratoire.

12 Seuls le groupement et Vamed ont présenté une offre dans le délai fixé.

13 Par une décision du 20 décembre 2013, notifiée au groupement, celui-ci a été exclu de ladite procédure de passation, au motif que l'original de la preuve de la constitution d'une garantie bancaire n'avait pas été produit dans le délai fixé.

14 Le recours introduit par le groupement contre cette décision a été rejeté par un arrêt du Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral, Autriche) du 31 janvier 2014. Le recours extraordinaire en *Revision* formé contre cet arrêt a également été rejeté par une ordonnance du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative, Autriche) du 25 mai 2014.

15 Par une décision d'attribution du 14 mars 2014, notifiée à Vamed, la BOKU Wien a retenu l'offre de celle-ci. L'accord-cadre a été conclu par la suite et Vamed a commencé à exécuter les prestations concernées.

16 Le groupement a introduit un recours contre cette décision d'attribution devant le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral). Ce recours a été rejeté par un arrêt du 8 août 2014 au motif que les droits d'un soumissionnaire dont l'offre a été régulièrement écartée ne peuvent subir d'atteinte du fait d'illégalités affectant la sélection d'une autre offre aux fins de l'attribution.

17 Dans le cadre du recours en *Revision* introduit contre ce dernier arrêt devant la juridiction de renvoi, le groupement fait valoir que la situation en cause au principal et l'hypothèse ayant donné lieu à l'arrêt du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), sont similaires. En effet, dans les deux cas, seuls deux soumissionnaires ont été en présence et, si le groupement a effectivement été exclu, il soutient que l'offre de Vamed aurait dû être écartée, car les calculs relatifs à des postes essentiels de cette offre ne seraient ni explicables ni compréhensibles sur le plan économique. Dès lors, comme dans le cadre de cet arrêt, il y aurait deux soumissionnaires dont chacun aurait un intérêt économique équivalent à l'exclusion de l'offre de l'autre et pourrait le faire valoir même si sa propre offre doit être écartée.

18 La juridiction de renvoi expose que, conformément à l'article 331 de la loi fédérale relative aux marchés publics de 2006, la recevabilité d'un recours visant à faire constater l'irrégularité d'une décision en matière de marché public est subordonnée au fait que l'opérateur économique requérant ait eu un intérêt à la conclusion du contrat concerné et que cette irrégularité l'ait lésé ou risque de le léser.

19 Examinant l'arrêt du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), la juridiction de renvoi observe que, dans le cadre de cet arrêt, l'irrégularité de l'offre du soumissionnaire auteur du recours juridictionnel a été constatée non pas par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure de passation du marché concerné, mais dans le cadre de la procédure juridictionnelle introduite par ce soumissionnaire en vue de contester la décision d'attribution de ce marché à un autre soumissionnaire. Cette juridiction relève que, au point 33 de cet arrêt, la Cour a considéré que, dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des soumissionnaires est mise en cause, dans le cadre de la même procédure, pour des motifs de nature identique, chacun d'eux peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre de l'autre. Il en résulterait que, dans cette situation, le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue bénéficie d'une protection juridictionnelle bien que cette offre ne soit pas conforme aux spécifications techniques du marché en cause.

20 La juridiction de renvoi doute que l'enseignement issu de l'arrêt du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), soit également applicable lorsque, deux soumissionnaires ayant initialement présenté une offre, l'exclusion du soumissionnaire qui entend contester la décision d'attribution a été préalablement et définitivement constatée par le pouvoir adjudicateur lui-même. Ses doutes sont fondés sur divers éléments qu'elle relève dans la directive 89/665, au premier rang desquels figure la notion de « soumissionnaire concerné » au sens de l'article 2 bis, paragraphe 2, de cette directive.

21 Toutefois, bien qu'il lui semble que cette directive ne protège pas les soumissionnaires définitivement évincés contre les irrégularités pouvant entacher la décision d'attribution du marché postérieure à leur exclusion définitive, elle se demande si le principe d'égalité de traitement applicable aux soumissionnaires pourrait justifier qu'il soit néanmoins accordé à un tel soumissionnaire définitivement exclu un droit de recours contre cette décision lorsque celle-ci bénéficie au seul autre soumissionnaire en lice.

22 Par ailleurs, dans l'hypothèse où il conviendrait de considérer que le soumissionnaire définitivement exclu de la procédure d'adjudication dispose néanmoins d'un droit de recours contre la décision d'attribution, la juridiction de renvoi expose, d'une part, que le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) a également considéré qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des motifs d'élimination de l'offre de Vamed allégués par le groupement puisqu'ils ne ressortaient pas de façon évidente du dossier de la procédure. Or, une telle position pourrait être justifiée par l'impératif d'instaurer des recours aussi rapides que possible, mentionné à l'article 1er, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665. D'autre part, la juridiction de renvoi s'interroge sur l'importance, dans le cadre du droit à une protection juridictionnelle effective, du fait que les motifs pour lesquels les deux offres en présence devraient être écartées soient de même nature ou de nature différente.

23 Dans ce contexte, le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions suivantes :

« 1) L'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 doit-il être interprété, au regard [de] l'arrêt du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), en ce sens qu'un soumissionnaire dont l'offre a été écartée définitivement par le pouvoir adjudicateur, et qui, dès lors, n'est pas un soumissionnaire concerné au sens de l'article 2 bis de la directive 89/665, peut se voir refuser l'accès à un recours contre la décision d'attribution du marché (décision relative à la conclusion d'un accord-cadre) et contre la conclusion du contrat (y compris à l'octroi de dommages et intérêts exigé à l'article 2, paragraphe 7, de cette directive) même lorsque seuls deux soumissionnaires ont présenté des offres et que l'offre du soumissionnaire auquel le marché a été attribué aurait dû, selon le soumissionnaire non concerné [qui a introduit ce recours], être elle aussi écartée ?

2) En cas de réponse négative à la première question, l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 doit-il être interprété, au regard [de] l'arrêt du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), en ce sens que le soumissionnaire non concerné (au sens de l'article 2 bis de cette directive) doit se voir accorder l'accès à un recours seulement :

a) s'il ressort de façon évidente du dossier de la procédure de recours que la régularité de l'offre du soumissionnaire auquel le marché a été attribué n'est pas constituée ?

b) si c'est pour des motifs de nature identique que la régularité de l'offre du soumissionnaire auquel le marché a été attribué n'est pas constituée ? »

Sur les questions préjudicielles

24 À titre liminaire, il convient de rappeler que, conformément à son article 1er, paragraphe 1, la directive 89/665 n'est applicable qu'aux recours relatifs à des procédures de passation de marché public visées par la directive 2004/18 et non exclues du champ d'application de cette dernière directive par les articles 10 à 18 de celle-ci.

25 Si la décision de renvoi ne contient aucune indication quant à la valeur de l'accord-cadre en cause au principal au regard du seuil d'application de la directive 2004/18, fixé à 200 000 euros pour les marchés publics de services passés par des pouvoirs adjudicateurs autres que des autorités gouvernementales

centrales, conformément à l'article 7, sous b), de cette directive, il ressort de plusieurs éléments du dossier de la procédure nationale que ce seuil est largement dépassé en ce qui concerne cet accord-cadre, ce qu'il revient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier.

26 Dès lors que, par ailleurs, ledit accord-cadre ne relève pas, par sa nature, des exclusions prévues aux articles 10 à 18 de la directive 2004/18, rien ne s'oppose à ce que la Cour réponde aux questions posées.

Sur la première question

27 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 doit, au regard de l'arrêt du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un soumissionnaire qui a été exclu d'une procédure de passation d'un marché public par une décision du pouvoir adjudicateur devenue définitive et qui, dès lors, n'est pas un soumissionnaire concerné au sens de l'article 2 bis de cette directive se voie refuser l'accès à un recours contre la décision d'attribution du marché public concerné et la conclusion du contrat lorsque seuls ce soumissionnaire évincé et l'attributaire de ce marché ont présenté des offres et que ledit soumissionnaire soutient que l'offre de cet attributaire aurait également dû être écartée.

28 À cet égard, il convient de rappeler que, selon les dispositions de l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, et de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665, afin que les recours contre les décisions prises par un pouvoir adjudicateur puissent être considérés comme efficaces, ils doivent être 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 (arrêt du 5 avril 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, point 23).

29 Aux points 26 et 27 de cet arrêt, la Cour a souligné que l'arrêt du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), constituait une concrétisation des exigences des dispositions de l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, et de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665, dans des circonstances où, à la suite d'une procédure de passation d'un marché public, deux soumissionnaires introduisent des recours visant à leur exclusion réciproque. Dans une telle situation, en effet, chacun des deux soumissionnaires a un intérêt à obtenir un marché déterminé.

30 Toutefois, la situation en cause dans l'affaire au principal se distingue très nettement des situations en cause dans les deux affaires ayant donné lieu aux arrêts du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), et du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199).

31 D'une part, les offres des soumissionnaires concernés dans les affaires ayant donné lieu à ces deux arrêts n'avaient pas fait l'objet d'une décision d'exclusion de la part du pouvoir adjudicateur, à la différence de l'offre présentée par le groupement dans l'affaire au principal.

32 D'autre part, c'est dans le cadre d'une seule et même procédure de recours relative à la décision d'attribution du marché que, dans ces deux affaires, chacun des soumissionnaires contestait la régularité de l'offre de l'autre, chacun ayant un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre de l'autre, ces contestations pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière (voir, en ce sens, arrêts du 4 juillet 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, point 33, et du 5 avril 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, point 24). Dans la présente affaire au principal, en revanche, le groupement a introduit un recours d'abord contre la décision d'exclusion adoptée à son égard, puis contre la décision d'attribution du marché, et c'est dans le cadre de la seconde procédure qu'il invoque l'irrégularité de l'offre de l'adjudicataire.

33 Il s'ensuit que le principe jurisprudentiel résultant des arrêts du 4 juillet 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), et du 5 avril 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), n'est pas applicable à la situation procédurale et contentieuse en cause au principal.

34 Il convient, par ailleurs, de relever que, ainsi qu'il ressort de l'article 1er, paragraphe 3, et de l'article 2 bis de la directive 89/665, celle-ci garantit l'exercice de recours efficaces contre les décisions irrégulières intervenant dans le cadre d'une procédure de passation de marché public, en permettant à tout soumissionnaire exclu de contester non seulement la décision d'exclusion, mais également, tant que cette contestation n'a pas été tranchée, les décisions ultérieures qui lui porteraient préjudice dans l'hypothèse où son exclusion serait annulée.

35 Dans ces conditions, l'article 1er, paragraphe 3, de cette directive ne saurait être interprété comme s'opposant à ce que l'accès d'un soumissionnaire tel que le groupement au recours contre la décision d'attribution du marché soit refusé dès lors qu'il doit être considéré comme un soumissionnaire définitivement exclu au sens de l'article 2 bis, paragraphe 2, deuxième alinéa, de cette directive.

36 Eu égard à l'ensemble de ces considérations, il y a lieu de répondre à la question posée que l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un soumissionnaire qui a été exclu d'une procédure de passation d'un marché public par une décision du pouvoir adjudicateur devenue définitive se voie refuser l'accès à un recours contre la décision d'attribution du marché public concerné et la conclusion du contrat lorsque seuls ce soumissionnaire évincé et l'attributaire de ce marché ont présenté des offres et que ledit soumissionnaire soutient que l'offre de cet attributaire aurait également dû être écartée.

Sur la seconde question

37 Eu égard à la réponse apportée à la première question, il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question.

Sur les dépens

38 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (huitième chambre) dit pour droit :

L'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un soumissionnaire qui a été exclu d'une procédure de passation d'un marché public par une décision du pouvoir adjudicateur devenue définitive se voie refuser l'accès à un recours contre la décision d'attribution du marché public concerné et la conclusion du contrat lorsque seuls ce soumissionnaire évincé et l'attributaire de ce marché ont présenté des offres et que ledit soumissionnaire soutient que l'offre de cet attributaire aurait également dû être écartée.

Signatures