ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

11 octobre 2007 *

Dans l'affaire C-241/06,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Allemagne), par décision du 18 mai 2006, parvenue à la Cour le 30 mai 2006, dans la procédure

Lämmerzahl GmbH

contre

Freie Hansestadt Bremen,

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. A. Rosas, président de chambre, MM. J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), J. Klučka, M^me^ P. Lindh et M. A. Arabadjiev, juges,

* Langue de procédure: l'allemand.

avocat général: M^me^ E. Sharpston,
greffier: M. J. Swedenborg, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 28 mars 2007,

considérant les observations présentées:

— pour Lämmerzahl GmbH, par M. A. Kus, Rechtsanwalt,

— pour la Freie Hansestadt Bremen, par M^es^ W. Dierks et J. van Dyk, Rechtsanwälte,

— pour la République de Lituanie, par M. D. Kriaučiūnas, en qualité d'agent,

— pour la République d'Autriche, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par MM. X. Lewis et B. Schima, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 7 juin 2007,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1, ci-après la «directive 89/665»).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant l'entreprise Lämmerzahl GmbH (ci-après «Lämmerzahl») et la Freie Hansestadt Bremen (ci-après «Bremen») au sujet d'une procédure de passation d'un marché public.

Le cadre juridique

Le droit communautaire

3 La directive 89/665 prévoit à son article 1er:

«1. Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE, 77/62/

CEE et 92/50/CEE, 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 suivants, et notamment à l'article 2, paragraphe 7, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

[...]

3. Les États membres assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. En particulier, ils peuvent exiger que la personne qui souhaite utiliser une telle procédure ait préalablement informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours.»

4 Aux termes de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1), telle que modifiée par la directive 2001/78/CE de la Commission, du 13 septembre 2001 (JO L 285, p. 1, ci-après la «directive 93/36»):

«1. a) Les titres II, III et IV ainsi que les articles 6 et 7 s'appliquent aux marchés publics de fournitures passés par:

i) les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1er point b), [...] lorsque la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) égale ou dépasse l'équivalent en [euros] de 200 000 droits de tirage spéciaux (DTS);

[...]

b) La présente directive s'applique aux marchés publics de fournitures dont la valeur estimée égale ou dépasse le seuil concerné au moment de la publication de l'avis, telle que prévue à l'article 9 paragraphe 2.

[...]»

5 Selon l'article 9, paragraphe 4, première phrase, de la directive 93/36, qui relève du titre III de cette directive:

«Les avis sont établis conformément aux modèles qui figurent à l'annexe IV et précisent les renseignements qui y sont demandés.»

6 Le modèle d'avis de marché figurant à l'annexe IV de la directive 93/36 comporte les mentions suivantes:

«II.2) Quantité ou étendue du marché

II.2.1) Quantité ou étendue globale (y compris, le cas échéant, tous les lots et toutes les options)

[...]

II.2.2) Options *(le cas échéant).* Description et indication du moment où elles peuvent être exercées *(si possible)*

[...]

II.3) Durée du marché ou délai d'exécution

Soit durée en mois [...] et/ou jours [...] à compter de l'attribution du marché

Soit à compter du [...] et/ou jusqu'au [...] *(jj/mm/aaaa).*»

7 L'article 10, paragraphes 1 et 1 bis, de la directive 93/36 prévoit:

«1. Dans les procédures ouvertes, le délai de réception des offres fixé par les pouvoirs adjudicateurs ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis.

1bis. Le délai de réception des offres prévu au paragraphe 1 peut être remplacé par un délai suffisamment long pour permettre aux intéressés de présenter des soumissions valables et qui, en règle générale, ne sera pas inférieur à trente-six jours, mais qui ne sera en aucun cas inférieur à vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché, si les pouvoirs adjudicateurs ont envoyé l'avis indicatif

prévu à l'article 9 paragraphe 1, établi en conformité avec le modèle qui figure à l'annexe IV A (pré-information), au *Journal officiel des Communautés européennes*, entre un minimum de cinquante-deux jours et un maximum de douze mois avant la date d'envoi au *Journal officiel des Communautés européennes* de l'avis de marché prévu à l'article 9, paragraphe 2, et si l'avis indicatif contient, en outre, au moins autant de renseignements que ceux énumérés dans le modèle d'avis prévu à l'annexe IV B (procédure ouverte), pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de la publication de l'avis.»

Le droit national

8 L'article 100, paragraphe 1, de la loi réprimant les restrictions de concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ci-après le «GWB») dispose:

«La présente partie [du GWB] ne s'applique qu'aux marchés dont la valeur atteint ou dépasse les montants fixés par des règlements prévus à l'article 127 (seuils).»

9 L'article 107, paragraphe 3, du GWB prévoit:

«La demande est irrecevable lorsque le demandeur a remarqué l'infraction alléguée aux règles de passation des marchés durant la procédure et ne l'a pas immédiatement dénoncée auprès du pouvoir adjudicateur. La demande est également irrecevable si des infractions aux règles de passation des marchés décelables à travers l'avis de marché n'ont pas été dénoncées auprès du pouvoir adjudicateur au plus tard avant l'expiration du délai de candidature ou de présentation des offres indiqué dans l'avis de marché.»

10 L'article 127, point 1, du GWB prévoit:

«Le gouvernement fédéral, avec l'accord du Bundesrat, peut adopter par voie de règlement des dispositions [...] visant à transposer en droit allemand les seuils des directives de la Communauté européenne relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics.»

11 L'article 2, point 3, du règlement relatif aux marchés publics (Vergabeverordnung), dans sa version applicable à la date de passation du marché en cause au principal, prévoyait:

«Le seuil s'élève à:

[...]

200 000 euros pour tout autre marché de fournitures ou de services.»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

12 En mars 2005, Bremen a publié un appel d'offres national portant sur un logiciel standard destiné au traitement informatisé des dossiers du service social des adultes et des aides économiques.

13 Le délai de présentation des offres indiqué dans l'avis de marché expirait le 12 avril 2005 à 15 heures.

14 L'avis de marché relatif à cet appel d'offres ne comportait aucune indication de la valeur estimée du marché, non plus qu'une indication de la quantité ou de l'étendue de celui-ci.

15 Cet avis de marché précisait que le cahier des charges relatif au marché en cause au principal pouvait être téléchargé depuis le site Internet de Bremen, dont il fournissait l'adresse. Ce cahier des charges comportait la mention suivante, sous le titre «Quantités»:

«Il y a environ 200 collaboratrices réparties de manière décentralisée dans le domaine des aides économiques et 45 collaboratrices dans le service social des adultes, et ce dans 6 centres sociaux, et environ 65 collaboratrices dans les services centraux.»

16 En revanche, le formulaire au moyen duquel Bremen invitait les soumissionnaires à proposer leurs prix n'indiquait pas le nombre total de licences à acquérir et exigeait seulement que soit mentionné le prix individuel de chaque licence.

17 À la suite d'une première demande de Lämmerzahl, Bremen a, par courrier du 24 mars 2005, fourni certains renseignements à cette dernière, sans toutefois préciser le nombre de licences à acquérir.

18 Par une nouvelle interrogation, Lämmerzahl a demandé à Bremen de lui indiquer si le pouvoir adjudicateur voulait acquérir au total 310 licences, quantité déduite du cahier des charges en ajoutant les données mentionnées dans ce dernier, à savoir 200, 45 et 65, et s'il convenait d'établir une offre chiffrée prenant en compte l'ensemble des licences proposées. Par courrier du 6 avril 2005, Bremen a répondu à Lämmerzahl qu'il y avait lieu d'inscrire «le prix total, à savoir le prix total des licences (frais de mise à disposition), les frais de maintenance et les prestations (formation)».

19 Le 8 avril 2005, Lämmerzahl a présenté une offre d'un montant brut de 691 940 euros, soit un montant net de 603 500 euros.

20 Par courrier du 6 juillet 2005, Bremen a informé Lämmerzahl que son offre ne pouvait être retenue au motif que l'évaluation des offres présentées avait révélé qu'elle n'était pas la plus avantageuse du point de vue économique.

21 Le 14 juillet 2005, Lämmerzahl a adressé au pouvoir adjudicateur une lettre dans laquelle elle a fait valoir, d'une part, qu'aucun appel d'offres européen n'avait été organisé et, d'autre part, que les tests du logiciel qu'elle avait proposé n'avaient pas été correctement effectués.

22 Le 21 juillet 2005, Lämmerzahl a introduit un recours devant la Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen (chambre des marchés publics), dans lequel elle a fait valoir qu'un appel d'offres européen aurait dû être organisé puisque le seuil de 200 000 euros était dépassé. Elle soutenait qu'elle n'était arrivée à cette conclusion qu'après avoir obtenu un avis juridique le 14 juillet 2005 et que, pour cette raison, il convenait de considérer que sa demande avait été introduite dans les délais. Sur le fond, elle invoquait l'exécution incorrecte de la procédure de tests par le pouvoir adjudicateur.

23 Par décision du 2 août 2005, la Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen a rejeté ce recours comme irrecevable. Elle a estimé que, même dans l'hypothèse d'un dépassement du seuil de référence, le recours était irrecevable en application de l'article 107, paragraphe 3, deuxième phrase, du GWB, étant donné que Lämmerzahl était en mesure de déceler, à travers l'avis de marché, l'infraction qu'elle dénonçait dans son recours. La Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen a également déclaré que, en raison de la forclusion qui lui était opposée, Lämmerzahl était également privée du droit d'introduire un recours auprès des instances compétentes en matière de marchés publics.

24 Lämmerzahl a fait appel de cette décision devant le Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (cour d'appel). À l'appui de cet appel, elle a fait valoir que, contrairement à la position adoptée par la Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen, l'avis de marché ne permettait pas de déceler que la procédure choisie était contraire au droit en matière de passation des marchés publics. Bremen a rétorqué que, étant donné son expérience, Lämmerzahl aurait dû se rendre compte que le seuil était dépassé. Lämmerzahl a également réitéré ses allégations tirées de l'insuffisance de la procédure de tests et a fait valoir que l'offre retenue contenait un calcul compensé illégal qui aurait dû conduire à écarter cette offre. Bremen a contesté le bien-fondé de ces deux allégations.

25 Lämmerzahl a demandé que l'effet suspensif de l'appel soit prolongé jusqu'au prononcé de la décision au fond. Le Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen a rejeté cette demande comme non fondée, par une décision du 7 novembre 2005. Dans cette dernière, elle s'est ralliée à la position de la Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen, selon laquelle, pour l'application de la règle de forclusion prévue à l'article 107, paragraphe 3, deuxième phrase, du GWB, il convenait de traiter Lämmerzahl comme si la valeur du marché en cause n'atteignait pas le seuil de 200 000 euros, ce qui privait Lämmerzahl de la possibilité d'introduire un recours.

26 Bremen a alors adjugé le marché à l'entreprise Prosoz Herten GmbH avec laquelle elle a conclu un contrat les 6 et 9 mars 2006.

27 Dans la décision de renvoi, le Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen ne précise pas la valeur du marché conclu entre Bremen et Prosoz Herten GmbH, mais indique que «les offres faites par l'ensemble des soumissionnaires pour la première variante étaient au-dessus de 200 000 euros (entre 232 452,80 et 887 300 euros et/ou 3 218 000 euros) et, pour la deuxième variante, seul un soumissionnaire sur les quatre se situait en dessous du seuil avec une offre de 134 050 euros (sans tenir compte des frais de licence), alors que les autres offres se situaient entre 210 252,80 euros et 907 300 euros et/ou 2 774 800 euros [...]»

28 Devant le Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Lämmerzahl a soutenu que la position adoptée par cette dernière dans sa décision du 7 novembre 2005 complique l'accès aux recours d'une manière disproportionnée et contraire à la directive 89/665.

29 Cette juridiction précise dans la décision de renvoi que la spécificité de l'affaire au principal réside dans le fait que, s'agissant d'infractions au droit des marchés publics qui concernent directement la valeur du marché et partant le seuil de référence, la forclusion appliquée en vertu de l'article 107, paragraphe 3, deuxième phrase, du GWB conduit, selon la jurisprudence du Kammergericht, telle que reprise et étendue par le Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen dans sa décision du 7 novembre 2005, à une exclusion généralisée du droit de recours.

30 Selon le Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, il en résulte que, si l'estimation de la valeur du marché est, dès le départ, fixée de manière illégale à

un niveau trop bas, la personne à laquelle une forclusion est opposée perd non seulement le droit de contester le choix de la procédure suivie ou l'estimation qui a été faite de la valeur du marché, mais également le droit de faire valoir toutes les autres infractions qui, considérées de manière isolée, ne seraient pas soumises aux effets de la forclusion, et dont le réexamen serait possible si, par ailleurs, le pouvoir adjudicateur avait agi conformément à la réglementation.

31 Le Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen se demande si une telle application des règles nationales de forclusion ne porte pas atteinte à l'efficacité pratique de la directive 89/665 et, notamment, si elle est compatible avec l'article 1er de cette directive.

32 Dans ces conditions, le Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Est-il compatible avec la directive 89/665 et notamment avec son article 1er, paragraphes 1 et 3, qu'un soumissionnaire se voie refuser de manière générale l'accès à un réexamen de la décision du pouvoir adjudicateur, au motif que le soumissionnaire a omis fautivement de faire valoir dans les délais prescrits par le droit national une infraction à la réglementation relative aux marchés publics portant sur

a) la forme choisie de l'appel d'offres

ou

b) l'exactitude du calcul de la valeur du marché (évaluation manifestement erronée ou transparence insuffisante du calcul)

et qu'un réexamen d'autres infractions aux règles des marchés publics qui ne seraient pas forcloses, prises isolément, serait possible d'après une valeur de marché correctement calculée ou à calculer correctement?

2) Convient-il de prévoir éventuellement d'autres exigences dans l'avis de marché en ce qui concerne les éléments pertinents pour le calcul de la valeur du marché afin de conclure, à partir des infractions relatives à l'estimation du marché, à une exclusion générale du droit de recours, même si la valeur du marché correctement estimée ou à estimer dépasse le seuil de référence?»

Sur les questions préjudicielles

Sur la seconde question

33 Par sa seconde question, qu'il convient d'examiner en premier lieu, la juridiction de renvoi demande, en substance, quelles sont les exigences imposées par le droit communautaire en ce qui concerne, d'une part, les indications relatives à la valeur estimée d'un marché devant figurer dans un avis de marché et, d'autre part, les voies de recours prévues en cas d'absence de ces indications.

Argumentation des parties

34 Lämmerzahl n'indique pas spécifiquement les informations relatives à la valeur du marché qui devraient figurer dans un avis de marché, mais insiste sur le fait que, aux

fins de l'application d'un délai de forclusion, il n'est pas admissible d'opposer à l'intéressé des éléments que le pouvoir adjudicateur n'a pas repris dans l'avis de marché.

35 Le gouvernement lituanien estime que le pouvoir adjudicateur est tenu de fournir dans l'avis de marché toute information relative au volume du marché, permettant objectivement aux soumissionnaires de déterminer si la valeur du marché atteint ou non le seuil prévu par les directives communautaires en matière de marchés publics.

36 Suivant une orientation similaire, la Commission des Communautés européennes soutient que les conditions préalables à l'ouverture d'un délai de forclusion, auxquelles la législation nationale soumet l'avis de marché, doivent être appliquées par la juridiction nationale d'une manière qui ne rende pas impossible ou excessivement difficile, pour l'intéressé, l'exercice des droits que lui confère la directive 89/665.

37 À l'opposé de cette thèse, Bremen et le gouvernement autrichien considèrent que les directives communautaires n'exigent pas que la valeur estimée du marché soit indiquée dans l'avis du marché, une telle mention n'étant pas opportune du point de vue du bon fonctionnement de la concurrence.

Appréciation de la Cour

38 D'après les éléments figurant dans le dossier, il semble que le marché en cause au principal est, sinon un marché de fournitures, un marché mixte de fournitures et de services dans lequel la valeur des fournitures est prépondérante. Dans cette hypothèse, les dispositions pertinentes sont celles des directives communautaires en matière de marchés publics de fournitures, et non pas de services.

39 S'agissant des marchés publics de fournitures qui relèvent du champ d'application de la directive 93/36, le contenu de l'avis de marché était régi, à la date des faits au principal, par l'article 9, paragraphe 4, première phrase, et l'annexe IV de la directive 93/36, ces dispositions ayant été remplacées ultérieurement par l'article 36, paragraphe 1, et l'annexe VII A 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 L 134, p. 114), et par l'annexe II du règlement (CE) nº 1564/2005 de la Commission, du 7 septembre 2005, établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 257, p. 1).

40 L'article 9, paragraphe 4, première phrase, de la directive 93/36 exige que les avis soient établis conformément aux modèles qui figurent à l'annexe IV de cette directive et qu'ils précisent les renseignements qui y sont demandés.

41 Le modèle d'avis de marché figurant à ladite annexe IV prévoit la mention de la quantité ou de l'étendue globale du marché (y compris, le cas échéant, celle de tous les lots et de toutes les options).

42 Il en résulte que l'avis de marché relatif à un marché public de fournitures qui relève du champ d'application de la directive 93/36 doit, conformément à celle-ci, indiquer la quantité ou l'étendue globale du marché sur lequel il porte.

43 Si, dans un cas spécifique, cette obligation n'était pas remplie, il en résulterait une violation du droit communautaire en matière de marchés publics au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665 de nature à ouvrir un droit de recours conformément à cette disposition.

44 Par conséquent, il convient de répondre à la seconde question que, conformément à l'article 9, paragraphe 4, et à l'annexe IV de la directive 93/36, l'avis de marché relatif à un marché relevant du champ d'application de cette directive doit préciser la quantité ou l'étendue globale de ce marché. Le défaut d'une telle indication doit pouvoir faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665.

Sur la première question

45 Par sa première question, la juridiction nationale cherche, en substance, à résoudre deux problèmes. D'une part, elle demande dans quelles conditions le droit communautaire admet que le droit national soumette à un délai de forclusion les recours portant sur le choix de la procédure de passation d'un marché public ou sur l'estimation de la valeur du marché, soit sur des actes qui interviennent lors des premières phases d'une procédure de passation. D'autre part, dans l'hypothèse où une telle règle de forclusion peut être admise, cette juridiction s'interroge sur le point de savoir si le droit communautaire admet qu'elle soit étendue de manière générale aux recours portant sur les décisions du pouvoir adjudicateur, y compris sur celles intervenues lors de phases ultérieures de la procédure de passation.

Argumentation des parties

46 Lämmerzahl soutient que l'article 107, paragraphe 3, du GWB n'impose la forclusion que pour des infractions «décelables à travers l'avis de marché», notion qui selon elle devrait être interprétée de façon stricte. Elle fait valoir que, dans l'affaire au principal, il était impossible de déduire des informations figurant dans l'avis de marché que la valeur estimée du marché dépassait le seuil des directives communautaires et donc que la procédure nationale de passation avait été choisie à

tort. Le fait de lui avoir opposé la forclusion alors qu'elle ne pouvait déduire l'existence d'une violation des règles communautaires des informations fournies par le pouvoir adjudicateur l'aurait privée d'une voie de recours efficace et serait contraire à la directive 89/665.

47 Le gouvernement lituanien souligne de même que, conformément à cette directive, un droit de recours efficace doit être assuré aux personnes intéressées. Par conséquent, lorsque ces dernières n'ont pas reçu une information objective et complète sur le volume du marché en cause, le délai de forclusion ne peut courir qu'à partir du moment où elles ont eu connaissance ou étaient en mesure d'avoir connaissance de ce que la procédure choisie était inappropriée. La directive 89/665 devrait être appliquée en cas de doute sur la question de savoir si le seuil d'application des directives communautaires a été atteint.

48 Le gouvernement autrichien et la Commission considèrent que des règles nationales, telles que celles en cause au principal, sont conformes à la directive 89/665 sous réserve qu'elles soient soumises à certaines conditions. Le gouvernement autrichien estime que ces règles ne sont compatibles avec ladite directive que pour autant que le délai de forclusion qu'elles fixent est raisonnable et que le pouvoir adjudicateur n'a pas, par son comportement, rendu impossible ou excessivement difficile, l'exercice du droit de recours. Pour sa part, la Commission fait valoir que de telles règles nationales sont compatibles avec le droit communautaire à condition que le soumissionnaire dispose d'une voie de recours efficace lui permettant d'intenter une action en justice contre toute violation des règles fondamentales découlant du traité CE.

49 Bremen considère que la directive 89/665, telle qu'interprétée par la Cour, permet aux États membres de fixer des délais de forclusion applicables aux contestations portant sur les procédures de passation des marchés publics. L'article 107, paragraphe 3, du GWB serait conforme à cette directive, et cela, même dans le

cas où le pouvoir adjudicateur a donné des indications erronées pour la détermination de la valeur du marché. Selon Bremen, s'il est possible que le soumissionnaire procède à une estimation supérieure du marché, sur la base d'éléments figurant dans l'avis de marché ou même en raison de l'absence d'éléments pertinents, et qu'il ne forme pas de recours, il n'en résulte pas pour autant une exclusion de principe de son droit de recours.

Appréciation de la Cour

50 En ce qui concerne le premier volet de cette question, il convient de rappeler que la directive 89/665 ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui prévoit que tout recours contre une décision du pouvoir adjudicateur doit être formé dans un délai prévu à cet effet et que toute irrégularité de la procédure d'adjudication invoquée à l'appui de ce recours doit être soulevée dans le même délai, sous peine de forclusion, de sorte que, passé ce délai, il n'est plus possible de contester une telle décision ou de soulever une telle irrégularité, pour autant que le délai en question soit raisonnable (arrêts du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Rec. p. I-11617, point 79, et du 27 février 2003, Santex, C-327/00, Rec. p. I-1877, point 50).

51 Cette position est fondée sur la considération que la réalisation complète de l'objectif poursuivi par la directive 89/665 serait compromise s'il était loisible aux candidats et aux soumissionnaires d'invoquer, à tout moment de la procédure d'adjudication, des infractions aux règles de passation des marchés, obligeant ainsi le pouvoir adjudicateur à reprendre la totalité de la procédure afin de corriger ces infractions (arrêt Universale-Bau e.a., précité, point 75).

52 En revanche, les délais de forclusion nationaux, y compris les modalités de leur application, ne doivent pas être en eux-mêmes de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits que l'intéressé tire, le cas échéant, du droit communautaire (arrêt Santex, précité, point 55; voir également, en ce sens, arrêt Universale-Bau e.a., précité, point 73).

53 Il convient donc d'examiner si l'application d'une règle de forclusion, telle que celle en cause au principal, peut être considérée comme raisonnable ou, au contraire, comme rendant pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits que la personne intéressée tire du droit communautaire.

54 Il ressort du dossier que, par des interrogations répétées et des initiatives qui lui étaient propres, Lämmerzahl a cherché à confirmer la déduction qu'elle a faite, sur la base du dossier d'appel d'offres et avec un degré d'incertitude, que le marché portait sur 310 licences et actions de formation. Toutefois, même la dernière réponse du pouvoir adjudicateur, à savoir sa lettre du 6 avril 2005, restait peu claire, ambiguë et évasive à cet égard.

55 Un avis de marché dépourvu de toute information relative à la valeur estimée du marché, suivi d'un comportement du pouvoir adjudicateur évasif face aux interrogations d'un soumissionnaire potentiel, tel que celui dont il est question dans le litige au principal, doit être considéré, eu égard à l'existence d'un délai de forclusion, comme rendant excessivement difficile l'exercice par le soumissionnaire intéressé des droits qui lui sont conférés par l'ordre juridique communautaire (voir, en ce sens, arrêt Santex, précité, point 61).

56 Il en résulte que, même si une règle de forclusion nationale, telle que celle figurant à l'article 107, paragraphe 3, deuxième phrase, du GWB, peut en principe être considérée comme conforme au droit communautaire, son application à un soumissionnaire dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal ne satisfait pas à l'exigence d'effectivité découlant de la directive 89/665.

57 Il y a lieu de conclure que la directive 89/665, notamment son article 1er, paragraphes 1 et 3, s'oppose à ce qu'une règle de forclusion prescrite par le droit

national soit appliquée de manière à ce que l'accès d'un soumissionnaire à un recours portant sur le choix de la procédure de passation d'un marché public ou sur l'estimation de la valeur de ce marché soit refusé, dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a pas clairement indiqué la quantité ou l'étendue globale dudit marché à l'intéressé.

58 En ce qui concerne le second volet de la première question, il convient de relever que l'article 107, paragraphe 3, deuxième phrase, du GWB fixe comme terme du délai de forclusion l'expiration du délai de candidature ou de présentation des offres. De ce fait, cette disposition semble devoir s'appliquer aux seules irrégularités pouvant être constatées avant l'expiration de ces délais. De telles irrégularités peuvent comprendre l'inexactitude de l'estimation de la valeur du marché ou un choix erroné de la procédure de passation du marché. En revanche, elles ne peuvent porter sur des situations qui par hypothèse peuvent se présenter seulement à des stades ultérieurs de la procédure de passation d'un marché.

59 Dans l'affaire au principal, la requérante invoque, outre une absence d'information relative à la valeur du marché et un choix erroné de la procédure de passation, des irrégularités affectant, d'une part, la présentation financière de l'offre retenue et, d'autre part, les tests effectués sur les logiciels qui avaient été proposés. Or, une irrégularité dans la présentation financière d'une offre ne peut être constatée qu'après l'ouverture des plis contenant les offres. La même considération s'applique aux tests des logiciels proposés. Des irrégularités de ce type ne peuvent donc intervenir qu'après l'expiration du délai de forclusion fixé par une règle telle que celle en cause au principal.

60 Il ressort de la décision de renvoi que, dans sa décision du 7 novembre 2005, le Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen a appliqué la règle de forclusion en cause au principal de manière à l'étendre à l'ensemble des décisions pouvant être prises par le pouvoir adjudicateur tout au long de la procédure de passation d'un marché public.

61 Une telle application de cette règle de forclusion rend pratiquement impossible l'exercice des droits conférés à l'intéressé par le droit communautaire en ce qui concerne les irrégularités qui ne peuvent se produire qu'après l'expiration du délai de présentation des offres. Partant, elle est contraire à la directive 89/665, notamment à son article 1er, paragraphes 1 et 3.

62 Il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme à l'objectif de la directive 89/665 (voir, en ce sens, arrêt Santex, précité, points 62 et 63).

63 Si une telle interprétation conforme à l'objectif de la directive 89/665 n'est pas possible, la juridiction nationale devra écarter l'application des dispositions nationales contraires à cette directive (arrêts du 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, point 24, et Santex, précité, point 64). En effet, l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665 est inconditionnel et suffisamment précis pour être invoqué à l'encontre d'un pouvoir adjudicateur (voir, en ce sens, arrêt du 2 juin 2005, Koppensteiner, C-15/04, Rec. p. I-4855, point 38).

64 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que la directive 89/665, notamment son article 1er, paragraphes 1 et 3, s'oppose à ce qu'une règle de forclusion prescrite par le droit national soit appliquée de manière à ce que l'accès d'un soumissionnaire à un recours portant sur le choix de la procédure de passation d'un marché public ou sur l'estimation de la valeur de ce marché soit refusé, dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a pas clairement indiqué la quantité ou l'étendue globale dudit marché à l'intéressé. Les mêmes dispositions de ladite directive s'opposent également à ce qu'une telle règle soit étendue de manière générale aux recours portant sur les décisions du pouvoir adjudicateur, y compris sur celles intervenues lors de phases de la procédure de passation postérieures au terme fixé par cette règle de forclusion.

Sur les dépens

65 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 (troisième chambre) dit pour droit:

1) **Conformément à l'article 9, paragraphe 4, et à l'annexe IV de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, telle que modifiée par la directive 2001/78/CE, de la Commission, du 13 septembre 2001, l'avis de marché relatif à un marché relevant du champ d'application de cette directive doit préciser la quantité ou l'étendue globale de ce marché. Le défaut d'une telle indication doit pouvoir faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.**

2) **La directive 89/665, telle que modifiée par la directive 92/50, notamment son article 1er, paragraphes 1 et 3, s'oppose à ce qu'une règle de forclusion**

prescrite par le droit national soit appliquée de manière à ce que l'accès d'un soumissionnaire à un recours portant sur le choix de la procédure de passation d'un marché public ou sur l'estimation de la valeur de ce marché soit refusé, dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a pas clairement indiqué la quantité ou l'étendue globale dudit marché à l'intéressé. Les mêmes dispositions de ladite directive s'opposent également à ce qu'une telle règle soit étendue de manière générale aux recours portant sur les décisions du pouvoir adjudicateur, y compris sur celles intervenues lors de phases de la procédure de passation postérieures au terme fixé par cette règle de forclusion.

Signatures