CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. SIEGBERT ALBER

présentées le 19 janvier 1999 *

A — Introduction

1. La présente procédure en manquement porte sur l'appréciation, en droit communautaire, de la passation d'une série de marchés de travaux dans le cadre d'un grand projet qui comprend la construction de bâtiments destinés à accueillir le gouvernement et l'administration, ainsi que la construction d'un centre culturel dans le cadre de l'implantation du siège du gouvernement du Land de Basse-Autriche à St. Pölten.

2. La procédure en manquement se fonde sur les événements suivants. Les travaux entrepris en vue de la réalisation de ce grand projet ont débuté en 1992 en ce qui concerne l'hôtel de ville et en 1994 pour ce qui est du centre culturel. Au début du mois de février 1995, la Commission a été informée, à la suite d'une plainte, de l'appel d'offres concernant un marché de fournitures à passer dans le cadre du projet, qui n'était publié que dans le *Niederösterreichischen Amtsblatt*. La Commission a considéré les Allgemeinen Angebots- und Vertragsbedingungen (conditions générales en matière d'offres et cahier des charges, ci-après les «AAVB») sur lesquelles se basait l'appel d'offres comme contraires au droit communautaire — pour violation, entre autres, des règles de publicité, des obligations d'information et des spécifications; elle a fait part de ses constatations au gouvernement autrichien par lettre du 12 avril 1995. Peu de temps après, la Commission a reçu notification d'une loi en matière de passation de marchés, promulguée le 31 mai 1995 par le Land de Basse-Autriche, qui appelait elle aussi des objections, parce qu'elle contenait une clause d'exception pour le projet «hôtel de ville et centre culturel de St. Pölten» (connue sous le nom de «lex St. Pölten») qui aboutissait en pratique à exclure le projet du champ d'application de la loi.

3. L'ensemble du problème a été examiné lors d'une réunion bilatérale entre la Commission et les autorités autrichiennes, qui s'est tenue les 27 et 28 novembre 1995. La Commission invoquait la violation de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993 [1], et de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 [2], ainsi que l'infraction à l'article 30 du traité CE. Informées des réserves émises, les autorités autrichiennes se sont engagées à modifier les AAVB, à abroger la clause d'exception dans la loi relative à la passation de

* Langue originale: l'allemand.

1 — Directive portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54).

2 — Directive portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33).

marchés ainsi qu'à modifier les pratiques en matière de passation de marchés préconisées par le pouvoir adjudicateur, à savoir la Niederösterreichische Landeshauptstadt-Planungsgesellschaft mbH (ci-après la «Nöplan»).

4. A la suite des entretiens, la Commission espérait une action immédiate des autorités autrichiennes en vue

— d'assurer un déroulement correct des procédures de passation devant encore être lancées,

— d'assurer la correction des procédures qui avaient déjà été entamées mais qui n'avaient pas encore été clôturées par l'attribution des marchés visés et

— de garantir, dans la mesure du possible, l'annulation des contrats conclus en violation du droit communautaire, mais non encore exécutés.

5. Les autorités autrichiennes se sont montrées d'accord sur le principe, mais ont souligné la nécessité de disposer d'une période de transition suffisamment raisonnable pour modifier les dispositions juridiques de base (loi relative à la passation de marchés et AAVB).

6. Selon la Commission, les autorités autrichiennes n'étaient pas disposées à aller assez loin dans l'adaptation de leurs pratiques en matière de passation de marchés; elle a donc introduit une procédure en manquement par lettre de mise en demeure du 15 décembre 1995. Elle y exposait que les autorités autrichiennes s'étaient engagées à s'employer auprès des organes décisionnels compétents à faire respecter le droit communautaire à partir de la fin du mois de janvier 1996 [3]. La Commission indiquait entre autres dans sa lettre de mise en demeure qu'elle étendait ses griefs «à tous les lots qui ont déjà été attribués en infraction aux règles communautaires de passation des marchés publics». Elle y demandait à la république d'Autriche «de veiller à ce que les procédures encore à lancer soient passées en conformité avec le droit communautaire», «de suspendre les effets juridiques des marchés attribués illégalement, de suspendre, jusqu'à ce que le respect du droit communautaire soit assuré, les procédures d'attribution en cours, et d'assurer la modification immédiate de la loi du Land de Basse-Autriche en matière de marchés publics et des conditions générales de marché» [4]. Dans cette lettre du 15 décembre 1995, la Commission fixait au gouvernement fédéral un délai d'une semaine pour présenter des observations.

7. Le gouvernement autrichien a répondu par lettre du 22 décembre 1995, en indiquant que, «en dépit des problèmes de délai portés à la connaissance de la Commission lors de la réunion bilatérale, les instances dirigeantes» de la Nöplan «ont été saisies de la question de la passation des marchés publics et ont décidé que la Nöplan devrait

3 — Voir lettre de mise en demeure, point 6.

4 — Voir lettre de mise en demeure, point 10, premier et cinquième alinéas.

dès à présent appliquer les directives communautaires» [5]. Il rappelle à nouveau à la fin que, «malgré les frais supplémentaires et le retard sur le calendrier que cela va entraîner, les directives communautaires doivent être appliquées *dès à présent* lors de tous les appels d'offres» [6].

8. Dans l'avis motivé du 21 février 1996, la Commission rappelle que, «à défaut d'une transposition conforme, les pouvoirs adjudicateurs du Land de Basse-Autriche sont tenus de respecter le droit communautaire susceptible d'avoir un effet direct» [7]. La Commission considère par ailleurs que la réponse du gouvernement autrichien à la lettre de mise en demeure est insuffisante. Elle ne reconnaît pas l'obligation d'action eu égard à la procédure en cours, car l'indication «relative à l'obligation de publication se réfère à l'avenir». La Commission rappelle qu'elle a demandé «de lui fournir une liste des marchés en cours d'attribution et de ceux devant encore faire l'objet d'une publication, de même que des indications à propos de la valeur de ces marchés». Elle constate que, «à ce jour, aucun tableau précis ne lui a été communiqué». Elle demande enfin aux autorités autrichiennes «de prendre toutes les mesures utiles pour corriger l'infraction dénoncée» [8]. A cet effet, elle a fixé un délai de deux semaines à compter de la notification de l'avis.

9. Entre-temps, la commission des marchés de la Nöplan avait décidé, dans sa séance du 6 février 1996, de suspendre toutes les procédures en cours et de soumettre à appel d'offres et d'attribuer les marchés devant encore être passés conformément au droit communautaire. Par la suite, les objections à la loi en matière de passation de marchés ont été levées et les AAVB aménagées conformément au droit communautaire. Depuis lors, les pratiques suivies en matière de passation de marchés sont manifestement conformes au droit communautaire.

10. La Commission a pourtant introduit un recours en manquement le 3 octobre 1996, enregistré le 7 octobre 1996 à la Cour de justice, demandant qu'il plaise à la Cour constater que, lors de la procédure de passation des marchés qui ont été conclus avant le 6 février 1996, mais qui, le 7 mars 1996 — donc à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé du 21 février 1996 —, n'avaient pas encore été exécutés ou pouvaient raisonnablement être annulés, la république d'Autriche a manqué aux obligations de droit communautaire qui lui incombent. En substance, la Commission reproche à la république d'Autriche de ne pas s'être efforcée de rectifier les marchés passés après la réunion-paquet du 28 novembre 1995, donc en connaissance des problèmes de droit communautaire.

11. La république d'Autriche soulève plusieurs moyens d'irrecevabilité et considère le recours comme n'étant pas non plus fondé sur le fond.

5 — Voir réponse du 22 décembre 1995, point 1; mis en italique par l'auteur.

6 — Voir réponse du 22 décembre 1995, «sur le point 8»; mis en italique par l'auteur.

7 — Voir avis motivé du 21 février 1996, point 15.

8 — Pour les citations, voir avis motivé du 21 février 1996, point 16.

12. La Commission conclut qu'il plaise à la Cour:

1) constater que, dans le cadre de la construction à St. Pölten du nouvel hôtel de ville et du nouveau centre culturel pour le Land de Basse-Autriche, lors de la procédure de passation des marchés qui ont été conclus avant le 6 février 1996 mais qui, le 7 mars 1996, n'étaient pas encore exécutés ou qui étaient susceptibles de faire, dans la mesure du possible, l'objet d'une annulation, la république d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des directives 93/37/CEE, du 14 juin 1993 [9], et 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 [10], et qu'elle a violé l'article 30 du traité CE;

2) condamner la république d'Autriche aux dépens.

13. La république d'Autriche conclut qu'il plaise à la Cour:

1) rejeter comme irrecevable (éventuellement comme non fondée) la requête de la Commission du 7 octobre 1996 visant à faire constater que, dans le cadre de la construction à St. Pölten du nouvel hôtel de ville et du nouveau centre culturel pour le Land de Basse-Autriche, lors de la procédure de passation des marchés qui ont été conclus avant le 6 février 1996 mais qui, le 7 mars 1996, n'avaient pas encore été exécutés ou qui étaient susceptibles de faire, dans la mesure du possible, l'objet d'une annulation, la république d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des directives 93/37/CEE, du 14 juin 1993, et 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, et qu'elle a violé l'article 30 du traité CE et

2) condamner la Commission européenne aux dépens de l'instance.

14. Nous reviendrons sur les arguments des parties dans le cadre de l'appréciation juridique.

B — Prise de position

I — *Sur la recevabilité*

15. Le gouvernement autrichien considère le recours irrecevable pour plusieurs raisons.

9 — Directive précitée dans la note 1.

10 — Directive précitée dans la note 2.

1. L'irrecevabilité de l'objet du litige

Le gouvernement autrichien fait valoir que l'objet indiqué rend le recours irrecevable. Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'objet d'un recours en manquement est circonscrit par la procédure précontentieuse. Il est fixé par l'avis motivé de la Commission. Le recours ne saurait dès lors être fondé sur des griefs autres que ceux indiqués dans l'avis motivé. La demande d'annulation, dans la mesure du possible, des contrats conclus en violation du droit communautaire, mais non encore exécutés, ne figure pas dans l'avis motivé de la Commission du 21 février 1996. Elle est tout au plus évoquée dans la lettre de mise en demeure du 15 décembre 1995. Le grief cité dans la requête, à savoir celui de ne pas avoir annulé les contrats qui pouvaient encore l'être, grief sur lequel le recours se fonde de manière déterminante, est par conséquent irrecevable.

16. Il faut concéder au gouvernement autrichien que, selon une jurisprudence constante de la Cour, l'objet du recours en manquement est défini par la procédure précontentieuse et la requête introductive d'instance. Ce faisant, la requête ne peut contenir aucun autre moyen fondamentalement différent ou nouveau de ceux évoqués au cours de la procédure préliminaire. Cela s'explique par la structure de la procédure en manquement, qui donne l'occasion, dans le cadre de la procédure préliminaire, de parvenir à un arrangement à l'amiable avant la saisine de la Cour. En outre, il y a lieu d'assurer le respect des droits de la défense de l'État membre, de sorte qu'il ne peut être confronté à de nouveaux griefs dans la requête.

17. Il importe donc de savoir si le grief tiré de l'absence d'annulation des contrats conclus avant le 6 février 1996 constitue un nouveau moyen, par conséquent irrecevable. Il y a lieu d'examiner à cet égard la procédure préliminaire et la requête dans le contexte du déroulement effectif des événements.

18. La *lettre de mise en demeure* de la Commission du 15 décembre 1995, qui a été adressée au gouvernement autrichien à la suite de la réunion-paquet des 27 et 28 novembre 1995, invoque, d'une part, une situation juridique contraire au droit communautaire et, d'autre part, des pratiques s'y rattachant en matière de passation de marchés contraires au droit communautaire. On peut déduire de la lettre de mise en demeure l'exigence *de la mise en conformité immédiate de la pratique en matière de passation de marchés avec le droit communautaire* [11]. A un autre endroit, la Commission étend ses griefs «à tous les lots qui ont déjà été attribués en infraction aux règles communautaires de passation des marchés publics» [12]. Enfin, la Commission demande à la république d'Autriche «de veiller à ce que les procédures encore à lancer soient passées en conformité avec le droit communautaire». Elle lui demande en outre «de suspendre les effets juridiques des marchés attribués illégalement, de suspendre, jusqu'à ce que le respect du droit communautaire soit assuré, les procédures d'attribution en cours...» [13].

11 — Voir lettre de mise en demeure, point 7, premier alinéa.
12 — Voir lettre de mise en demeure, point 10, premier alinéa.
13 — Voir lettre de mise en demeure, point 10, cinquième alinéa.

19. Ces formulations traduisent bien la demande de la Commission non seulement d'empêcher dès à présent un nouveau comportement contraire au droit communautaire, mais également l'exigence de nier tout effet aux procédures d'attribution réalisées en violation du droit communautaire. Ce dernier point ne peut toutefois que signifier les reprendre ensuite d'une manière conforme au droit communautaire. Une obligation d'annulation des décisions d'attribution déjà prises peut par conséquent être déduite de la demande de la Commission, telle que formulée dans la lettre de mise en demeure.

20. On ne peut déduire aussi clairement de l'*avis motivé* de la Commission du 21 février 1996 une invitation à intervenir dans les procédures de passation de marchés déjà en cours d'exécution. Toutefois, on peut en déduire que la procédure en cours relève aussi du grief général de pratiques de marchés contraires au droit communautaire. Lorsque la Commission estime que les promesses faites par le gouvernement autrichien relativement à l'obligation de publication pour l'avenir ne vont expressément pas assez loin et qu'elle regrette que «les marchés qui ont déjà été lancés par le biais notamment d'une publication nationale» [14] ne soient pas visés, il est incontestable qu'elle voit une violation du droit communautaire dans les pratiques passées de passation de marchés et qu'elle demande leur suppression. Ainsi, la Commission souligne qu'il appartient «aux autorités autrichiennes de prendre *toutes* les mesures utiles pour corriger l'infraction dénoncée» [15].

21. Ni l'avis motivé ni le déroulement effectif des événements ne permettaient, du reste, de supposer que l'on avait donné suite à l'invitation, déjà formulée dans la lettre de mise en demeure, à intervenir dans les procédures déjà en cours d'exécution. Il n'est pas interdit de penser que le gouvernement autrichien a compris la demande de la Commission dans le sens évoqué ici. Dans sa réponse du 22 mars 1996, il a consacré au problème plus de trois pages et demie, intitulées «Marchés déjà attribués» [16]. Un éventuel grief de violation du droit d'être entendu, que l'on pourrait déduire de la lecture du moyen tiré de l'irrecevabilité, est par conséquent dénué de fondement.

22. Le gouvernement autrichien est d'avis que l'avis motivé aurait dû comporter une demande expresse d'annulation des contrats déjà attribués. Les mesures à prendre auraient dû être précisées. Après l'évocation de certains points tels que la modification de la loi du Land de Basse-Autriche en matière de marchés publics et des AAVB, il lui était permis de croire qu'aucune autre mesure ne serait exigée.

23. Nous ne pouvons pas partager cette manière de voir. Il a déjà été reconnu par la jurisprudence de la Cour [17] que la Commission ne doit pas indiquer les mesures qui permettraient d'éliminer le manquement reproché. Cette répartition des tâches est d'ailleurs judicieuse, puisqu'il relève de la

14 — Voir avis motivé, point 16, quatrième alinéa.

15 — Voir avis motivé, point 16, sixième alinéa, mis en italique par l'auteur.

16 — Voir la réponse du gouvernement autrichien du 22 mars 1996, chapitre IV.

17 — Arrêt du 11 juillet 1991, Commission/Portugal (C-247/89, Rec. p. I-3659).

responsabilité de l'État membre de déterminer comment et par quels moyens il entend satisfaire aux exigences de droit communautaire. La désignation par la Commission des mesures à prendre entraînerait des conflits de compétence dès l'instant où l'État membre a le pouvoir d'apprécier de quelle manière il crée une situation conforme au droit communautaire.

24. En l'espèce, la Commission n'a pas non plus créé une situation de confiance légitime autorisant les autorités autrichiennes à estimer que la modification de la situation juridique suffisait à faire disparaître tout manquement. Au contraire, comme nous l'avons vu, la Commission a inclus la procédure en cours dans la lettre de mise en demeure. Dans l'avis motivé, elle a expressément rappelé les obligations, issues du «droit communautaire susceptible d'avoir un effet direct», qui incombent aux pouvoirs adjudicateurs du Land de Basse-Autriche «à défaut d'une transposition conforme au droit communautaire» [18] et a souligné qu'il incombait aux autorités autrichiennes de prendre toutes les mesures appropriées pour corriger l'infraction dénoncée.

25. Dans ce contexte, on peut sans réserve reconnaître que le grief tiré de l'absence d'annulation des contrats conclus en violation du droit communautaire rentre dans l'objet du litige dûment délimité par la requête.

18 — Voir avis motivé, point 15, deuxième alinéa.

2. Sur la cessation des violations avant l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé

26. Le gouvernement autrichien rappelle que, conformément à l'article 169, deuxième alinéa, du traité CE et la jurisprudence y relative, la date déterminante pour constater l'existence d'un manquement est la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé. A cette date, le 7 mars 1996, la république d'Autriche avait toutefois mis fin à toutes les infractions reprochées dans l'avis motivé.

27. Les AAVB ont été modifiées dans le sens indiqué par la Commission et, dès le 12 décembre 1995, leur nouvelle version constituait le fondement de tous les appels d'offres lancés conformément aux dispositions communautaires. En outre, la pratique suivie en matière de passation de marchés a également été modifiée depuis le 6 février 1996. A partir de cette date, la commission de travail en matière de passation de marchés n'a plus approuvé les recommandations de passation de marchés qui lui étaient soumises en vue d'une décision, et elle a décidé d'annuler immédiatement toutes les procédures en cours non conformes aux dispositions communautaires et de lancer un nouvel appel d'offres conforme. Des décisions attribuant des marchés pour un total de 217 000 000 ÖS ont été suspendues et, dès le 7 mars 1996, des marchés d'un montant global d'environ 470 000 000 ÖS ont été soumis à appels d'offres et passés conformément au droit communautaire. Les autorités autrichiennes ayant, au 7 mars 1996, rempli les exigences posées, le recours est irrecevable.

28. La Commission rétorque qu'au 7 mars 1996 la situation n'avait pas été entièrement régularisée. Les marchés déjà passés au 6 février 1996, mais non encore exécutés, et les marchés déjà passés au 6 février et partiellement exécutés, mais qui étaient susceptibles de faire l'objet d'une annulation, sont restés en l'état.

29. En réalité, par son recours en manquement, la Commission n'invoque plus la situation juridique contraire au droit communautaire, pas plus qu'elle ne conteste la pratique en matière de passation de marchés suivie après le 6 février 1996. Elle considère néanmoins le défaut d'annulation, dans la mesure du possible, des contrats conclus en violation du droit communautaire comme un manquement durable. Elle a, comme elle y était en droit — ainsi que nous l'avons déjà constaté ci-dessus — fait de ce grief l'objet de son recours.

30. Puisque la Commission reconnaît et affirme l'existence d'une situation qu'elle considère comme contraire au droit communautaire, continuant à produire des effets juridiques, après l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, les conditions pour que le recours soit recevable devraient être remplies. Le point de savoir s'il y avait effectivement un manquement à la date donnée est une question de fond. En conséquence, bien que, au 7 mars 1996, les autorités autrichiennes se soient déjà conformées dans de nombreux domaines aux exigences de la Commission, le recours est recevable eu égard aux griefs subsistant encore.

3. Quant à la fixation des délais lors de la procédure précontentieuse

31. Le gouvernement autrichien fait ensuite valoir que les délais fixés dans la procédure préliminaire étaient trop courts, de sorte que le recours en manquement est, pour cette raison aussi, irrecevable. Il invoque la structure fédérale de la république d'Autriche, qui nécessite obligatoirement un certain temps pour mettre en œuvre certains processus décisionnels. Le délai d'une semaine fixé dans la lettre de mise en demeure et celui de deux semaines fixé dans l'avis motivé étaient extrêmement courts. Dès le 25 janvier 1996, la Commission avait informé la presse internationale de sa décision d'adresser un avis motivé à la république d'Autriche, qui n'a toutefois été notifié que le 21 février 1996.

32. La Commission aurait également dû, lors de la fixation du délai, considérer que ses griefs portaient exclusivement sur le passé, puisque, depuis le 6 février 1996, avec notification à la Commission le 7 février 1996, les autorités autrichiennes avaient adapté leurs pratiques en matière de passation de marchés. Enfin, le délai de 21 jours prévu à l'article 3, paragraphe 3, de la directive 89/665 donne un indice du caractère raisonnable d'un délai.

33. La Commission est par contre d'avis que la brièveté des délais était appropriée au vu des circonstances. D'après les renseignements donnés par les services autrichiens, il restait encore, début décembre, des marchés à passer d'un montant considérable. Il fallait donc obtenir le plus

rapidement possible l'assurance du gouvernement autrichien que leur attribution aurait lieu dans le respect du droit communautaire et qu'il serait porté remède aux infractions déjà existantes.

34. La réponse du gouvernement autrichien à la lettre de mise en demeure semblait laisser subsister des doutes sur sa disposition à remédier à toutes les infractions imputées. La liste promise des marchés encore à passer et de leur valeur n'a pas non plus été transmise. La Commission a donc été amenée à supposer qu'un nombre important de marchés devait encore être passé au début de l'année 1996 et qu'il convenait d'empêcher de se retrouver devant le fait accompli. Les griefs dans l'avis motivé ne visaient pas davantage que le passé. La Commission visait pleinement la situation à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé. Enfin, le gouvernement autrichien a eu connaissance à l'avance, par la presse, des intentions de la Commission, de sorte qu'il ne peut invoquer le caractère inadapté des délais.

35. Il y a lieu de commencer l'examen des moyens d'irrecevabilité par cette dernière remarque. Il convient de partir de l'idée que la procédure préliminaire au recours en manquement est soumise en la forme à une certaine rigueur. Les exigences quant à la désignation de l'objet du litige et au caractère raisonnable des délais à respecter, qui entraînent l'irrecevabilité du recours en cas de non-respect, plaident en ce sens. Les éléments déterminants pour l'État membre doivent découler sans ambiguïté des écrits de la Commission marquant les différentes étapes de la procédure. En conséquence, seul le délai fixé dans la lettre notifiée à l'État membre peut le lier. L'État membre n'a aucune raison, dans le cadre d'une procédure précontentieuse formelle, d'agir en réaction aux ouï-dire. On ne saurait donc inclure dans le délai de préparation le temps écoulé entre la prise de connaissance des intentions de la Commission par la presse et la notification formelle de l'avis.

36. Au-delà de l'appréciation purement juridique, nous estimons également déplacé de publier un communiqué de presse relatif à l'envoi imminent d'un avis motivé dans une procédure en manquement à l'encontre d'un État membre, le document n'étant notifié à ce dernier que presque quatre semaines plus tard. La Commission aurait pu accorder un plus long délai si elle avait envoyé l'avis motivé plus tôt, ce qui aurait été possible au vu des circonstances.

37. Pour la suite de l'examen, il convient donc de considérer que seuls les délais fixés dans les écrits précontentieux sont déterminants.

38. Pour pouvoir apprécier le caractère raisonnable d'un délai, il importe tout d'abord d'établir quelle est la réaction espérée dans le délai fixé. On ne peut sûrement pas espérer la modification d'une loi dans un délai calculé en terme de semaines. Ainsi, il était certes question, dans la procédure précontentieuse, d'une clause contraire au droit communautaire figurant dans la loi du Land de Basse-Autriche en matière de marchés publics. La modification législative n'était incontestablement pas encore intervenue le 7 mars

1996, à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé. La procédure n'a été achevée qu'en mai 1996. Pourtant, la Commission a renoncé, à cet égard, à introduire un recours en manquement, car la modification législative est entrée en vigueur sans retard notable.

39. Il importait en revanche à la Commission que le gouvernement autrichien discerne et reconnaisse formellement l'illégalité de la situation au regard du droit communautaire pour, d'une part, empêcher une nouvelle attribution de marchés et, d'autre part, annuler, dans la mesure du possible, les marchés passés en violation du droit communautaire.

40. En réponse à la lettre de mise en demeure du 15 décembre 1995, le gouvernement autrichien a d'ailleurs, dans le délai d'une semaine, assuré appliquer «dès à présent» [19] les directives communautaires à tous les marchés devant encore être passés. Seulement, la passation des marchés en cours a effectivement été poursuivie. La décision de la commission des marchés de suspendre les procédures en cours, attendue bien avant, n'a été prise que le 6 février 1996.

41. Étant donné l'urgence qu'il y avait, dans un premier temps, à en tout cas empêcher de nouvelles passations de marchés, le délai d'une semaine était, en l'espèce, approprié. Le gouvernement autrichien s'est d'ailleurs conformé aux exigences posées par les déclarations qu'il a faites dans sa réponse du 22 décembre 1995. La divergence existant entre les mots et les actes doit être considérée séparément.

42. En ce qui concerne les circonstances ayant entouré l'adoption de l'avis motivé, il convient d'observer que la commission des marchés n'a pris, le 6 février 1996, la décision, entre autres, de suspendre les procédures de passation en cours qu'après publication dans la presse de la décision formelle d'envoi de l'avis motivé. La Commission avait par conséquent des raisons de supposer que les autorités autrichiennes tentaient de la mettre devant le fait accompli et qu'il convenait de faire vite. De ce point de vue, le bref délai de deux semaines fixé dans l'avis motivé paraît également approprié.

43. Il convient aussi de prendre en considération dans ce contexte la possibilité de demander des mesures de protection provisoires, signalée dans les deux lettres précontentieuses et également évoquée lors de la procédure orale. Conformément à l'article 186 du traité CE, la Cour ne peut prescrire les mesures provisoires nécessaires que dans les affaires dont elle est saisie. Un recours en manquement au titre de l'article 169 du traité ne peut cependant être introduit qu'à l'issue de la procédure précontentieuse. En cas de danger, la Commission doit donc mener rapidement à son terme cette procédure pour éviter, si possible, des violations irréparables.

19 — Réponse du gouvernement autrichien du 22 décembre 1995, p. 2 et 7.

44. Cette situation peut être considérée comme une faiblesse du système; on ne peut toutefois y remédier qu'en modifiant les bases légales pertinentes. La directive 89/665 [20] n'offre pas non plus de solution satisfaisante pour sortir de ce dilemme. Elle porte en premier lieu sur les rapports soumissionnaire/pouvoir adjudicateur. De plus, les possibilités accordées à la Commission par l'article 3 de la directive ne s'appliquent pas à toutes les situations et ne limitent en outre pas la compétence de la Commission pour introduire une procédure en manquement.

45. Sur la base de l'ensemble des considérations qui précèdent, les délais fixés dans la procédure précontentieuse doivent être considérés, au vu des circonstances, comme étant appropriés.

4. Sur la précision des conclusions du recours

46. Le gouvernement autrichien émet des réserves en droit sur la partie de phrase des conclusions de la requête «marchés qui ont été conclus avant le 6 février 1996 mais qui, le 7 mars 1996, n'étaient pas encore exécutés ou qui étaient susceptibles de faire, dans la mesure du possible, l'objet d'une annulation». Par la tournure «susceptibles de faire, dans la mesure du possible, l'objet d'une annulation», la Commission montre qu'elle ne part pas non plus d'une obligation illimitée d'annulation, sans toutefois délimiter les critères de la mesure du possible. Les conclusions sont donc trop imprécises pour constituer la base de l'obligation d'action au titre de l'article 171 du traité CE, ce qui rend le recours irrecevable.

47. La Commission est d'avis que la Cour n'a pas pour mission de juger de ce que l'on doit concrètement considérer comme raisonnable ou non dans un État membre. C'est aux juridictions nationales qu'il appartient de le faire en appliquant le droit national. Les déclarations sur la question du caractère raisonnable sont donc, dès le départ, non pertinentes dans le cadre de ce litige porté devant la Cour.

48. Sur ce point, il convient d'approuver la Commission sans restrictions. Il n'appartient ni à la Commission ni à la Cour de déterminer les possibilités d'annulation de contrats conclus en matière de marchés publics. Bien au contraire, un ordre — qu'il émane de la Commission ou de la Cour — d'annulation d'un contrat selon une règle de droit à préciser de l'État membre concerné constituerait un excès de pouvoir des institutions communautaires par rapport aux autorités de l'État membre. La liberté de l'État membre quant au choix de la forme et des moyens doit nécessairement trouver son expression même dans une invitation de la Commission à mettre fin à une situation contraire au traité. Cette relative imprécision en ce qui concerne les mesures à adopter est donc en fin de compte l'expression de la répartition des compétences entre la Communauté et l'État membre. La formulation litigieuse définit l'objectif de l'annulation de marchés passés en violation du droit communautaire dans

20 — Directive précitée dans la note 2.

le cadre de ce qui est juridiquement possible. Il n'y a par conséquent pas lieu de contester la demande.

5. Sur l'intérêt à agir

49. La question portant sur l'intérêt à agir dans le présent recours constitue une exception d'irrecevabilité qui n'a certes pas été expressément soulevée par le gouvernement autrichien, mais qui découle implicitement des moyens d'irrecevabilité qu'il a soulevés. Lorsque le gouvernement autrichien fait valoir qu'il s'agit de violations irréparables de par leur nature, on peut effectivement se demander si la constatation abstraite d'un manquement présente un intérêt. Il convient de se rallier à l'avis du gouvernement autrichien, selon lequel la procédure en manquement n'a ni pour objet ni pour but de dénoncer les agissements d'un État membre.

50. Pour apprécier l'intérêt à agir, il importe de savoir si la demande de la Commission vise une action objectivement impossible, ou si malgré tout il n'existe pas des voies et moyens permettant de donner suite aux exigences de la Commission, étant entendu que la date déterminante est celle de l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé. Le problème ainsi posé est finalement une question à laquelle il convient de répondre dans le cadre de l'examen au fond du recours. La réponse à la question relative à l'intérêt à agir doit donc être réservée.

II — *Sur le fond*

51. La Commission rappelle d'abord que dès son adhésion à l'accord EEE, à compter du 1er janvier 1994, et a fortiori à partir de son entrée dans l'Union européenne, à savoir le 1er janvier 1995, la république d'Autriche était tenue d'observer la législation communautaire, dont les dispositions en matière de passation de marchés publics.

52. Elle expose ensuite que, lors de la passation de marchés d'une valeur globale de plus de 360 000 000 ÖS, pendant la période allant du 27 novembre 1995 au 6 février 1996, la république d'Autriche a violé plusieurs dispositions du droit communautaire. Les articles 8, 10, paragraphe 6, 11, paragraphes 6 et 11, 12 et 30 de la directive 93/37, l'article 30 du traité et les articles 1er, paragraphes 1 et 3, 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665 ont ainsi été violés. La Commission détaille les différentes infractions. Rien ne pourrait, en vertu du droit communautaire, justifier le comportement manifesté à l'époque litigieuse visant à «vite encore préserver» les marchés en cause.

53. D'après la réponse du gouvernement autrichien à l'avis motivé, les autorités autrichiennes ont sciemment agi «à leurs risques et périls». Contrairement au cas de la loi relative à la passation de marchés, la modification des pratiques suivies en matière de passation de marchés n'exigeait

nullement une longue procédure, comme l'a prouvé la décision de la commission des marchés adoptée par la suite. Enfin, la passation de certains des marchés en cause[21] aurait pu être retardée quelque peu sans dommage pour l'ensemble du projet.

54. Le gouvernement autrichien est d'avis que l'annulation de contrats conclus en violation du droit communautaire ne peut être exigée dans le cadre de la procédure en manquement. L'article 2, paragraphe 6, deuxième alinéa, de la directive 89/665 laisse l'État membre libre de se limiter à l'octroi de dommages-intérêts à toute personne lésée. La Commission ne peut en principe pas exiger plus dans la procédure au titre de l'article 169 du traité.

55. La Commission montre d'ailleurs qu'elle non plus n'admet pas l'existence d'une obligation générale d'annulation. Du reste, le principe de la protection de la confiance légitime plaide contre une telle obligation. La confiance des parties au contrat doit être protégée et prévaut sur la demande de la Commission. Enfin, une éventuelle annulation des contrats ne permettrait plus non plus de garantir l'effet utile de la directive 93/37 sous la forme de conditions de concurrence équivalentes. Les soumissionnaires choisis ont pris des dispositions qui leur confèrent clairement des avantages par rapport à leurs concurrents. Une annulation entraînerait un arrêt des travaux et est donc pour cette raison finalement aussi impossible.

56. Le gouvernement autrichien soulève pour finir deux questions juridiques de principe. D'une part, il lance le problème de la nature juridique de la Nöplan, et y rattache la question de savoir dans quelle mesure des particuliers pourraient invoquer une directive à l'encontre de cette entité. D'autre part, il ne comprend pas pourquoi le grand projet St. Pölten aurait dû être soumis, dès l'adhésion de la république d'Autriche à l'Espace économique européen, aux directives relatives à la passation de marchés. Le projet, qui doit être considéré comme un ensemble et ne peut donc pas être scindé, a débuté avant l'entrée en vigueur de l'accord EEE et avant l'adhésion de la république d'Autriche à la Communauté.

57. La Commission rétorque que ses compétences au titre de l'article 169 du traité sont indépendantes de la procédure de la directive 89/665, comme la Cour l'a déjà constaté par ailleurs[22]. En ce qui concerne le rôle de la Nöplan, elle remarque qu'il a sans conteste été estimé à l'unanimité que la Nöplan, en tant que démembrement du Land de Basse-Autriche, doit être considérée dans sa fonction comme un pouvoir adjudicateur.

58. Pour des raisons de méthode, il y a lieu de commencer l'examen par les réserves juridiques exprimées en dernier lieu par le gouvernement autrichien.

21 — Nettoyage final de l'hôtel de ville du Land de Basse-Autriche, sonorisation du centre commercial, plantations à effectuer dans le bosquet, etc.

22 — Arrêt du 24 janvier 1995, Commission/Pays-Bas (C-359/93, Rec. p. I-157, points 13 et 14).

59. On peut en l'espèce laisser de côté la question de l'applicabilité du droit communautaire en matière de passation de marchés à compter de l'adhésion de la république d'Autriche à l'Espace économique européen, puisque ce droit est en tout cas devenu impératif pour l'État membre ayant adhéré à la Communauté européenne le 1er janvier 1995, et ce — dans la mesure où des périodes transitoires n'ont pas été expressément négociées — directement à compter de l'adhésion.

60. La Commission a, dès la procédure précontentieuse, estimé que la directive 93/37 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux s'applique, conformément à son article 6, au projet de construction [23].

L'article 6, paragraphes 1 et 3, stipule:

«1. La présente directive s'applique aux marchés publics de travaux dont le montant estimé hors TVA égale ou dépasse 5 000 000 [24] d'écus.

...

3. Lorsqu'un ouvrage est réparti en plusieurs lots faisant chacun l'objet d'un marché, la valeur de chaque lot doit être prise en compte pour l'évaluation du montant indiqué au paragraphe 1. Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le montant indiqué au paragraphe 1, les dispositions de ce paragraphe s'appliquent à tous les lots. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'application du paragraphe 1 pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 1 000 000 d'écus, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur cumulée des lots.»

61. La Commission indiquait dans l'avis motivé relativement au marché portant sur le système centralisé de gestion d'immeubles, ayant à l'époque déclenché le litige:

«... Si la valeur du lot relatif à cet avis national, à savoir 26 millions de shillings, n'atteint pas en soi le seuil d'application de la directive, celle-ci n'en est pas moins applicable en vertu de son article 6, paragraphe 3, deuxième phrase (règle du cumul des lots)» [25].

62. Cette appréciation juridique, à savoir la constatation que le marché est soumis au droit communautaire, est pertinenteet vaut

23 — Voir avis motivé, point 13.

24 — 1 écu correspond à 13,7789 ÖS (au 1er décembre 1998).

25 — Voir avis motivé, point 13.

aussi pour d'autres marchés du projet global. En dehors du point relatif à la nature juridique de la Nöplan, le gouvernement autrichien n'a d'ailleurs rien allégué devant la Cour s'opposant à l'applicabilité des directives pertinentes.

63. Il convient de se pencher ci-après sur la nature juridique de la Nöplan. Sa situation a également fait l'objet de discussions dans la phase préliminaire de la présente procédure. Les annexes de la requête contiennent une lettre du gouvernement autrichien à la Commission du 12 mai 1995, présentant les rapports de force dans la Nöplan. Cette lettre indique:

«... la NÖ Landeshauptstadt Planungsgesellschaft mbH (Nöplan) a été constituée comme société de droit privé pour la réalisation de tous les travaux de planification nécessaires à la transformation de St. Pölten en capitale du Land de Basse-Autriche. Elle est détenue à 51 % par le Land de Basse-Autriche, à 10 % par la ville de St. Pölten et à 39 % par la NÖ HYPO Leasinggesellschaft mbH. La passation de marchés d'un montant supérieur à 2 millions de shillings doit obligatoirement être approuvée par une commission des marchés publics, dont les membres sont désignés par le gouvernement régional de Basse-Autriche. Les membres des autres instances de la Nöplan (conseil d'administration, assemblée générale et comité financier) sont nommés par les propriétaires...» [26].

64. Durant toute la procédure devant la Cour, les parties ont estimé que la Nöplan était le «verlängerter Arm» (bras prolongé) du gouvernement régional de Basse-Autriche. Cette qualification certes non technique décrit clairement la dépendance de la personne morale vis-à-vis des instances politiquement responsables du Land. La décision de principe du 6 février 1996 de suspendre les procédures en cours, qui a constitué un tournant fondamental dans la procédure, a été prise par le Vergabeausschuß (commission des marchés).

65. Dans son article 1er, sous b), la directive 93/37 définit la notion de pouvoir adjudicateur comme: «l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit

26 — Voir lettre du gouvernement autrichien à la Commission du 12 mai 1995, annexe 3 de la requête. Dans la lettre de réponse du 22 décembre 1995 du gouvernement autrichien à la lettre de mise en demeure de la Commission, on peut lire:
Sur le point 8)
«La société Nöplan n'a pas été constituée avec, pour unique objet, la réalisation de l'ensemble des études nécessaires à la mise en place de la capitale du Land de Basse-Autriche, St. Pölten. Ses activités comportent non seulement la réalisation concrète du projet de construction, mais aussi de nombreux autres projets, dont la construction de logements et de locaux industriels et commerciaux privés pour lesquels Nöplan se trouve en concurrence avec d'autres entreprises».
Le problème de l'objet de la société n'a pas été soulevé devant la Cour.

public et les associations...». Elle indique ensuite:

«On entend par 'organisme de droit public' tout organisme:

— créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

et

— doté de la personnalité juridique

et

— dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Les listes des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent les critères énumérés au deuxième alinéa du présent point figurent à l'annexe I...»

66. Le Land de Basse-Autriche en tant que collectivité territoriale est sans conteste un pouvoir adjudicateur. Même en ne voulant pas se limiter à la constatation que la Nöplan est un démembrement du Land, ce qui ne signifie rien d'autre que la responsabilité finale reste au Land, considérer la Nöplan isolément conduit à un résultat comparable. Conformément à la présentation du but, de la personnalité juridique et des rapports de force économiques de la Nöplan effectuée par le gouvernement autrichien dans sa lettre du 12 mai 1995 [27], la société remplit les critères [28] d'un «organisme de droit public» fixés à l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37. Un tel organisme doit être considéré comme un pouvoir adjudicateur au sens de la directive [29].

67. La question visant à savoir quelle est la collectivité qui, en fin de compte, doit répondre d'éventuels droits à réparation de soumissionnaires doit être appréciée selon le droit de l'État membre. Vis-à-vis de la Communauté, c'est en tout cas l'État membre qui est responsable [30]. La respon-

27 — Voir, ci-dessus, point 63.

28 — Voir arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Rec. p. I-73, point 21).

29 — Voir arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (précité dans la note 28, point 29).

30 — Ainsi, en dernier lieu, dans l'arrêt du 17 décembre 1998, Commission/Irlande (C-353/96, Rec. p. 8565, point 23).

sabilité de principe ne soulevant aucun doute dans le cadre du droit communautaire en matière de passation de marchés, la question à trancher par la Cour se résume aux conditions de droit et de fait d'une obligation d'annulation de contrats déjà conclus.

68. Il convient d'examiner en premier lieu l'argument formel, selon lequel les compétences dans la procédure en manquement ne devraient pas aller au-delà de la possibilité, expressément accordée à l'État membre par le droit dérivé, de limiter les conséquences d'une attribution de marché contraire au droit communautaire à l'octroi de dommages-intérêts au soumissionnaire lésé. Il convient de souscrire à la thèse selon laquelle la procédure de l'article 3 de la directive 89/665 et la procédure en manquement auraient le même objectif, dans la mesure où l'objectif est défini comme le respect de la réglementation de droit communautaire en matière de passation de marchés publics. Par ailleurs, il faut partir du principe que les procédures de contrôle exigées par la directive concernent en premier lieu les rapports entre le soumissionnaire et le pouvoir adjudicateur. La procédure de l'article 3 de la directive, qui autorise la Commission à intervenir, constitue — comme la jurisprudence de la Cour l'a déjà constaté expressément [31] — une mesure préventive. La procédure particulière de la directive ne peut ni déroger ni se substituer aux compétences de la Commission au titre de l'article 169 du traité [32]. On peut donc estimer que les compétences attribuées à la Commission par la directive 89/665 ne limitent ni sur la forme ni sur le fond ses compétences en principe générales dans la procédure en manquement.

69. Le fait qu'en l'espèce, à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, les marchés non encore attribués dans le cadre du projet global ont été passés conformément au droit communautaire pose un problème particulier. Il convient donc d'établir d'abord dans quelle mesure la violation subsistait à cette date. La violation alléguée peut se résumer à une simple formule: par la conclusion des contrats contraires au droit communautaire, la violation était consommée mais pas encore achevée. Il restait encore à exécuter les contrats.

70. Il y a lieu de faire les observations suivantes relativement aux contrats attribués. Il ne fait aucun doute qu'ils ont été passés en violation du droit communautaire. La divergence entre la situation juridique de l'État membre à l'époque et les prescriptions de droit communautaire est aujourd'hui incontestable. Le gouvernement autrichien a partagé cette appréciation en temps voulu et a poussé à l'adaptation tant des AAVB critiquées que de la situation juridique. On peut aussi estimer que les organes législatifs partaient du principe de l'applicabilité du droit général en matière de passation de marchés au grand projet St. Pölten, lorsqu'ils ont introduit la clause d'exception contestée dans la loi du Land de Basse-Autriche en matière de marchés publics.

31 — Arrêt Commission/Pays-Bas, précité dans la note 22, point 13. En dernier lieu, arrêt Commission/Irlande, précité dans la note 30, point 22.

32 — Voir arrêts Commission/Pays-Bas, précité dans la note 22, point 14, et Commission/Irlande, précité dans la note 30, point 22.

71. Ce dernier point n'est toutefois pas déterminant. L'illégalité objective en droit communautaire des procédures de passation qui se sont déroulées en 1995 est avérée. Il n'y a pas lieu d'examiner ici dans le détail l'incompatibilité de la législation de passation des marchés applicable à l'époque, puisque les autorités autrichiennes l'ont reconnue et ont adapté leur droit aux dispositions communautaires par modification législative, et que par ailleurs la Commission ne l'invoque plus dans la présente procédure.

72. On peut toutefois se demander dans quelle mesure la violation objective du droit communautaire a acquis une autre qualité après les 27 et 28 novembre 1995, à laquelle on pourrait, le cas échéant, rattacher l'obligation d'annulation des contrats conclus après cette date.

73. La Commission estime que les autorités autrichiennes étaient déjà informées du problème en droit communautaire par l'échange de correspondance qui a eu lieu au cours de l'année 1995. Il a toutefois été discuté en détail de l'ensemble du problème lors de la réunion-paquet des 27 et 28 novembre 1995, de sorte que les autorités autrichiennes ont agi de mauvaise foi en attribuant des marchés après cette date.

74. Le gouvernement autrichien rétorque — comme l'a expressément mentionné son représentant à l'audience — que les discussions lors de la réunion-paquet ont eu lieu dans un cadre non contraignant. Elles ne peuvent lier en droit. En outre, les autorités autrichiennes ont défendu au départ à bon droit un point de vue différent et ne se sont rangées que plus tard aux idées de la Commission.

75. On peut effectivement se demander dans quelle mesure le gouvernement autrichien devait juger contraignant l'avis soutenu par la Commission lors de la réunion-paquet. Une telle réunion informelle n'est pas susceptible de produire des effets juridiques directs. Il ne faut toutefois pas oublier l'existence objective d'une violation et le risque qu'une poursuite des pratiques contraires au droit communautaire ait des conséquences économiques considérables, en partie irréparables. Au plus tard après l'introduction formelle de la procédure en manquement par la lettre de mise en demeure du 15 décembre 1995, les autorités autrichiennes avaient l'obligation d'empêcher de nouveaux dommages. Cela ne nécessitait pas une longue procédure de modification législative — comme nous l'avons déjà laissé entendre — une suspension provisoire jusqu'à examen de la situation aurait suffi. La décision prise ultérieurement, le 6 février 1996, par la commission des marchés, montre qu'une telle démarche était possible aussi en pratique.

76. Par conséquent, nous sommes d'avis que la passation de marchés depuis l'introduction formelle de la procédure en manquement jusqu'à la décision du 6 février 1996 constitue une violation qualifiée du droit communautaire, à laquelle peut fort bien aussi se rattacher une obligation d'annulation. Il s'agit tout de même de marchés d'une valeur de plus de 300 000 000 ÖS, attribués sur une période

de plus de six semaines. Dans la mesure où les contrats conclus pendant cette période étaient effectifs et non encore réalisés le 3 mars 1996, la violation subsistait et la Commission pouvait exiger l'annulation des contrats. Cette demande paraît également juste, car les autorités autrichiennes ont expressément agi «à leurs risques et périls» [33]. Agir «à ses risques et périls» ne peut signifier créer un fait accompli qui ne peut entraîner de sanction.

77. Lorsque le gouvernement autrichien expose devant la Cour que l'annulation des contrats litigieux serait impossible, il importe de connaître la nature de l'impossibilité, à savoir s'il s'agit d'une impossibilité initiale ou ultérieure, d'une impossibilité en droit ou en fait. Dans la mesure où il s'agit d'une impossibilité créée ultérieurement pour des raisons de fait, car le projet de construction a été réalisé entre-temps, cette circonstance ne modifie en rien la situation en matière d'obligations au 7 mars 1996. En outre, il est reconnu dans la jurisprudence de la Cour qu'un État membre ne saurait invoquer des faits dont il est lui-même l'auteur pour échapper à une procédure en manquement [34].

78. C'est dans ce contexte qu'il convient aussi d'apprécier l'argument tiré de l'impossibilité initiale d'annuler les contrats à cause de l'urgence de la poursuite des travaux. La Commission n'a exigé l'annulation des contrats qu'en ce qui concerne ceux qui ont été conclus en connaissance de leur éventuelle violation du droit communautaire aux propres risques du pouvoir adjudicateur. L'État membre aurait pu éviter une telle exigence s'il avait immédiatement pris des mesures, sous forme d'une décision telle que celle du 6 février 1996, pour empêcher une situation de fait accompli.

79. La présente manière de voir est étayée par une considération qui est à la base de la directive 93/37. L'article 7, paragraphe 3, sous c), de la directive autorise le pouvoir adjudicateur à passer un marché de travaux en recourant à la négociation lorsque l'urgence impérieuse n'est pas compatible avec les délais exigés. Cependant, les raisons doivent en être des événements que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas prévoir.

80. Si les considérations précédentes s'appliquent aux prétendus cas d'impossibilité de fait, les éventuelles conséquences d'une impossibilité juridique restent à déterminer. L'appréciation en droit communautaire se heurte ici à une limite. En effet — comme la Commission l'expose à juste titre et comme nous l'avons déjà évoqué dans le cadre de l'examen de la recevabilité — une éventuelle annulation relève de la compétence de l'État membre. Les fondements juridiques et l'étendue d'une éventuelle annulation se déterminent à l'aune du droit interne et ne peuvent par conséquent pas être établis ici de façon contraignante.

33 — Voir ordonnance du 22 avril 1994, Commission/Belgique (C-87/94 R, Rec. p. I-1395, point 34), sur laquelle le gouvernement autrichien se fonde expressément.

34 — Voir arrêt du 7 février 1973, Commission/Italie (39/72, Rec. p. 101, point 10); voir aussi les conclusions de l'avocat général du 13 mars 1991 présentées sous l'arrêt Commission/Portugal (précité dans la note 17, Rec. p. I-3670, point 36); voir également l'ordonnance Commission/Belgique (précitée dans la note 33, point 40).

81. L'exposé du gouvernement autrichien est par conséquent d'une importance fondamentale. Il avance certes une série de raisons expliquant pourquoi l'annulation des contrats est impossible a posteriori, mais n'affirme à aucun moment qu'il s'agissait d'une impossibilité initiale absolue pour des raisons de droit. Le gouvernement autrichien ayant jusqu'à la fin devant la Cour aussi considéré comme injustifiée la demande de la Commission d'annuler les contrats, il n'a assurément rien tenté pour se conformer à l'époque à cette demande.

82. Pour la suite de l'examen, il convient de partir de l'idée que l'impossibilité d'annulation n'était en tout cas pas absolue. Même s'il n'avait existé qu'*une seule* possibilité, la demande de la Commission n'aurait pas constitué une prestation impossible. On peut donc considérer que l'exigence de la Commission entraînait une obligation juridique d'agir.

83. Le gouvernement autrichien soutient ensuite devant la Cour qu'une annulation était inacceptable à cause de la confiance légitime des parties au contrat, qui prévaut sur la demande de la Commission. Cet argument est dénué de pertinence. Le gouvernement autrichien se fonde sur les droits de tiers illégalement créés par le pouvoir adjudicateur. En ce qui concerne ses obligations fondamentales vis-à-vis de la Communauté, l'État membre ne peut invoquer les conséquences de son comportement illégal pour mettre en question l'obligation juridique en soi. Le point de savoir dans quelle mesure une annulation était, dans le cas concret, raisonnable ne relève pas — comme nous l'avons déjà vu — de l'appréciation de la Cour.

84. Enfin, il convient d'examiner l'argument du gouvernement autrichien, selon lequel l'effet utile des directives ne pouvait plus être garanti une fois les marchés attribués. Les rapports de concurrence ont subi une telle influence qu'il n'est plus possible de rétablir la situation antérieure à l'attribution. Les soumissionnaires participants conserveraient un avantage de concurrence par rapport aux éventuels soumissionnaires ultérieurs. Cette argumentation est peut-être pertinente du point de vue des faits. Elle n'est cependant pas susceptible de priver de fondement toute tentative de faire cesser un comportement illégal. Le cas échéant, un nouvel appel d'offres à l'échelle communautaire aurait par exemple permis la participation d'entreprises qui, étant donné les circonstances, n'avaient carrément pas eu connaissance du premier. Ces éventuels soumissionnaires ne peuvent — a posteriori — être individualisés, de sorte qu'ils ne pourront jamais faire valoir de droits à réparation.

85. Il y a lieu de constater en conclusion que, le 7 mars 1996, la demande de la Commission a entraîné une obligation d'agir dont l'impossibilité initiale objective n'a pu être constatée.

86. Enfin, il y a lieu de revenir à nouveau sur la question de l'intérêt à agir, à laquelle il ne pouvait être répondu dans le cadre de l'examen de la recevabilité. Puisqu'il

convient d'estimer qu'il y avait obligation abstraite d'action, mais que le gouvernement autrichien l'a toujours contestée jusqu'à ce jour, il faut reconnaître, ne serait-ce que pour cette raison, un intérêt à agir. En outre, un jugement déclaratif peut, le cas échéant, jouer un rôle dans la présente procédure dans le litige relatif à d'éventuels droits à dommages-intérêts; il faut donc, pour cette raison, reconnaître un intérêt à agir.

Sur les dépens

87. Selon l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. Le gouvernement autrichien ayant succombé, il convient de le condamner aux dépens.

C — Conclusion

88. Sur la base des considérations qui précèdent, nous proposons de statuer en ce sens:

« 1) Dans le cadre de la construction à St. Pölten du nouvel hôtel de ville et du nouveau centre culturel pour le Land de Basse-Autriche, lors de la procédure de passation des marchés qui ont été attribués après l'introduction de la procédure en manquement et avant le 6 février 1996, mais qui, le 7 mars 1996, n'étaient pas encore exécutés ou qui étaient susceptibles de faire, dans la mesure du possible, l'objet d'une annulation, la république d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des directives 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, et 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, et a violé l'article 30 du traité CE.

2) La république d'Autriche est condamnée aux dépens. »